

Arbeitszeitmodelle der Zukunft

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 45

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

Arbeitszeitmodelle der Zukunft

15. ZAAR-Kongress
München, 4. Mai 2018



ZAAR Verlag München 2019

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 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-40-4

Vorwort

Berufliche und private Lebenssphäre greifen, digital unterstützt, immer mehr ineinander. Arbeitnehmern und Arbeitgebern bringt die damit verbundene Flexibilität erhebliche Vorteile, aber es ergeben sich auch Probleme der Fokussierung, sowohl auf das Arbeitsgeschehen als auch auf das Private. Das deutsche Arbeitszeitrecht stammt aus einer Zeit, in der diese Entwicklung noch an ihrem Anfang stand. Seine Anwendungspraxis wird heute auf der einen Seite stark durch die regulatorischen Vorgaben des Europarechts geprägt. Auf der anderen Seite stehen die Gestaltungsmöglichkeiten des Kollektivarbeitsrechts, und zwar sowohl auf betrieblicher als auch auf tarifvertraglicher Ebene. Dies führt dazu, dass die Gestaltung der Arbeitszeit zunehmend auch als Konfliktfeld wahrgenommen wird. Umso wichtiger erscheint es, die rechtlichen Grundlagen der Arbeitszeitgestaltung zu erarbeiten.

Wir möchten Sie einladen, mit uns über die künftige Gestaltung der Arbeitszeit zu diskutieren.

München, Mai 2018

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Richard Giesen</i>	
Arbeits- und Ruhezeiten in der digitalisierten Arbeitswelt	15
Diskussion	38
 <i>Ronald Pahlen</i>	
Gestaltung der Arbeitszeit auf betrieblicher Ebene – Erfahrungen aus der Praxis	45
Diskussion	79
 <i>Enno Schad</i>	
Tarifvertragliche Modelle zur Flexibilisierung der individuellen Wochenarbeitszeit in der bayerischen Metall- und Elektroindustrie	83
Diskussion	95
 <i>Abbo Junker</i>	
Flexibilisierung der Arbeitszeit und Arbeitszeitrichtlinie	99
Diskussion	121
Sachregister	123

Autoren

Giesen, Richard, Dr. iur., ordentlicher Professor für Sozialrecht, Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München und Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

Junker, Abbo, Dr. iur., ordentlicher Professor für (Internationales) Arbeitsrecht, Arbeitsrechtsvergleichung und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

Pahlen, Ronald, Dr. iur., Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht a.D., Berlin

Schad, Enno, Leiter Tarif/Kollektive Arbeitsbedingungen/Arbeitswissenschaft, Verband der bayerischen Wirtschaft, München

Abkürzungen

aaO	am angegebenen Ort	BAG	Bundesarbeitsgericht
Abs.	Absatz, Absätze	BAGE.....	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
a.D.	außer Dienst	BAT	Bundesangestellten-tarifvertrag
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
AG	Aktiengesellschaft	BEEG.....	Bundeseltern-geld- und Eltern-zeitgesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	BeschFG	Beschäftigungs-förderungsgesetz
a.M.	am Main	Bet.	Beteiligten
AOK.....	Allgemeine Orts-krankenkasse	BetrVG.....	Betriebsverfas-sungsgesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	BezA	Bezirksamt
ArbG	Arbeitsgericht	BGB	Bürgerliches Ge-setzbuch
ArbGG	Arbeitsgerichts-gesetz	BGBL.	Bundesgesetzblatt
ArbStättV	Verordnung über Arbeitsstätten	BMAS	Bundesministeri-um für Arbeit und Soziales
ArbZG.....	Arbeitszeitgesetz	BR.....	Betriebsrat
Art.	Artikel	BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
AT	außertariflich Be-schäftigte	BV	Betriebsverein-barung
AuA.....	Arbeit und Ar-beitsrecht (Zeit-schrift)	BV AZ	Betriebsverein-barung Arbeits-zeit
Aufl.	Auflage	BVerfG.....	Bundesverfas-sungsgericht
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	bzw.	beziehungsweise
AVR	Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtun-gen des Deut-schen Caritasver-bandes	DB	Der Betrieb (Zeit-schrift)
AZO	Arbeitszeitord-nung	DHV	Die Berufsge-werkschaft
		DRK.....	Deutsches Rotes Kreuz
		EDV	Elektronische Da-tenverarbeitung

EG	Europäische Gemeinschaft	IT	Informations- technik
etc.	et cetera	JZ	Juristenzeitung
EU	Europäische Union	KW	Kalenderwoche
EuGH	Europäischer Gerichtshof	LAG	Landesarbeitsgericht
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht	LAGE.....	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	lit.	littera
e.V.....	eingetragener Verein	LKW	Lastkraftwagen
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft	LÖG.....	Ladenöffnungs-gesetz
EzA.....	Entscheidungs-sammlung zum Arbeitsrecht	MiLoG	Mindestlohn-gesetz
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung	MTL	Manteltarifvertrag für Arbeiter der Länder
f., ff.	folgende	mwN.....	mit weiteren Nachweisen
Fn.....	Fußnote, Fußnoten	NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
gem.	gemäß	Nr.....	Nummer, Nummern
GG.....	Grundgesetz	NV SOLO	Normalvertrag Bühne (für Solokünstler)
ggf.	gegebenenfalls	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft	PersV.....	Die Personalvertretung (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber	PflegeZG	Pflegezeitgesetz
IG Metall.....	Industriegewerkschaft Metall	Prof.	Professor
i.S.d.	im Sinne des	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
iSv.	im Sinne von	Ref. iur.	Rechtsreferendar*in

RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)	ZMV.....	Zeitschrift für Mitarbeitervertretung
Rn.	Randnummer, Randnummern	ZTR.....	Zeitschrift für Tarifrrecht
Rz.	Randziffer		
S.	Seite, Seiten		
SeeArbG	Seearbeitsgesetz		
SGB.....	Sozialgesetzbuch		
SMS	Short Message Service		
sog.	sogenannte, sogenannter, sogenannten		
TV	Tarifvertrag		
TVG	Tarifvertragsgesetz		
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz		
u.a.....	und andere, unter anderem		
u.ä.....	und Ähnliches		
Unterabs.....	Unterabsatz		
UTV AZ.....	Unternehmenstarifvertrag Arbeitszeit		
u.U.....	unter Umständen		
VG	Verwaltungsgericht		
vgl.....	vergleiche		
ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht		
z.B.	zum Beispiel		
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht		
ZfA.....	Zeitschrift für Arbeitsrecht		
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht		

Arbeits- und Ruhezeiten in der digitalisierten Arbeitswelt

Richard Giesen

Seite

I. Einführung: Rahmenbedingungen des Arbeitens in der digitalen Welt.....	17
II. Betriebliche Arbeitszeit, individuelle Arbeitszeit, entgeltpflichtige Arbeitszeit.....	19
1. Steuerung betrieblicher und individueller Arbeitszeiten durch die Betriebspartner (§ 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG)	19
a) Betriebsverfassungsrechtliche Regelungsbefugnisse für die Arbeitszeit.....	19
b) Insbesondere: Betriebsverfassungsrechtliche Regelungsbefugnisse für die individuelle Arbeitszeit bei der Anordnung von Kurzarbeit	19
2. Tarifvertragliche Steuerung der Arbeitszeit	20
a) Tarifvertragsrechtliche Regelungsbefugnisse für die Arbeitszeit	20
b) Insbesondere: Tarifvertragliche Steuerung der individuellen Arbeitszeit nicht tarifgebundener Arbeitnehmer	21
3. Arbeitsvertragliche und gesetzliche Bestimmung der entgeltpflichtigen Arbeitszeit	23
a) BAG 2011: Unzulässigkeit pauschaler Überstundenabgeltung nach AGB – aber auch keine zwingende Vergütung nach § 612 BGB	23
b) Vergütung bei arbeitszeitrechtlich unzulässiger Überlast	26
c) Vergütungspflicht nach MiLoG	26
III. Arbeitszeitrechtlicher Regelungsrahmen	27
1. Deutsches Arbeitszeitgesetz und EU-Arbeitszeitrichtlinie im Konflikt	27
a) Der Begriff der Arbeitszeit (§ 2 Abs. 1 ArbZG), definiert nach europarechtlichen Vorgaben.....	29
b) Die (ausschließlich nach deutschem Recht) zulässige Höchstarbeitszeit gemäß § 3 ArbZG	30
c) Ruhepausen (§ 4 ArbZG).....	30
d) Ruhezeit von mindestens elf Stunden (§ 5 ArbZG, Art. 3 EU-Arbeitszeitrichtlinie).....	31

2. Anwendungsdefizite eines (teilweise zu) strengen Arbeitszeitrechts.....	34
a) Durchsetzung des Arbeitszeitrechts in der digitalisierten Arbeitswelt	34
b) Flexibilisierung überwachter sicherheitsrelevanter Tätigkeiten: Schifffahrt, offshore-Arbeit, Luftfahrt	34
IV. Zusammenfassung und Fazit	35
Diskussion	38

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitszeitmodelle der Zukunft* (München 2019), S. 15-37

I. Einführung: Rahmenbedingungen des Arbeitens in der digitalen Welt

Die digitale Welt befördert in unterschiedlichem Maße und in unterschiedlichen Geschwindigkeiten Änderungen im Wirtschaftsleben. Grundlagen sind die technischen Neuerungen IT und Vernetzung. Weil die alles steuernde Software prinzipiell unendlich reproduzierbar ist, können Neuerungen manchmal fast schlagartig eintreten – vorausgesetzt, es stehen genügend Rechner- und Leitungskapazitäten zur Verfügung. Für dieses Phänomen hat sich das Modewort *Disruption* etabliert. Disruptiv entwickelten sich etwa die Unternehmen der sogenannten Plattformökonomie. Faktoren, die derzeit und demnächst verstärkt eingreifen werden, beruhen auf der unmittelbaren Verknüpfung von digitaler und „realer“ Welt, insbesondere auf dem verstärkten Einsatz von Sensorik und Robotik. Diese beiden Instrumente ermöglichen eine auf IT und Vernetzung basierte Neuausrichtung auch herkömmlicher Wirtschaftszweige, insbesondere der klassischen Industrie – hier spricht man gern von „Industrie 4.0“. Die damit einhergehende Neugestaltung ist zwar nicht disruptiv, geht aber in zügigen Schritten vorstatten, weshalb man diese Veränderungen als „inkrementell“ bezeichnet.¹

Diese Entwicklung verändert die Arbeitswelt: Es erhöhen sich Orts- und Zeitsouveränität, zugleich wird Arbeit anonym und stellt neue Anforderungen an die Qualifikation von Beschäftigten. All das geschieht in sich beschleunigenden Änderungszyklen; Digitalisierung und Vernetzung befördern das schnellere Kommen und Gehen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Selbst in denjenigen Unternehmen, welche die Anforderungen erfolgreich bewältigen, gehen die innerbetrieblichen Reorganisationsvorgänge zügiger vorstatten und bringen entsprechende persönliche Anpassungszwänge mit sich. Die Verknüpfungen der digitalisierten und der „realen“ Welt eröffnen erhebliche und entscheidende Fortschritte in praktisch allen Wirtschaftsbereichen. In der Arbeitswelt lassen sich aber auch Überforderungsphänomene ausmachen: nicht zu bewältigender oder unbewältigter Arbeitsanfall, Arbeitsfragmentierung, Arbeitsplatzunsicherheit, Arbeitsunterbrechungen, Deadlines, Digitalisierung, Flexibilisierung, Informationsflut, Leistungsdruck, Rationalisierung, Ungleichheit, Vernetzung sowie fehlende Anerkennung von Leistung und Engagement durch Kollegen und Arbeitgeber. Als arbeitnehmerbezogene Faktoren gelten zum Beispiel Konzentrationsschwächen, Multitasking, Qualifikationsdefizite,

1 Vgl. BMAS, Arbeiten 4.0. Weissbuch. Arbeit weiter denken, 2016, S. 24, 44 ff.; Giesen/Kersten, Arbeit 4.0., 2018, S. 29 ff.

Perfektionismus, Selbstüberschätzung, reduzierte Stresstoleranz und überhöhte Zielvorgaben.²

Ein Faktor für diese Überforderungsphänomene ist – neben der schnelllebigen Steigerung und Änderung von Qualifikationsanforderungen – der digitale Kollaps der Grenze zwischen Arbeits- und Privatleben. Die Verstrickung von Lebenssphären beruht auf der universellen Verfügbarkeit von digitalen Kommunikationstools, also von Rechnern und Netzen. Am betrieblichen Arbeitsplatz suchen viele Beschäftigte virtuelle Welten auf oder sind elektronisch mit ihrem Privatleben verbunden. Umgekehrt sind sie zu Hause und im Urlaub beruflich online für ihre Kollegen sowie Vorgesetzten erreichbar – und arbeiten.

Bei alledem ergeben sich für die beschriebenen Neuerungen sehr unterschiedliche Geschwindigkeiten. Es gibt Bereiche, in denen sich kaum oder nur wenige Änderungen ergeben: Wir erleben eine „digitale Ungleichzeitigkeit“, die sich auch in der öffentlichen Diskussion spiegelt. Auf der einen Seite wird der digitale Umbruch dramatisiert, auf der anderen Seite kaum wahrgenommen. Zudem existieren gerade in der Industrie Bereiche, in denen zwar der Einsatz von Menschen zurückgeht und die Automatisierung – auch durch selbst lernende Maschinen – zunimmt. Dabei sind die überkommenen Schemata der Produktion aber (noch) nicht aufgebrochen. Die herkömmlichen Betriebskonturen und die diesbezüglichen Mitbestimmungsstrukturen erhalten sich dort eher als in den neu gebildeten Einheiten der digitalen Wirtschaft, wo die Vertretung durch Betriebsräte und Gewerkschaften eher unbekannt ist. Deshalb nimmt man auch strukturelle Defizite insbesondere der Betriebsverfassung kaum wahr. Diese ist zwar aufgrund ihrer schwerfälligen Wahl- und Entscheidungsverfahren nicht in der Lage, sich ständig verändernde Strukturen zu begleiten. Jedoch stört das kaum, da sie sich dort, wo sie etabliert ist, erhält, und weil sie dort, wo sie gar nicht erst entsteht, auch nicht vermisst wird.³

Die „digitale Ungleichzeitigkeit“ hat ihre eigenen Konsequenzen auch bei der Suche nach der verlorenen Arbeitszeit: Es existieren nur teilweise geänderte Arbeitszeitbedürfnisse. Wie sich diese gestalten, soll hier näher diskutiert werden. Dabei sei eingestanden, dass sich der Begriff der Arbeitszeit sehr weit fassen lässt, indem man ihn auf längere Abschnitte des Jahres oder des Lebens bezieht. Um die damit verbundenen Fragestellungen soll es hier aber nicht gehen. Lebensarbeitszeit, Urlaub, Feiertage, Befristungen, Teilzeitbeschäftigung oder Ansprüche auf (vorübergehende oder endgültige) Voll- oder Teilzeitbeschäftigung bleiben im folgenden Text außen vor. Es geht vielmehr um die Frage, wie die tägliche Arbeitszeit

2 Vgl. Kaschka/Korczak/Broich, *Modediagnose Burn-out*, Deutsches Ärzteblatt PP 2011, S. 567 ff.; Giesen/Kersten *Arbeit* (Fn. 1), S. 39 ff., 75 ff.

3 Giesen/Kersten (Fn. 1), S. 135 ff., 146 f., 151 f.

gesteuert wird. Das betrifft die betriebliche Arbeitszeit, die individuelle Arbeitszeit sowie die Bestimmung der entgeltpflichtigen Arbeitszeit (dazu sogleich unter II). Von besonderer Bedeutung in der digitalisierten Arbeitswelt ist aber die Regulierung der Arbeitszeit durch Arbeitnehmer-schutzbestimmungen insbesondere des Arbeitszeitrechts (dazu unten III).

II. Betriebliche Arbeitszeit, individuelle Arbeitszeit, entgelt-pflichtige Arbeitszeit

1. Steuerung betrieblicher und individueller Arbeitszeiten durch die Betriebspartner (§ 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG)

a) Betriebsverfassungsrechtliche Regelungsbefugnisse für die Arbeitszeit

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG Mitbestimmungs-rechte nicht für die Regelung der Arbeitsdauer, sondern nur für die Fest-legung der Arbeitszeitlage. Deshalb spricht § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG vom Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, der Pausen und der Verteilung auf die Wochentage. Im selben Sinne betrifft § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die „betriebsübliche Arbeitszeit“, die vorübergehend verkürzt oder verlängert werden kann.⁴ Tarifvertragsparteien können zwar ohne Weiteres aufgrund der Befugnis zum Erlass betrieblicher Tarifnormen (§ 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2 TVG) entsprechende Regelungen treffen, welche nach § 87 Abs. 1 Ein-gangssatz BetrVG dem Betriebsverfassungsrecht auch vorgehen. Dies tun sie aber meist nicht, sondern regeln nur die individuelle Arbeitszeit, so wie dies auch im individuellen Arbeitsvertrag geschieht. Es ist klar, dass betriebsbezogene Lösungen in der Praxis fast durchweg auf Betriebs- und nicht Tarifebene angestrebt und gefunden werden. Betriebstägliche Ar-beitszeit wie Pausen- und Schichtpläne (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG), aber auch die Ausgestaltung von Sonderfällen wie die Kurzarbeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) lassen sich lediglich auf Betriebsebene effizient steuern.

b) Insbesondere: Betriebsverfassungsrechtliche Regelungsbefugnisse für die individuelle Arbeitszeit bei der Anord-nung von Kurzarbeit

Im letzteren Fall, bei der Anordnung von Kurzarbeit, nimmt die Recht-sprechung übrigens nicht nur die Befugnis der Betriebspartner zur Rege-lung der betrieblichen Arbeitszeit an. Zusätzlich vertritt das BAG auch die Ansicht, kraft § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG könne bei der Anordnung von

4 BAG 13.10.1987 – 1 ABR 10/86, NZA 1988, 251; BAG 20.4.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 1059; *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, 15. Aufl. 2016, § 87 BetrVG Rn. 262.

Kurzarbeit auch die Dauer der individuellen Arbeitszeit verkürzt werden.⁵ Somit haben die Betriebspartner die Befugnis, entgegen den Vorgaben eines Arbeitsvertrags oder eines normativ geltenden Tarifvertrags die nach § 611a BGB arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitszeit und das dafür geschuldete Arbeitsentgelt zu reduzieren. Es ist klar, dass gegen einen solchen zulasten des Arbeitnehmers gehenden betriebsverfassungsrechtlichen Zugriff auf den Arbeitsvertrag Bedenken bestehen müssen. Diese beruhen zum einen auf dem Gesetzestext, der, wie eingangs festgehalten, Arbeitszeitlege und nicht Arbeitszeitdauer meint. Zudem sind sie auch allgemeiner Art und richten sich gegen die Annahme, dass ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung ein Zugriff des Betriebsverfassungsrechts auf das arbeitsvertraglich Vereinbarte möglich sein soll.⁶

2. Tarifvertragliche Steuerung der Arbeitszeit

a) Tarifvertragsrechtliche Regelungsbefugnisse für die Arbeitszeit

Die individuelle Dauer der Arbeitszeit ist in der Regel entweder arbeitsvertraglich oder tarifvertraglich festgelegt, wobei auch im Fall der Anwendung von Tarifverträgen arbeitsvertragliche Regulierung zugelassen ist, also beispielsweise von vornherein Teilzeitbeschäftigung vereinbart werden kann. Neben tarifvertraglichen Regelungen existieren bereits heute umfassende individualarbeitsrechtliche gesetzliche Vorgaben, welche dem

5 BAG 18.11. 2015 – 5 AZR 491/14, NZA 2016, 565 f. Rn. 15: „Die Einführung von Kurzarbeit bedarf einer besonderen normativen oder einzelvertraglichen Grundlage. Allein das Direktionsrecht des Arbeitgebers ist kein geeignetes Instrument, die vertragliche Vergütungspflicht einzuschränken ... Hingegen kann aufgrund § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG durch eine Betriebsvereinbarung mit unmittelbarer und zwingender Wirkung (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG) Kurzarbeit eingeführt werden ... Eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit muss die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Erforderlich sind mindestens die Bestimmung von Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Regelung der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer ...“.

6 Vgl. zur Frage, ob und inwieweit eine Betriebsvereinbarung individualarbeitsvertragliche Rechtspositionen beeinflussen kann, *Picker*, Die ablösende Betriebsvereinbarung, in: Bieder/Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im Deutschen und Europäischen Arbeitsrecht, 2012, S. 103 f.; *Waltermann*, „Ablösung“ arbeitsvertraglicher Zusagen durch Betriebsvereinbarung?, RdA 2016, 296, 298 f.; teilweise legt man bis heute für das Verhältnis von Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung lediglich das Günstigkeitsprinzip zugrunde, so *Fischinger*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), 4. Aufl. 2018, § 8 Rn. 39. Hiernach wäre der arbeitszeitreduzierende Zugriff auf das Arbeitsverhältnis unzulässig.

Arbeitnehmer Möglichkeiten zur Arbeitszeitreduzierung eröffnen (§ 8 TzBfG, §§ 15 ff. BEEG, §§ 2, 3 PflegeZG, § 2 FPfZG, § 41 SGB VI, § 164 Abs. 5 Satz 3 SGB IX). Zudem gilt ab dem 1.1. 2019 die Neuregelung des § 9a TzBfG zur sogenannten Brückenteilzeit.⁷ Alle Regelungen binden auch die Tarifvertragsparteien, wobei aber nach § 9a Abs. 6 TzBfG Gestaltungen auch zulasten von Arbeitnehmern möglich sind.

b) Insbesondere: Tarifvertragliche Steuerung der individuellen Arbeitszeit nicht tarifgebundener Arbeitnehmer

Wie bereits soeben festgehalten, ist es nach § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2 TVG möglich, die betriebsübliche Arbeitszeit tarifvertraglich zu regeln. Die diesbezüglichen Tarifnormen haben nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG Vorrang gegenüber betriebsverfassungsrechtlichen Vorgaben. Da die betriebliche Ebene größere Sachnähe aufweist, sind nähere tarifvertragliche Regelungen aber eher selten.

Tarifnormen haben dennoch als Instrumente zur betriebseinheitlichen Regelung der individuellen Arbeitszeit Bedeutung gewonnen. Dies allerdings nicht als Inhaltsnormen, welche gemäß § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG nur diejenigen Arbeitnehmer erfassen, die als Gewerkschaftsmitglieder selbst tarifgebunden sind. Um Mehrarbeit von solchen Arbeitnehmern zu vermeiden, die als Nicht-Gewerkschaftsmitglieder (sogenannte Außenseiter) nicht tarifgebunden sind, hat man in Umsetzung des sogenannten Leber-Rüthers-Kompromisses⁸ Tarifnormen vereinbart, welche für die Gesamtbelegschaften tarifgebundener Arbeitgeber verbindlich sein sollten. Dies erfolgte in der Weise, dass man sie nach § 3 Abs. 2 TVG als betriebsverfassungsrechtliche und betriebliche Tarifnormen einordnete. Diese gelten gemäß § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 1 Satz 2 TVG „für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist“. Bei solchen Regelungen nimmt die Rechtsprechung eine normative Geltung auch für Außenseiter an. Voraussetzung für das Vorliegen von Betriebsnormen ist laut BAG, dass die betreffenden Vorschriften nicht Inhalt eines Individualarbeitsvertrags sein

7 BGBI. 2018 I, S. 2384. Siehe dazu die Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 19/3452, S. 17 ff.

8 Der größte Tarifkonflikt der bundesdeutschen Geschichte, der Streit um die 35-Stunden-Woche in der Metallindustrie, war mit dem sogenannten Leber-Rüthers-Kompromiss 1984 beigelegt worden. Dieser sah vor, dass Belegschaftsmitglieder in bestimmten Prozentsätzen einverständlich über mehr als die tariflich festgesetzte Stundenzahl wöchentlich beschäftigt werden konnten, vgl. dazu *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung im Betrieb, 2002, S. 277 ff.; *Reiß*, Tarifautonomie im Spannungsverhältnis zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag am Beispiel der Tarifverträge der Metallindustrie, 1984, S. 29 ff.; *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 318 ff.

können, wobei aber das Nichtkönnen nicht im Sinne einer naturwissenschaftlichen Unmöglichkeit zu verstehen ist. Es reicht aus, dass „eine individualvertragliche Regelung wegen evident sachlogischer Unzweckmäßigkeit“ ausscheidet.⁹ Das BAG hat in Tarifvorschriften, welche die individuelle Arbeitszeit belegschaftsweit einheitlich vorschreiben (und prozentuale Vorgaben für ihre teilweise Überschreitung machen), betriebliche Tarifnormen gesehen. Damit verhinderten die Richter, dass Arbeitgeber in Verträgen mit Außenseiterarbeitnehmern längere Arbeitszeiten jenseits des Quotensystems vereinbarten¹⁰ – und sorgten so dafür, dass der Leber-Rüthers-Kompromiss nicht gefährdet wurde.

Rechts- und gesellschaftspolitischer Hintergrund der seinerzeitigen Konflikte war der Wunsch der IG Metall, mittels einer Gesamt mengensteuerung der Arbeitszeit ein Mehr an Arbeitsplätzen zu schaffen. Man meinte, es gebe nur eine bestimmte Menge an Arbeit, und wenn diese „gerecht“ verteilt würde, sei genug für alle da. Das war im Kern planwirtschaftliches Denken. Nur die Annahme, dass die Arbeit in einer bestimmten Menge zur Verfügung steht, kann zu dem Schluss führen, mengenmäßig weniger arbeitende Menschen würden anderen Menschen Arbeitsplätze „abgeben“.¹¹ Diese Annahme war schon damals unzutreffend. Ein hohes Maß an Beschäftigung stimuliert sowohl nach dem Angebots- als auch nach dem nachfragetheoretischen Modell die generelle Wirtschaftskraft und führt tendenziell zu einer weiteren Vermehrung der Nachfrage von Arbeit, also einer Arbeitsplatzzunahme. Das zeigt nicht zuletzt die Taktik der IG Metall im jüngsten Tarifkonflikt der Metallindustrie 2017/18, in welchem unter den Bedingungen des Arbeits- und Fachkräftemangels wiederum eine Arbeitszeitverkürzung auf optional 28 Stunden wöchentlich gefordert worden war.¹² Dies war – in exakter Umkehrung der Konzeption der

-
- 9 BAG 21.1. 1987 – 4 AZR 486/86, AP Nr. 46 zu Art. 9 GG; BAG 26.4. 1990 – 1 ABR 84/87, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG; BAG 7.11. 1995 – 3 AZR 676/94, NZA 1996, 1214; BAG 17.6. 1997 – 1 ABR 3/97, NZA 1998, 213; BAG 1.8. 2001 – 4 AZR 388/99, BAGE 98, 303; kritisch dazu etwa *Dieterich*, Zur Verfassungsmäßigkeit tariflicher Betriebsnormen, Festschrift Däubler, 1999, S. 451 ff.; *Giesen* (Fn. 8), S. 449 ff. Meines Erachtens sollten als betriebliche Tarifnormen nur solche Regelungen angesehen werden, die ihrem Gegenstand nach den erzwingbaren Mitbestimmungsrechten des BetrVG unterliegen.
- 10 BAG 18.8. 1987 – 1 ABR 30/86 BAGE 56, 18 ff.; BAG 17.6. 1997 – 1 ABR 3/97 (Fn. 9); vgl. zur Kritik *Giesen* (Fn. 8), S. 360 ff. In der erstgenannten Entscheidung hatte das BAG „betriebsverfassungsrechtliche“ Tarifnormen angenommen; dies wurde in der zweitgenannten Entscheidung korrigiert und durch die Annahme ersetzt, dass „betriebliche Tarifnormen“ vorliegen.
- 11 Vgl. zur damaligen Diskussion *Waltermann*, Beschäftigungspolitik durch Tarifvertrag?, NZA 1991, 754 ff.
- 12 Vgl. zu den Forderungen der IG Metall <https://www.igmetall.de/Metalltarifrunde-forderungsempfehlung-25999.htm> (abgerufen 21.7. 2018); *Ast-*

1980er Jahre – ein Ansatz der Gesamtmengensteuerung zwecks Verknappung der Arbeit. Es hat somit den Anschein, als hätte die gewerkschaftliche „Arbeitszeitpolitik“ mittlerweile das nachfragetheoretische Modell verinnerlicht. Weil Arbeit mittels rigider fremdbestimmender Reduzierung individueller Arbeitszeit knapper wird, kann sie teurer verkauft werden – und das, unabhängig vom möglichen Arbeitskampfgeschehen, nur deshalb, weil die Arbeitgeberseite die knapper werdende Arbeitskraft dringend benötigt.

3. Arbeitsvertragliche und gesetzliche Bestimmung der entgeltpflichtigen Arbeitszeit

Eine andere Fragestellung ergibt sich für die Bestimmung der entgeltpflichtigen Arbeitszeit. Grundsätzlich gilt, dass Arbeitszeit nach § 611a Abs. 2 BGB zu vergüten ist. Die Vergütungspflicht richtet sich somit nach dem arbeitsvertraglich Vereinbarten. Fehlt es an einer vertraglichen Regelung, greift die allgemeine Vorschrift des § 612 Abs. 1 BGB. Demgemäß gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

a) BAG 2011: Unzulässigkeit pauschaler Überstundenabgeltung nach AGB – aber auch keine zwingende Vergütung nach § 612 BGB

Dies hat das BAG im Jahr 2011 am Beispiel der Überstundenabgeltung verdeutlicht. Ein etwa 40-jähriger Rechtsanwalt, der ein Jahresgehalt von 80.000 € zuzüglich Bonus (im Jahr 2008 hatte dieser 8.000 € betragen) erzielt hatte, klagte, nachdem sein Arbeitsvertrag gekündigt worden war, auf Überstundenbezahlung. Dies begründete er damit, dass er in der Zeit zwischen dem 16.10. 2006 und dem 30.9. 2008 unter Einschluss der Lektüre von Fachliteratur und des Besuchs eines Notargrundkurses 930,33 Überstunden geleistet hätte, was bei einem Stundensatz von 42,31 € zu einer Forderung von 39.362,26 € führte. In seinem Arbeitsvertrag war folgende AGB vereinbart worden: „Durch die zu zahlende Bruttovergütung ist eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten.“ Diese Klausel hielt der Kläger für unwirksam.¹³

heimer, Mehr Lohn für weniger Arbeit, FAZ 11.10. 2017, S. 15; Diekmann, Neue IG-Metall-Forderung 28-Stunden-Woche – wertvoller als Geld, Spiegel Online 9.10. 2017, abzurufen unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/28-stunden-woche-zwischen-ig-metall-und-arbeitgebern-droht-ernster-streit-a-1171163.html> (abgerufen 21.7. 2018).

13 BAG 17.8. 2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335. Die gegen das Urteil eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG 28.6. 2014 – 1 BvR 2962/11, nicht veröffentlicht.

Das BAG gab ihm zwar insofern Recht, als es die zitierte Klausel in der Tat wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB für rechtswidrig erklärte. Eine Klausel zur pauschalen Überstundenvergütung sei nur dann klar und verständlich, wenn deutlich würde, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollten. Der Arbeitnehmer müsse bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was gegebenenfalls auf ihn zukomme und welche Leistung er für die Vergütung maximal zu erbringen habe.¹⁴

Dennoch wies das Gericht die Klage ab. Nachdem eine ausdrückliche Vergütungsbestimmung aufgrund der Unwirksamkeit der AGB-Klausel nicht existierte, hätte es zur Begründung der Vergütungspflicht nach § 612 Abs. 1 BGB einer diesbezüglich objektiven Vergütungserwartung bedurft.¹⁵ Eine solche Erwartung, so die Richter, würde zwar in weiten Teilen des Arbeitslebens existieren. Jedoch gebe es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten sei. Die Richter ließen die Frage offen, ob das vom Kläger als Mehrarbeit bezeichnete Studium von Fachliteratur und der Besuch eines Notargrundkurses Arbeit sei im Sinne einer Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses diene. Zumindest fehlte es ihres Erachtens an der weiteren Voraussetzung des § 612 Abs. 1 BGB, dass die betreffende Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten gewesen sei. Eine solche Vergütungserwartung ließe sich anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander feststellen.¹⁶ Sie könne sich „insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine

14 BAG 17.8. 2011 – 5 AZR 406/10 (Fn. 13), Rn. 13-16. Die Richter ließen die Frage offen, ob es sich bei der Klausel um eine Regelung über die Hauptleistungspflichten der Parteien handelte; jedenfalls unterliege sie der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, BAG 17.8. 2011 – 5 AZR 406/10 (Fn. 13), Rn. 13.

15 Soweit eine solche Erwartung anzunehmen ist, wird die „übliche Vergütung“ nach § 612 Abs. 2 BGB geschuldet, BAG 26.5. 1993 – 4 AZR 461/92 NZA 1993, 1049; BAG 28.9. 1994 – 4 AZR 619/93, AP Nr. 38 zu § 2 BeschFG 1985; *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 18. Aufl. 2018, § 612 BGB Rn.38 f.

16 BAG 17.8. 2011 – 5 AZR 406/10 (Fn. 13), Rn. 20, unter Verweis auf BAG 11.10. 2000 – 5 AZR 122/99, BAGE 96, 45 zu IV a.

Vergütung von Überstunden vorsehen“.¹⁷ Aber dies war in der Anwaltschaft offensichtlich nicht der Fall, weshalb das BAG eine generelle Einschätzung zur Mehrarbeit vornehmen konnte. Das Gericht erklärte, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, nach welchem jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten sei, gebe es gerade bei Diensten höherer Art nicht.¹⁸ Darlegungs- und beweispflichtig für das Bestehen einer Vergütungserwartung sei nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der eine Vergütung begehre. Da der Kläger keinen entsprechenden Sachvortrag geliefert hatte, war die Klage abzuweisen.¹⁹

Diese Entscheidung des BAG belegt nicht nur eine gewisse Rigidität des Gerichts gegenüber Allgemeinen Arbeitsbedingungen und seine realistische Einschätzung dessen, was bei der Beschäftigung gut bezahlter Rechtsanwälte als üblich gelten kann. Sie zeigt darüber hinaus in klarer Selbstverständlichkeit, dass der Begriff der entgeltpflichtigen Arbeit und der entgeltpflichtigen Arbeitszeit grundsätzlich nicht übereinstimmt mit dem Begriff der Arbeitszeit im Sinne anderer Regelungssysteme. Völlig zu Recht haben die Richter den Begriff der Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitrechts nicht in Betracht gezogen, obwohl sich die vom Kläger angeführten Tätigkeitszeiten unter § 2 Abs. 1 ArbZG²⁰ hätten subsumieren lassen, und auch nicht denjenigen des Betriebsverfassungsrechts.²¹

-
- 17 BAG 17.8. 2011 – 5 AZR 406/10 (Fn. 13), Rn. 20. Dieses Zitat ist insofern unvollständig oder vielleicht sogar irreführend, als eine Einwirkung von Tarifverträgen auf Vergütungserwartungen nur dann angenommen werden kann, wenn die Tarifverträge im betreffenden Wirtschaftsbereich eine entsprechend prägende Funktion haben, also über einen bestimmten Verbreitungsgrad verfügen. Würde man das anders sehen, ergäbe sich daraus ein Instrument der Fremdbestimmung, welches bei jedweder Art von Arbeitsvertragsbestimmungen zu vermeiden ist. Deshalb ist für die Bestimmung der Vergütungshöhe nach § 612 Abs. 2 BGB anerkannt, dass Tarifverträge lediglich insofern beachtet werden können, als sie hinreichend weit verbreitet sind. Nur dann können sie die in § 612 Abs. 2 Satz 2 BGB geforderte Üblichkeit bewirken, vgl. BAG 26.5. 1993 – 4 AZR 461/92 (Fn. 15); BAG 28.9. 1994 – 4 AZR 619/93 (Fn. 15); *Preis*, in: ErfK (Fn. 15), § 612 BGB Rn. 38 f. Siehe zu alledem im Einzelnen *Giesen*, Fremdbestimmung durch Tarifvertrag, ZfA 2016, 153 unter IV 5 a, bb.
- 18 BAG 17.8. 2011 – 5 AZR 406/10 (Fn. 13), Rn. 20, unter Verweis auf *Preis*, in: ErfK (Fn. 15) § 612 BGB Rn. 18; *Thüsing*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 612 BGB Rn. 23, und „vgl.“ BAG 17.11. 1966 – 5 AZR 225/66, BAGE 19, 126; BAG 17.3. 1982 – 5 AZR/1047/79, BAGE 38, 194.
- 19 BAG 17.8. 2011 – 5 AZR 406/10 (Fn. 13), Rn. 20 f.
- 20 Siehe dazu näher unten III 1 a.
- 21 Siehe dazu oben II 1; vgl. generell zum Begriff der Arbeitszeit im Sinne des ArbZG, im Sinne des arbeits- oder tarifvertragsrechtlichen Vergütungsrechts, im

b) Vergütung bei arbeitszeitrechtlich unzulässiger Überlast

Dementsprechend schließt auch der Verstoß gegen das Arbeitszeitrecht die Vergütung der (rechtswidrig geleisteten) Arbeit nicht aus. Zu Recht hat das BAG entschieden, dass eine Arbeitszeitvereinbarung, welche zur Leistung jenseits des arbeitszeitrechtlich Zulässigen verpflichtet, zwar gemäß § 134 BGB nichtig ist. Da hiermit aber lediglich die diesbezügliche Regelung der Dienstpflicht und die dementsprechende Vergütungsregelung entfallen, bleibt es dennoch dabei, dass die tatsächlich darüber hinaus geleistete Arbeit nach Maßgabe von § 612 Abs. 2 BGB zu vergüten ist, wobei als Bemessungsmaßstab im Zweifel die vereinbarte Vergütungshöhe gilt.²²

c) Vergütungspflicht nach MiLoG

Unabhängig von vertraglichen Festsetzungen muss für das Mindestlohnrecht mit seiner zeitabhängigen Vergütungsvorgabe geklärt werden, welche Zeiten mit dem Mindestlohn zu vergüten sind. Die diesbezügliche Vorgabe des § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG sieht lediglich vor, dass der gesetzliche Mindestlohn „je Zeiteinheit“ zu leisten ist. Was in dieser Zeiteinheit zu geschehen hat, damit der Anspruch entsteht, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt worden. In der Literatur besteht die Neigung, Anleihen beim Arbeitszeitrecht zu machen, also die arbeitszeitrechtlichen Kategorien der Arbeitsbereitschaft, der Rufbereitschaft und des Bereitschaftsdienstes in Bezug zu nehmen. Allerdings wird dann wiederum die Einschränkung gemacht, dass die betreffenden Zeiten nur erfasst würden, wenn sie wie Arbeitszeit zu vergüten seien. Bereitschaftsdienst als solcher sei deshalb generell nicht mindestlohnpflichtig.²³ Nachdem der EuGH mittlerweile bereits die kurzfristige Rufbereitschaft für arbeitszeitrechtlich einschlägig erklärt,²⁴ ist der Nutzen der arbeitszeitrechtlichen Anknüpfung aber weitgehend verloren gegangen. Teilweise wird in der Literatur die entsprechende Ansicht vertreten, dass jegliche Bereitschaft nicht min-

Sinne des Betriebsverfassungsrechts und im Sinne weiterer Regelungen Wank, in: ErfK (Fn. 15), § 2 ArbZG Rn. 10 ff.

22 BAG 24.8. 2016 – 5 AZR 129/16, DB 2017, 313 mit Anmerkung *Melot de Beauregard*. Dort heißt es in Rn. 31: „Die Vereinbarung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 52,5 Stunden verstößt gegen § 3 ArbZG. Der Verstoß hat jedoch nach § 134 BGB nicht die Nichtigkeit der Arbeitszeitvereinbarung insgesamt, sondern deren Teilnichtigkeit zur Folge. Die Vereinbarung ist wirksam, soweit sie eine Arbeitsleistung von wöchentlich 48 Stunden vorsieht.“

23 *Franzen*, in: ErfK (Fn. 15), § 1 MiLoG Rn. 4 mit weiteren Nachweisen.

24 EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 – Matzak; siehe dazu *Freyler*, Der außerhalb des Arbeitsplatzes verbrachte Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit, EuZA 2018, 463; siehe näher unten III 1 a.

destlohnrelevant sei.²⁵ Das dürfte in Übereinstimmung stehen mit der oben II 3 a zitierten Definition des BAG, welche die vergütungspflichtige Arbeit als Tätigkeit umschreibt, „die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient“.²⁶ Damit sind Arbeitnehmer in Bereitschaft nicht schutzlos gestellt. Vielmehr bedarf es hier des – ohnehin weiterhin eingreifenden – Schutzes insbesondere nach § 138 BGB,²⁷ damit Bereitschaft nicht unterbezahlt bleibt.

III. Arbeitszeitrechtlicher Regelungsrahmen

1. Deutsches Arbeitszeitgesetz und EU-Arbeitszeitrichtlinie im Konflikt

Das deutsche Arbeitszeitrecht der letzten Jahrzehnte ist geprägt durch einen deutsch-europäischen Regelungskonflikt. Es existiert ein struktureller Abstimmungsmangel zwischen einerseits dem deutschen Arbeitszeitrecht, wie es in der Tradition des Arbeitszeitverordnung (AZO) im Jahr 1994 durch das ArbZG neugeregelt wurde, und andererseits der EU-Arbeitszeitrichtlinie aus dem Jahr 2003, die ihrerseits die Arbeitszeitrichtlinie von 1993 ersetzt hat.²⁸

Nach deutschem Verständnis wird der Begriff der Arbeitszeit herkömmlich relativ eng interpretiert mit der Folge, dass die Anwesenheit beim Bereitschaftsdienst früher nicht als reguläre Arbeit eingeordnet wurde, und dass zumindest die ältere Judikatur nicht jede Tätigkeit im Interesse des Arbeitgebers als ruhezugschädlich einordnete.²⁹ Im Gegensatz dazu entwickelt sich auf der Basis der Arbeitszeitrichtlinie in der Rechtsprechung des EuGH ein weitreichendes Verständnis von Arbeitszeit, welches die Anwesenheitsbereitschaft einschließt und zuletzt sogar auch die Rufbereitschaft als Arbeitszeit einordnet, wenn sich ein daheim befindlicher Feuerwehrmann binnen acht Minuten am Arbeitsort einfinden muss.³⁰

25 Riechert/Nimmerjahn, Mindestlohnsgesetz, 2. Aufl. 2017, § 1 MiLoG Rn. 60 ff.; Thüsing/Hütter, Was ist Arbeit? – Oder: Warum Bereitschaftsdienst keine Arbeitszeit im Sinne des MiLoG ist, NZA 2015, 970 ff.

26 BAG 17.8.2011 – 5 AZR 406/10 (Fn. 13), Rn. 19.

27 Dazu Picker, Niedriglohn und Mindestlohn, RdA 2014, 25, 31 ff.

28 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Amtsblatt EU 2003 L 299/9 ff.); siehe zuvor die Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Amtsblatt EG 1993 L 307/18 ff.).

29 BAG 13.11.1986 – 6 AZR 567/83, AP Nr. 27 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG 26.1.1989 – 6 AZR 566/86, ZTR 1989, 318; siehe näher unten III 1 d.

30 EuGH 21.2.2018 – C-518/15 – Matzak; siehe sogleich unter III 1 a.

Das alles bedeutet aber nicht, dass das europäische Arbeitszeitrecht strenger ist als das deutsche Arbeitszeitrecht. Denn die Arbeitszeitrichtlinie ermöglicht auf doppelte Weise weitreichende Einsatzzeiten von Arbeitnehmern:

Erstens kennt die EU-Arbeitszeitrichtlinie – anders als § 3 ArbZG, der maximal zehn Stunden zulässt – keine tägliche Höchstarbeitszeit, sondern nach Art. 5 und 6 lediglich eine wöchentliche Ruhezeit und eine wöchentliche Höchstarbeitszeit, die zudem sehr flexibel ausgestaltet sind: „Pro Siebentageszeitraum“ sollen 24 Stunden Ruhezeit gewährt, und „pro Siebentageszeitraum“ sollen 48 Stunden Arbeitszeit nicht überschritten werden; die Bezugszeiträume lassen sich nach Maßgabe von Art. 16, 22 Arbeitszeitrichtlinie noch ausweiten. Im Übrigen verpflichtet Art. 3 Arbeitszeitrichtlinie, so wie das deutsche Recht, lediglich zur Einhaltung einer Mindestruhezeit von elf Stunden „pro 24-Stunden-Zeitraum“. Deshalb wäre es dem deutschen Gesetzgeber möglich, auf die Vorschrift zur täglichen Höchstarbeitszeit zu verzichten.

Zweitens enthalten Art. 17 bis 22 EU-Arbeitszeitrichtlinie sehr weitreichende Ausnahmekataloge, die in § 7, 12 bis 15, 18, 21a ArbZG nur in beschränktem Maß genutzt werden. Damit sind vielfältige Arbeits- und Lebensbereiche in Deutschland strengen Arbeitszeitregeln unterworfen, ohne dass dies europarechtlich geboten wäre.

Mit anderen Worten: Das deutsche Arbeitszeitrecht war und ist streng, was die zulässigen Arbeitszeiten betrifft, es definierte jedoch – zumindest nach seiner ursprünglichen Konzeption – viele Phasen nicht als Arbeitszeit. Das europäische Arbeitszeitrecht erweist sich dagegen mit fortschreitender EuGH-Rechtsprechung zwar insofern als streng, als jede Form der beschränkten Selbstbestimmung (etwa bei der *stand by*-Rufbereitschaft) dem Begriff der Arbeitszeit unterworfen wird. Jedoch definiert es sehr viel weniger streng die Ruhephasen und sonstige Zeiten, zu denen nicht gearbeitet werden darf.

Die Konsequenzen des Zusammenfallens beider Regelwerke, wie sie sich aus dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Arbeitszeitrechts ergeben, liegen auf der Hand: Da insgesamt der strenge im deutschen Arbeitszeitgesetz angelegte Rahmen zu wahren ist, zugleich aber der ebenfalls strenge Arbeitszeitbegriff des EuGH eingreift, hat sich für die Rechtsanwendung in Deutschland ein doppelt straffes Regime entwickelt – welches wohl deshalb von den Behörden nicht in voller Konsequenz durchgesetzt wird.

Die Einzelheiten dieser rechtlichen Konstellation sollen im folgenden Text anhand der wichtigsten Vorschriften zum Arbeitszeitrecht näher dargelegt werden.

a) Der Begriff der Arbeitszeit (§ 2 Abs. 1 ArbZG), definiert nach europarechtlichen Vorgaben

Der Begriff der Arbeitszeit ist in § 2 Abs. 1 ArbZG definiert. Danach ist Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes „die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen; Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern sind zusammenzurechnen“. Diese Definition ist zu Recht als wenig aussagekräftig bezeichnet worden.³¹ Sie bietet sich geradezu dafür an, mittels der Regeln über die richtlinienkonforme Auslegung vom EuGH konkretisiert zu werden. Für die EU-Arbeitszeitrichtlinie ergibt sich die Definition der Arbeitszeit wiederum aus deren Art. 2 Nr. 1. Danach ist Arbeitszeit

„jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“.

Trotz Rekurs auf die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten“ hat der EuGH diesen Begriff europarechtlich ausgestaltet. Nach seiner Ansicht ist Arbeitszeit bereits diejenige Zeit, in welcher der Arbeitnehmer aufgrund persönlicher Anwesenheit und Verfügbarkeit am Arbeitsplatz zur Erbringung seiner beruflichen Leistungen als Bestandteil der Wahrnehmung seiner Aufgaben zur Verfügung steht. Dafür genügt es, dass er seinen Aufenthaltsort nicht frei bestimmen kann.³² Daraus folgt, dass auch diejenigen Zeiträume hierzu zählen, welche ein Arbeitnehmer in Anwesenheitsbereitschaft am Arbeitsplatz verbringt. Somit widersprechen deutsche Vorschriften, welche lange Anwesenheitsbereitschaften erlauben und damit die europarechtlich vorgegebene Ruhezeit unterschreiten, dem Richtlinienrecht.³³ Das schließt die Zulassung tarifvertraglicher Vorschriften über Höchstarbeitszeiten mit ein.³⁴ Zuletzt hat der EuGH in der Entscheidung Matzak, wie gesagt, diejenige Zeit als Arbeitszeit eingeordnet, welche ein Arbeitnehmer in Rufbereitschaft verbringt und am Arbeitsplatz schnell verfügbar sein muss. Danach gilt als Arbeitszeit ebenfalls

„die Bereitschaftszeit, die ein Arbeitnehmer zu Hause verbringt und während deren er der Verpflichtung unterliegt, einem Ruf des Arbeitgebers zum Einsatz

31 Wank, in: ErfK (Fn. 15), § 2 ArbZG Rn. 10.

32 EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 Rn. 57, 59 – Matzak; EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 Rn. 53 – Jaeger; EuGH 3.10. 2000 – C-303/98 Rn. 48 – SIMAP.

33 EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 – Jaeger; EuGH 5.10. 2004 – C-397/01 u.a. – Pfeiffer; Baeck/Deutsch, ArbZG, 2. Aufl. 2004, § 25 Rn. 14 ff.; vgl. Schliemann, Allzeit bereit – Bereitschaftsdienst und Arbeitsbereitschaft zwischen Europarecht, Arbeitszeitgesetz und Tarifvertrag, NZA 2004, 513 ff.; ebenso bereits zum spanischen Recht EuGH 3.10. 2000 – C-303/98 – SIMAP; EuGH 3.7. 2001 – C-241/99 – CIG.

34 EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 – Jaeger.

innerhalb von acht Minuten Folge zu leisten, wodurch die Möglichkeit, anderen Tätigkeiten nachzugehen, erheblich eingeschränkt ist“.³⁵

b) Die (ausschließlich nach deutschem Recht) zulässige Höchstarbeitszeit gemäß § 3 ArbZG

Die zulässige werktägliche Arbeitszeit beträgt nach § 3 ArbZG grundsätzlich bis zu zehn Stunden. Hierbei darf innerhalb eines Bezugszeitraums von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen ein Durchschnitt von werktäglich acht Stunden nicht überschritten werden (§ 3 ArbZG).

Eine solche tagesbezogene Höchstarbeitszeitvorgabe fehlt in der EU-Arbeitszeitrichtlinie. Art. 6 EU-Arbeitszeitrichtlinie sieht lediglich eine durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden vor, wobei hierfür nach Art. 16 lit. b EU-Arbeitszeitrichtlinie ein Bezugszeitraum von allerdings nur bis zu vier Monaten eingreift. Das deutsche Recht verstößt somit zwar insofern gegen die Richtlinienvorgaben, als mit den genannten sechs Kalendermonaten bzw. 24 Wochen eben die vier Monate überschritten werden,³⁶ was allerdings in der Praxis kaum eine Rolle spielt, da die Bezugszeiträume meist ohnehin nicht voll genutzt werden. Es ist aber insofern viel strenger als das Richtlinienrecht, als nach der Richtlinie Tagesarbeitszeiten von über zwölf Stunden erreicht werden können, wenn eben nur die Elf-Stunden-Ruhezeit eingehalten wird.

c) Ruhepausen (§ 4 ArbZG)

Auch das Recht der Ruhepausen ist in Deutschland vor allem durch die nationalen Regeln geprägt. So sieht § 4 Satz 1 ArbZG vor, dass die Arbeit durch im Voraus feststehende Ruhepausen von mindestens 30 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als sechs bis zu neun Stunden zu unterbrechen ist; die Ruhepausen haben 45 Minuten Länge bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden insgesamt. Sie können gemäß § 4 Satz 2 ArbZG in Zeitabschnitte von jeweils mindestens 15 Minuten aufgeteilt werden. Länger als sechs Stunden hintereinander dürfen Arbeitnehmer nicht ohne Ruhepause beschäftigt werden. Relativ eng definierte Abweichungsmöglichkeiten bestehen gemäß §§ 7, 14, 15 ArbZG, Erweiterungen nach § 8 ArbZG.

³⁵ EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 Leitsatz 4 – Matzak.

³⁶ Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 16 Richtlinie 2003/88/EG Rn. 5; Wank, in: ErfK (Fn. 15), § 3 ArbZG Rn. 7; anderer Ansicht Baeck/Deutsch, ArbZG, 3. Aufl. 2014, § 3 ArbZG Rn. 8, die einen Gesamtvergleich zwischen deutschem und europäischem Recht vornehmen und auf diese Weise zu einer nach deutschem Recht für den Arbeitnehmer günstigeren Regelung kommen.

Die für die Ruhepausen geltenden Regeln der EU-Arbeitszeitrichtlinie sind dagegen relativ offen formuliert. Art. 4 EU-Arbeitszeitrichtlinie verlangt lediglich, dass

„jedem Arbeitnehmer bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sechs Stunden eine Ruhepause gewährt wird; die Einzelheiten, insbesondere Dauer und Voraussetzung für die Gewährung dieser Ruhepause, werden in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern oder in Ermangelung solcher Übereinkünfte in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegt“.

Damit stellt das Europarecht lediglich generelle Anforderungen, die weniger streng sind als das deutsche Recht. Weitreichende Abweichungsmöglichkeiten bestehen zudem nach Art. 17, 18, 20, 21 EU-Arbeitszeitrichtlinie.

d) Ruhezeit von mindestens elf Stunden (§ 5 ArbZG, Art. 3 EU-Arbeitszeitrichtlinie)

Offen ist die Frage, ob und inwieweit die Regelung der Ruhezeit durch deutsche oder auch durch europäische Vorschriften bestimmt wird. Auf den ersten Blick ergeben sich keine offenen Widersprüche zwischen der europäischen Vorgabe (Art. 3 EU-Arbeitszeitrichtlinie: pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden) und der deutschen Umsetzung (§ 5 Abs. 1 ArbZG: nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden). Modifizierungen existieren in beiden Regelwerken, sollen hier aber nicht weiter vertieft werden (vgl. einerseits Art. 17, 18, 20, 21 EU-Arbeitszeitrichtlinie, andererseits § 5 Abs. 2, 3, §§ 7, 8, 14, 15 ArbZG).

Ein Problem, das bisher nicht auf europäischer Ebene geklärt wurde, ist die Unterbrechung der Ruhezeit. Es geht um die Frage, welche Aktivität ausreicht, um die Annahme zu rechtfertigen, dass ein Arbeitnehmer nicht mehr „ruht“, mit der Konsequenz, dass die Ruhezeit von elf Stunden neu anfängt zu laufen. In § 5 ArbZG wird die Ruhezeit nicht definiert, wohl aber in Art. 2 Nr. 2 EU-Arbeitszeitrichtlinie. Danach ist Ruhezeit „jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit“. Legt man dies streng aus, lässt sich Ruhezeit negativ als Nicht-Arbeiten im Sinne der EU-Arbeitszeitrichtlinie definieren. Konsequenterweise müsste dann an den Begriff der Arbeitszeit angeknüpft werden, welcher wiederum – wie gesagt – vom EuGH weit ausgelegt wird.³⁷ Andererseits lässt sich Ruhen auch als Vorgang des Ausruhens und des Kräftesammelns umschreiben, was im Kern eher dem Sinn und Zweck der Regelung entsprechen dürfte. All das ist aber bis heute nicht geklärt.

37 Siehe oben III 1 a.

Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass im Zuge der Digitalisierung Arbeitnehmer immer wieder außerhalb der vereinbarten Arbeitszeit und – möglicherweise – innerhalb der Ruhezeit kürzere Aktivitäten im Interesse des Arbeitgebers entfalten. Für diese Situationen stellt sich die Frage, welches Ausmaß solche Aktivitäten haben müssen, damit eine Ruhezeitunterbrechung angenommen werden kann. Seit jeher ist wohl anerkannt, dass beispielsweise ein kurzes Telefonat mit einem Arbeitskollegen nicht unbedingt zur Ruhezeitunterbrechung führen muss. Ruft beispielsweise ein Lehrer einen anderen Lehrer abends um 22.00 Uhr an und bittet ihn, am nächsten Tag korrigierte Schulaufgaben aus dem Lehrerzimmer abzuholen, dann führt das nicht dazu, dass beide an jenem Tag erst ab 9.00 Uhr mit dem Unterrichten beginnen dürfen. In der Tat hat zumindest die ältere Rechtsprechung des BAG in zwei Fällen deutlich gemacht, dass kurze Tätigkeiten den notwendigen Vorgang des Ausruhens nicht hindern. Beide Fälle, 1986 und 1989 entschieden, betrafen das abendliche Öffnen und Schließen von Türen eines Veranstaltungsraums durch einen Schulhausmeister. Diese Tätigkeiten wurden nicht als ruhezeitunterbrechende Arbeitszeit eingeordnet, weil nach Meinung des Gerichts solche kleineren Unterbrechungen die Erholungsphase in der Ruhezeit nicht berührten.³⁸ Die genannten Entscheidungen sind mittlerweile, unter Geltung des ArbZG, allerdings mit Vorsicht zu genießen. Die Frage ist für das ArbZG nicht richterlich geklärt.

Heute wird teilweise die Ansicht vertreten, jeder noch so kurze (Arbeits-) Einsatz für den Arbeitgeber müsse zur Neuberechnung der Ruhezeit nach § 5 ArbZG führen;³⁹ teils hält man aber zumindest kurze Unterbrechungen für nicht ruhezeitschädlich.⁴⁰ Gerade die strenge Sichtweise steht in deutlichem Kontrast zur zitierten BAG-Rechtsprechung. Selbst wenn man deren weite Auffassung nicht teilen mag, ergeben sich dennoch sozialadäquate Verhaltensweisen wie beispielsweise kurzes Kommunizieren, welche nicht zur zwingenden Verschiebung von Arbeitstätigkeiten führen sollten. Dass der Gesetzgeber eine Erholungsphase anordnet, die bei Arbeitseinsätzen neu begonnen werden muss, kann nicht zu immer wieder neuen

38 BAG 13.11. 1986 – 6 AZR 567/83 (Fn. 29); BAG 26.1. 1989 – 6 AZR 566/86 (Fn. 29).

39 Für eine strenge Handhabung *Falder*, Immer erreichbar – Arbeitszeit- und Urlaubsrecht in Zeiten des technologischen Wandels, NZA 2010, 1150, 1151 f.; *Jacobs*, Reformbedarf im Arbeitszeitrecht, NZA 2016, 733, 735; *Wiebauer*, Arbeitsschutz und Digitalisierung, NZA 2016, 1430, 1433.

40 *Günther/Böglmüller*, Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, 1025, 1028; *Hanau*, Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, 2613, 2617; *Wirtz*, Gestaltungsmöglichkeiten bei der Verlängerung der täglichen Arbeitszeit nach dem ArbZG, BB 2014, 1397, 1401; *Anzinger/Koberski*, ArbZG, 4. Aufl. 2014, § 5 Rn. 13; *Baack/Deutsch*, ArbZG, 5. Aufl. 2016, § 5 Rn. 14.

Aufschüben führen. Es gilt vielmehr der Grundsatz der sozial adäquaten Betätigung und Kommunikation, welche nicht immer ein neu entstehendes Erholungsbedürfnis nach sich ziehen kann.

Somit bedarf es zwar einer Trennung der sich faktisch weiter verflechtenden privaten und beruflichen Lebenssphäre. Andererseits kann die Realität der sozialadäquaten Verknüpfung beider Ebenen nicht ignoriert werden. Die ausnahmsweise Kontaktaufnahme mit zu Hause wird an den meisten Arbeitsplätzen, soweit dies technisch vertretbar ist, zugelassen, und so lässt sich auch die Kontaktaufnahme mit Arbeitskollegen oder Kunden in kurzen Kontakten außerhalb der Arbeitszeit nachvollziehen. Insgesamt ist demnach das Erholungs- und Ruhebedürfnis des Arbeitnehmers zu garantieren, weshalb nur unregelmäßig auftretende Unterbrechungen von wenigen Minuten als nicht ruhezeitschädlich hingenommen werden können. Was darüber hinausgeht, unterbricht die Ruhezeit.

In diesem Kontext sei daran erinnert, dass das hier diskutierte Problem der arbeitszeitrechtlichen Ruhezeitunterbrechung nichts mit der Frage zu tun hat, ob der Arbeitnehmer zu der jeweiligen – arbeitszeitrechtlich maßgeblichen oder unmaßgeblichen – Tätigkeit verpflichtet ist. Dies ist regelmäßig nicht der Fall. Das „Recht auf Nichterreichbarkeit“ außerhalb der Arbeitszeit ist in Wirklichkeit kein Recht, sondern ein schlichtes Nichtbestehen von (Arbeits-) Pflichten. Der Arbeitgeber kann keine Formen der Erreichbarkeit einfordern, soweit im Arbeitsvertrag nicht Rufbereitschaft oder Ähnliches vereinbart ist.⁴¹ Ausnahmen bestehen nur in Notfällen, in denen der Arbeitnehmer verpflichtet sein kann, auch über das vertraglich Vereinbarte hinaus tätig zu werden.⁴²

41 Vgl. Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regulationsbedarf, in: 71. Deutscher Juristentag (DJT), 2016, S. B3, B37 f.; Göpfert/Schöberle, Recht auf Unerreichbarkeit?, ZIP 2016, 1817 ff.; Wiebauer, NZA 2016, 1430, 1433.

42 BAG 3.12.1980 – 5 AZR 477/78, DB 1981, 799 (Notfall als Ausnahme anerkannt, aber in der konkreten Situation nicht einschlägig); LAG Berlin 27.7.1993 – 9 Sa 52/93, AuA 1994, 186 f. (kein Notfall bei Zuweisung einer ansonsten nicht geschuldeten Nachtschicht als Taxifahrer wegen Defekts eines Fahrzeugs); ArbG Leipzig 4.2.2003 – 7 Ca 6866/02, DB 2003, 1279 f. (Schadensbeseitigungsarbeiten nach dem sogenannten Jahrhunderthochwasser können unter Umständen – trotz Nichtverhinderung des bereits eingetretenen Hochwasserschadens – insofern der Schadensvorsorge dienen, als ein längerer Betriebsausfall verhindert werden muss; jedoch sind solche Arbeiten nicht als unbezahlte Überstunden geschuldet); vgl. allgemein Preis, in: ErfK (Fn. 15), § 611 BGB Rn. 663, § 106 GewO Rn. 4.

2. Anwendungsdefizite eines (teilweise zu) strengen Arbeitszeitrechts

a) Durchsetzung des Arbeitszeitrechts in der digitalisierten Arbeitswelt

Das Problem der Einhaltung arbeitszeitrechtlicher Vorgaben in der digital geprägten Arbeitswelt wird derzeit zwar in der Theorie lebhaft diskutiert, spielt aber in der Praxis eine erstaunlich geringe Rolle. Viele Verstöße gegen das Arbeitszeitrecht werden von den Gewerbeaufsichtsämtern nicht zur Kenntnis genommen. Das betrifft insbesondere das abendliche und morgendliche Lesen sowie Beantworten von E-Mails und sonstigen Nachrichten, aber auch die Überschreitung von Höchstarbeitszeiten etwa im Bereich freiberuflicher Tätigkeiten und durch das Management. Die Verfolgung der betreffenden Verstöße ist aufwendig und erfordert teilweise den Zugriff auf Kommunikationsdaten der Beteiligten. Von hoheitlicher Seite werden kaum Ressourcen bereitgestellt, um hier aufsichtsrechtlich einzugreifen. Auch die Arbeitsvertragsparteien sind nicht bereit, darüber zu streiten, weshalb sich Konflikte mit Bezug zum Arbeitszeitgeschehen in der Regel erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einstellen.⁴³

Andererseits hat das relativ neue Mindestlohnrecht Impulse im Sinne einer Einhaltung (auch) des Arbeitszeitrechts gebracht. Nach § 17 MiLoG haben Arbeitgeber für geringfügig Beschäftigte sowie für sonstige Arbeitnehmer bestimmter Branchen den Beginn, das Ende und die Dauer der täglichen Arbeitszeit spätestens sieben Tage nach der Arbeitsleistung aufzuzeichnen; die Aufzeichnungen sind zwei Jahre lang aufzubewahren. Das hat – gewissermaßen nebenher – die strengere Überwachung arbeitszeitrechtlicher Regelungen bewirkt.

b) Flexibilisierung überwachter sicherheitsrelevanter Tätigkeiten: Schifffahrt, offshore-Arbeit, Luftfahrt

Die teilweise Tolerierung von Verstößen gegen das Arbeitszeitrecht steht im Kontrast zur Handhabung des Arbeitszeitrechts besonderer Personengruppen, bei denen sich „heimliche“ Rechtsverletzungen aufgrund technischer Überwachung nicht praktizieren lassen. Die betreffenden Arbeitnehmer sind, selbst in Bereichen besonderer Sicherheitsrelevanz, keineswegs in kürzeren Schichten tätig als andere Beschäftigte. Ganz im Gegenteil wurden für sie Sonderregelungen getroffen, in denen eine sehr flexible Streckung von Aktivitätsphasen jenseits der allgemeinen Arbeitszeitvor-

43 Nicht ohne Grund waren die beiden oben II 3 a und II 3 b referierten Fälle solche, in denen der Streit um die Vergütung erst nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses geführt wurde, BAG 24.8. 2016 – 5 AZR 129/16 (Fn. 22); BAG 17.8. 2011 – 5 AZR 406/10 (Fn. 13).

schriften ermöglicht wird: Das Seearbeitsrecht erlaubt für bestimmte Schiffe Zwölf-Stunden-Schichten im Zwei-Wachen-System;⁴⁴ die *Offshore*-Arbeitszeitverordnung ermöglicht entsprechende Dienste mit zusätzlichen Höchstgrenzen;⁴⁵ fliegendes Personal kann in bestimmten Fällen bis zu 13 Stunden ununterbrochen eingesetzt werden.⁴⁶ Es ergibt sich somit ein erstaunlicher Gegensatz zwischen den genannten anspruchsvollen und sicherheitsrelevanten Tätigkeiten einerseits, bei denen der Gesetzgeber relativ lange Aktivitätsphasen akzeptiert, und sonstiger Arbeit, für welche strengere Regeln gelten – die aber teilweise nicht durchgesetzt werden.

IV. Zusammenfassung und Fazit

In der digitalen Welt werden Entstehung und Verlust von Arbeitstechniken sowie – infolgedessen – von Unternehmen und Arbeitsplätzen erheblich beschleunigt; zugleich erneuern sich auch die Anforderungen an die Arbeitstätigkeit immer schneller. Dank Digitalisierung erhöhen sich Orts- und Zeitsouveränität, zugleich wird Arbeit anonymer. Es verstärkt sich die Verknüpfung von digitaler und „realer“ Welt, zugleich entfallen die bisherigen Grenzen zwischen Privat- und Berufsleben. Die Entwicklungen vollziehen sich in sehr unterschiedlichem Maße. In manchen Bereichen wirkt die Digitalisierung ständig revolutionierend, in anderen Be-

44 § 46 SeeArbG. Siehe für die Binnenschifffahrt Anhang XI § 3.04 (Dienst- und Ruhezeiten) der Binnenschiffsuntersuchungsordnung vom 6.12. 2008, BGBl. I 2008, S. 2450, zuletzt geändert am 16.12. 2016, BGBl. I 2016, S. 2948). Grundlage ist die Richtlinie 2014/112/EU des Rates vom 19.12. 2014 zur Durchführung der von der Europäischen Binnenschifffahrts Union (EBU), der Europäischen Schifferorganisation (ESO) und der Europäischen Transportarbeiter-Föderation (ETF) geschlossenen Europäischen Vereinbarung über die Regelung bestimmter Aspekte der Arbeitszeitgestaltung in der Binnenschifffahrt (Amtsblatt EU 2014 L 367/86).

45 §§ 3, 6 Offshore-Arbeitszeitverordnung.

46 Verordnung (EU) Nr. 83/2014 der Kommission vom 29.1. 2014 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 965/2012 zur Festlegung technischer Vorschriften und von Verwaltungsverfahren in Bezug auf den Flugbetrieb gemäß der Verordnung (EG) Nr. 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates (Amtsblatt EU 2014 L 28/17); Verordnung (EG) Nr. 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.2. 2008 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Europäischen Agentur für Flugsicherheit zur Aufhebung der Richtlinie 91/670/EWG des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1592/2002 und der Richtlinie 2004/36/EG (Amtsblatt EG 2008 L 79/1); Verordnung (EU) Nr. 965/2012 der Kommission vom 5.10. 2012 zur Festlegung technischer Vorschriften und von Verwaltungsverfahren in Bezug auf den Flugbetrieb gemäß der Verordnung (EG) Nr. 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates (Amtsblatt EU 2012 L 296/1).

reichen ist sie eher Nebensache – deshalb wird der digitale Umbruch auf der einen Seite dramatisiert, auf der anderen Seite kaum wahrgenommen. Diese „digitale Ungleichzeitigkeit“ erschwert die Analyse und die Diskussion, auch im Hinblick auf die – eben nur teilweise – geänderten Arbeitszeitbedürfnisse.

Die wichtigsten Kategorien der geregelten Arbeitszeit (außerhalb von längerfristig angelegten Kategorien wie Urlaub, Elternzeit, Lebensarbeitszeit etc.) sind die betriebliche Arbeitszeit, die individuelle Arbeitszeit, die entgeltpflichtige Arbeitszeit und die eigentliche arbeitszeitrechtliche Arbeitszeit, also diejenige, welche der Bemessung höchstzulässiger Arbeitsphasen und mindestens notwendiger Ruhephasen zugrunde gelegt wird.⁴⁷

Die betriebliche Arbeitszeit ist diejenige, welche gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG durch die Betriebspartner reguliert werden kann. Sie betrifft die Steuerung der Arbeitszeitlege, nicht dagegen die Steuerung der Arbeitsdauer. Eine Sonderstellung nimmt dabei die Befugnis der Betriebsparteien zur Anordnung von Kurzarbeit an, welche nach der Judikatur des BAG ohne Weiteres betriebsverfassungsrechtlich erfolgen kann. Das ist insofern ein Systembruch, als das BAG hier einen belastenden Eingriff in arbeitsvertraglich begründete Rechtspositionen des Arbeitnehmers erlaubt, ohne dass dafür eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage existiert. Ebenso fragwürdig erscheint die tarifvertragliche Steuerung der individuellen Arbeitszeit nicht tarifgebundener Arbeitnehmer, wie sie das BAG auf der Grundlage von § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 1 Satz 2 TVG zugelassen hat.⁴⁸

Die entgeltpflichtige Arbeitszeit richtet sich grundsätzlich nach dem Arbeits- oder dem Tarifvertrag, weshalb sich Schwierigkeiten vor allem bei fehlenden oder unwirksamen Vereinbarungen ergeben. In diesen Fällen greift § 612 Abs. 1 BGB, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Aus dieser Norm folgt, dass die Abgeltung von Überstunden nicht geschuldet wird, wenn sie unüblich ist – das hat das BAG für „Dienste höherer Art“ festgestellt, im konkreten Fall für die Arbeit eines Rechtsanwalts. Zudem hat das Gericht richtigerweise klargestellt, dass auch bei arbeitszeitrechtlich unzulässiger Überlast eine Vergütung geschuldet wird.⁴⁹

Unabhängig von vertraglichen Festsetzungen besteht für das Mindestlohnrecht das Erfordernis, Arbeitszeit zu ermitteln, um einen zeitabhängigen Mindestlohnanspruch nach § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG ausweisen zu können. Inwieweit dabei die Vorgaben des Arbeitszeitrechts unverändert

47 Oben I.

48 Oben II 1, 2.

49 Oben II 3 a, b.

übernommen werden können, ist von der Rechtsprechung noch nicht geklärt worden. Die Entlohnung von Arbeitsbereitschaft ist wohl nicht der gesetzlichen Regelung zuzuordnen.⁵⁰

Für den arbeitszeitrechtlichen Regelungsrahmen ergeben sich besondere Schwierigkeiten aus der fehlenden Abstimmung von deutschem Arbeitszeitgesetz und EU-Arbeitszeitrichtlinie. Das deutsche Arbeitszeitrecht war und ist streng, was die zulässigen Arbeitszeiten betrifft, es definierte jedoch – zumindest nach seiner ursprünglichen Konzeption – viele Phasen nicht als Arbeitszeit. Das europäische Arbeitszeitrecht erweist sich dagegen mit fortschreitender EuGH-Rechtsprechung zwar insofern als streng, als auch Formen beschränkter Ortssouveränität (etwa bei der *stand by*-Rufbereitschaft) dem Begriff der Arbeitszeit unterworfen werden. Jedoch definiert es sehr viel weniger streng die Zeiten, zu denen nicht gearbeitet werden darf. Insgesamt zeigt sich damit ein doppelter Reformbedarf für das deutsche Arbeitszeitrecht. Erstens ergibt sich die Notwendigkeit, die deutschen Regelungen auf das zunehmend strenger gehandhabte EU-Arbeitszeitrecht abzustimmen – dabei können zugleich die Freiräume genutzt werden, die das europäische Recht etwa bei der Festlegung täglicher Höchstarbeitszeiten lässt. Zweitens ist es aus rechtsstaatlicher Sicht misslich, die Unangemessenheiten des geltenden Rechts dadurch abzumildern, dass das Recht in großen Teilen nicht durchgesetzt wird. Eine realitätsnähere Ausgestaltung der Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeiten würde deren ordnungsgemäße Anwendung erleichtern.⁵¹

50 Oben II 3 c.

51 Oben III.

Diskussion*

Professor Dr. *Hermann Reichold* (Eberhard Karls Universität Tübingen) bemerkte zu Beginn der Diskussionsrunde, dass das enge Arbeitszeitregime die Unternehmen im Compliance- Bereich durchaus beunruhige. Die Ruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden sei in Art. 3 der Arbeitszeitrichtlinie vorgesehen, Flexibilisierungsspielraum eher auf Ebene der täglichen Arbeitszeit gegeben. Er erkundigte sich danach, welche Regulierung in einer Arbeitsrealität, welche sich in vielen Bereichen von den theoretischen Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes immer weiter entferne, unter dem Gesichtspunkt der fehlenden praktischen Kontrollmöglichkeit sinnvoll und denkbar sei. Es fehle gerade in kleineren oder Freiberuflerbetrieben häufig an einer Kontrollinstanz; ein Betriebsrat existiere in der Regel nicht.

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR München) stimmte seinem Vorredner bezüglich der geregelten Ruhezeit auf Richtlinienenebene zu, wies jedoch auf das Fehlen einer Regelung zur Höchstarbeitszeit hin. Wolle man die im nationalen Arbeitszeitgesetz vorgesehenen acht beziehungsweise zehn Stunden flexibilisieren, sei – unter Berücksichtigung von Pausenzeiten – theoretisch eine tägliche Arbeitszeit von insgesamt zwölf Stunden und 15 Minuten möglich. Die mangelnde Kontrolle sei darauf zurückzuführen, dass das Arbeitszeitregime derart schlecht sei, dass sich die Behörden hierfür nicht interessierten. Zuständig für die Umsetzung des Arbeitszeitrechts seien das Gewerbeaufsichtsamt sowie der Betriebsrat. Der durch die Digitalisierung eintretende Rückgang betrieblicher Mitbestimmung führe dazu, dass der Staat die Betriebsräte „beerbe“. Dort, wo die arbeitszeitrechtliche Überwachung durch fehlende kollektivarbeitsrechtliche Mitbestimmung nicht mehr durchgesetzt werde, werde zunehmend staatliche Steuerung zu erwarten sein. Die staatliche Steuerung funktioniere aber in der Praxis nicht, da die eigentlichen Probleme nicht bekannt seien, zudem sei das Regelungssystem so schlecht, dass Gewerbeaufsichtsämter keine Motivation hätten, dieses durchzusetzen.

Unter Bezugnahme auf die sozialadäquaten Geschehen, welche die Ruhezeit nicht unterbrechen würden, fragte Rechtsanwältin Dr. *Annusch Barten* (dm-drogerie markt GmbH + Co. KG Karlsruhe) nach möglichen Ausnahmen von der Ruhezeit. In Erinnerung habe sie ein BAG-Urteil, in welchem das siebenmalige Schneeschippen eines Hausmeisters als eine solche angesehen wurde.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

Der Referent antwortete mit einem Verweis auf die in § 14 ArbZG normierten „außergewöhnlichen Umstände“, unter die der starke Schneefall als einzigartiges Wetterphänomen wohl zu subsumieren sei. In der rechtspolitischen Diskussion spielten die Ausnahmen von der Höchstarbeitszeit eine große Rolle. Das Problem sei immer die Definition von Regel- und Ausnahme. § 14 ArbZG lasse Überschreitungen der zehn Stunden Höchstarbeitszeit zwar zu, sei in der Anwendung jedoch gefürchtet, weil die Begriffsdefinition sehr im Auge des Betrachters liege.

Dr. *Barten* ergänzte die Ausführungen mit dem Hinweis, sie habe Ausnahmen von der Ruhezeit, nicht der Höchstarbeitszeit gemeint. In der Praxis ließe sich eine solche im Hinblick auf das Organisationsverschulden des Arbeitgebers wohl schwer begründen.

Professor *Giesen* erwiderte, dass § 14 ArbZG Abweichungen von den §§ 3-5 ArbZG und damit auch solche von der Ruhezeit umfasse. Bestätigend bemerkte der Referent, dass die erfassten Not- und Sonderfälle häufig auf ein Organisationsverschulden des Arbeitgebers zurückzuführen seien, welche die Normhandhabung in der Praxis noch gefährlicher gestalte.

Professor Dr. *Abbo Junker* (ZAAR München) fügte hinzu, dass Ausnahmen umfassend in Art. 17 und 18 der Arbeitszeitrichtlinie vorgesehen seien. Hierdurch sei das deutsche Recht gedeckt, der EuGH lege diese jedoch sehr eng aus, weil der Gesundheitsschutz und die Sicherheit die leitenden Maximen seien. Entscheidungen im Einzelfall würden den Gerichtshof eher nicht erreichen, allenfalls eine nicht korrekte Umsetzung durch den Gesetzgeber oder eine ständige Rechtsprechung, die dem widerspreche. Ausnahmetatbestände seien daher auch europarechtlich eng auf das unbedingt Notwendige zu begrenzen.

Harms Lefnaer (Bundesarbeitgeberverband Glas und Solar e.V. München) erklärte, dass Arbeitszeit in der Praxis erst dann zu einem Problem werde, wenn die Betriebsparteien keine Einigung erzielten. Das zweite Problem sei die Gewerbeaufsicht, das dritte Problem der Gesetzgeber oder die Tarifvertragsparteien. Problematisch werde es stets bei einer Einmischung von außen. Zu beobachten sei die Entstehung einer Grauzone am Rande des Gesetzes; Tarifparteien gestalteten die Arbeitszeit aktiv und kreativ nach den modernen Anforderungen in einer vielfältigen Art und Weise.

Professor *Giesen* stimmte dem zu. Dies sei als eine generelle Tendenz einzustufen, auch wegen der angesprochenen digitalen Ungleichzeitigkeit: Es existierten Bereiche, in denen eine einheitliche Regelung des betrieblichen Geschehens möglich sei, andere Bereiche wiederum bedürften differenzierter Regelungen. Hier sei eine generelle Entwicklung nicht nur vom tarifvertraglichen und gesetzlichen Geschehen, sondern auch vom individualarbeitsrechtlichen ins betriebsverfassungsrechtliche Geschehen zu verzeichnen. Die Herausforderung sei die Schaffung einer Betriebsverfassung

mit beschleunigten Wahl- und Entscheidungsstrukturen. Die Betriebsverfassung bestehe derzeit aus kleinteiligen Mitbestimmungstatbeständen, die insgesamt zur Verlangsamung führten. Gerade arbeitssicherheitsrelevante Bereiche müssten einer beschleunigten Regelung unterworfen werden. Ansonsten müsse mit einer staatlichen Instanz gerechnet werden, welche dies nicht vernünftig leiste. Es bestehe damit ein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung.

Der nächste Beitrag folgte von Dr. *Ralf Busch* (Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH München): In einer digitalen Arbeitswelt werde man irgendwann nur noch arbeiten, wenn man „On“ sei, also etwas Digitales tue. Das Arbeitszeitgesetz werde nur noch On-Zeiten zum Gegenstand haben, wohingegen im Arbeitsvertragsrecht auch das Zurverfügungstellen von Arbeitszeiten eine Rolle spiele. Hier werde es einen Unterschied geben. In der Praxis stelle man überdies fest, dass Beweislast und Datenschutz von großer Bedeutung seien. Die Menschen wollten oft nicht, dass im Betrieb oder dem Arbeitgeber bekannt sei, was sie wann genau getan hätten. In Bezug auf Arbeitszeit könne in digitaler Hinsicht ein entschärfender Aspekt angenommen werden. Arbeitsvertraglich und vom digitalen Datenschutz her sei jedoch ein großer Konflikt zu erkennen.

Professor *Giesen* beantwortete dies mit einem Verweis auf die unterschiedlichen Arbeitszeitbegriffe. Es existierten differenzierte Formen des Arbeitszeitbegriffs; in Bezug auf den arbeitszeitrechtlichen Begriff sei wegen grundgesetzlicher Regulationsanliegen des Arbeitszeitgesetzes aber ein Vorrang gegenüber den Datenschutzbedürfnissen anzunehmen. Das bedeute die datenschutzrechtliche Zulässigkeit des Zugriffsrechts des Betriebsrats oder des der Gewerbeaufsicht. Im Bereich der Entgelterfassung würden nach dem BAG jedoch andere Parameter gelten. Dieses könne in den Grenzen der §§ 138, 612 BGB anders ausgestaltet werden, auch zum Zwecke der Entgeltauszahlung. Besonders in Bezug auf Vertrauensarbeit, in deren Rahmen eine gewisse Flexibilität möglich sei, sei dies unter Umständen ein Problem. Was das Arbeitszeitrecht und das Zugriffsrecht des Betriebsrats betreffe, zeigte sich der Referent optimistisch, wobei die Arbeitszeiterfassung so ausgestaltet werden müsse, dass diese tatsächlich nur Arbeitszeit erfasse. In anderen Bereichen bestehe arbeitszeitrechtliche Flexibilität, was dazu führen könne, dass es an der datenschutzrechtlichen Legitimation zur Erfassung eines jeden „Klicks“ fehle.

Sabine König (Arbeitgeberverband Chemie und verwandte Industrien Wiesbaden) bezog sich auf die im Arbeitszeitgesetz vorgesehenen Öffnungsklauseln bezüglich der Kürzung der Ruhezeit auf neun Stunden durch Tarifvertrag. Sie fragte, was mit der Art der Arbeit gemeint sei.

Professor *Giesen* erläuterte, dass § 7 ArbZG ein hohes Maß an Flexibilität zulasse; hier komme ein gewisses Grundvertrauen in die Kollektivpartner zum Ausdruck. Denkbar wäre dies im Bereich der Arbeitsmaschinenüberwachung. Gemeint sei beispielsweise eine reine Supervisionstätigkeit. Letztlich sei dies eine Frage der Erfassung des betrieblichen Geschehens. Insgesamt erwarte der Referent jedoch eine Zunahme, was mit dem Rückgang der physischen Belastung zu begründen sei.

Bezugnehmend auf die angesprochene Vernetzung realer und digitaler Welten und der ständigen Erreichbarkeit erkundigte sich *Frank Eppelein* (Philip Morris GmbH München) nach jüngerer Rechtsprechung.

Professor *Giesen* gab an, hierzu keine aktuelle Rechtsprechung gefunden zu haben. Die Frage der Erreichbarkeit sei seiner Ansicht nach auch kein rechtliches Problem, Erreichbarkeit schulde der Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag nicht. Das Beantworten einer E-Mail geschehe freiwillig, könne aber einen arbeitszeitrechtlichen Block auslösen. Leistungsstörungenrechtlich führe ein Unterbrechen der Ruhezeit zur Unmöglichkeit der eigenen Arbeitsleistung zum vereinbarten Arbeitsbeginn. Der Anspruch auf Arbeitsentgelt entfalle nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine in den Verantwortungsbereich des Gläubigers fallende Unmöglichkeit liege nur in einer ausdrücklichen Aufforderung zur Antwort und führe gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB zur Anspruchserhaltung.

Dr. *Jörg Janicki* (Dr. Janicki und Kollegen München) wies darauf hin, dass der Gesetzgeber mit der Geschwindigkeit, in der sich die Arbeitswelt ändere, nicht mithalten könne. Andererseits bestehe das Arbeitszeitgesetz nunmehr seit 25 Jahren, was wohl als lange Zeit angesehen werden könne. In Betriebsvereinbarungen fänden sich vermehrt Ansätze wie Work-Life Balance, die unter anderem auf die Problematik der permanenten Erreichbarkeit Rücksicht nehmen würden, sowie eine generelle Tendenz der stärkeren Berücksichtigung individueller Bedürfnisse. Er fragte, ob eine Tendenz erkennbar sei, dem Ansatz der Individualität auch gesetzlich stärker Rechnung zu tragen. Der eigentliche Ursprung sei der Gesundheitsschutz gewesen; wieso es diesem förderlich sein soll, Arbeit aufzuschieben, sei nicht einsichtig.

Professor *Giesen* erklärte dies mit dem in der Politik bestehenden Eindruck der potenziellen Selbstausbeutung durch den Arbeitnehmer sowie dem mangelnden Vertrauen in Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie deren Kooperationsverhältnis. Damit werde dieser Umstand ignoriert. Dies sei unverständlich, da flexible Regelungen, durch welche das individuelle Erholungsbedürfnis berücksichtigt würde, konstruierbar wären. Ein Beispiel für ein flexibles Regime sei die Arbeitszeitregelung für Cockpitbesatzungen; hier hingen Arbeits- und Erholungszeit voneinander ab. Eine Arbeitszeit von 13 Stunden am Stück werde durch längere Erholungszeiten aus-

geglichen. Flexible Regelungen seien damit denkbar, wegen der Angst der Selbstausbeutung und dem geringen Überwachungswillen des Gewerbeaufsichtsamts jedoch nicht in Sicht.

Professor Dr. *Volker Rieble* (ZAAR München) bemerkte, dass die betriebliche Kommunikation in der Praxis oft auch Terminabsagen betreffe. Eine Mitteilung, dass ein Termin geplatzt sei, als ruhezeitunterbrechend anzusehen, hätte zur Konsequenz, dass der Arbeitgeber darauf verzichten müsse, dem Arbeitnehmer mehr Freiraum zu schaffen. Bereits hier sähe man den Widersinn. Der Frage nach der diskutierten Unmöglichkeit vorgelagert sei die Frage nach der Zurechenbarkeit als Arbeitsleistung. Das ArbZG als öffentlich-rechtliches Recht der Gefahrenabwehr sei an den Arbeitgeber als potenziellen Störer adressiert, enthalte dagegen keine Gebote für den Arbeitnehmer. So sei auch die Zurechenbarkeit von Überstunden nicht gegeben, die der Arbeitgeber nicht in Empfang genommen habe. Fraglich sei, inwieweit Arbeitgeber bei selbstinitiiierter Arbeit in Verantwortung zu ziehen seien. Ein E-Mailsystem könne zwar abgeschaltet werden, die Kommunikation unter Kollegen per SMS sei hingegen von der Kommunikationsfreiheit gedeckt und dem Arbeitgeber nicht mehr zurechenbar. Zuletzt fragte er, ob arbeitszeitrechtliche Vorgaben für arbeitnehmerähnliche Personen existierten. Sei dies nicht der Fall, wäre die Einschaltung hochflexibler Freiberufler für Unternehmen noch interessanter.

Professor *Giesen* stimmte in Bezug auf den Widersinn im Zusammenhang mit Terminabsagen zu, jedenfalls solange sich die Kommunikation im Rahmen halte. Der Maßstab der Sozialadäquanz außerhalb der Arbeitszeit sei hierfür hilfreich. Insbesondere der Rückgang von Telefonaten führe nicht mehr zu einer unmittelbaren Störung; das Versenden von E-Mails stelle es jedem frei, den Zeitpunkt des Lesens frei zu wählen. Die Zurechenbarkeit im Falle der selbstinitiierten Arbeitszeit abzulehnen sei unter der politischen Vorstellung der Selbstausbeutung hingegen schwierig. Es existierten viele Arbeitsbereiche, in denen der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht eher wenig Gebrauch mache, innerhalb derer damit jedwede Arbeitsaktivität eigeninitiativ erfolge. Arbeitszeitrechtlich sehe der Redner den Unterschied nicht darin, ob die Tätigkeit gefordert wurde oder nicht, sondern eher im Bereich der Unmöglichkeit. Der Arbeitgeber habe prinzipiell kein Recht auf Erreichbarkeit außerhalb der Arbeitszeit; dies sei nicht diskussionswürdig. Abweichendes gelte nur bei entsprechender Vereinbarung. Damit sei der Vorschlag, selbstinitiierte Arbeitszeit rechtlich zu ignorieren, mit Vorsicht zu genießen. Der Gesetzgeber habe die Selbstausbeutung gesehen und eine solche wohl als mittelbar durch den Arbeitgeber veranlasst angesehen. Ein arbeitszeitrechtlicher Tatbestand sei erfüllt. Die Frage nach arbeitszeitrechtlichen Vorgaben für arbeitnehmerähnliche Personen verneinte Professor *Giesen* und wies darauf hin,

dass im Ergebnis damit weiter Outsourcing betrieben werde, was den Reformbedarf noch einmal verdeutliche.

Gestaltung der Arbeitszeit auf betrieblicher Ebene – Erfahrungen aus der Praxis

Ronald Pahlen

Seite

I. Einleitung.....	47
1. Vorbemerkung.....	47
2. Wie bin ich vorgegangen?.....	47
II. Was werde ich Ihnen vortragen?.....	48
1. Kurze Darstellung der Rahmenbedingungen des Einigungsstellenverfahrens.....	48
a) Was ist eigentlich Gegenstand des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei der Gestaltung der Arbeitszeit?	48
b) Was ist Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts?	49
c) Wie wird das Mitbestimmungsrecht ausgeübt?	49
d) Woraus ergibt sich der für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts erforderliche kollektiv-rechtliche Bezug?	50
2. Typische Probleme bei der Erarbeitung von Lösungen.....	51
a) Begrifflichkeiten aus dem Bereich des Arbeitszeitrechts werden häufig nicht präzise verwendet.....	51
aa) „Babylonische Sprachverwirrung I“	51
bb) „Babylonische Sprachverwirrung II“	51
(1) Europarechtliches Verständnis.....	52
(2) Begrifflichkeiten des deutschen Arbeitsrechts	52
b) Den Beteiligten ist die Komplexität des Regelungsproblems nicht bewusst.....	54
3. Wie sollte der Konfliktlösungsprozess verlaufen?	54
a) Klärung der rechtlichen Rahmenbedingungen	54
b) Ermittlung des „eigentlichen“ Regelungsziels.....	54
c) Verständigung auf ein sinnvolles verfahrensrechtliches Vorgehen einschließlich der zügigen Herbeiführung von Teillösungen	54
d) Beschreibung des Grundkonflikts	55
4. Wie erreicht man eine tragfähige Lösung?	56

III. Praxisbeispiele mit Anmerkungen	56
1. Schicht- oder Dienstpläne mit kurzer Laufzeit (z.B. Dienstplan KW 18/17 in der Filiale XY)	56
2. Schicht- oder Dienstpläne mit kurzer Laufzeit	57
3. Regelungen zum Bereitschaftsdienst bzw. zur Rufbereitschaft	62
4. Einführung eines (neuen) Schicht-Systems	64
5. Gesamtregelung der Arbeitszeit in Unternehmen mit sehr differenzierten Strukturen (z.B. Sozialbereich, aber auch Theater) bzw. mit der Notwendigkeit der Berücksichtigung von sehr unterschiedlichen Rahmenbedingungen	65
6. Pausenregelungen	69
7. Samstagsarbeit	70
8. Sonntagsöffnung	70
9. Flexible Arbeitszeit	71
10. Arbeitszeit	72
a) Arbeitszeitausgleich (Arbeitszeit-Konto)	72
aa) Getränkeindustrie	72
bb) Banken, Versicherungen	73
b) Arbeitszeit/Reisezeit	74
c) Arbeitszeit/Umkleidezeit	77
IV. Fazit	78
Diskussion	79

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitszeitmodelle der Zukunft* (München 2019), S. 45-78

I. Einleitung

1. Vorbemerkung

Der folgende Beitrag ist wahrscheinlich das Ergebnis eines Gesprächs, das ich nach dem ZAAR-Kongress im letzten Herbst in Wiesbaden auf der Rückfahrt im Zug mit Herrn Prof. *Junker* geführt habe. Wir sprachen über in der Praxis aktuell besonders häufig auftretende Regelungsprobleme und ich wies darauf hin, dass nach meiner persönlichen Erfahrung das Thema „Arbeitszeit“ von besonderer Relevanz sei. Diese etwas unvorsichtige Aussage hatte wohl zur Folge, dass ich jetzt vor Ihnen stehe und Ihnen aus meiner „Werkstatt“ berichten soll.

Dies bedingt zwangsläufig, dass alles, was ich Ihnen vortragen werde, subjektiv geprägt ist und damit nach wissenschaftlichen Maßstäben keineswegs Anspruch auf Allgemeingeltung erheben kann. Allerdings bin ich so lange und umfänglich „im Geschäft“, dass ich so unverschämt bin zu glauben, dass meine Erfahrungen durchaus repräsentativ sein könnten.

2. Wie bin ich vorgegangen?

Ich habe mir schlicht die von mir in den letzten fünf Jahren geleiteten Verfahren angesehen und versucht, daraus einen Schluss auf die Relevanz der Streitigkeiten zum Thema „Arbeitszeit“ zu ziehen. Dabei hat sich gezeigt, dass diese Verfahren zwischen knapp der Hälfte und sogar hin bis zu 2/3 der Gesamtzahl der in einem Jahr von mir geleiteten Einigungsstellenverfahren ausgemacht haben.

In einem nächsten Schritt habe ich mir dann den jeweiligen konkreten Regelungsgegenstand angesehen. Dies ergab ein buntes Bild. Anzutreffen waren ohne Anspruch auf Vollständigkeit u.a.:

1. Schicht- oder Dienstpläne mit kurzer Laufzeit (z.B. Dienstplan KW 18/17 in der Filiale XY)
2. Regelungen über Grundsätze der Dienstplangestaltung
3. Regelungen zum Bereitschaftsdienst bzw. zur Rufbereitschaft
4. Einführung eines (neuen) Schicht-Systems
5. Gesamtregelung der Arbeitszeit in Unternehmen mit sehr differenzierten Strukturen (z.B. Sozialbereich, aber auch Theater) bzw. mit der Notwendigkeit der Berücksichtigung von sehr unterschiedlichen Rahmenbedingungen
6. Pausenregelungen
7. Samstagsarbeit

8. Sonntagsöffnung
9. Flexible Arbeitszeit
10. Arbeitszeit/Arbeitszeitkonto/Reisezeit/Umkleidezeit

Dabei war entweder das Gesamtkonstrukt so interessant, dass ich glaube, es Ihnen vorstellen zu sollen, oder es war im Rahmen eines eigentlich ganz durchschnittlichen Verfahrens ein „Sonderproblem“ zu lösen, über das zu reden lohnt.

II. Was werde ich Ihnen vortragen?

Ich werde zunächst über grundsätzliche Fragen sprechen, die im Rahmen von Einigungsstellenverfahren zum Thema Arbeitszeit immer wieder auftreten. Anschließend werde ich Ihnen das eine oder andere von mir geführte Verfahren vorstellen und dabei aufzeigen, dass und wie die heute bereits im Vortrag von Herrn Prof. *Giesen* angesprochenen und in den weiteren Vorträgen des Tages thematisierten abstrakten Fragen im Alltag ganz schnell praktische Bedeutung erlangen.

Daneben möchte ich versuchen, Ihnen den Gang des Konfliktlösungsverfahrens zu verdeutlichen, der (dem Vorgehen bei der Mediation nicht ganz unähnlich) eine intensive Befassung mit der Interessenlage der Beteiligten erfordert. Eine sinnvolle Lösung wird sich nur finden lassen, wenn sich beide Seiten darin wiederfinden. Große Bedeutung kommt auch der Struktur der zu findenden Regelung zu. Wesentlich ist die Gestaltung des Prozesses der Lösung in Zukunft zu erwartender Probleme.

1. Kurze Darstellung der Rahmenbedingungen des Einigungsstellenverfahrens

a) Was ist eigentlich Gegenstand des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei der Gestaltung der Arbeitszeit?

Die darauf bezogenen Befugnisse des Betriebsrats hat das BAG in einer ganz aktuellen Entscheidung kurz zusammengefasst:¹

„(1) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit keine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht, bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie der Verteilung auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen. Das Beteiligungsrecht dient dazu, die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage der Arbeitszeit und damit zugleich ihrer freien Zeit für die Gestaltung ihres Privatlebens zur Geltung zu bringen (*BAG 17. November 2015 – 1 ABR 76/13 – Rn. 24 mwN, BAGE 153, 225*).

1 BAG 22.8. 2017 – 1 ABR 24/16, NZA 2018, 115.

(2) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hat der Betriebsrat mitzustimmen bei der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit. Inhalt des Mitbestimmungsrechts ist die Regelungsfrage, ob zusätzlicher Arbeitsbedarf durch eine vorübergehende Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit abgedeckt werden soll und welche Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen in welchem Umfang diese Arbeit leisten sollen (*BAG 24. April 2007 – 1 ABR 47/06 – Rn. 15, BAGE 122, 127*).“

Arbeitszeit im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG wird dabei vom BAG wie folgt definiert:²

„Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist die Zeit, während derer der Arbeitnehmer die von ihm in einem bestimmten zeitlichen Umfang vertraglich geschuldete Arbeitsleistung tatsächlich zu erbringen hat. Dies umfasst jegliche Tätigkeiten, die einem fremden Bedürfnis dienen und nicht zugleich ein eigenes Bedürfnis des Arbeitnehmers erfüllen (*BAG 12. November 2013 – 1 ABR 59/12 – Rn. 20, 57, BAGE 146, 271*).“

b) Was ist Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts?

Mit dieser Frage hat sich das BAG in der bereits zitierten Entscheidung vom 30.6. 2015 näher beschäftigt.³ Dort heißt es u.a.:

„Der Arbeitgeber hat jedoch mit der im Schreiben vom 5. Juli 2011 ohne Mitwirkung des Betriebsrats getroffenen Anordnung gegen § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verstoßen.

(1) Nach dieser Vorschrift hat der Betriebsrat bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen. *Der Zweck des Mitbestimmungsrechts besteht darin, die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage ihrer Arbeitszeit und damit zugleich ihrer freien und für die Gestaltung ihres Privatlebens nutzbaren Zeit zur Geltung zu bringen* (Hervorhebung durch den Verfasser). Das Mitbestimmungsrecht betrifft dementsprechend die Lage der Grenze zwischen Arbeitszeit und Freizeit (*BAG 25. Februar 2015 – 1 AZR 642/13 – Rn. 19*). Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist die Zeit, während derer der Arbeitnehmer die von ihm in einem bestimmten zeitlichen Umfang vertraglich geschuldete Arbeitsleistung tatsächlich zu erbringen hat. Dies umfasst jegliche Tätigkeiten, die einem fremden Bedürfnis dienen und nicht zugleich ein eigenes Bedürfnis des Arbeitnehmers erfüllen (*BAG 12. November 2013 – 1 ABR 59/12 – Rn. 20, 57, BAGE 146, 271*).“

c) Wie wird das Mitbestimmungsrecht ausgeübt?

Das Mitbestimmungsrecht kann in sehr unterschiedlicher Art und Weise ausgeübt werden. Vorstellbar sind verschiedene Phasen des Planungsprozesses, zu denen ganz unterschiedliche Regelungen vorstellbar sind. Dies

² BAG 30.6. 2015 – 1 ABR 71/13, ZMV 2016, 52.

³ BAG 30.6. 2015 – 1 ABR 71/13 (Fn. 2).

betrifft insbesondere die Regelungstiefe. Das BAG hat dazu erst kürzlich ausgeführt:⁴

(1) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hat der Betriebsrat bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen. *Der Zweck des Mitbestimmungsrechts besteht darin, die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage ihrer Arbeitszeit und damit zugleich ihrer freien und für die Gestaltung ihres Privatlebens nutzbaren Zeit zur Geltung zu bringen (BAG 30. Juni 2015 – 1 ABR 71/13 – Rn. 22 mwN). Das Beteiligungsrecht umfasst bei Rahmen dienstplänen wie den vorliegenden nicht nur deren Erstellung und Ausgestaltung bezogen auf Beginn und Ende der Arbeitszeit sowie die Lage der Pausen, sondern auch die Bestimmung desjenigen Personenkreises, der seine Arbeitsleistung danach zu erbringen hat. Darüber hinaus erfasst das Mitbestimmungsrecht auch die Zuordnung der einzelnen Arbeitnehmer zu einem mitbestimmten Dienstplan (für Schichtpläne BAG 19. Juni 2012 – 1 ABR 19/11 – Rn. 18 mwN, BAGE 142, 87; Hervorhebung durch den Verfasser).*

d) Woraus ergibt sich der für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts erforderliche kollektiv-rechtliche Bezug?

Er ist den meisten der in § 87 Abs. 1 BetrVG genannten Angelegenheiten zu eigen. Sie verlangen nach abstrakt generellen Lösungen.⁵ Dies gilt insbesondere auch für Regelungen der betrieblichen Arbeitszeit.⁶

Der kollektiv-rechtliche Bezug, der eine sämtliche Arbeitnehmer des Betriebs erfassende Regelung gestattet, gestattet eine wirksame betriebseinheitliche Regelung auch, wenn arbeitsvertraglich scheinbar eine Abweichung gewollt ist:⁷

„Die Arbeitsvertragsparteien können ihre vertraglichen Absprachen dahingehend gestalten, dass sie der Abänderung durch betriebliche Normen unterliegen. Das kann ausdrücklich oder konkludent geschehen und ist nicht nur bei betrieblichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen möglich, sondern auch bei einzelvertraglichen Abreden. Eine solche konkludente Abrede ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Vertragsgegenstand in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat (Hervorhebung jeweils durch den Verfasser). Mit der Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen macht der Arbeitgeber deutlich, dass im Betrieb einheitliche Arbeitsbedingungen gelten sollen. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung der Arbeitsbedingungen stünde dem entgegen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Arbeitgeber ausdrücklich Arbeitsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer im Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen (BAG 5. März 2013 – 1 AZR 417/12 – Rn. 59, 60).“

⁴ BAG 22.8. 2017 – 1 ABR 24/16 (Fn. 1).

⁵ BAG 25.2. 2015 – 1 AZR 642/13, NZA 2015, 442.

⁶ *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 28. Aufl. 2016, § 87 Rn. 14

⁷ BAG 21.8. 2013 – 5 AZR 581/11, NZA 2014, 271.

2. Typische Probleme bei der Erarbeitung von Lösungen

a) Begrifflichkeiten aus dem Bereich des Arbeitszeitrechts werden häufig nicht präzise verwendet

Es fehlt an sprachlicher Klarheit, die negative Auswirkungen auf die Diskussionsführung hat. Ich versuche dies, an Beispielen klarzumachen. In dem hier interessierenden Bereich gibt es eine Vielzahl von Fachbegriffen, deren Nutzung nicht immer sauber gelingt. Ich nenne einige Beispiele:

- Arbeitszeit
- Arbeitsbereitschaft
- Bereitschaftsdienst
- Rufbereitschaft
- Ruhezeit

Dies hat Effekte zur Folge, die eine zielführende Diskussion erheblich erschweren können. Mindestvoraussetzung einer inhaltlichen Erörterung ist Begriffsklarheit. Verstehen die Beteiligten den Inhalt eines Begriffs unterschiedlich, gelingt allenfalls eine Scheinlösung, die bereits dem ersten Belastungstest nicht standhalten wird. Wie schwierig eine Verständigung sein kann, zeigen die folgenden Ausführungen.

aa) „Babylonische Sprachverwirrung I“

Mit dem Wort Arbeitszeit können ganz unterschiedliche Begriffsinhalte verbunden werden. So gibt es etwa

- (1) Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsvertrags
- (2) Arbeitszeit im vergütungsrechtlichen Sinne (nähere Regelungen dazu finden sich in Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung)
- (3) Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne

bb) „Babylonische Sprachverwirrung II“

Maßgeblich für das Verständnis des gebrauchten Begriffs kann aber auch sein, ob er im unionsrechtlichen oder nationalen Sinn genutzt werden soll.

(1) Europarechtliches Verständnis

Maßgeblich für das Verständnis des Begriffs der Arbeitszeit in diesem Sinn ist die Richtlinie 2003/88/EG⁸. Art. 2 der Richtlinie definiert den Begriff der *Arbeitszeit*, die eine *eigenständige unionsrechtliche Bedeutung* besitzt, von der *im nationalen Recht nicht abgewichen werden darf*.⁹ Der Begriff der Arbeitszeit steht in einem antagonistischen Verhältnis zu jenem der Ruhezeit. *Arbeitszeit und Ruhezeit schließen einander aus*.¹⁰

Dabei beruht die Definition der *Arbeitszeit* im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88/EG auf *drei Kriterien*, die *kumulativ* anzuwenden sind. Konkret handelt es sich um

- ein räumliches (auf der Arbeitsstätte sein),
- ein weisungsbezogenes (dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen),
- ein berufsbezogenes Kriterium (seine Tätigkeit ausüben oder seine Aufgaben wahrnehmen).¹¹

(2) Begrifflichkeiten des deutschen Arbeitsrechts

Im nationalen Recht wird im Hinblick auf die Arbeitszeit begrifflich unterschieden zwischen Arbeitszeit im engeren Sinne, Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft. Hinzu tritt der Begriff der Ruhezeit.

(a) *Arbeitszeit* ist definiert in § 2 Abs. 1 Satz 1 ArbZG. Danach ist Arbeitszeit im Sinne dieses Gesetzes die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen.

(b) *Arbeitsbereitschaft* wird beschrieben als „wache Achtsamkeit im Zustand der Entspannung“:¹²

„Nach der gefestigten Auffassung in Rechtsprechung und Rechtslehre liegt Arbeitsbereitschaft als ein Fall der Vollarbeit vor, wenn vom Arbeitnehmer eine wache Achtsamkeit im Zustand der Entspannung verlangt wird (BAGE 18, 256 = AP Nr. 3 zu § 13 AZO; BAGE 18, 273 = AP Nr. 1 zu § 15 BAT; BAG Urteil vom

8 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Amtsblatt EU 2003 L 299/9).

9 EuGH 1.12. 2005 – C-14/04 – Dellas; EuGH 4.3. 2011 – C-258/10 – Grigore.

10 EuGH 3.10. 2000 – C-303/98 – Simap; EuGH 10.9. 2015 – C-266/14 – Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras; EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 – Matzak; dazu Freyler, EuZA 2018, 463.

11 Generalanwalt Bot, Schlussanträge 11.6. 2015 EuGH – C-266/14 – Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras unter Hinweis auf EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 – Jaeger.

12 BAG 10.1. 1991 – 6 AZR 352/89, NZA 1991, 516.

28. Januar 1981 – 4 AZR 892/78 – AP Nr. 1 zu § 18 MTL II; BAG Urteil vom 30. Januar 1985 – 7 AZR 446/82 – AP Nr. 2 zu § 35 BAT; BAGE 51, 131 = AP Nr. 7 zu § 15 BAT; Denecke/Neumann, AZO, 10. Aufl., § 7 Rz. 23 ff.; Meisel/Hiersemann, AZO, 2. Aufl., § 2 Rz. 24; Röhler, Die Arbeitszeit, S. 31 f.).“

Sie wird als Arbeitszeit gewertet, auch wenn der Arbeitnehmer nicht durchgehend tatsächlich arbeitet (Beispiel: Verkäufer, der im Ladengeschäft auf einen Kunden wartet).¹³

(c) Bereitschaftsdienst wird inzwischen ebenfalls als Arbeitszeit gewertet. Es handelt sich dabei um eine Zeitspanne, während derer sich der Arbeitnehmer, ohne direkt am Arbeitsplatz anwesend zu sein, für Zwecke des Betriebs an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle innerhalb oder außerhalb des Betriebs aufhalten muss, um erforderlichenfalls seine volle Arbeitstätigkeit sofort oder zeitnah aufzunehmen.¹⁴

„Nach der bis Ende 2003 geltenden Rechtslage war Bereitschaftsdienst keine Arbeitszeit. Das ergab sich aus der in § 5 Abs. 3 ArbZG enthaltenen Formulierung, wonach ua. in Krankenhäusern ‚Kürzungen der Ruhezeit durch Inanspruchnahme während des Bereitschaftsdienstes ... zu anderen Zeiten ausgeglichen werden‘ konnten. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG war es zudem in einem Tarifvertrag möglich ‚abweichend von § 5 Abs. 1 die Ruhezeiten bei Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft den Besonderheiten dieser Dienste anzupassen, insbesondere Kürzungen der Ruhezeit infolge von Inanspruchnahmen während dieser Dienste zu anderen Zeiten auszugleichen‘ (ArbZG vom 6. Juni 1994 – BGBl. I S. 1170, 1172 – zuletzt geändert durch Art. 180 der Verordnung vom 25. November 2003 – BGBl. I S. 2304). Beide Vorschriften setzten notwendig voraus, dass die Zeit des Bereitschaftsdienstes, während dessen der Arbeitnehmer nicht in Anspruch genommen wird, als Ruhezeit gilt und keine Arbeitszeit darstellt (vgl. BAG 18. Februar 2003 – 1 ABR 2/02 – AP BGB § 611 Arbeitsbereitschaft Nr. 12 = EzA ArbZG § 7 Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Dies entsprach auch dem Willen des historischen Gesetzgebers. Nach der Begründung zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG waren Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst ‚arbeitszeitrechtlich grundsätzlich als Ruhezeit zu werten‘ (BT-Drucks. 12/5888 S. 27).“

Diese Änderungen gehen zurück auf die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2003/88/EG.¹⁵

(d) Rufbereitschaft zählt nicht zur Arbeitszeit. Sie liegt vor, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, sich zu Hause oder einer frei gewählten Stelle aufzuhalten, damit er die Arbeit gegebenenfalls alsbald aufnehmen

¹³ Bayreuther, Rufbereitschaft als Arbeitszeit?, NZA 2018, 348.

¹⁴ BAG 16.3. 2004 – 9 AZR 93/03, NZA 2004, 927.

¹⁵ U.a. EuGH 3.10. 2000 – C-303/98 – Simap; EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 – Jaeger; EuGH 5.10. 2004 – C-397/01 u.a. – Pfeiffer und EuGH 1.12. 2005 – C-14/04 – Dellas.

kann.¹⁶ Im deutschen Recht wurde dazu bisher davon ausgegangen, dass bei einer Rufbereitschaft nur solche Phasen Arbeitszeit sind, während derer der Arbeitnehmer auch tatsächlich zur Arbeitsleistung herangezogen wird.¹⁷

(e) *Ruhezeit* ist im deutschen Recht definiert als die Freizeit zwischen zwei Schichten. In § 5 Abs. 1 ArbZG ist geregelt, dass sie mindestens elf Stunden betragen muss.

b) Den Beteiligten ist die Komplexität des Regelungsproblems nicht bewusst

So werden nicht selten Forderungen nebeneinander aufgestellt, die entweder parallel denklogisch ausgeschlossen sind, jedenfalls die Erreichung eines der Ziele deutlich beeinträchtigen oder im Widerspruch zum wohlverstandenen Eigeninteresse des jeweiligen Beteiligten stehen würden. Dies beruht im Regelfall auf fehlender interner Vorbereitung unter Hinzuziehung arbeitszeitrechtlichen oder juristischen Sachverständs. In solchen Fällen wäre eine großzügigere Nutzung von § 80 Abs. 3 BetrVG gelegentlich hilfreich.

3. Wie sollte der Konfliktlösungsprozess verlaufen?

a) Klärung der rechtlichen Rahmenbedingungen

Zur Vermeidung späterer Überraschungen (Beispiel folgt bei der Erörterung der Sonntagsarbeit) sollten vorab die rechtlichen Rahmenbedingungen (spezielle Gesetze, die gegebenenfalls Besetzungsregeln vorgeben, Tarifverträge, aktuell noch geltende Betriebsvereinbarungen) geklärt werden.

b) Ermittlung des „eigentlichen“ Regelungsziels

Gelegentlich verbirgt sich hinter einer umfangreichen Regelung, die von der einen oder anderen Seite angestrebt wird, lediglich ein Konflikt über ein zwar wesentliches, im Verhältnis zur scheinbar anstehenden Regelungsfrage jedoch deutlich reduziertes Problem.

c) Verständigung auf ein sinnvolles verfahrensrechtliches Vorgehen einschließlich der zügigen Herbeiführung von Teillösungen

Bei komplexen Regelungen und inhaltlich und verhandlungstechnisch gut aufgestellten Beteiligten kann die Verständigung auf ein bestimmtes Vor-

¹⁶ BAG 31.1. 2002 – 6 AZR 214/00, NZA 2002, 871.

¹⁷ Bayreuther, NZA 2018, 348.

gehen äußerst sinnvoll sein. Dies lässt sich später an einem Beispiel aus dem Sozialbereich plastisch erläutern.

d) Beschreibung des Grundkonflikts

Den Beteiligten muss klar sein bzw. klargemacht werden, welche Interessen im Konfliktfall aufeinanderprallen und ausgewogen berücksichtigt werden müssen. Gerade bei der Arbeitszeitgestaltung gehen sie häufig auseinander. Arbeitgeber und Betriebsrat verfolgen ganz unterschiedliche Ziele.

Es besteht ein Interessenkonflikt, der einerseits durch die Forderung des Betriebsrats nach Planungssicherheit und andererseits den Wunsch des Arbeitgebers nach Sicherung einer hinreichenden betrieblichen Flexibilität zur Reaktion auf Wünsche des Markts bestimmt wird.

Damit steht fest, dass der Betriebsrat eine fixe Regelung von Arbeitszeit und Ruhezeit für eine möglichst lange Phase im Voraus und einen Zeitabschnitt wünscht, in dem der Arbeitnehmer sich darauf einrichten und private Dispositionen treffen kann.

Auf der anderen Seite steht der Wunsch des Arbeitgebers nach Nichteinführung bzw. Minimierung dieser Phasen im betrieblichen Interesse.

Hinzu treten weitere Zeitabschnitte, denn der Arbeitgeber benötigt ebenso Zeit für die Vorbereitung seines Vorschlags wie der Betriebsrat zu dessen Prüfung. Idealerweise sollte dann noch eine Möglichkeit für eine Streit-schlichtung im Fall eines Dissenses über den Vorschlag des Arbeitgebers eingebaut werden. Hinzu tritt eine ergänzende Regelung für „Störfälle“. Diese lässt sich allerdings nicht durch einen Spruch der Einigungsstelle herbeiführen,¹⁸ so dass eine „elastische“ Lösung, die nicht bereits im ersten Konfliktfall zur Kündigung der Betriebsvereinbarung führt, eine ein-vernehmliche Regelung erfordert.

Alle diese Zeiten sind grundsätzlich unverzichtbar, wenn eine Arbeitszeit-regelung tatsächlich funktionieren soll. Wie die Phasen bemessen sein können, ergibt sich aus den Produktionsbedingungen im Einzelfall. Ich werde dies später an einem Beispiel aus der Getränkeindustrie erläutern.

Wichtig sind für den

Betriebsrat

- Klare Trennung zwischen Arbeits- und Freizeit
- Planungssicherheit
- Verlässlichkeit

18 BAG 9.7. 2013 – 1 ABR 19/12, PersV 2014,115.

Arbeitgeber

- Flexibilität
- Sicherung der betrieblichen Bedürfnisse
- Regelung für Störfälle

4. Wie erreicht man eine tragfähige Lösung?

Aus der Beschreibung der Grundproblematik ergibt sich faktisch bereits die Lösung. Es müssen Regelungen für folgende Detailschritte gefunden werden, die stets dicht an den Produktionsbedingungen orientiert sein müssen, wenn das Konstrukt praktisch funktionieren soll.

Folgende Schritte sind zu betrachten:

- Planung des Arbeitgebers
- Vorlage der Planung an den Betriebsrat
- Bearbeitung durch den Betriebsrat
- Stellungnahme des Betriebsrats
- Konfliktregelung
- Bekanntmachung der Regelung
- Ankündigungsfrist
- Störfallregelung

III. Praxisbeispiele mit Anmerkungen

Wie sinnvolle und praxistaugliche Lösungen zustande kommen (können), möchte ich Ihnen an einigen Beispielen erläutern. Ich orientiere mich dabei an der eingangs erwähnten Themenliste.

1. Schicht- oder Dienstpläne mit kurzer Laufzeit (z.B. Dienstplan KW 18/17 in der Filiale XY)

Diese Fallgestaltung tritt erstaunlich häufig auf. Es handelt sich dabei um Einrichtungen, bei denen sich der Arbeitgeber – aus welchen Gründen auch immer – außerstande sieht, die Arbeitszeit für einen die jeweils kommende Woche überschreitenden Zeitraum zu planen. Dies hat zur Folge, dass es bereits schwierig ist, zeitgerecht eine Einigungsstelle einzurichten. Dies ist faktisch nur möglich, wenn der Betriebsrat damit einverstanden ist. Normalerweise müsste ein Verfahren nach § 100 ArbGG geführt werden, für das bei dieser Konstellation jedoch nicht genügend Zeit zur Verfügung steht. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber entweder bereits bei Einrichtung der Einigungsstelle oder während der Verhandlung

zu Konzessionen gezwungen ist, die im Einzelfall eigentlich nicht zu erreichen wären. Zu nennen sind etwa folgende Beispiele:

- Filialunternehmen
Versuch der Durchsetzung von „Besetzungsregeln“
(Kassierer / Nichtkassierer)
- Call Center
Begehren des Betriebsrats, auch die Arbeitszeit nicht dem Unternehmen angehöriger Arbeitnehmer zu regeln, die ebenfalls in den Betriebsräumen tätig sind, obwohl eine Entscheidung über einen gemeinsamen Betrieb nicht vorliegt.
- Kino
Ausschöpfung des Arbeitszeit-Volumens der dem Betrieb angehörenden Arbeitnehmern (20 Stunden/Woche) trotz langjähriger abweichender Praxis und jedenfalls zum Teil gegen die Interessen der dort einen Großteil der Belegschaft darstellenden Studenten

Was ist diesen Fallgestaltungen gemeinsam?

Es besteht großer Zeitdruck. Damit verbunden ist die Möglichkeit der Betriebsräte zur Durchsetzung eigentlich nicht regelungsfähiger Ziele. Da die Vorbereitung des Arbeitgebers durchaus nicht selten handwerklich dürftig ist, kann seinem Vorschlag nicht einfach entsprochen werden. Die Überarbeitung in der Sitzung ist oft schwierig, weil der Arbeitgeber die Einigungsstelle „falsch“ besetzt. Es fehlt dann betriebliches Know how.

Minimallösung

Ständige Einigungsstelle (nur freiwillig möglich) oder Vorabausübung des Mitbestimmungsrechts durch den Betriebsrat durch Festlegung abstrakter Kriterien, die eine Anwendung des Konstrukts auf künftige Fälle ermöglichen, ohne das Mitbestimmungsrecht faktisch aufzugeben

2. Regelungen über Grundsätze der Dienstplangestaltung

Ein gutes Beispiel für die Gestaltung einer solchen Regelung bietet eine Betriebsvereinbarung Arbeitszeit in einem Betrieb der Getränkeindustrie. Hier bestand die Besonderheit, dass *massive tarifrechtliche Vorgaben in einem Unternehmenstarifvertrag Arbeitszeit* zu berücksichtigen waren. Dies galt insbesondere für folgende Einzelpunkte:

- Anordnung des Vorrangs des Unternehmenstarifvertrags Arbeitszeit vor möglichen konkurrierenden Regelungen
- Festlegung der regelmäßigen Arbeitszeit (38 Stunden, regelmäßig von Montag bis Freitag, Samstag kein Regelarbeitstag, Rest regelt Betriebsvereinbarung)

- Regelung für Umziehzeiten
- Grundregelungen für Flexi-Arbeit (Rest regelt Betriebsvereinbarung)
- Regelungen für Samstagsarbeit (sechs für den Arbeitgeber frei, weitere eventuell vier durch freiwillige Betriebsvereinbarung, für die inhaltliche Vorgaben gemacht werden)
- Planungsgrundsätze (Grob- und Feinplanung, zwölf Wochen)
- Arbeitszeit-Konto (Grundsatz und Einzelregelungen, Regelungen für das Ausscheiden und Insolvenzversicherung)
- Auf- und Abbau des Arbeitszeit-Kontos

Die *betriebliche Umsetzung* dieser Vorgaben war erfolgreich. Nachfolgend finden Sie Beispiele für Einzelregelungen, wobei ich besonders auf das Zusammenspiel von Grob- und Feinplanung sowie die Gestaltung des Streit-schlichtungsmechanismus (§ 5 Ziffer 4 in Verbindung mit § 11) hinweisen möchte, der in der Anfangsphase mehrfach in Anspruch genommen wurde. Dabei zeigte sich, dass die Komplexität des Regelungswerks die Planer stark forderte und es daher zunächst zu handwerklichen Fehlern kam, die jedoch in dem „kleinen“ Einigungsstellenverfahren, das für diese Fälle vereinbart war, schnell und zumeist einvernehmlich beseitigt werden konnten. Aber auch die für Eilfälle getroffene Regelung hatte die Konsequenz, dass es in diesem Bereich anders als zuvor kaum noch Streit gab.

Hervorzuheben sind besonders folgende Regelungen:

§ 4 Schichtarbeit

1. In Produktion und Lager sowie in angrenzenden Bereichen wird im Schichtbetrieb gearbeitet.

Für diese Bereiche gelten die *Anlagen 1A* und *1B*. Aus diesen Anlagen ergeben sich die jeweiligen Zeiten des Beginns und Endes der Schichten. Die dort aufgeführten Schichtmodelle sind dem Schichtplan zugrunde zu legen, der dem Betriebsrat im Rahmen der Arbeitszeitplanung zur Mitbestimmung vorzulegen ist.

2. Schichtübergabezeiten in der Produktion und im Lager der xxx AG sind in den Anlagen 1A und 1B im Einzelnen aufgeführt. ...

§ 5 Schichtplanung

1. Allgemeines

- a) Die Schichtplanung erfolgt in zwei Schritten (Grobplanung und Feinplanung) nach Maßgabe des Unternehmenstarifvertrags Arbeitszeit 2015, im Übrigen gilt das BetrVG.

b) Die Darstellung der Schichtplanung (Grob- und Feinplanung) wird durch die xxx AG in einem Dokument erfolgen. Bei der Vorlage dieses Dokuments an den Betriebsrat gilt jeweils die erste Planungswoche als Feinplanung und die weiteren elf Wochen als Grobplanung. Der Betriebsrat erhält gemäß der Protokollnotiz 2 zur Gesamtbetriebsratsvereinbarung yyy Personaleinsatzplanung Zugriff auf die zugrundeliegende Personaleinsatzplanung.

2. Grobplanung

Im Rahmen der Grobplanung legt die xxx AG anhand der jeweils geltenden Schichtmodelle fest, welcher Arbeitnehmer in welchem Schichtmodell laut den *Anlagen 1A und 1B* sowie in welcher Schicht im Rahmen des jeweiligen Schichtmodells arbeitet.

3. Feinplanung

Die Feinplanung ist die seitens der xxx AG vorgenommene verbindliche Planung bezogen auf das jeweilige Schichtmodell und den tatsächlich einzusetzenden Arbeitnehmer; sie ist aus der Grobplanung zu entwickeln. Die Feinplanung gilt für alle Arbeitnehmer, die im Schichtbetrieb arbeiten und erfolgt für den Planungszeitraum von einer Woche.

4. Die Grob- und Feinplanungen werden dem Betriebsrat zur Zustimmung vorgelegt. Über die Grobplanung wird in der nächsten regulären Betriebsratssitzung entschieden. Stimmt der Betriebsrat nicht zu, entscheidet die ständige Einigungsstelle gemäß § 11 dieser Betriebsvereinbarung. Stimmt der Betriebsrat einer Feinplanung bis Donnerstag 16.00 Uhr nicht zu, entscheidet darüber die ständige Einigungsstelle nach § 11 dieser Betriebsvereinbarung (Hervorhebung durch den Verfasser).

5. Eilfälle

a) Änderungen der Feinplanung sind nur in sog. Eilfällen möglich.

b) Eilfälle sind nur Umstände, die seitens der xxx AG nicht im Rahmen der Feinplanung berücksichtigt werden konnten und die zu einer kurzfristig notwendigen Änderung des Personalbedarfs führen.

c) Eilfälle in diesem Sinne sind insbesondere:

- kurzfristige Erkrankungen

- technische Störfälle einschließlich Störfälle bei den EDV-Systemen, die temporär eine unmittelbare Wirkung auf die Produktivität / den Arbeitsablauf von Mitarbeitern haben und / oder die den Verbrauch von Restsirup erfordern

- Störung der Versorgung durch Strom, Gas, Wasser
- Schichtverkürzung auf Wunsch eines Arbeitnehmers
- Schichtverlängerung bei notwendiger Tätigkeit der Werkstatt (für bei der Grob- bzw. Feinplanung nicht erfasste kurzfristig erforderliche Instandhaltung)
- nach Abschluss der Feinplanung eingehende Bestellung eines oder mehrerer Kunden (aus dem Versorgungsgebiet) bei Sonderaktionen, die in Summe zu mindestens 15 % höherem Tagesausgangsvolumen im Vergleich zum geplanten Tagesausgangsvolumen führt

d) Über einen Eilfall ist der Betriebsrat seitens der xxx AG unverzüglich, spätestens binnen einer Frist von 24 Stunden nach Kenntnis der für den Eilfall maßgebenden Umstände, schriftlich oder per E-Mail mit Begründung zu informieren. Eine vorherige Zustimmung des Betriebsrats zur Änderung der Feinplanung ist in diesen Fällen nicht erforderlich.

Besteht zwischen den Betriebsparteien Streit über das Vorliegen eines Eilfalls, kann der Betriebsrat bei der Einigungsstelle nach § 11 die Feststellung beantragen, dass ein solcher Fall im Einzelfall nicht vorgelegen hat.

§ 6 Nichtschichtarbeit

1. Für Nichtschichtarbeit gelten Rahmen- und Funktionsarbeitszeiten.
2. Die Bereiche, in denen diese Arbeitszeiten gelten, ergeben sich aus den *Anlagen 1A – 1F*. Für die der Produktion und dem Lager zugeordneten Funktionen mit Rahmen- und Funktionsarbeitszeiten sind die Arbeitszeiten in den Anlagen 1A und 1B mit aufgeführt.
3. Die *Rahmenarbeitszeiten* definieren den frühestmöglichen Beginn und das spätestmögliche Ende, zu dem die Arbeit aufgenommen werden kann oder zu beenden ist.
4. *Funktionsarbeitszeit*: stellt die Zeit dar, in der die Funktionsfähigkeit der jeweiligen Abteilungen durch die Anwesenheit von Arbeitnehmern gewährleistet sein muss.
5. Innerhalb der Rahmenarbeitszeit ist die Funktionsarbeitszeit der jeweiligen Bereiche festgelegt. Während der Funktionsarbeitszeit ist durch Absprache unter den Arbeitnehmern eigenverantwortlich sicherzustellen, dass der jeweilige Bereich in Einklang mit dem jeweiligen internen und / oder externen (Kunden-) Bedarf jederzeit qualifiziert ansprechbar und dienstbereit ist. Sollte dies nicht gewährleistet sein, hat der Vorgesetzte das Letztentscheidungsrecht.

6. Sofern es in Eil- und Notfällen erforderlich ist, können Arbeitnehmer auch außerhalb der definierten Rahmen- und Funktionsarbeitszeiten arbeiten. Der Betriebsrat wird im jeweiligen Einzelfall nachträglich informiert. Eil- und Notfälle in diesem Sinne sind insbesondere:

- kurzfristige Erkrankungen
- technische Störfälle, die zu einer Produktionsstörung führen
- Störung der Versorgung durch Strom, Gas, Wasser
- überraschende – nach Abschluss der Feinplanung eingehende – Bestellung eines Kunden (aus dem Versorgungsgebiet) bei Sonderaktionen

Über einen Eil- oder Notfall ist der Betriebsrat seitens der xxx AG unverzüglich, spätestens binnen einer Frist von 24 Stunden nach Kenntnis der für den Eil- oder Notfall maßgebenden Umstände schriftlich oder per E-Mail mit Begründung zu informieren. Eine vorherige Zustimmung des Betriebsrats ist in diesen Fällen nicht erforderlich.

7. Besteht zwischen den Betriebsparteien Streit über das Vorliegen eines Eil- oder Notfalls, kann der Betriebsrat bei der Einigungsstelle nach § 11 die Feststellung beantragen, dass ein solcher Fall im Einzelfall nicht vorgelegen hat.

Zentraler Bestandteil der Regelung ist der Passus über die Einrichtung einer ständigen Einigungsstelle. In Kombination mit einem straffen Fristenregime (§ 5 Ziffer 5) und der Garantie der ständigen Verfügbarkeit der benannten Personen ist sie Garant für die Funktionsfähigkeit des vereinbarten Systems.

§ 11 Ständige Einigungsstelle

In den in dieser Betriebsvereinbarung ausdrücklich benannten Streitfällen zwischen der xxx AG und dem Betriebsrat einigen sich die Parteien bereits jetzt auf den Einigungsstellenvorsitzenden aaa und jeweils zwei Beisitzer pro Betriebspartei. Diese Einigungsstelle gilt auch für den Fall von Meinungsverschiedenheiten nach § 12 Abs. 2 Unternehmenstarifvertrag Arbeitszeit 2015. Im Verhinderungsfall des Einigungsstellenvorsitzenden aaa einigen sich die Betriebsparteien auf den Einigungsstellenvorsitzenden bbb, und in dessen Verhinderungsfall auf den Vorsitzenden ccc.

3. Regelungen zum Bereitschaftsdienst bzw. zur Rufbereitschaft

In einem ansonsten relativ harmonisch verlaufenden Verfahren bestand heftiger Streit über die Frage, wie mit dem Problem der Deckung kurzfristig auftretenden Personalbedarfs umgegangen werden sollte. Hintergrund war, dass es sich um die Nachsorgeeinrichtung einer Herzklinik handelte, in die Patienten wegen der hohen Kosten der dortigen Spezialbetten relativ kurze Zeit nach einer erfolgreichen Operation verlegt wurden. Die Nachsorgeeinrichtung verfügte nur über einen relativ geringen Personalbestand, so dass nicht sämtliche Funktionen auch nachts zur Verfügung standen. Daher mussten Mitarbeiter bei in diesem Zeitraum auftretenden Problemen in den Dienst gerufen werden. Ein Mitglied der Krankenhausleitung, dessen Stimme intern Gewicht hatte, bestand darauf, dass dies über eine Rufbereitschaftsregelung erfolgen müsste.

Da die Betriebsvereinbarung eine Reihe von Punkten enthielt, zu denen ein Spruch nicht möglich gewesen wäre, bestand allseits Interesse an einer einvernehmlichen Regelung, so dass zu dem strittigen Punkt folgende Lösung gefunden wurde:

Betriebsvereinbarung Rufbereitschaft Krankenhaus (2017) **Auszug**

10. Fahrt zum Einsatzort, Eintreffen am Einsatzort, Rückfahrt

- Einsatzort für alle hier geregelten Einsätze ist der Standort des xxxxxxxxkrankenhauses, xxxxxxxxxx in xxxx Berlin.
- Die notwendige Wegezeit zum direkten Erreichen des Einsatzortes ist Arbeitszeit, ebenso die notwendige Zeit für die direkte Fahrt nach dem Einsatz. Der Einsatzort ist ohne notwendige Umwege anzusteuern und zu verlassen.
- Mitarbeiter im Rufdienst müssen ihren Aufenthaltsort während der Rufbereitschaft so wählen, dass sie den Einsatzort *in der Regel innerhalb von xx Minuten erreichen können. Ein Aufenthalt innerhalb des Berliner Autobahnringes wird insoweit als den Vorgaben dieser Betriebsvereinbarung genügend angesehen* (Hervorhebung durch den Verfasser).
- Kann der Mitarbeiter im Rufdienst erkennen, dass er aus besonderen Gründen den Einsatzort nicht zeitgerecht wird erreichen können (Verkehrsstau etc.), ist dies dem Rufauslösenden über den Empfang telefonisch mitzuteilen. Dieser hat dafür zu sorgen, dass der Mitarbeiter durch Hilfe Dritter (z.B. Heranziehung der Dienste der Polizei) zeitgerecht den Einsatzort erreicht, in jedem

Fall aber den Anrufenden über die mögliche Verzögerung zu unterrichten.

- Für die Fahrt nach dem Einsatz gilt Absatz 2 entsprechend.

Dabei wurde die geforderte Regelung zum Dienstantritt für die betroffenen Arbeitnehmer dadurch entschärft, dass es einerseits „in der Regel“ hieß und die geringe Dauer der Reaktionszeit durch die Bezugnahme auf den Autobahnring faktisch ins Gegenteil verkehrt wurde. Hintergrund dafür war, dass die meisten Mitarbeiter der am häufigsten betroffenen Einrichtungen in unmittelbarer Nähe zum Krankenhaus wohnten und in Notfällen die Verlegung in ein in der Nähe befindliches Klinikum möglich war, so dass aus der Umsetzung der Vereinbarung faktisch keine Probleme entstehen sollten. Damit war es dann auch zu vereinbaren, in diese Regelung Mitarbeiter einzubeziehen, deren Wohnung weiter entfernt war. Sonst hätten sich die Rufbereitschaften nur auf die Mitarbeiter verteilen lassen, deren Wohnung das sehr schnelle Erreichen des Arbeitsplatzes nach einem Anruf ermöglichte.

Allen Sitzungsteilnehmern mit Ausnahme der erwähnten einen Person war klar, dass ihre Vorstellung rechtlich nicht durchsetzbar war. Dies ergab sich aus der Rechtsprechung des BAG, das sich wiederholt mit dem Verhältnis von Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst beschäftigt hat. So hat es das Vorliegen von Rufbereitschaft für den Fall verneint, dass der Arbeitgeber zwar nicht den Aufenthaltsort festlegte, jedoch eine kurze Frist zur möglichen Arbeitsaufnahme setzte.¹⁹ In der Entscheidung wird ausgeführt:

„Im Gegensatz zum Bereitschaftsdienst, der im Bedarfsfall die sofortige Arbeitsaufnahme ermöglichen soll und der deshalb nach Anlage 5 § 7 Abs. 2 AVR in der Einrichtung zu leisten ist, ermöglicht die Rufbereitschaft dem Arbeitnehmer grundsätzlich die Gestaltung seiner an sich arbeitsfreien Zeit. Dies bedeutet, daß der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben muß, sich um persönliche und familiäre Angelegenheiten zu kümmern, an sportlichen oder kulturellen Veranstaltungen teilzunehmen, sich mit Freunden zu treffen etc. Dies ist bei einer zeitlichen Vorgabe von *20 Minuten* zwischen Abruf und Arbeitsaufnahme nicht möglich. Bei einer solchen Zeitvorgabe ist der Arbeitnehmer faktisch gezwungen, sich in unmittelbarer Nähe des Arbeitsplatzes aufzuhalten, um die Arbeit bei Bedarf fristgerecht aufnehmen zu können. Dies ist mit dem Wesen der Rufbereitschaft nicht zu vereinbaren. Denn durch den Faktor Zeit bestimmt der Arbeitgeber – ebenso wie bei einer Zeitvorgabe von *10 Minuten* zwischen dem Abruf und der Arbeitsaufnahme, die der erkennende Senat durch Urteil vom 19. Dezember 1991 (– 6 AZR 592/89 – aaO) für unzulässig angesehen hat – den Aufenthaltsort des Arbeitnehmers. Die Beklagte mag zwar zur ordnungsgemäßen medizinischen Versorgung der Patienten und aus Haftungsgründen darauf angewiesen sein, daß das Pflegepersonal in Notfällen inner-

19 BAG 31.1. 2002 – 6 AZR 214/00 (Fn. 16).

halb von 20 Minuten oder sogar in noch kürzerer Zeit tätig wird. Solche Notfälle können jedoch grundsätzlich nicht mit Pflegepersonal in Rufbereitschaft behandelt werden. Sie erfordern in der Regel den Einsatz von Pflegekräften, die innerhalb der für sie geltenden regelmäßigen Arbeitszeit tätig sind oder die Bereitschaftsdienst leisten (Hervorhebung durch den Verfasser). Pflegekräfte in Rufbereitschaft dürften für diese Aufgaben nur ausnahmsweise geeignet sein. Zwar dürfte die Rufbereitschaft für die Beklagte in der Regel kostengünstiger sein als Bereitschaftsdienst oder der Einsatz von Personal während der regelmäßigen Arbeitszeit im Schichtdienst. Dies hat jedoch seinen Grund darin, daß der Arbeitnehmer bei Rufbereitschaft – im Gegensatz zum Bereitschaftsdienst – in seiner Freizeitgestaltung weitgehend frei ist.“

Vor diesem Hintergrund ist eigentlich nicht erklärlich, warum die Entscheidung des EuGH vom 21.2. 2018²⁰ auch in Deutschland ein so starkes Echo gefunden hat:

Rufbereitschaft in der Rechtsprechung des EuGH

„

1....

2....

3....

4. Art. 2 der Richtlinie 2003/88 ist dahin auszulegen, dass die Bereitschaftszeit, die ein Arbeitnehmer zu Hause verbringt und während deren er der Verpflichtung unterliegt, einem Ruf des Arbeitgebers zum Einsatz innerhalb von acht Minuten (Hervorhebung durch den Verfasser) Folge zu leisten, wodurch die Möglichkeit, anderen Tätigkeiten nachzugehen, erheblich eingeschränkt ist, als ‚Arbeitszeit‘ anzusehen ist.“²¹

Die Lösung des zuvor beschriebenen Problems war auch „mit Bordmitteln“ möglich. Allerdings wird erkennbar, wie nahe man in der betrieblichen Praxis europarechtlichen Fragestellungen kommen kann.

4. Einführung eines (neuen) Schicht-Systems

Überaus problematisch sind grundlegende Änderungen des betrieblichen Arbeitszeitregimes. Dabei kann schon Uneinigkeit in Detailfragen dazu führen, dass eine einvernehmliche Regelung nicht zustande kommt. Deren bedarf es jedoch häufig, weil nur mit freiwilligen Ergänzungsregelungen ein auch in der Praxis funktionierendes Gesamtpaket geschaffen werden kann.

Ich nenne zwei Beispiele:

20 EuGH 21.2. 2018 – C-515/18 – Matzak.

21 EuGH 21.2. 2018 – C-515/18 – Matzak.

- Stahlwerk (Problem: Schichtbeginn Frühschicht)

Hier bestand das Problem, dass die Frühschicht bereits um 4.45 Uhr bzw. 5.00 Uhr beginnen sollte. Der Grund dafür lag in einem sprunghaften Anstieg der Stromkosten nach 8.00 Uhr. Der Betriebsrat forderte unter Hinweis auf dies rechtfertigende arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse einen Schichtbeginn um 6.00 Uhr, den der Arbeitgeber aus Kostengründen nicht akzeptieren wollte. Nach längerem Streit konnte nach Umorganisation des Produktionsprozesses eine Lösung gefunden werden, die jedenfalls die Häufigkeit der „frühen“ Frühschichten im Einzelfall reduziert und vom Betriebsrat akzeptiert wurde.

- Abfüllbetrieb der Chemischen Industrie (Problem: Schichtbeginn Frühschicht)

Hier verliefen die Fronten genau umgekehrt. Der Betriebsrat forderte einen Beginn der Frühschicht um 5.00 Uhr, während der Arbeitgeber erst um 6.00 Uhr beginnen wollte. Hintergrund war eine langjährig bestehende Praxis, die es Mitarbeitern der in einem ländlichen Bereich gelegenen Produktionsstätte erlaubte, sich nach der Arbeit noch um eine nebenbei betriebene kleine Landwirtschaft zu kümmern. Im konkreten Fall erging ein Teilspruch über die konkreten Schichtzeiten, während der Rest einvernehmlich geregelt wurde.

5. Gesamtregelung der Arbeitszeit in Unternehmen mit sehr differenzierten Strukturen (z.B. Sozialbereich, aber auch Theater) bzw. mit der Notwendigkeit der Berücksichtigung von sehr unterschiedlichen Rahmenbedingungen

Beispiel Sozialbereich

Hier bestand das Problem in der Vielfalt der zu berücksichtigenden Fallgestaltungen. Sehr hilfreich wirkte sich aus, dass beide Seiten außerordentlich professionell mit dem Regelungsgegenstand umgingen. So wurde z.B. gleich zu Beginn der Verhandlungen eine Synopse erstellt, auf deren Grundlage sofort deutlich erkennbar war, wo und wie weit die Positionen der Beteiligten voneinander entfernt waren. Sie wurde als Verhandlungsfahrplan genutzt und hatte den Vorteil, dass daraus unmittelbar abzulesen war, welche Seiten an welcher Stelle bereits Konzessionen gemacht hatte. Dies führte zu einem transparenten Prozess, der bei aller Unterschiedlichkeit der beiderseits vertretenen Positionen ohne größere Verwerfungen zu einem sinnhaften Ergebnis führte. Zu finden waren Lösungen für eine Vielzahl von Problemen.

Schwierig war vor allem die Gestaltung einer Regelung für den Fall, dass Arbeitnehmer nicht wie geplant ihre Arbeit beenden konnten. Als Beispiel wurde die Betreuung einer Wohngemeinschaft von Behinderten genannt.

Hier kommt es gelegentlich vor, dass die Ablösung wegen einer Erkrankung oder sonstigen Verhinderung nicht klappt, der aktuell diensthabende Arbeitnehmer die Einrichtung wegen der besonderen Bedürfnisse der betreuten Personen aber auch nicht einfach verlassen kann. In diesen Fällen wurde eine Regelung für die Verlängerung der Schicht getroffen und gleichzeitig eine Ausgleichsregelung in Form eines Zeitsouveränitätskontos geschaffen, für das vom „normalen“ Gleitzeitkonto abweichende Regelungen gelten. Die aus Anlässen der geschilderten Art resultierenden Pluszeiten werden dort gesondert erfasst und stehen dem Mitarbeiter zu privilegierter Nutzung zur Verfügung.

§ 10 Zeitsouveränitätskonto

(1) Für den Arbeitnehmer wird auf Antrag ein Zeitsouveränitätskonto zusätzlich zum Zeitkonto (§ 9) geführt. Das Zeitsouveränitätskonto dient der Realisierung persönlicher Freizeitbedürfnisse im Rahmen von Modellen der Flexibilisierung der werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit oder des Ausgleichs betrieblicher Arbeitszeitzyklen. Es erfolgt keine Bildung von Wertguthaben.

(2) Auf dem Zeitsouveränitätskonto können Zeitguthaben bis zum sechsfachen der individuellen Wochenarbeitszeit verbucht werden, soweit dies im Rahmen von Modellen der Flexibilisierung der werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit oder des Ausgleichs betrieblicher Arbeitszeitzyklen zulässig ist. Die Bestimmungen des Mindestlohngesetzes sind zu beachten.

(3) Auf das Zeitsouveränitätskonto können nach Entscheidung des Arbeitnehmers folgende Arbeitszeiten gebucht werden:

- Am Ende des Ausgleichszeitraums bestehende Plussalden außerhalb der Grünphase des Zeitkontos;
- Arbeitsstunden, die auf Veranlassung des Arbeitgebers über die dienstplanmäßig zu leistende Arbeitszeit hinaus geleistet werden („Einspringstunden“);
- Arbeitsstunden im Rahmen des flexiblen Tagesdienstes, die auf Veranlassung des Arbeitgebers über eine Arbeitszeit im Umfang von 1/5 (5-Tage-Woche) der vertraglich vereinbarten Wochenarbeitszeit hinaus geleistet werden. Bei Vereinbarung einer davon abweichenden Verteilung der Arbeitszeit gilt diese Verteilung als Grundlage.
- Sonstige Arbeitszeiten im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber .

Protokollnotiz:

Einspringstunden können auch dann vorliegen, wenn ein Arbeitnehmer zur Sicherstellung einer zwingend erforderlichen Klientenbetreuung die dienstplanmäßige Arbeitszeit eigenverantwortlich überschreitet (Nichterreichbarkeit der Führungskraft). Diese Arbeitsstunden können mit Zustimmung der Führungskraft ebenfalls dem Zeitsouveränitätskonto gutgeschrieben werden.

(1) Freistellungen vom Zeitsouveränitätskonto werden grundsätzlich im Rahmen der Dienst- und Urlaubsplanung im Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer festgelegt. Die Planung erfolgt auf Basis des zum Zeitpunkt der Freistellung voraussichtlich bestehenden Zeitsaldos. Eine zusammenhängende Freistellung ist maximal für eine Dauer von einem Monat zulässig.

(2) Die Rücknahme verbindlich geplanter Freistellungen kann nur im Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfolgen.

(3) Der Arbeitgeber kann den Abbau von Zeitguthaben nur anordnen, soweit dies gesetzlich geboten ist.

(4) Bei Ausscheiden verbleibende Zeitguthaben sind als Mehrarbeit zu vergüten.

Eine ähnliche Regelung findet sich in einer Betriebsvereinbarung über den Umgang mit Zeitzuschlägen für Tätigkeiten an Wochenfeiertagen. Auch hier ist geregelt, dass diese Zeiten gesondert erfasst werden und einem besonderen Regime unterliegen. Festgelegt ist dabei zunächst in abstrakter Form, in welchem Verhältnis vom Arbeitnehmer geäußerte Freizeitwünsche zu betrieblichen Interessen und jenen von anderen Mitarbeitern stehen. Ergänzt wird dies durch eine Regelung über eine kleine, kurzfristig einzuberufende Einigungsstelle für den Fall, dass eine interne Lösung nicht gelingt. Interessant ist, dass diese in der Zeit seit der Unterzeichnung der Regelung vor etwa zwei Jahren nicht ein einziges Mal angerufen wurde. Es scheint so zu sein, dass bereits die Möglichkeit einer streitigen Entscheidung Anlass für eine vorherige konsensuale Lösung ist.

Beispiel Theaterbetrieb

Hier gab es eine Vielzahl von Problemen, die aus der Anwendbarkeit unterschiedlicher Arbeitszeitregimes auf drei im Betrieb vertretene Arbeitnehmergruppen herrührten, für die jeweils abweichende tarifliche Bedingungen galten. Dabei erwies sich als besonders problematisch, dass für Arbeitnehmer, die nebeneinander und miteinander arbeiten mussten, unterschiedliche tarifliche Regelungen zur Flexibilisierung der Arbeitszeit galten. Dies betraf vor allem die Lage und den Umfang von Ausgleichszeit-

räumen. Die Erstellung von Schichtplänen auf dieser Grundlage glich der Quadratur des Kreises.

Besonders umstritten war die Regelung zur Ruhezeit, die nach Auffassung des Betriebsrats in Kombination mit einem wochenfreien Tag 35 Stunden umfassen musste. Konkret betraf dies den Fall, dass die Vorstellung am Samstag regelmäßig gegen 24.00 Uhr endete und die Arbeit daher am Montag nach ursprünglicher Vorstellung des Betriebsrats erst um 11.00 Uhr hätte beginnen dürfen. Dies hielt der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen für nicht umsetzbar. Im Ergebnis verständigten sich die Betriebsparteien nach erheblichen Zugeständnissen des Arbeitgebers an anderen Punkten auf folgende Regelung:

„3. Wochenfreie Tage inklusive Sonn- und Feiertagen bzw. Ersatzruhetagen sind Tage, an denen zu keiner Zeit gearbeitet wird. Mit Ablauf eines wochenfreien Tages kann ein Dienst wieder beginnen. Es gilt ArbZG § 11 Abs. 4 (Sonn- und Feiertagsruhe = 35 Std.). *Abweichend davon kann die Arbeit nach einem arbeitsfreien Sonntag an einem Montag bereits um 08.00 Uhr beginnen* (Hervorhebung durch den Verfasser).“

Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Vereinbarung existierte die Entscheidung des EuGH vom 9.11. 2017²² noch nicht, in der es heißt:

„Art. 5 der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung in der durch die Richtlinie 2000/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 2000 geänderten Fassung und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung sind dahin auszulegen, dass sie *nicht verlangen, dass die kontinuierliche wöchentliche Mindestruhezeit von 24 Stunden, auf die ein Arbeitnehmer Anspruch hat, spätestens an dem Tag gewährt wird, der auf einen Zeitraum von sechs aufeinanderfolgenden Arbeitstagen folgt, sondern nur, dass sie innerhalb jedes Siebentageszeitraums gewährt wird* (Hervorhebung durch den Verfasser).“

Wäre dies der Fall gewesen, hätte es den Lauf der Verhandlungen sicher zugunsten des Arbeitgebers beeinflusst, der sich für seine Position lediglich auf Stimmen in der Literatur stützen konnte.²³

Anmerkung

Im Hinblick auf die Ruhezeit hat der EuGH in einer aktuellen Entscheidung angedeutet, dass trotz fehlender (auch nur theoretischer) Heranziehung des Arbeitnehmers eine Ruhezeit Arbeitszeit sein könnte, wenn der

22 EuGH 9.11. 2017 – C-306/16 – Maio Marques da Rosa; dazu *Ulber*, EuZA 2018, 484.

23 Z.B. *Wank*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 17. Aufl. 2017, ArbZG § 11 Rn. 5.

Arbeitnehmer diese Zeit nur in der Kabine seines Lkw verbringen kann.²⁴ Es handelt sich hier aber um die Anwendung einer Regelung für den Transportbereich, deren Übertragung auf sonstige Fälle sicher gesondert begründet werden müsste.

6. Pausenregelungen

Streit gibt es häufig auch bei der Gestaltung von Pausenregelungen. Hier sind vor allem zwei Problembereiche zu nennen.

• Sicherung des Erholungswerts der Pause

Hier geht es um die Frage der Art der Pausengewährung. Muss sie in einem Stück gewährt werden? Kann sie – und wenn ja, wie – aufgeteilt werden? Müssen bestimmte äußere Anforderungen erfüllt werden?

Beispiel Nahverkehrsbetrieb

Hier bestand Streit über das Pausenregime für Zugführer. Der Betriebsrat wollte erreichen, dass diese nur an bestimmten Orten, an denen Pausenräume eingerichtet waren, ihre Pause machen sollten. Außerdem sollte diese möglichst zusammenhängend gewährt und genommen werden. Dies stellte sich nach den örtlichen Gegebenheiten als nicht realistisch heraus, zumal der Arbeitgeber für diesen Zweck in größerem Umfang Ablösekräfte hätte einsetzen müssen, die jedoch nicht vorhanden waren.

Im Ergebnis ist dann eine Lösung gefunden worden, die sich an der der Entscheidung des BAG vom 13.10. 2009 orientierte.²⁵ Deren Leitsätze lauten

- Kurzpausen im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG sind, sofern sie die allgemeinen Anforderungen an eine Pause erfüllen, Ruhepausen im arbeitszeitrechtlichen Sinn. Der Arbeitgeber erfüllt mit ihrer Gewährung seine gesetzliche Verpflichtung aus § 4 ArbZG.
- Auch Kurzpausen müssen gemäß § 4 Satz 1 ArbZG im Voraus feststehen. In einem Dienstplan vorgesehene Lenkzeitunterbrechungen erfüllen regelmäßig diese Anforderung.
- Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung, ob eine generelle Mindestdauer der Kurzpausen nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG bestimmt werden kann und wo diese gegebenenfalls anzusetzen wäre. Gegen eine tarifliche Regelung, die in Verkehrsbetrieben eine Aufteilung in Zeitabschnitte von jeweils mindestens acht Minuten vornimmt, bestehen keine Bedenken.

²⁴ EuGH 20.12. 2017 – C-102/16 – Vaditrans.

²⁵ BAG 13.10. 2009 – 9 AZR 139/08, NZA-RR 2010, 623.

Wörtlich wird dazu ausgeführt:

„Gegen eine tarifliche Regelung, die eine Aufteilung in Zeitabschnitte von jeweils mindestens 8 Minuten vornimmt, bestehen keine Bedenken. Durch eine solche Zeitspanne wird die gem. § 4 Satz 2 ArbZG in allen Betrieben mögliche Minstdauer der jeweiligen Pause von 15 Minuten nicht in unangemessen kleine Teile zerlegt; es handelt sich um mehr als eine bloße ‚Verschnaufpause‘ (dazu BAG 24. September 2008 – 10 AZR 669/07 – Rn. 32, NZA 2009, 45).“

Die umfassende Einrichtung gesonderter Pausenräume konnte wegen § 1 Abs. 2 Ziffer 2 ArbStättV nicht erzwungen werden.

- **Wegezeit in der Pause**

In einem großen Logistikzentrum befand sich die Kantine in größerer Entfernung zu den Arbeitsplätzen. Dies hatte zur Folge, dass jeweils etwa fünf Minuten für den Hin- und Rückweg benötigt wurden. Aus Sicht des Betriebsrats führte dies zu einer unzulässigen Verkürzung der Pause, die vom Arbeitgeber ausgeglichen werden müsste. Im Ergebnis hat er sich mit dieser Position nicht durchsetzen können.²⁶

7. Samstagsarbeit

- Kunststoffindustrie (Automobil-Zulieferer) (Problem: Ausdehnung der Arbeitszeit auf weitere Schichten am Samstag, gegebenenfalls Vollkonti-Betrieb)

Dieses Verfahren ist durch den Wunsch des Betriebsrats geprägt, den Samstag möglichst arbeitsfrei zu halten. Aktuell wird an diesem Tag eine Frühschicht erbracht, danach ruht der Betrieb bis zum Beginn der Frühschicht am Montag. Aus Sicht des Arbeitgebers erfordert die Auftragslage dagegen eine Ausdehnung der Wochenendarbeit bis möglichst zum Vollkonti-Betrieb. Ergänzend weist er darauf hin, dass ein Großteil der Aufträge in Zulieferungen für die Automobil-Industrie besteht und das Unternehmen überhaupt nur in die Auftragsvergabe einbezogen wird, wenn bestimmte Mindestanforderungen im Hinblick auf die Zahl der Schichten im Betrieb erfüllt sind. Daran mangle es aktuell allerdings, so dass die betriebliche Entwicklung vom Inhalt der Schichtregelung bestimmt würde. Die Verhandlungen sind noch nicht abgeschlossen.

8. Sonntagsöffnung

Heftig umstritten sind auch Regelungen zur Sonntagsöffnung. Hier ist häufig keine Einigung möglich, vielmehr muss durch Spruch entschieden werden.

²⁶ Vgl. Baeck/Deutsch, ArbZG, 3. Aufl. 2014, § 4 Rn. 21; Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 24.

Im konkreten Fall hatten die Betriebsparteien bereits eine Grundregelung über Prinzipien der Sonntagsarbeit erzielt. Dieser Umstand wurde im Einigungsstellenverfahren allerdings eher zufällig bekannt. Der Arbeitgeber hatte es aus unerfindlichen Gründen nicht für nötig erachtet, dies vorzutragen. Nach der Grundregelung sollte das Prinzip der Freiwilligkeit gelten, gegebenenfalls sollten Arbeitnehmer aus anderen Filialen eingesetzt werden dürfen. Dazu gab es großzügige materielle Ausgleichsleistungen. Im konkreten Fall stimmte der Betriebsrat einer vom Arbeitgeber beantragten Sonntagsöffnung nicht zu. Seine Zustimmung wurde durch Spruch ersetzt.

In dessen Begründung ist ausgeführt:

„Zu unterscheiden sind zunächst die Konstellationen des § 6 Abs. 1 und 2 LÖG Berlin. Ob die für Abs. 1 vom VG entwickelten Grundsätze auch auf die nach Abs. 2 möglichen Öffnungen zu übertragen sind, kann dahinstehen; denn öffentlich-rechtlich existieren keine Bedenken. Das BezA hat die Sonntagsöffnung aus Anlass des ‚Winterfests‘ nämlich nicht beanstandet. Arbeitsrechtlich ist der Abschluss der BV Sonntagsarbeit vom 13. Mai 2016 beachtlich. Zwar handelt es sich nicht um eine geschlossene Regelung, die Überlegungen zum ‚Ob‘ der Öffnung an diesem Tag ausschließen würde (vgl. LAG Niedersachsen 1 TaBV 61/13 vom 22.10. 2013, LAGE § 98 ArbGG 1979 Nr. 69), jedoch wird erkennbar, dass die Bet. eine Regelung geschaffen haben, die durch eine ganze Reihe von Einzelverabredungen (Freiwilligkeitsprinzip, Besetzungsregelungen, finanzieller Ausgleich, Ersatzruhetag) die Grundfrage dahin beantwortet haben, dass prinzipiell gegen Sonntagsarbeit in dem in der BV beschriebenen Umfang keine Bedenken zu erheben wären. Den 07.01. 2018 betreffende konkrete Einwände, die darüber hinausgingen und der Sonntagsöffnung ggf. hätten entgegenstehen können, sind vom BR dagegen nicht vorgebracht worden.“

9. Flexible Arbeitszeit

Beispiel Privatbank

Flexible Arbeitszeiten werden häufig beiderseits angestrebt. Allerdings gibt es dabei durchaus Streit über die inhaltliche Ausgestaltung. Im konkreten Fall wollte der Arbeitgeber an der 5-Tage-Woche festhalten und eine relativ ausgedehnte Kernzeitregelung erreichen. Der Betriebsrat wollte dagegen die Möglichkeit der 4-Tage-Woche eröffnen und hatte durchaus abweichende Vorstellungen zur Gestaltung der Kernzeit, zumal die Kundenbetreuer jeweils sehr spezielle Verbindungen zu den von ihnen betreuten Personen unterhielten. So wurde in der Diskussion deutlich, dass ein nicht unerheblicher Zeitaufwand durch die Betreuung von Kunden außerhalb der üblichen Geschäftszeiten anfiel (Beispiel: gemeinsamer Besuch von Sport- oder Kulturveranstaltungen, Geschäftsessen etc.). Der Arbeitgeber wertete dies nicht als Arbeitszeit und hatte in seiner Betrachtung damit die Möglichkeit, die verbleibende Gesamtarbeitszeit wie beschrie-

ben zu verplanen. Nach näherer Diskussion des Problems erfolgte einvernehmlich eine Nichtregelung. Es wurde und wird an der bisherigen Praxis festgehalten. Zu der Frage, wie diese erfasst wird, kann ich keine näheren Erkenntnisse beisteuern.

10. Arbeitszeit

a) Arbeitszeitausgleich (Arbeitszeit-Konto)

Arbeitszeitflexibilität wird üblicherweise von Arbeitgeber und Betriebsrat gleichermaßen positiv bewertet. Allerdings kommt es häufig zu Konflikten im Hinblick auf den Umfang der zulässigen Über- oder Unterschreitung der Regelarbeitszeit, den Ausgleichszeitraum, den Einfluss von Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf den Ausgleich sowie die Frage, ob ein Arbeitszeitkonto zunächst ins Plus entwickelt werden muss, bevor eine Unterschreitung der Regelarbeitszeit gestattet wird.

Häufig wird hier von dem sog. Ampel-Modell Gebrauch gemacht, für das ich nachfolgend zwei Regelungsbeispiele vorstellen möchte.

aa) Getränkeindustrie

§ 9 Behandlung von Arbeitszeitsalden nach § 13 UTV AZ 2015 während des Verteilzeitraums

1. Innerhalb der Grünphase sind keinerlei Maßnahmen hinsichtlich eines Arbeitszeitausgleichs erforderlich.
2. Bei Erreichen der Gelbphase nach § 13 UTV AZ 2015 wird die/der Vorgesetzte und die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer von der Personalabteilung über das Erreichen der Gelbphase informiert. Die/der Vorgesetzte und der Arbeitnehmer beraten über die Gründe für den hohen Zeitkonto-Saldo und erarbeiten einen Plan zur Rückführung des Arbeitszeitkontos. Betriebsrat und Personalabteilung können an diesen Beratungen teilnehmen. Dieser Plan ist binnen 2 Wochen vorzulegen. Der Betriebsrat erhält eine Kopie hiervon.
3. Vor Erreichen der Rotphase nach § 13 UTV AZ 2015 (90 Stunden) vereinbaren Personalabteilung, Betriebsrat gemeinsam mit der/dem Vorgesetzten und der Arbeitnehmerin/dem Arbeitnehmer einen verbindlichen Plan zur Rückführung des Arbeitszeitkontos in den grünen Bereich. Bei Erreichen von 100 Stunden ist dieser Plan innerhalb von 14 Tagen umzusetzen, spätestens danach erfolgt eine Freistellung, wenn es zu keinem Abbau des Arbeitszeitkontos kommt.

bb) Banken, Versicherungen

§ 3 Jahresarbeitszeitkonto

Für alle Mitarbeiter der xxx wird ein individuelles Jahresarbeitszeitkonto (Arbeitszeitkonto) geführt und gemäß den nachfolgenden Regelungen gesteuert.

Das Arbeitszeitkonto ist als Dokumentation ein Instrument, um die Einhaltung der durchschnittlichen, regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit im Ausgleichszeitraum zu überwachen.

(1) Berechnung

- a) Für den Abgleich der täglich geleisteten Arbeitszeit (Ist-Stunden) eines Mitarbeiters mit seiner individuellen, täglichen vertraglichen Arbeitszeit (Sollstunden) werden diese täglich miteinander verglichen. Die Differenz zwischen Ist- (Arbeitszeit) und Sollstunden am jeweiligen Betrachtungstag wird dem Jahresarbeitszeitkonto des jeweiligen Mitarbeiters am Betrachtungstag zugebucht.
- b) Am 24. und 31. Dezember beträgt das Tagessoll unabhängig vom Dienstplan generell 0 Stunden. Arbeitet ein Mitarbeiter an diesen Tagen, so erhält er unabhängig davon, ob er gemäß Rahmendiensplan zur Arbeit vorgesehen war, eine Gutschrift über exakt die gearbeitete Zeit auf seinem Jahresarbeitszeitkonto.
- c) Für die Zuschlagsregelungen nach dem Manteltarifvertrag gilt, dass der Sonn- und Feiertagszuschlag in einer 7,8 Stunden/Schicht (derzeit) brutto 90,- € beträgt. Bei Verlängerung bzw. Verkürzung der Schicht erfolgt eine anteilige Kürzung oder Erhöhung des Sonn- und Feiertagszuschlags.

(2) Schwankungsbreite

Die maximale Schwankungsbreite des individuellen Arbeitszeitkontos (Korridor) beträgt

Für Mitarbeiter mit 80 % der Wochenarbeitszeit einer Vollzeitkraft oder mehr

Guthabenstunden: 0 bis 80 Guthabenstunden

Minusstunden: 0 bis 40 Minusstunden

für Mitarbeiter zwischen 50 bis 80 % der Wochenarbeitszeit einer Vollzeitkraft

Guthabenstunden: 0 bis 60 Guthabenstunden

Minusstunden: 0 bis 30 Minusstunden

für Mitarbeiter mit weniger als 50 % der Wochenarbeitszeit einer Vollzeitkraft

Guthabenstunden: 0 bis 40 Guthabenstunden

Minusstunden: 0 bis 20 Minusstunden

(3) Steuerung des Jahresarbeitszeitkontos

Der Auf- und Abbau des jeweiligen individuellen Arbeitszeitkontos gemäß den nachfolgenden Bestimmungen erfolgt im Rahmen der Planungsschritte unter Beachtung der Bestimmungen dieser Gesamtbetriebsvereinbarung.

Im Rahmen der definierten Schwankungsbreite nach Ziffer 4.2 (Plus- und Minusstunden) kann eine freie Verplanung durch die Bank unter Beachtung der Vorgaben für den jeweiligen Planungsschritt erfolgen.

Auch den Mitarbeitern soll soweit wie möglich Zeitsouveränität gewährt werden. Sie können Wünsche äußern und über positive Salden verfügen, soweit betriebliche Gründe (z.B. die geplante Besetzungstärke) nicht entgegenstehen.

Überschreitet das Jahresarbeitszeitkonto die jeweils gültige Obergrenze, so werden die darüber hinausgehenden Arbeitsstunden mit einem Zuschlag von 25 % bewertet. Diese Stunden und Zuschläge werden ausbezahlt. Die Zuschläge ersetzen nicht die Zustimmung des regionalen Betriebsrats zur Überschreitung eines Jahresarbeitszeitkontos.

Unterschreitet das Jahresarbeitszeitkonto den Wert von 40 Minusstunden, so werden unterschreitenden Arbeitsstunden ohne Entgeltabzug gestrichen.

Sowohl bei der Gewährung von Zuschlägen wegen Plusstunden, als auch bei Streichung von Minusstunden, erfolgt eine wochenbezogene (Montag bis Sonntag) Betrachtung des Arbeitszeitkontos.

b) Arbeitszeit/Reisezeit

Eine weitere ständige Quelle von Streitigkeiten ist der Umgang mit Reisezeiten. Als Beispiel für eine solche Regelung möchte ich Ihnen eine Lösung vortragen, die für Außendienstmitarbeiter eines Unternehmens der Getränkeindustrie vereinbart wurde.

Regelung aus einer BV AZ für den Außendienst

„Für Mitarbeiter im Außendienst, die von ihrer Wohnung aus, auf direktem Weg ihre Tätigkeit antreten, ist für Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der Ein- bzw. Ausstieg ins Fahrzeug am Wohnort maßgeblich (Hervorhebung durch den Verfasser). Wird der Dienst aus privaten Gründen von einem anderen als dem Wohnort aus angetreten bzw. beendet, gilt dies entsprechend mit

der Maßgabe, dass maximal diejenige Zeit als Arbeitszeit angesetzt werden kann, die bei Fahrtantritt vom Wohnort bzw. bei Fahrtende zum Wohnort angefallen wäre. Unterschreitet in diesem Fall die tatsächliche Fahrzeit von dem anderen Ort die (fiktive) Fahrzeit vom Wohnort, so ist die geringere Fahrzeit anzusetzen. Als Arbeitszeit gilt auch die Zeit, die der Mitarbeiter mit administrativen Tätigkeiten an einem anderen Ort als am Dienstsitz xxx verbringt.“

Diese Regelung berücksichtigt sowohl die Grundsätze der Rechtsprechung des BAG als auch des EuGH.

Das BAG hat insoweit ausgeführt:²⁷

„Arbeit ist jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient (BAG 8. März 1961 – 4 AZR 71/59 – BAGE 11, 23, 26; 11. Oktober 2000 – 5 AZR 122/99 – BAGE 96, 45, 51; 16. Januar 2002 – 5 AZR 303/00 – zu I 1 a der Gründe, AP EntgeltFG § 2 Nr. 7 = EzA EntgeltfortzG § 2 Nr. 2; 14. November 2006 – 1 ABR 5/06 – BAGE 120, 162, 169). Keine Arbeit wird für den Arbeitgeber durch den Weg zur Arbeit erbracht (BAG 21. Dezember 2006 – 6 AZR 341/06 – BAGE 120, 361, 365). Dagegen gehört die Reisetätigkeit bei Außendienstmitarbeitern zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten (§ 611 Abs. 2 BGB). Mangels festen Arbeitsorts können sie ihre vertraglich geschuldete Arbeit ohne dauernde Reisetätigkeit nicht erfüllen. Das wirtschaftliche Ziel der Gesamttätigkeit ist darauf gerichtet, verschiedene Kunden zu besuchen, wozu die jeweilige Anreise zwingend gehört (BAG 28. März 1963 – 5 AZR 209/62 – zu II 2 b der Gründe, AP BGB § 611 Wegezeit Nr. 3; 3. September 1997 – 5 AZR 428/96 – BAGE 86, 261, 265; 14. November 2006 – 1 ABR 5/06 – aaO). Das gilt nicht nur für die Fahrten zwischen den Kunden. Die Fahrten zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zurück bilden mit der übrigen Tätigkeit eine Einheit und stellen nach der Verkehrsanschauung jedenfalls bei Außendienstmitarbeitern, Vertretern, ‚Reisenden‘ uä. insgesamt die Dienstleistung iSd. §§ 611, 612 BGB dar. Das ist unabhängig davon, ob der Fahrtantritt ab der Betriebsstätte des Arbeitgebers oder ab der Wohnung des Arbeitnehmers erfolgt. Solche Fahrten sind nicht mit Fahrten zu mehrwöchigen Einsätzen in anderen Betrieben (hierzu BAG 30. Januar 2002 – 10 AZR 441/01 – Rn. 35) gleichzusetzen. In jedem Falle ist eine dem Arbeitgeber zugutekommende Arbeitsleistung dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer bei An- und Abreise selbst tätig werden muss und die Fahrt vom Arbeitgeber kraft Direktionsrechts bestimmt wird (vgl. BAG 16. Januar 2002 – 5 AZR 303/00 – zu I 1 b der Gründe, aaO; 14. November 2006 – 1 ABR 5/06 – aaO).“

Auf europäischer Ebene hat dies eine Entsprechung gefunden:²⁸

„1. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ist dahin auszulegen, dass unter Umständen, unter denen die Arbeitnehmer keinen festen oder gewöhnlichen Arbeitsort (mehr) haben, die

²⁷ BAG 22.4. 2009 – 5 AZR 292/08, NZA-RR 2010, 23.

²⁸ EuGH 10.9. 2015 – C-266/14 – Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras.

Fahrzeit, die diese Arbeitnehmer für die täglichen Fahrten zwischen ihrem Wohnort und dem Standort des ersten und des letzten von ihrem Arbeitgeber bestimmten Kunden aufwenden, ‚Arbeitszeit‘ im Sinne dieser Bestimmung darstellt.

Es ist nämlich bereits wiederholt entschieden worden, dass Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88 den Begriff ‚Arbeitszeit‘ als jede Zeitspanne definiert, während deren ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder seine Aufgaben wahrnimmt, und dass dieser Begriff im Gegensatz zur Ruhezeit zu sehen ist, da beide Begriffe einander ausschließen. In diesem Zusammenhang sieht die genannte Richtlinie keine Zwischenkategorie zwischen den Arbeitszeiten und den Ruhezeiten vor.

Was zunächst den ersten Bestandteil des Begriffs ‚Arbeitszeit‘ anbelangt, wonach der Arbeitnehmer seine Tätigkeit auszuüben oder seine Aufgaben wahrzunehmen hat, sind die Fahrten von Arbeitnehmern, die seit der Entscheidung ihres Arbeitgebers, Regionalbüros zu schließen, keinen festen oder gewöhnlichen Arbeitsort mehr haben, zu den von diesem Arbeitgeber bestimmten Kunden das notwendige Mittel, damit diese Arbeitnehmer bei den Kunden technische Leistungen erbringen können. Im Übrigen betrachtete der Arbeitgeber vor der Schließung der Regionalbüros die Fahrzeit seiner Arbeitnehmer zwischen den Regionalbüros und dem Standort des ersten und des letzten Kunden des Tages als Arbeitszeit. Diese Fahrten nicht zu berücksichtigen, liefe darauf hinaus, dass ein Arbeitgeber geltend machen könnte, dass nur die für die betreffenden Tätigkeiten bei den Kunden aufgewandte Zeit unter den Begriff ‚Arbeitszeit‘ im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88 falle, was zur Folge hätte, dass dieser Begriff verfälscht und das Ziel des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer beeinträchtigt würde.

Was sodann den zweiten Bestandteil dieses Begriffs anbelangt, wonach der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen muss, ist der Umstand entscheidend, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten und sich zu dessen Verfügung zu halten, um gegebenenfalls sofort seine Leistungen erbringen zu können. Ein Arbeitnehmer steht also nur dann seinem Arbeitgeber zur Verfügung, wenn er sich in einer Lage befindet, in der er rechtlich verpflichtet ist, den Anweisungen seines Arbeitgebers Folge zu leisten und seine Tätigkeit für ihn auszuüben. Dagegen spricht es dafür, dass der betrachtete Zeitraum keine Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 2003/88 ist, wenn die Arbeitnehmer ohne größere Zwänge über ihre Zeit verfügen und ihren eigenen Interessen nachgehen können. Im vorliegenden Fall sind die betreffenden Arbeitnehmer während der Fahrzeit zwischen ihrem ersten und ihrem letzten Kunden des Tages verpflichtet, den Anweisungen ihres Arbeitgebers Folge zu leisten, der die Kundenreihenfolge ändern oder einen Termin streichen oder hinzufügen kann.

Was schließlich den dritten Bestandteil des Begriffs ‚Arbeitszeit‘ anbelangt, wonach der Arbeitnehmer während der betrachteten Zeitspanne arbeiten muss, ist bei einem Arbeitnehmer, der keinen festen Arbeitsort mehr hat und der seine Aufgaben während der Fahrt zu oder von einem Kunden wahrnimmt, auch

davon auszugehen, dass er während dieser Fahrt arbeitet. Denn die Fahrten gehören untrennbar zum Wesen eines Arbeitnehmers, der keinen festen oder gewöhnlichen Arbeitsort hat, so dass der Arbeitsort solcher Arbeitnehmer nicht auf die Orte beschränkt werden kann, an denen sie bei den Kunden ihres Arbeitgebers physisch tätig werden (vgl. Rn. 25, Rn. 26, Rn. 30, Rn. 32, Rn. 33, Rn. 35-39, Rn. 43, Rn. 50 und Tenor).“

c) Arbeitszeit/Umkleidezeit

Ein ganz heftiger Streitpunkt war in den letzten Jahren die Behandlung von Umkleidezeiten. Begonnen hat dies mit einer Änderung der Rechtsprechung des BAG im Jahr 2009, die eine ganze Reihe weiterer Streitigkeiten zur Folge hatte:

„Umkleidezeiten gehören zur vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung, wenn das Umkleiden einem fremden Bedürfnis dient und nicht zugleich ein eigenes Bedürfnis erfüllt (Hervorhebung durch den Verfasser). Das Ankleiden mit vorgeschriebener Dienstkleidung im Betrieb ist nicht lediglich fremdnützig und damit nicht Arbeitszeit iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, wenn sie zu Hause angelegt und – ohne besonders auffällig zu sein – auch auf dem Weg zur Arbeitsstätte getragen werden kann (Rn. 15). Die besondere Auffälligkeit einer Firmenkleidung im öffentlichen Raum ist objektiv zu bestimmen und nicht von dem Verhalten eines Teils der Belegschaft abhängig (Rn. 18, Rn. 20). Vorliegend zählt auch die Zeit des Umkleidevorgangs im Betrieb zur Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, da nicht nur das Tragen der von der Arbeitgeberin gestellten Firmenkleidung, sondern auch deren An- und Ablegen fremdnützig ist (Hervorhebung durch den Verfasser).“²⁹

Diese Rechtsprechung ist in den Folgejahren deutlich präzisiert worden und weist jetzt folgenden vorläufigen Endstand auf:

„Zwar kann der Arbeitnehmer bei einer ausschließlich in weißer Farbe gehaltenen Kleidung nicht ohne weiteres einem bestimmten Arbeitgeber zugeordnet werden. Um eine besonders auffällige Dienstkleidung handelt es sich jedoch auch, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der Ausgestaltung seiner Kleidungsstücke in der Öffentlichkeit mit einem bestimmten Berufszweig oder einer bestimmten Branche in Verbindung gebracht wird. An einer solchen Offenlegung seiner beruflichen Tätigkeit gegenüber Dritten hat der Arbeitnehmer regelmäßig kein eigenes Interesse. Für die Zuordnung zu einer Branche bzw. einem Berufszweig ist ohne Bedeutung, ob die Dienstkleidung in dezenten oder auffälligen Farben gehalten ist.“³⁰

Bei der Umsetzung dieser Rechtsprechung wird häufig übersehen, dass die auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene erfolgende Regelung lediglich der Verteilung der Arbeitszeit dient und keine unmittelbaren vergütungsrechtlichen Auswirkungen haben darf. Hier ist viel gesündigt worden. So

29 BAG 10.11. 2009 – 1 ABR 54/08, NZA-RR 2010, 301.

30 BAG 6.9. 2017 – 5 AZR 382/16, NZA 2018, 1276.

wurde z.B. in einem von mir geleiteten Verfahren folgende Forderung aufgestellt:

1. Berücksichtigung der Umkleidezeit

Als Umkleidezeit im Sinne dieser Betriebsvereinbarung gilt die Zeit zum Anlegen der Dienstkleidung vor Arbeitsbeginn und zum Ablegen der Dienstkleidung nach Arbeitsende.

Die Umkleidezeit ist Arbeitszeit. Sie wird pauschaliert berücksichtigt. Pro tatsächlichem Arbeitstag wird eine Zeit im Umfang von Minuten als Arbeitszeit für die Umkleidezeit berücksichtigt.

Die Berücksichtigung erfolgt für

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ihre Tätigkeit in der arbeitgeberseitig gestellten Dienstkleidung erledigen,
- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ihre Tätigkeit in der arbeitgeberseitig verlangten Dienstkleidung erledigen,
- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ihre Tätigkeit in vorgeschriebener Dienstkleidung versehen.

2. Erfassung und Dokumentation der Umkleidearbeitszeit

Die Arbeitszeit durch Umkleidezeit im Sinne der Ziffer 3 dieser Betriebsvereinbarung wird arbeitstäglich erfasst und dokumentiert. Die Erfassung und Dokumentation erfolgt in einer gesonderten Spalte auf den betrieblichen Unterlagen Dienstplan/Arbeitszeitkonto.

Ihr konnte nicht entsprochen werden. Zur Begründung verweise ich nur auf den Beschluss des BAG vom 12.11. 2013.³¹

IV. Fazit

- Eine Lösung bedarf stets einer genauen Analyse des Regelungsziels und der betrieblichen Rahmenbedingungen
- Eine streitige Lösung führt häufig nicht zu einem sinnvollen Ergebnis
- Es gibt im Bereich der Arbeitszeit nur wenige Wahrheiten
- Manchmal müssen die Beteiligten vor sich selbst geschützt werden
- Gelegentlich trifft „Not“ auf „Elend“
- „Europa“ ist stets nah

31 BAG 12.11. 2013 – 1 ABR 59/12, NZA 2014, 557.

Diskussion*

Professor Dr *Hermann Reichold* (Eberhard Karls Universität Tübingen) fragte zu Beginn der Diskussionsrunde nach der konkreten Rolle des Referenten in der Einigungsstelle. Von Interesse sei, ob dieser eher als Mediator den streitigen Parteien zu einer konsensualen Lösung ver helfe oder ob in hoch strittigen Bereichen eine Lösung ohne Entscheidung nicht denkbar sei.

Dr. *Ronald Pahlen* (Vorsitzender Richter am LAG Berlin a.D.) antwortete, dass eine Entscheidung stellenweise tatsächlich nötig sei; insbesondere könne es Situationen geben, in denen eine gütliche Einigung der Parteien von vornherein ausgeschlossen werden könne. Die Erkenntnis sei aber die, dass das Fehlen eines Elements in einer Betriebsvereinbarung, welches nur durch Einigung der Parteien Eingang finden könne, zu keinen sinnvollen Lösungen führe. Als Beispiel nannte der Referent einen Fall, in dem durch Betriebsvereinbarung eine Einigungsstelle für kurzfristige Einsatzstreitigkeiten eingerichtet worden sei. Eine solche sei nur durch Einvernehmen, nicht durch Spruch erzeugbar. Das generelle Streben sei damit auf die Herbeiführung einer Einigung gerichtet.

Nach einer kurzen Redepause fuhr *Ronald Pahlen* ergänzend zu seinem Vortrag fort: Im Kontext mit der Ruhezeit sei noch ein interessanter Fall aus der Praxis zu erwähnen, welcher die Arbeitszeitregelung in einem Theater zum Gegenstand hatte. Besonders komplex sei bereits die unterschiedliche Tarifbindung der Handwerker zu bewerten gewesen: So fielen einige unter den sogenannten NV SOLO, andere unter einen Alt-Tarifvertrag, und wieder andere hätten überhaupt keiner Bindung unterlegen. Der sehr „kämpferische“ Betriebsrat habe eine Ruhezeit von insgesamt 35 Stunden nach Schichtende um 24 Uhr am Samstag gefordert, zusammengesetzt aus der Ruhezeit von 24 Stunden pro Sieben-Tages-Zeitraum und der elf Stunden pro 24-Stunden-Zeitraum. Der vom Arbeitgeber geforderte Arbeitsbeginn von 8.00 Uhr am Montag sei damit nicht durchsetzbar gewesen. Die Auseinandersetzung habe schließlich mit einer Einigung der Parteien auf Schichtbeginn um 8.00 Uhr geendet. Begründet worden sei dies mit der auf Richtlinienenebene vorgesehenen Ausnahme der betriebstechnischen Gründe. Die Vorgaben des ArbZG hätten keine Beachtung gefunden. Dieses Ergebnis sei durch Einigungsstellenspruch nicht möglich gewesen. Auch dieser Fall zeige auf, dass eine Einigung der Parteien oft vorteilhafter sei.

Stefanie Adrom (TÜV Süd AG München) merkte an, dass sich aus Sicht der Personalarbeit eine Diskrepanz abzeichne: Arbeitsrechtler diskutier-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

ten gerne über die Komplexität eines Schichtplans, den es mit dem Betriebsrat zu verhandeln gelte. Personaler hingegen stellten sich eher die Fragen im Zusammenhang mit den drei großen D's: Gemeint seien Diversität, Demografischer Wandel und Digitalisierung. Gerade aus den letzten beiden Punkten ergebe sich die Frage nach der Attraktivität des Arbeitgebers auf dem Arbeitnehmermarkt, zudem sich der Arbeitsmarkt immer mehr entwickle. Insbesondere solche Anforderungen, die sich im Zuge der Digitalisierung und der Internationalisierung ergäben, führten zu praktischen Fragestellungen, die, an die Arbeitsrechtler herangetragen, besonders unter dem Aspekt von Compliance zu Ratlosigkeit führten.

Ronald Pahlen bestätigte dies mit den Worten, man könne es nur falsch machen.

Friedhelm Dömges (DHV-Bildungswerk e.V. Bildungsstätte Bayern) fragte, wie oft es aus empirischer Sicht zu Auseinandersetzungen im Bereich der Sonntagsöffnung komme und ob der Redner Erfahrungen dahingehend hätte, wie oft diese durch die Arbeitnehmerseite verhindert werde beziehungsweise wie oft sich die Arbeitgeberseite gegen die Wünsche ihrer Mitarbeiter durchsetze.

Ronald Pahlen antwortete, die Sonntagsöffnung sei ein oft angesprochenes Problem, im Rahmen dessen die Durchsetzung der Arbeitnehmerinteressen durch die Anwendung des § 100 ArbGG erfolge – für die Einrichtung einer Einigungsstelle fehle es oft an Zeit. Auch in diesem Zusammenhang sei ein Praxisbeispiel interessant: Gegenstand sei eine Arbeitszeitregelung Anfang Januar 2018 gewesen, welche eine Sonntagsöffnung vorgesehen habe. Der Referent sei mit der Ausgestaltung des Schichtplans beauftragt worden. Nach einer Auseinandersetzung habe der Betriebsrat schließlich doch für die Sonntagsöffnung gestimmt, da die Regelungen für die Woche bis einschließlich Samstag derart überzeugend gewesen seien, dass dieser letztlich seine Bedenken gegen die Sonntagsöffnung zurückgestellt habe. Überraschend herausgestellt habe sich schlussendlich, dass für die Frage der Sonntagsarbeit bereits eine Betriebsvereinbarung zwischen den Parteien vorgelegen habe. Deren wesentliche Bedingungen seien so klar gewesen, dass es für den Widerstand gegen die Sonntagsarbeit keinen vernünftigen Grund gegeben habe. Wieso der Referent nicht schon vorher über diese in Kenntnis gesetzt worden sei, sei völlig unverständlich.

Professor Dr. *Volker Rieble* (ZAAR München) resümierte im Anschluss, dass die Mitbestimmung in arbeitszeitrechtlichen Fragen also derart dicht sei, dass die Einigungsstelle nicht alle Probleme endgültig lösen könne. Dies schüttele Wasser in den Wein derjenigen Anwaltskanzleien, die als Konfliktbewältigungsstrategie die Einigungsstelle vorschlagen würden, denn der Konflikt werde letztlich nicht gelöst. So hätten viele Arbeitgeber beispielsweise Probleme mit Koppelungsforderungen des Betriebsrats, et-

wa Geld für Arbeitszeitgestaltung, was nach dem Zweck des Mitbestimmungsrechts eigentlich nicht möglich sei. Machtmäßig ließe sich dies im Ergebnis aber doch durchsetzen. Die Arbeitgeber erwarteten eigentlich, dass die mit einem Richter besetzte Einigungsstelle die Zweckbindung des Mitbestimmungsrechts beachte.

Ronald Pahlen antwortete, dass die Zweckbindung sowie die gesetzlichen Vorgaben bei einer Entscheidung selbstverständlich beachtet werden. Im Grunde sei das Statement auch verkürzt dargestellt worden. Eine Lösung sei hiernach stets möglich, nur eben nicht eine solche, die auf Dauer sinnvoll sei.

Professor *Rieble* ergänzte seine Ausführungen mit der Vermutung, dass die Einigungsstelle in arbeitszeitrechtlichen Fragen für den Arbeitgeber nach dem Gesagten keinen Sinn mache. Umgekehrt sei dem Betriebsrat zu raten, einen Arbeitszeitstreit loszutreten, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat mit der Einigungsstelle zwangsbefrieden wolle.

Ronald Pahlen erwiderte, dass eine durch Spruch erzielte Einigung in der Regel unmittelbar gekündigt werde und daher mit Ablauf der Drei-Monats-Frist wieder hinfällig sei. Mehr Rechtsfrieden sei im Hinblick auf das geltende System nicht erreichbar. Ziel des Referenten sei die Schaffung von Rechtsfrieden über einen Drei-Monats-Zeitraum hinaus. Dies funktioniere regelmäßig aber nur dann, wenn zwingend vorgesehene Aspekte ausgeblendet würden oder eine Einigung in den Bereichen erzielt werde, in denen eine solche durch den Vorsitzenden nicht erzeugbar wäre. Sinnvolle Lösungen seien häufig jenseits dessen zu finden, was rechtlich zwingend sei.

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR München) lenkte die Diskussion auf das genannte Beispiel der Zusatzarbeit im Sozialbereich. Das Nichterscheinen eines Kollegen sei als Notfall unter § 14 ArbZG zu fassen. Unterstellt, zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat solle eine Regelung dieser Fälle erfolgen, und zwar in der Art durch die Möglichkeit des Abbaus der Stunden in der doppelten Zeit, im Gegenzug dazu, dass der Arbeitnehmer den Art. 14 ArbZG flexibel handhabe. Professor *Giesen* fragte, ob hierin ein Problem zu sehen sei.

Ronald Pahlen erläuterte, er sehe seine Aufgabe in der Kompensation des gesetzgeberischen Versagens. Soziale Aufgaben seien ursprünglich vom Staat wahrzunehmen. Die Privatisierungsentscheidung habe dazu geführt, dass diese nunmehr von eingetragenen Vereinen oder Stiftungen wahrgenommen würden. Die Frage der Finanzierung erfolge über die Festsetzung von Sätzen durch eine Kommission für Soziales. Die privaten Träger seien nicht gewinnorientiert, finanziell gerade auf das Nötigste ausgestattet. Der Referent verwies auf das Fazit aus seinem Handout und erklärte, dass dieser Fall dem Punkt „Not gegen Elend“ zugehörig sei.

Tarifvertragliche Modelle zur Flexibilisierung der individuellen Wochenarbeitszeit in der bayerischen Metall- und Elektroindustrie

Enno Schad

	Seite
I. Arbeitszeit als Wettbewerbsfaktor	84
II. Flexibilisierung der individuellen Wochenarbeitszeit (Metall- und Elektroindustrie Bayern)	87
1. Die Arbeitnehmer arbeiten länger	87
a) Arbeitsvertrag	87
b) Mehrarbeit	89
c) Ergänzungstarifvertrag	90
2. Die Arbeitnehmer arbeiten flexibler	90
a) Verteilung der Arbeitszeit	90
b) Flexible Arbeitszeitkonten (Flexi-Konten)	92
c) Gleitende Arbeitszeit (GLAZ-Konten)	92
d) Vertrauensarbeitszeit	92
e) Langzeitkonten (Wertguthaben)	92
f) Mobile Arbeit	93
g) Befristet Beschäftigte/Zeitarbeitnehmer	93
h) Teilzeit	93
Diskussion	95

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitszeitmodelle der Zukunft* (München 2019), S. 83-94

I. Arbeitszeit als Wettbewerbsfaktor

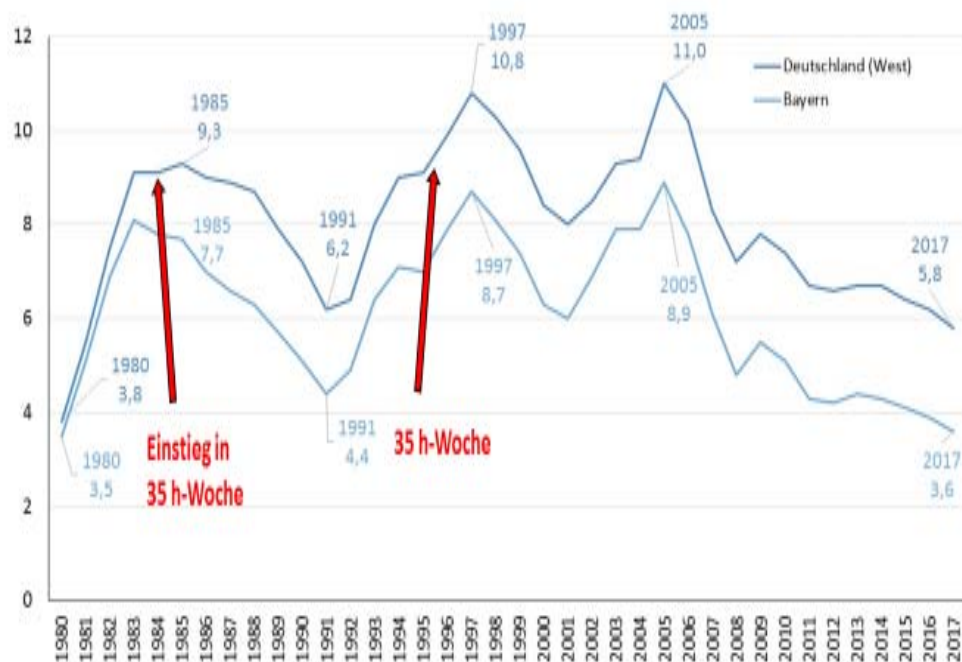
Die Dauer der Arbeitszeit und ihre flexible Verteilung beeinflussen die Personalkosten, die Innovationsfähigkeit sowie die Investitionsbedingungen und damit die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen. Die betriebliche Situation wird bestimmt durch

- gesteigerte Flexibilitätsbedürfnisse – sowohl von Betrieben als auch von Arbeitnehmern,
- Fachkräftemangel,
- Arbeit 4.0,
- internationale Wettbewerbsfähigkeit,
- steigende Lohnstückkosten,
- kurzfristige konjunkturelle Schwankungen.

Der Einstieg in eine tarifliche 35-Stunden-Woche in der Metall- und Elektroindustrie erfolgte 1984. In mehreren Stufen wurde die wöchentliche Arbeitszeit auf 35 Stunden reduziert. Seit 1995 beträgt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 35 Stunden. Der von der IG Metall gewünschte gesellschaftspolitische Effekt einer Reduzierung der Arbeitslosigkeit konnte mit der Einführung der 35-Stunden-Woche nicht erreicht werden.

Arbeitslosigkeit Deutschland und Bayern

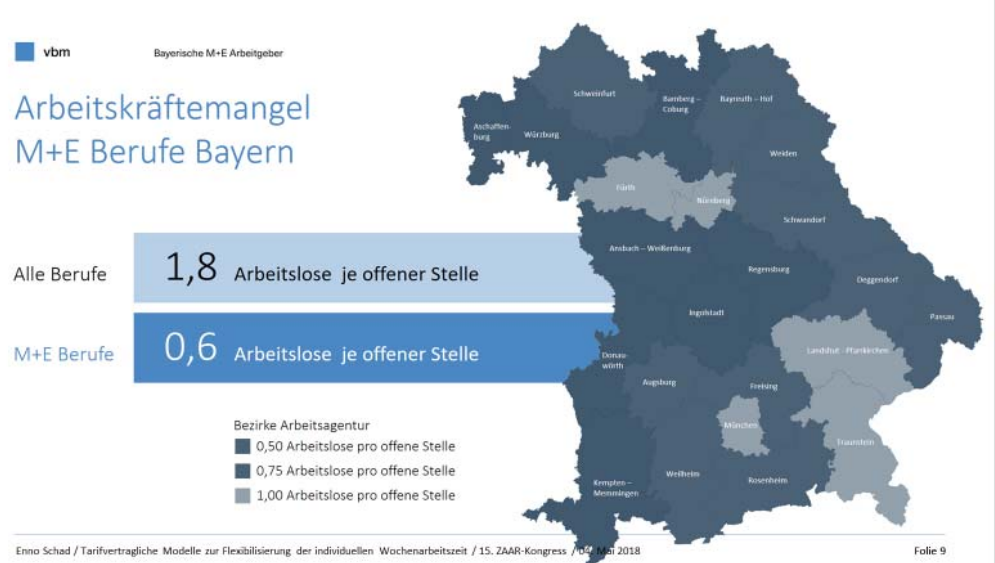
In Prozent der abhängigen zivilen Erwerbspersonen; Jahresdurchschnitte



Quelle: BA

Enno Schäd / Tarifvertragliche Modelle zur Flexibilisierung der individuellen Wochenarbeitszeit / 15. ZAAR-Kongress / 04. Mai 2018

Der aktuelle Arbeitskräftemangel belastet die Metall- und Elektroindustrie in besonderem Maße.

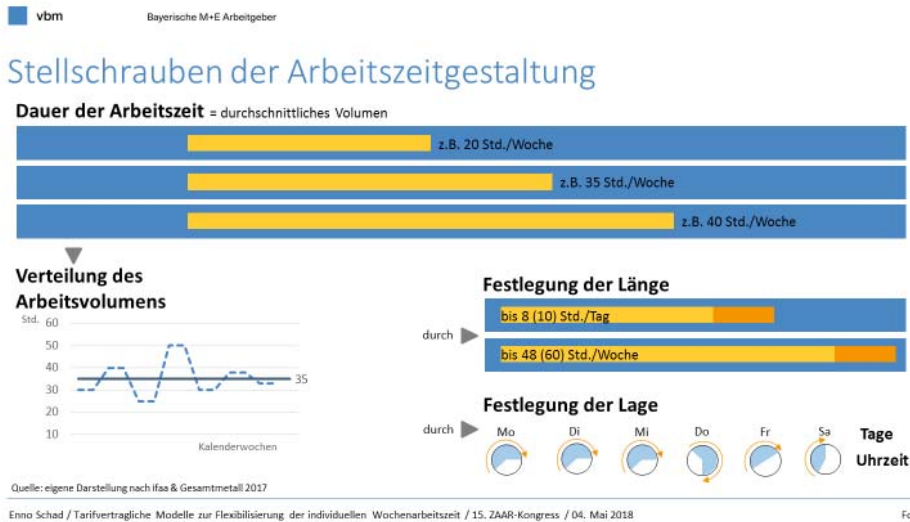


Tarifliche Stellschrauben sind das Volumen und die flexible Verteilung der Arbeitszeit im Betrieb.

Die Betriebsnutzungszeit ist die vom Arbeitgeber vorgegebene gesamte Zeit, in welcher die Arbeitnehmer im Betrieb im Sinne ihres Arbeitsauftrags die Betriebsmittel nutzen. Es handelt sich um die „betriebliche Arbeitszeit“ oder „Öffnungszeit“ des Betriebs. Die Dauer der Betriebsnutzungszeit bestimmt der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei.

II. Flexibilisierung der individuellen Wochenarbeitszeit (Metall- und Elektroindustrie Bayern)

Die Stellschrauben der Arbeitszeitgestaltung liegen zunächst bei der Dauer der Arbeitszeit (siehe II 1) sowie bei der Verteilung des Arbeitsvolumens über Wochen und Monate und der Festlegung der Länge und Lage der Arbeitszeit in der Woche und am Tag (siehe II 2).



Der Tarifabschluss 2018 beinhaltet neue Elemente zur Gestaltung der Arbeitszeit. Die aktuellen und zukünftigen tariflichen Regelungen bieten zahlreiche Möglichkeiten für eine flexible Gestaltung der Arbeitszeit auf betrieblicher Ebene.

1. Die Arbeitnehmer arbeiten länger

Die betriebliche Arbeitszeit kann verlängert werden, indem die individuelle Arbeitszeit der einzelnen Arbeitnehmer dauerhaft oder vorübergehend erhöht wird. Eine Erhöhung der individuellen Arbeitszeit führt grundsätzlich aber auch zu einer Erhöhung der Vergütung.

a) Arbeitsvertrag

Eine Erhöhung der Arbeitszeit bedarf einer Änderung bzw. Ergänzung der vertraglichen Grundlage. Der Manteltarifvertrag der bayerischen Metall- und Elektroindustrie sieht eine Begrenzung für Arbeitnehmer mit erhöh-

ter individueller Arbeitszeit auf bis zu 40 Stunden vor. Die Begrenzung liegt grundsätzlich bei 13 % der Arbeitnehmer des Betriebs, wobei bei der Berechnung alle Arbeitnehmer einschließlich der Leitenden und Außer-tariflichen berücksichtigt werden, die Ausfüllung der 13 % dann aber nur mit den tariflichen Arbeitnehmern erfolgt.

In der Tarifrunde 2018 wurden umfangreiche Neuregelungen vereinbart, die ab 2019 deutlich verbesserte Möglichkeiten vorsehen, um im Bedarfsfall mehr Arbeitsvolumen im Betrieb generieren zu können. Ab dem 1.1. 2019 gibt es insgesamt sechs neue Möglichkeiten, das Arbeitsvolumen zu erhöhen:

- Toleranzbereich bis zu 17 %
- 25 %-Quote
- 50 %-Quote
- Volumenbetrachtung
- Kopfbetrachtung
- sogenannte Bestandsschutzregelung

Toleranzbereich bis zu 17 % (neu)

Ab 1.1. 2019 wird eine Abweichung der Quote um plus 3,99 % auf rund 17 % als „Gelbphase“ toleriert. In dieser Phase sieht der Tarifvertrag vor, dass Arbeitgeber und Betriebsrat über einen Zeitraum von sechs Monaten Lösungen zu beraten haben.

25 %-Quote im Rahmen einer Vereinbarung zur Leih-/Zeitarbeit

Soweit die Betriebsparteien eine Betriebsvereinbarung zum Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern abschließen, können sie in dieser Regelung wie bereits bisher die 13 %-Quote um bis zu 12 %-Punkte ausweiten.

25 %-Quote bei nachgewiesenem Fachkräfteengpass (neu)

Bei nachgewiesenem Fachkräfteengpass, der nicht anderweitig kompensiert werden kann, können die Betriebsparteien eine freiwillige Betriebsvereinbarung mit einer Quote von bis zu 25 % abschließen. Bei Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit bestimmter Bereiche spricht der Tarifvertrag davon, dass in diesem Fall eine solche Betriebsvereinbarung zu schließen „ist“. In Streitfällen kann eine solche Betriebsvereinbarung in der tariflichen Schlichtungsstelle erreicht werden.

50 %-Quote in Betrieben mit höheren Eingruppierungen

In Betrieben mit einer besonderen Struktur, nämlich 50 % der Gesamtbeschäftigten in EG 8 oder höher (bisher EG 10), kann eine Arbeitszeitverlängerungsquote von bis zu 50 % der Arbeitnehmer des Betriebs verein-

bart werden. Der Anwendungsbereich und der Berechnungsmodus wurden und sind vergrößert und ist insbesondere für Betriebe mit in der Regel hochqualifizierten Fachkräften interessant.

Volumenbetrachtung (neu)

Bisher wurde bei der Quotenregelung nicht zwischen Verträgen mit 35 und weniger Stunden pro Woche unterschieden. Entsprechend wurde das im Vergleich zu Vollzeitverträgen geringere Arbeitszeitvolumen nicht berücksichtigt. Ab dem 1.1. 2019 werden Arbeitsverträge mit einem Arbeitsvolumen zwischen 15 und 35 Stunden genau betrachtet. Die jeweilige Differenz zu einer Vollzeitstelle kann durch eine Erhöhung der Quote für 40-Stunden-Verträge ausgeglichen werden. Berücksichtigt werden auch Arbeitnehmer, die in Altersteilzeit beschäftigt sind und ihre Arbeitszeit halbiert haben – allerdings nur in der Arbeitsphase. Verträge mit weniger als 15 Stunden werden generell wie 15-Stunden-Verträge behandelt.

Kopfbetrachtung (neu)

Das Kopfmodell ist eine weitere Möglichkeit, das Stundenvolumen zu erhöhen. Hier wird die Anzahl der Arbeitnehmer mit Verträgen unter 35 Stunden 1:1 mit der Anzahl von Beschäftigten mit 40-Stunden-Verträgen ausgeglichen. Für die Einführung des Kopfmodells ist eine freiwillige Betriebsvereinbarung notwendig.

Bestandsschutzregelung

Betriebe, in denen am 1.1. 2019, also bei Inkrafttreten des neuen Tarifvertrags, die 13 %-Quote bereits überschritten ist, genießen einen Bestandschutz.

Insgesamt gilt:

In der neuen Systematik für 40-Stunden-Verträgen erhält der Betriebsrat bei Überschreitung der Quote ein Widerspruchsrecht gegenüber weiteren „40-Stünder-Verträgen“. Das Verfahren ähnelt dem bei einer Einstellung oder Versetzung.

b) Mehrarbeit

Sofern nur ein temporärer Bedarf einer erhöhen Arbeitszeit besteht, kommt tarifliche Mehrarbeit in Betracht, die nach Vereinbarung mit dem Betriebsrat vom Arbeitgeber angeordnet und mit einem tariflichen Mehrarbeitszuschlag vergütet wird. Im Falle der Ablehnung der Zustimmung durch den Betriebsrat kann die tarifliche Schlichtung angerufen werden.

c) Ergänzungstarifvertrag

Eine Erhöhung der tariflichen Arbeitszeit ohne proportionale Anhebung der Vergütung bedarf eines Ergänzungstarifvertrages. Die Tarifvertragsparteien der bayerischen Metall- und Elektroindustrie schließen diese Regelungen auf der Basis des Tarifvertrags zur Beschäftigungsentwicklung (auch bekannt als Pforzheim Abkommen) zum Erhalt und zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, der Innovationsfähigkeit oder der Investitionsbedingungen eines Betriebs oder Unternehmens ab.

2. Die Arbeitnehmer arbeiten flexibler**a) Verteilung der Arbeitszeit**

Die individuelle Arbeitszeit kann gleichmäßig oder ungleichmäßig auf fünf Werktagen (in der Regel Montag bis Freitag, aber auch Samstag und Sonntag) verteilt werden. Die üblichen Schichtarbeitsmodelle variieren beispielsweise hinsichtlich der Schichtzyklen, der Schichtdauer, der Besetzungsstärken oder der Schichtwechsel. Für gewöhnlich werden Schichtmodelle anhand der Anzahl an Schichten pro Woche bzw. der Betriebsnutzungszeit unterschieden, die sie ermöglichen. Die maximale wöchentliche Betriebsnutzungszeit liegt bei 168 Stunden (24 Stunden Arbeit an sieben Tagen in der Woche) verteilt auf 21 Schichten pro Woche.

Die Betriebsnutzungszeit ist die vom Arbeitgeber vorgegebene gesamte Zeit, in welcher die Arbeitnehmer im Betrieb im Sinne ihres Arbeitsauftrags die Betriebsmittel nutzen. Es handelt sich um die betriebliche Arbeitszeit oder Öffnungszeit des Betriebs. Bei einer fünftägigen Arbeitswoche mit einer Schicht pro Tag, die acht Stunden dauert, ist die Betriebsnutzungszeit zum Beispiel 40 Stunden bzw. fünf Schichten pro Woche. Über ein Zwei-Schicht-System mit zehn Schichten pro Woche und 80 Stunden Betriebsnutzungszeit gelangt man durch weitere Erhöhung der Betriebsnutzungszeit zu Drei-Schicht-Systemen. Diese beginnen üblicherweise bei 15 Schichten pro Woche (Montag bis Freitag mit je Früh-, Spät- und Nachtschicht) mit einer Betriebsnutzungszeit von 120 Stunden. Eine weitere Erhöhung des betrieblichen Arbeitszeitvolumens erfolgt schrittweise durch Ergänzen von jeweils einer Schicht mit acht Stunden Betriebsnutzungszeit. Die maximale wöchentliche Betriebsnutzungszeit liegt bei 168 Stunden (24 Stunden Arbeit an sieben Tagen in der Woche) verteilt auf 21 Schichten pro Woche.

Übersicht

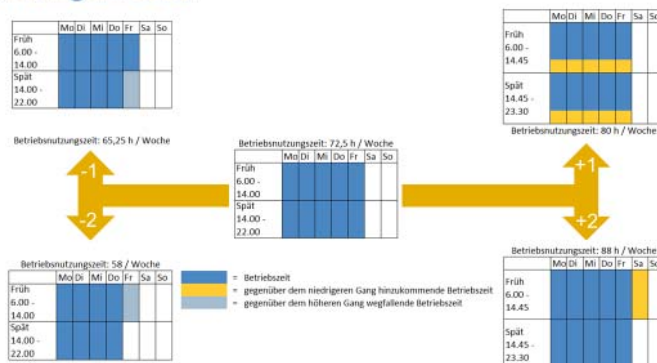
Flexible Schichtarbeit und übliche Betriebsnutzungszeiten



Eine Möglichkeit zur kurz- und mittelfristigen Erhöhung des betrieblichen Arbeitszeitvolumens bieten sogenannte *Gangschaltungsmodelle*. Dabei wird der Schichtplan anhand des mittleren Kapazitätsbedarfs gestaltet. Außerdem werden bereits bei der Planung Modelle mit einer höheren (oder niedrigeren) Betriebsnutzungszeit entworfen. Zwischen diesen Modellen kann dann je nach Auslastung ähnlich einer Gangschaltung hin- und hergeschaltet werden.

Flexible Schichtarbeit

Gangschaltungsmodell



b) Flexible Arbeitszeitkonten (Flexi-Konten)

Arbeitszeitkonten werden von den Arbeitgebern zur Erfassung und Steuerung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit der Arbeitnehmer eingesetzt. Mit der Einführung von Arbeitszeitkonten erhalten Unternehmen die Möglichkeit, den Einsatz der Arbeitskräfte und die Betriebszeiten flexibel zu gestalten und an konjunkturelle sowie saisonale Schwankungen anzupassen. So werden auch unproduktive Leerzeiten vermieden, da Arbeitskräfteeinsatz und Arbeitsanfall besser aufeinander abgestimmt werden können. In Bayern haben die Tarifvertragsparteien in der Tarifrunde 2018 die tariflichen Regelungen eines Flexiblen Arbeitszeitkontos (Flexi-Konto) neu definiert. Insbesondere wurden die folgenden Grundsätze festgeschrieben:

- Keine tarifliche Volumensbegrenzung
- Kein tariflicher Ausgleichszeitraum
- Keine tarifliche Insolvenzsicherung

c) Gleitende Arbeitszeit (GLAZ-Konten)

Bei einer gleitenden Arbeitszeit disponieren die Arbeitnehmer ihre tägliche/wöchentliche Arbeitszeit im Rahmen der betrieblichen Vorgaben weitgehend selbst.

d) Vertrauensarbeitszeit

Die Arbeitnehmer arbeiten zeita autonom. Bei der Vertrauensarbeitszeit erbringen die Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit in Abhängigkeit von der zu erfüllenden Arbeitsaufgabe selbst. Die Vertrauensarbeitszeit ist vorwiegend in Bereichen mit überwiegend höher qualifizierten Arbeitnehmern verbreitet. Im Tarifbereich bietet sich die Vertrauensarbeitszeit in der Regel in den oberen Entgeltgruppen an.

e) Langzeitkonten (Wertguthaben)

Bei den Langzeitkonten handelt es sich ebenfalls um Konten, die den zeitflexiblen Einsatz der Arbeitnehmer während des gesamten Beschäftigungsverhältnisses bzw. während der Lebensarbeitszeit ermöglicht. Es handelt sich um Wertguthaben, die nicht das Ziel der flexiblen Gestaltung der werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit oder des Ausgleichs betrieblicher Produktions- und Arbeitszeitzyklen verfolgen.

Der „Tarifvertrag Langzeitkonten“ für die bayerische Metall- und Elektroindustrie gilt seit dem 1.4. 2018. In Langzeitkonten können in Bayern grundsätzlich 200 Arbeitsstunden pro Kalenderjahr eingebracht werden. Weiter können auch Bestandteile des Arbeitsentgelts (Anteiliges 13. Mo-

natseinkommen + Erhöhtes Urlaubsentgelt) für ein Langzeitkonto verwendet werden. Mit einer freiwilligen Betriebsvereinbarung kann das einbringbare Stundenvolumen erhöht werden. Voraussetzung für die Anwendung des Tarifvertrags Langzeitkonten ist eine freiwillige Betriebsvereinbarung. Eine Einführung gegen den Willen des Arbeitgebers ist nicht möglich. Langzeitkonten müssen in „Geld“ geführt werden. Sofern sich die Betriebsparteien darauf einigen, ist zusätzlich auch die Führung in „Zeit“ möglich.

f) Mobile Arbeit

Arbeiten mit mobilen Endgeräten, im Homeoffice und zu teilweise ungewöhnlichen Uhrzeiten ist heute schon vielfach gelebte Praxis. Sie verbessert Arbeitsqualität und Produktivität im Unternehmen und trägt gleichzeitig dem Wunsch nach stärkerer Individualisierung Rechnung.

Rückwirkend zum 1.1. 2018 gilt in der bayerischen Metall- und Elektroindustrie der neue „TV Mobiles Arbeiten“, der mit einer freiwilligen Betriebsvereinbarung umgesetzt werden kann. Mobiles Arbeiten umfasst alle arbeitsvertraglichen Tätigkeiten, die zeitweise außerhalb der Betriebsstätten durchgeführt werden. Es ist also nicht auf Arbeiten mit mobilen Endgeräten beschränkt. Der neue Tarifvertrag bietet Betrieben folgende Vorteile:

- Mehr- und Nachtarbeitszuschläge fallen nur an, wenn die Mobile Arbeit angeordnet wird;
- Verkürzung der täglichen Ruhezeit von elf auf neun Stunden.

g) Befristet Beschäftigte/Zeitarbeitnehmer

Die Betriebsnutzungszeit kann ergänzend auch durch den Einsatz von befristet Beschäftigten sowie Zeitarbeitnehmern ausgeweitet werden. Der Tarifvertrag zum Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern weitet die Beschäftigungsmöglichkeiten von Zeitarbeitnehmern auf bis zu 48 Monate aus.

h) Teilzeit

Teilzeit ist für die Arbeitgeber aufgrund der verstärkten Ansprüche der Arbeitnehmer auf dauerhafte oder befristete Arbeitszeitverkürzung eher eine organisatorische Herausforderung als ein Flexibilisierungsinstrument, dennoch können sich auch Konstellationen ergeben, die zu einer Flexibilität beitragen.

Der Tarifabschluss der Tarifrunde 2018 ermöglicht für bestimmte Arbeitnehmergruppen eine Reduzierung der Arbeitszeit durch die Gewährung zusätzlicher freier Tage. Statt einer normalen Tabellenerhöhung gibt es ab 2019 eine neue tarifliche Sonderzahlung, die jährlich zum 31.7. gezahlt

wird. Das tarifliche Zusatzgeld (T-ZUG) beträgt 27,5 % des individuellen monatlichen Grundentgelts und wird grundsätzlich an die Beschäftigten ausgezahlt. Drei Beschäftigtengruppen können allerdings wählen, ob sie statt der Auszahlung acht zusätzliche freie Tage haben möchten:

- Arbeitnehmer mit Kindern bis zur Vollendung des 8. Lebensjahres, die diese selbst betreuen und erziehen;
- Arbeitnehmer, die Eltern, Kinder, den Ehegatten/Partner oder Schwiegereltern mit mindestens Pflegegrad 1 in häuslicher Pflege betreuen;
- Arbeitnehmer in Schichtarbeit. Je nach Fall gibt es dabei unterschiedliche Bedingungen, etwa was die Betriebszugehörigkeit angeht. Außerdem kann der Arbeitgeber auf der Auszahlung bestehen, wenn er für das ausfallende Arbeitsvolumen im Betrieb keinen Ersatz mit der entsprechenden Qualifikation findet. Arbeitgeber und Betriebsrat haben dies zu erörtern. Ein anderer Mitarbeiter, der in dieser Zeit entsprechend länger arbeitet, wird nicht auf die „40-Stünder-Quote“ angerechnet.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Flächentarifverträge der bayerischen Metall- und Elektroindustrie ein ganzes Bündel an Möglichkeiten der flexiblen Arbeitszeitgestaltung bieten. Die tatsächlichen tariflichen Möglichkeiten sind weit besser als oftmals gedacht. Die Tarifverträge können auch in Zukunft ein geeigneter Weg für verbindliche und kollektive Arbeitsbedingungen sein.

Diskussion*

In Bezug auf die Berechnung nach der Volumenmethode erkundigte sich *Sebastian Grzegorek* (Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie Hannover) nach dem Vorhandensein einer Stichtagsregelung zur Ermittlung der vorhandenen Teilzeitkräfte. Denkbar sei, dass ein Teilzeitarbeiter auf die 35 Stunden zurückkehre, was dann wiederum Berücksichtigung finden müsse.

Enno Schad (Verband der bayerischen Wirtschaft e.V. München) erklärte, dass die Quote mit den verlängerten Arbeitszeiten dem Betriebsrat zweimal zum Kalenderhalbjahr mitgeteilt werde. Im Bereich der höheren Quoten habe dieser ein stärkeres Kontrollrecht: Der Betriebsrat müsse angehört, insbesondere über die angewandte Rechenmethode zum Zwecke der Nachkontrolle informiert werden. Ob und inwieweit der Betriebsrat von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch mache, sei eine Frage des Einzelfalls.

Dass die angesprochene Innovation der Berücksichtigung weiterer Teilzeitbeschäftigung die Diskussion womöglich entschärfe, da viele Betriebe über eine große Anzahl an Teilzeitbeschäftigten verfügten, wurde von Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR München) bemerkt. Er fragte den Referenten, inwieweit in der Praxis tatsächlich mit einer Berechnung der Quote zu rechnen sei. Denkbar sei, dass sich unternehmerische und arbeitnehmerseitige Interessen ohne eine exakte Berechnung in Ausgleich bringen ließen.

Enno Schad antwortete, in Betriebsräten herrsche diesbezüglich teils Gleichgültigkeit; die Quote sei bei Arbeitnehmerzufriedenheit nicht anzugreifen. Letztlich gebe es keinen Verlierer: Der Arbeitnehmer erhalte schließlich mehr Entgelt. Auf der anderen Seite existierten auch Betriebsräte, die aufgrund der normativen Wirkung des Tarifvertrags eine engere Sichtweise hätten. Was die Anzahl der Teilzeitbeschäftigten in Betrieben angehe, so seien die Bedingungen je nach Betrieb verschiedengestaltig. In größeren Unternehmen sei die Ermittlung der Zahl der Teilzeitbeschäftigten mit einem größeren Aufwand verbunden. Ein eher streng eingestellter Betriebsrat könne veranlassen, dass es tatsächlich einmal zur Ausrechnung der Quote komme.

Ute Opritescu (IG Metall Bezirk Bayern) fügte hinzu, dass die Betriebsräte vonseiten der IG Metall durchaus bestärkt würden, die Quotenregelungen einzufordern und sich damit näher zu befassen. Auch zukünftig werde hierauf Wert gelegt. Die Bezeichnung der 17 %-Quote als Toleranzquote sei jedoch berichtigungswürdig. Hierbei handle es sich vielmehr um eine

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

„Gesprächsverpflichtungsquote“ mit dem Ziel der Zurückführung auf 13 %. Das Ziel sei gerade nicht eine Toleranz nach oben. Allerdings sei dies wohl nur eine Auslegungstreitigkeit.

Stefanie Adrom (TÜV Süd AG München) erkundigte sich nach der Berechnung der zuschlagspflichtigen Überstunden und fragte, wie sich diese zu den geschaffenen Arbeitszeitkonten verhielten.

Enno Schad entgegnete, dass hier zu differenzieren sei. Im betrieblichen Sprachgebrauch sei der Begriff der Mehrarbeit mit der Vorstellung verknüpft, der Mitarbeiter arbeite schlicht mehr. Entscheidend sei dagegen, ob das „Mehr“ betrieblich festgelegt sei. Das Zeitguthaben in einem Arbeitszeitkonto sei nicht als Mehrarbeit anzusehen, sondern durch Freizeit auszugleichen. Nach der gefassten Neuregelung bestehe hier sogar die Möglichkeit, nach Vereinbarung mit dem Betriebsrat bis zu 50 Stunden ohne Zuschläge auszuzahlen. Zuschlagspflichtige Mehrarbeit sei hiervon zu trennen, es handle sich um Arbeitszeit, die sich der Arbeitgeber zusätzlich „einkaufe“. Mehrarbeit spiele sich hingegen außerhalb des Zeitkontos ab und müsse beim Betriebsrat gesondert beantragt und durch diesen genehmigt werden.

Dr. Sebastian Hopfner (Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen in Deutschland e.V. München) wollte wissen, ob sich das Thema der Vertrauensarbeitszeit in der Metall- und Elektroindustrie nunmehr erledigt habe, oder ob diese beispielsweise in Verwaltungsbereichen oder dem Bereich der Dienstleistung, auch innerhalb des tariflichen Systems, noch gelebt werde.

Enno Schad verneinte dies. Die Vertrauensarbeitszeit habe im Tarifvertrag keine Regelung gefunden. Eine solche wäre jedoch wünschenswert, um dem Betriebsrat Klarheit über deren Zulässigkeit zu verschaffen. Vertrauensarbeitszeit sei in der Metall- und Elektroindustrie noch im AT-Bereich oder den oberen Entgeltgruppen anzutreffen, wobei diese auch hier eher die Ausnahme darstelle. In Bezug auf die Gleitzeit beinhalte der Tarifvertrag lediglich die Vorgabe, dass eine solche mit dem Betriebsrat zu vereinbaren sei. Beginn und Ende der Arbeitszeit sei hier festgelegt. Vertrauensarbeitszeit hingegen stelle eine Mischung dar, Arbeitszeiterfassung erfolge nicht. Die Vertrauensarbeitszeit sei nach alledem nicht tot, allerdings bewege man sich hier eher im außervertraglichen Bereich.

Bodo Schmidt (Philip Morris GmbH München) stellte abschließend die Frage, wie im Bereich des mobilen Arbeitens eine Arbeitszeitkontrolle statfinde, oder ob hier nach dem Vertrauensarbeitszeitmodell verfahren werde.

Enno Schad erklärte, dass nach der im Tarifvertrag getroffenen Regelung eine Erfassung der Arbeitszeit im Bereich des mobilen Arbeitens jedenfalls

vorgesehen sei. Wie diese Erfassung konkret erfolge, etwa durch das Einloggen in ein System, richte sich nach dem üblichen betrieblichen Rahmen. In gewisser Hinsicht handle es sich wegen der mangelnden Kontrollmöglichkeit aber zweifelsohne um eine Vertrauensfrage.

Flexibilisierung der Arbeitszeit und Arbeitszeitrichtlinie

Abbo Junker

	Seite
I. Gegenstand und Zweck der Richtlinie 2003/88/EG	100
1. Beschäftigungspolitik versus Gesundheitsschutz	100
2. Keine unmittelbare Regelung der Vergütungshöhe	101
II. Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/88/EG	103
1. Sachlicher Anwendungsbereich	104
a) Private oder öffentliche Tätigkeitsbereiche	104
b) Ausnahmen für Katastrophenschutzdienste	104
2. Persönlicher Anwendungsbereich	105
a) Autonomer Begriff des Arbeitnehmers	105
b) Erweiterungen durch den Gerichtshof	106
3. Verhältnis zu anderen Rechtsgrundlagen	106
III. Mindestruhezeiten und wöchentliche Höchstarbeitszeit	107
1. Arbeitszeitbegriff der Richtlinie 2003/88/EG	108
a) Autonomer Begriff der Arbeitszeit	109
b) Bereitschaftsdienst von Arbeitnehmern	110
c) Fahrzeiten vom Wohnort zum Kunden	112
d) Qualifikation der Rufbereitschaft	113
2. Tägliche und wöchentliche Mindestruhezeit	114
3. Wöchentliche Höchstarbeitszeit	115
IV. Systematik der Abweichungsmöglichkeiten	115
1. Abweichungen durch die Mitgliedstaaten	116
a) Betreuer in Freizeiteinrichtungen	116
b) Elternvertreter in SOS-Kinderdörfern	118
2. Abweichungen im Wege von Tarifverträgen	119
Diskussion	121

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitszeitmodelle der Zukunft* (München 2019), S. 99-120

I. Gegenstand und Zweck der Richtlinie 2003/88/EG

Die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG¹ enthält *Mindestvorschriften* für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung (Art. 1 Abs. 1); sie soll die Arbeitszeitgestaltung in der Europäischen Union durch Mindeststandards harmonisieren. Gegenstand der Richtlinie sind unter anderem die wöchentliche Höchstarbeitszeit, die Ruhepausen, die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten sowie der Mindestjahresurlaub (Art. 1 Abs. 2 lit. a). Die Einbeziehung des *Mindestjahresurlaubs* in eine Arbeitszeitrichtlinie ist nach europäischem Verständnis nicht systemwidrig, denn der Jahresurlaub ist aus europäischer Sicht – in Fortführung der täglichen und der wöchentlichen Mindestruhezeit – die jährliche Mindestruhezeit.²

1. Beschäftigungspolitik versus Gesundheitsschutz

Die aktuell geltende Arbeitszeitrichtlinie von 2003 hat eine Vorgeschichte, in der über den Sinn und Zweck einer Harmonisierung der Arbeitszeitregeln gestritten wurde.³ Zuerst stand die *Beschäftigungspolitik* im Vordergrund. Das Sozialpolitische Aktionsprogramm von 1974⁴ gab den Anstoß für eine europäische Empfehlung mit dem Ziel, die wöchentliche Arbeitszeit europaweit auf 40 Stunden zu verkürzen, um die *Arbeitslosigkeit* zu bekämpfen. Dieser Entwurf scheiterte am Veto des Vereinigten Königreichs. Es wollte keine Einmischung europäischer Institutionen in die tarifvertragliche Festlegung der Arbeitszeit und missbilligte das arbeitsmarktpolitische Ziel, die Arbeitslosigkeit durch Reduzierung der Arbeitszeit zu bekämpfen.⁵

In der Folgezeit änderte die Kommission den Fokus von der arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitischen Zielsetzung in Richtung auf das *Arbeitsschutzrecht*, das heißt insbesondere die Sicherheit am Arbeitsplatz und die Gesundheit der Arbeitnehmer. Die im Jahr 1993 verabschiedete Richtlinie

-
- 1 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Amtsblatt EG 2003 L 299/9).
 - 2 Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht (EuArbR), 2. Aufl. 2017, Art. 1 RL 2003/88 Rn. 1.
 - 3 Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88 Rn. 4; Ulber, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 6 Rn. 4 ff.; Bayreuther, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016, § 11 Rn. 5.
 - 4 Sozialpolitisches Aktionsprogramm der EWG vom 24.1. 1974 (Amtsblatt EG 1974 C 13/ 1); siehe dazu Junker, Arbeits- und Sozialrecht in der Europäischen Union, JZ 1994, 277, 278.
 - 5 Entwurf der Kommission für eine Empfehlung zur Verkürzung und Neugestaltung der Arbeitszeit vom 23.9. 1983 (Amtsblatt EG 1983 C 290/4).

„über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung“ stellt bereits in ihrem ersten Artikel klar, dass es nur um Vorschriften für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz gehe.⁶ Auch diese, in das *öffentliche Recht* verschobene Zielsetzung stieß auf den erbitterten Widerstand des Vereinigten Königreichs, das traditionell auch den arbeitsschutzrechtlichen Aspekt der Arbeitszeitgestaltung den Tarifparteien überlässt.

Die erste Arbeitszeitrichtlinie von 1993 konnte den Ministerrat nur passieren, weil zuvor die Einheitliche Europäische Akte von 1986 qualifizierte *Mehrheitsentscheidungen* auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes ermöglicht hatte (Art. 118a EWGV). Das Vereinigte Königreich scheiterte 1996 mit dem Versuch, die Richtlinie durch eine Nichtigkeitsklage wegen Kompetenzüberschreitung zu Fall zu bringen. Nur das in der ersten Arbeitszeitrichtlinie enthaltene *Verbot der Sonntagsarbeit* wurde vom EuGH „gekippt“, weil die Sonntagsruhe in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer stehe.⁷

Der Paradigmenwechsel von der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit durch Verkürzung der Arbeitszeit zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer ist für das Thema „Flexibilisierung der Arbeitszeit“ einerseits ein Vorteil: Eine vor 25 Jahren eingeführte einheitliche europäische Höchstarbeitszeit von wöchentlich 40 Stunden – später vielleicht weiter reduziert auf 35 Stunden – wäre, wie man in Frankreich sieht, für Europa ein auch mit Flexibilisierung schwer zu behebendes beschäftigungspolitisches Desaster geworden.

Auf der anderen Seite ist eine Richtlinie über die Arbeitszeitgestaltung unter dem Paradigma „Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz“ nicht unbeschränkt offen für Flexibilisierung,⁸ denn „mit der Gesundheit spielt man nicht“. Der *Erwägungsgrund 4* der aktuell geltenden Arbeitszeitrichtlinie setzt einer Flexibilisierung, die über die in der Richtlinie bereits vorgesehenen Optionen hinausgeht, klare Grenzen: Die Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer – so heißt es dort – sei eine Zielsetzung, die keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden dürfe.

2. Keine unmittelbare Regelung der Vergütungshöhe

Die Arbeitszeitrichtlinie findet – mit Ausnahme des in Art. 7 geregelten bezahlten Mindestjahresurlaubs – keine Anwendung auf die Vergütung

6 Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Amtsblatt EG 1993 L 307/18).

7 EuGH 12.11.1996 – C-84/94 Rn. 37 – Vereinigtes Königreich/Rat.

8 Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88 Rn. 2; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 1; Bayreuther, in: Schlachter/Heinig (Fn. 3), § 11 Rn. 2.

der Arbeitnehmer: Diese Aussage steht in allen einschlägigen Entscheidungen des EuGH.⁹ Sie ist konsequent, denn auch nach dem Vertrag von Lissabon hat die EU keine Kompetenz für Fragen des Arbeitsentgelts (Art. 153 Abs. 5 AEUV). Auf eine Verletzung der Arbeitszeitrichtlinie können somit keine Vergütungsansprüche gestützt werden.¹⁰ Die Frage der Vergütung von Zeiten, die das europäische Recht als Arbeitszeit qualifiziert, bestimmt sich allein nach dem nationalen Recht.¹¹

Dennoch ist in vielen Fällen, in denen der EuGH vorab über die Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie entscheidet, der Streitgegenstand die Vergütung. Das zeigt beispielhaft die Entscheidung des EuGH vom 21.2. 2018: Der Feuerwehrmann *Rudy Matzak* klagt gegen die belgische Stadt Nivelles auf Bezahlung von Zeiten der zu Hause verbrachten Rufbereitschaft. Der Belgische Arbeitsgerichtshof fragt den EuGH, ob diese Zeiten Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie seien.¹² Aus welcher Grundlage sich nach belgischem Recht der Vergütungsanspruch ergibt, wenn Zeiten der Rufbereitschaft nach europäischem Recht als Arbeitszeit zu qualifizieren sind, und warum es für die Anspruchsgrundlage auf die arbeitsschutzrechtliche Qualifikation der Rufbereitschaft ankommt, lässt sich dem Vorabentscheidungsersuchen nicht entnehmen.¹³

Das Gleiche gilt für einen spanischen Ausgangsfall aus dem Jahr 2015, in dem es um die Qualifikation von Fahrtzeiten zum Einsatzort ging,¹⁴ und einen finnischen Fall aus dem Jahr 2017, der von Überstunden in einem Kinderdorf handelt.¹⁵ *Harald Schliemann* hat daher kürzlich unter der Überschrift „Vorlagefragen – Sachantwort des EuGH trotz Nichtkompetenz der EU“ vehement dafür plädiert, dass der EuGH in solchen Fällen

9 Zuletzt EuGH 21.2. 2008 – C-518/15 Rn. 24 – *Ville de Nivelles/Matzak*; siehe ferner EuGH 27.7. 2017 – C-175/16 Rn. 25 – *Hälvä/SOS-Lapsikylä*; EuGH 10.9. 2015 – C-266/14 Rn. 48 – *CC.OO./Tyco Integrated Security*; EuGH 1.12. 2005 – C-14/04 Rn. 38 – *Dellas/Premier ministre*.

10 BAG 24.8. 2009 – 10 AZR 770/07, NZA 2009, 272 Rn. 35; BAG 17.12. 2009 – 6 AZR 729/08, NZA-RR 2010, 440 Rn. 45.

11 EuGH 10.9. 2015 – C-266/14 Rn. 49 – *CC.OO./Tyco Integrated Security*; *Gallner*, in: *EuArbR* (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88 Rn. 3; *Ulber*, in: *Preis/Sagan* (Fn. 3), § 6 Rn. 93.

12 EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 Rn. 22 – *Ville de Nivelles/Matzak*; *Freyler*, *Der außerhalb des Arbeitsplatzes verbrachte Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit*, *EuZA* 2018, 463; *Sagan*, *Anmerkung*, *NJW* 2018, 1076.

13 EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 Rn. 7 ff., 15 ff. – *Ville de Nivelles/Matzak*.

14 EuGH 10.9. 2015 – C-266/14 Rn. 12 ff. – *CC.OO./Tyco Integrated Security*.

15 EuGH 26.7. 2017 – C-175/16 Rn. 7 ff. – *Hälvä/SOS-Lapsikylä*.

das Vorabentscheidungsersuchen mangels Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen als unzulässig abweisen müsse.¹⁶

Der EuGH sieht das anders: Der Belgische Arbeitsgerichtshof müsse nicht darlegen und begründen, dass und warum die arbeitsschutzrechtliche Qualifikation der Rufbereitschaft für die Entscheidung über den Zahlungsanspruch erheblich sei. Wenn das vorlegende Gericht eine Antwort auf die Vorlagefrage für erforderlich halte, um den Rechtsstreit zu entscheiden, sei dies eine Sache des nationalen Rechts und vom EuGH nicht zu hinterfragen.¹⁷ Dem ist zu folgen. Das Vorabentscheidungsverfahren verlangt keineswegs die Feststellung der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage (wie ein im deutschen Recht ausgebildeter Jurist vielleicht meinen könnte). Es genügt nach dem Wortlaut des AEUV vielmehr, dass die vorlegende Instanz eine Antwort auf „zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält“ (Art. 267 Abs. 2 AEUV). Die Abweisung einer Vorlage als unzulässig kommt nur in Betracht, wenn ein Zusammenhang der Fragen mit dem Ausgangsrechtsstreit überhaupt nicht erkennbar ist und/oder der Gerichtshof offensichtlich zur Abgabe eines Rechtsgutachtens bewogen werden soll.¹⁸

II. Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/88/EG

Die Arbeitszeitrichtlinie ist zwar keine Einzelrichtlinie i.S.d. Art. 16 der Arbeitszeitschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG,¹⁹ bildet jedoch nach ihrem Schutzzweck eine Ergänzung: Die Rahmenrichtlinie zielt auf Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz (Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG); die Arbeitszeitrichtlinie enthält Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeit (Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG).²⁰ Die Bestimmungen der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie bleiben im Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie – unbeschadet der darin enthaltenen strengeren und/oder spezifischen Vorschriften – in vollem Umfang anwendbar (*Erwägungsgrund 3* zur Richtlinie 2003/88/EG).

16 Schliemann, Vorlagefragen – Sachantwort des EuGH trotz Nichtkompetenz der EU, EuZW 2018, 274, 275.

17 EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 Rn. 26 – Ville de Nivelles/Matzak.

18 Nachweise bei Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV – Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 267 AEUV Rn. 24.

19 Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12.6. 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (Amtsblatt EG 1989 L 183/1).

20 Siehe zu diesem Zusammenhang Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88 Rn. 19; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 50.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie folgt kraft Verweisung (Art. 1 Abs. 3 Unterabs. 1) aus der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG. Deren Anwendungsbereich ist weit gefasst, um eine möglichst umfassende Verbesserung der Arbeitsumwelt innerhalb der EU zu erreichen.²¹

a) Private oder öffentliche Tätigkeitsbereiche

Die Arbeitszeitrichtlinie gilt unbeschadet ihrer Art. 14, 17-19 für alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche; beispielhaft genannt sind gewerbliche, landwirtschaftliche, kaufmännische, verwaltungsmäßige sowie dienstleistungs- oder ausbildungsbezogene, kulturelle und Freizeittätigkeiten (Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/391 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie 2003/88). Die Formulierung „private oder öffentliche Tätigkeitsbereiche“ ist weit zu verstehen, um das Ziel der Richtlinie, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz zu verbessern, umfassend durchzusetzen.²²

b) Ausnahmen für Katastrophenschutzdienste

Eine Ausnahme vom sachlichen Anwendungsbereich besteht, soweit die Besonderheiten „bestimmter spezifischer Tätigkeiten“ bei den Katastrophenschutzdiensten der Anwendung der Richtlinie zwingend entgegenstehen (Art. 2 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG). Dieser Ausnahmetatbestand hat einige Berühmtheit erlangt, weil der DRK-Rettungsdienst und die Feuerwehr Hamburg versucht haben, mit seiner Hilfe die Bereitschaftsdienst-Rechtsprechung des EuGH auszuhebeln. Er ist jedoch eng auszulegen, weil er schon nach seinem Wortlaut nicht die Katastrophenschutzdienste als solche betrifft, sondern nur bestimmte Aufgaben des Katastrophenschutzes.²³ Der Ausnahmetatbestand dient allein dem Zweck, das Funktionieren der Hilfs- und Rettungsdienste in Situationen von besonderer Schwere und besonderem Ausmaß zu gewährleisten, in denen eine Arbeitszeitplanung für die Einsatz- und Rettungskräfte unmöglich ist (Katastrophenschutzdienst im engen Sinn). Die all-

21 *Klindt/Schucht*, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 2 RL 89/391 Rn. 3; *Bücker*, in: *Schlachter/Heinig* (Fn. 3), § 19 Rn. 7.

22 EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 22 – *Solidaires Isère/Premier ministre*; EuGH 14.7. 2005 – C-52/04 Rn. 42 – *Personalrat/Feuerwehr Hamburg*; *Gallner*, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88 Rn. 32.

23 EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 24 – *Solidaires Isère/Premier ministre*; EuGH 3.10. 2000 – C-303/98 Rn. 36 – *Simap/Conselleria de Sanidad*; *Ulber*, in: *Preis/Sagan* (Fn. 3), § 6 Rn. 53-57.

tägliche Rettung Verletzter, die Betreuung Kranker und der alltägliche Feuerwehrdienst fallen nicht darunter.²⁴

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie wird durch den Begriff des Arbeitnehmers bestimmt, den Art. 2 ff. der Richtlinie 2003/88/EG verwenden. Die Richtlinie definiert diesen Begriff nicht selbst und enthält weder eine Verweisung auf die Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG noch auf das Recht der Mitgliedstaaten. Es gilt vielmehr der Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV.²⁵

a) Autonomer Begriff des Arbeitnehmers

Dabei handelt es sich um einen autonomen europäischen Begriff, der nicht eng ausgelegt werden darf. Er erfasst jede natürliche Person, die eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.²⁶ Speziell für den persönlichen Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie hat der EuGH entschieden, dass auch Beamte – z.B. beamtete Feuerwehrleute – den Arbeitnehmerbegriff erfüllen, da es ohne Bedeutung sei, ob das Beschäftigungsverhältnis dem privaten oder dem öffentlichen Recht unterliegt.²⁷ Das Gleiche gilt für einen Angestellten einer Krankenkasse des Landes Nordrhein-Westfalen, der einer Dienstordnung unterliegt und wie ein Landesbeamter vergütet wird.²⁸ Schließlich unterfallen auch saisonal beschäftigte Personen, die bis zu 80 Tage pro Jahr „im Bildungseinsatz“ in Ferien- und Freizeitzentren arbeiten, dem Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie

24 EuGH 5.10. 2004 – C-397/01 u.a. Rn. 56 – Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz; EuGH 14.7. 2005 – C-52/04 Rn. 46 ff. – Personalrat/Feuerwehr Hamburg.

25 EuGH 7.4. 2011 – C-519/09 Rn. 21 – May/AOK Rheinland; EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 27 – Solidaires Isère/Premier ministre; *Gallner*, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88 Rn. 37 f.; *Ulber*, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 58.

26 EuGH 7.4. 2011 – C-519/09 Rn. 21 – May/AOK Rheinland; EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 28 – Solidaires Isère/Premier ministre.

27 EuGH 3.5. 2012 – C-337/10 Rn. 25 – Neidel/Stadt Frankfurt a.M.; *Junker*, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2012, RIW 2013, 1, 9.

28 EuGH 7.4. 2011 – C-519/09 Rn. 22 ff. – May/AOK Rheinland, unter Berufung auf EuGH 10.3. 2005 – C-178/04 Rn. 19 – Marhold/Baden-Württemberg.

2003/88/EG. Dass das nationale Recht das Beschäftigungsverhältnis als Rechtsverhältnis eigener Art qualifiziert, spielt keine Rolle.²⁹

b) Erweiterungen durch den Gerichtshof

Auch für den Arbeitnehmerbegriff der Arbeitszeitrichtlinie gelten wahrscheinlich die Erweiterungen, die der EuGH für die europäisch-autonomen Arbeitnehmerbegriffe der Massenentlassungs- und der Mutterschutzrichtlinie entwickelt hat. Danach erfüllen z.B. auch Personen, die kein Arbeitsentgelt bekommen, sondern – finanziell gefördert durch die Arbeitsverwaltung – im Betrieb als Umschüler oder Praktikanten mitarbeiten, den europäischen Arbeitnehmerbegriff.³⁰ Ferner hat der EuGH das gesellschaftsrechtlich vermittelte Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung genügen lassen und den Geschäftsführer einer GmbH als Arbeitnehmer qualifiziert: Es handele sich um eine Person, die während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisungen Leistung erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.³¹ Wenn der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist, hängt die Arbeitnehmereigenschaft davon ab, ob er als Anteilseigner auf die Willensbildung der Gesellschafterversammlung einen „nicht unerheblichen“ Einfluss nehmen kann.³² Die praktische Relevanz dieser Erweiterung ist allerdings gering, da Geschäftsführer als „leitende Angestellte“ i.S.d. Art. 17 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2003/88/EG von zentralen Bestimmungen des europäischen Arbeitszeitrechts ausgenommen werden können (unten IV 1).

3. Verhältnis zu anderen Rechtsgrundlagen

Das Verhältnis der (allgemeinen) Arbeitszeitrichtlinie zu anderen europäischen Rechtsgrundlagen des Arbeitszeitrechts unterliegt dem Prinzip der Subsidiarität: Die Bestimmungen der Richtlinie 2003/88/EG werden von besonderen unionsrechtlichen Arbeitszeitregelungen verdrängt (Art. 14). Solche Regelungen finden sich in Art. 7 der Mutterschutzrichtlinie

29 EuGH 17.10. 2010 – C-428/09 Rn. 29 ff. – *Solidaires Isère/Premier ministre; Junker*, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2010, RIW 2011, 97, 109.

30 EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 Rn. 51 – *Balkaya/Kiesel Abbruch Technik; Weber/Zimmer*, Fremdgeschäftsführer und Praktikanten als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie, EuZA 2016, 224, 234.

31 EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 Rn. 34 – *Balkaya/Kiesel Abbruch Technik*; EuGH 11.11. 2010 – C-232/09 Rn. 46 – *Danosa/LKB Lizings*.

32 EuGH 10.9. 2015 – C-47/14 Rn. 57 – *Holterman/Spies von Büllenheim; Knöfel*, Grenzüberschreitende Organhaftung als Arbeitnehmerhaftung?, EuZA 2016, 348, 354.

92/85/EWG;³³ sie betreffen insbesondere die Vorgaben für die Nachtarbeit und die Umsetzung an einen Arbeitsplatz mit Tagarbeit. Die Jugendarbeitsschutzrichtlinie 94/33/EG³⁴ normiert für Kinder (unter 15 Jahren) und Jugendliche (unter 18 Jahren) Abweichungen von Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie, insbesondere über die Höchstarbeitszeit, die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten und die Nachtarbeit (Art. 8-13). Spezielles Arbeitszeitrecht der EU gibt es ferner für mobile Arbeitnehmer im Straßen- und Luftverkehr und in der Binnenschifffahrt. Diese Arbeitnehmer sind von Art. 3-5, 8 der Richtlinie 2003/88/EG ausgenommen (Art. 20 Abs. 1 Unterabs. 1).³⁵ Seeleute sind vollständig vom Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie ausgenommen (Art. 1 Abs. 3 Unterabs. 2).

III. Mindestruhezeiten und wöchentliche Höchstarbeitszeit

Während das erste Kapitel den Anwendungsbereich und die Begriffsbestimmungen der Arbeitszeitrichtlinie normiert (Art. 1, 2), regelt das *zweite Kapitel der Richtlinie* nach seiner Überschrift „Mindestruhezeiten und sonstige Aspekte der Arbeitszeitgestaltung“ (Art. 3-7). Die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden wird somit – anders als die Mindestruhezeiten – nicht hervorgehoben, sondern ist bloß ein „Sonstiger Aspekt der Arbeitszeitgestaltung“. Darauf ist zurückzukommen (unten III 3).

Blendet man die wöchentliche Höchstarbeitszeit zunächst aus, so besteht das Regelungskonzept der Arbeitszeitrichtlinie aus mehr oder weniger verbindlichen Vorgaben für *vier Typen von Mindestruhezeiten*: eine Ruhepause bei mehr als sechs Stunden täglicher Arbeit (Art. 4 der Richtlinie), eine tägliche Ruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden (Art. 3), eine wöchentliche Ruhezeit von 24 Stunden (Art. 5) und eine jährliche Ruhezeit von vier Wochen, genannt Jahresurlaub (Art. 7).

In Bezug auf den Zeitpunkt, zu dem die vorgenannten Mindestruhezeiten gewährt werden müssen, ergibt sich ohne weiteres aus der Richtlinie 2003/88/EG, dass die *tägliche Ruhepause* auch schon vor Ablauf von

33 Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10. 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und Stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (Amtsblatt EG 1992 L 348/1, in der Fassung von Art. 3 Nr. 11 der Änderungsrichtlinie 2007/30 vom 27.6. 2007 (Amtsblatt EG 2007 L 165/21).

34 Richtlinie 94/33/EG des Rates vom 22.6. 1994 über den Jugendarbeitsschutz (Amtsblatt EG 1994 L 216/5, in der Fassung von Art. 3 der Änderungsrichtlinie 2014/27/EU vom 26.2. 2014 (Amtsblatt EU 2014 L 65/1).

35 Siehe zur Arbeitszeitgestaltung durch EU-Verordnungen und internationale Übereinkommen Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 20 RL 2003/88 Rn. 2 ff.; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 71-83.

sechs Arbeitsstunden und die *jährliche Ruhezeit* – der Jahresurlaub – bereits vor Ablauf von 48 Kalenderwochen gewährt werden kann (Art. 4, 7). Für die *wöchentliche Ruhezeit* von 24 Stunden pro Siebentageszeitraum hat der EuGH – entgegen verbreiteter Ansicht in der Literatur³⁶ – im Jahr 2017 entschieden, dass sie nicht zwingend nach Ablauf von sechs aufeinanderfolgenden Arbeitstagen gewährt werden müsse.³⁷ Darauf ist zurückzukommen (unten III 2 c). Verbindlich vorgegeben ist somit nur die Lage der *täglichen Ruhezeit* von elf zusammenhängenden Stunden pro 24-Stunden-Zeitraum (Art. 3): Diese Ruhezeit muss „unmittelbar an die Arbeitszeit anschließen, deren Ausgleich sie dient“.³⁸

Während die tägliche Mindestruhezeit von elf Stunden als fester Block im Regelungssystem der Arbeitszeitrichtlinie steht, gewährt die Richtlinie im Übrigen *Spielräume*. Sie erlaubt den Mitgliedstaaten, für die wöchentliche Mindestruhezeit von 24 aufeinanderfolgenden Stunden (Art. 5) und die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden (Art. 6 lit. b) *Bezugszeiträume* vorzusehen, welche die darauf bezogene Arbeitsperiode erheblich überschreiten können: für die wöchentliche Ruhezeit einen Bezugszeitraum von bis zu 14 Tagen (Art. 16 Satz 1 lit. a) und für die wöchentliche Höchstarbeitszeit einen Bezugszeitraum von bis zu vier Monaten (Art. 16 Satz 1 lit. b). Für die tägliche Mindestruhezeit von elf Stunden im 24-Stunden-Zeitraum (Art. 3) erlaubt die Richtlinie keinen abweichenden Bezugszeitraum. Sie betont damit die besondere Bedeutung der täglichen Ruhezeit für die Gesundheit und Sicherheit von Arbeitnehmern und Dritten.³⁹

1. Arbeitszeitbegriff der Richtlinie 2003/88/EG

Der Dreh- und Angelpunkt der Richtlinie 2003/88/EG ist der *Begriff der Arbeitszeit*. Sie definiert diesen Begriff als jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer „gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten“ arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt (Art. 2 Nr. 1). Die Verweisung auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogen-

36 Franzen, Überlegungen zur geplanten Revision der Arbeitszeitrichtlinie, ZESAR 2015, 407, 408 („strikt an den vorherigen Arbeitszeitraum gebunden“).

37 EuGH 9.11. 2017 – C-306/16 Rn. 51 – Maio Marques da Rosa/Varzim Sol; Junker, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2017, RIW 2018, 19, 28.

38 EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 50 – Solidaires Isère/Premier ministre; EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 Rn. 94 – Landeshauptstadt Kiel/Jaeger.

39 Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 16 RL 2003/88 Rn. 1; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 155, 175.

heiten spielt in der Rechtsprechung des EuGH keine Rolle.⁴⁰ Dies lässt sich ohne weiteres nachvollziehen: Der Rechtsangleichungserfolg der Arbeitszeitrichtlinie steht und fällt mit ihren Zentralbegriffen, dem Begriff der Arbeitszeit und dem *Gegenbegriff der Ruhezeit*. Er würde verfehlt, wenn ein Zentralbegriff – der Begriff der Arbeitszeit – nicht autonom aus dem Unionsrecht heraus ausgelegt würde.⁴¹

a) Autonomer Begriff der Arbeitszeit

Da der Verweis auf die nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten leerläuft, besteht die Definition der Arbeitszeit in der Richtlinie 2003/88/EG aus *drei Elementen*: Der Arbeitnehmer muss erstens „arbeiten“, zweitens „dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen“ und drittens „seine Tätigkeit ausüben oder Aufgaben wahrnehmen“ (Art. 2 Nr. 1). Der Richtliniengeber hat dem EuGH nicht nur die Auslegung dieser drei Elemente überlassen, sondern auch die Entscheidung darüber, ob sie kumulativ vorliegen müssen⁴² oder als eigenständige Unterfälle der Arbeitszeit zu verstehen sind.⁴³

Als Ruhezeit definiert die Arbeitszeitrichtlinie „jede Zeitspanne außerhalb der [in der Richtlinie definierten] Arbeitszeit“ (Art. 2 Nr. 2). Arbeitszeit und Ruhezeit stehen somit in einem strengen Alternativverhältnis: Die Begriffe schließen sich gegenseitig aus. Die Zeit, die ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner für den Arbeitgeber erbrachten Tätigkeit verbringt, ist entweder Arbeits- oder Ruhezeit; die Arbeitszeitrichtlinie kennt keine

40 EuGH 1.12. 2005 – C-14/04 Rn. 44 f. – Dellas/Premier ministre; EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 Rn. 59, 81 f. – Landeshauptstadt Kiel/Jaeger; *Ulber*, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 99.

41 *Franzen*, ZESAR 2015, 407, 409, 411, der ergänzend darauf hinweist, dass sich der Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten in der deutschen Fassung der Richtlinie nur auf das erste der drei Begriffsmerkmale der Arbeitszeit bezieht, nach der französischen und der englischen Fassung jedoch auf alle drei Merkmale (a.a.O. 410).

42 Generalanwalt *Bot*, Schlussanträge 11.6. 2015 EuGH – C-266/14 Rn. 31 – CC.OO./Tyco Integrated Security.

43 Generalanwalt *Saggio*, Schlussanträge 16.12. 1999 EuGH – C-303/98 Rn. 34 – Simap/Conselleria de Sanidad; *Greif*, Fahrzeit Wohnort – Kunde gleich Arbeitszeit, EuZA 2016, 337, 340.

Zwischenform.⁴⁴ Daher gehört auch die Intensität der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit nicht zu den Merkmalen des Begriffs Arbeitszeit.⁴⁵

Schon unter der Geltung der ersten Arbeitszeitrichtlinie aus dem Jahr 1993 (oben I 1) wurde die strikte *Alternativität von Arbeitszeit und Ruhezeit* kritisiert, die keine qualitativen Schattierungen zulässt.⁴⁶ Eine Änderungsrichtlinie aus dem Jahr 2000 brachte jedoch keine Ausdifferenzierung des Arbeitszeitbegriffs.⁴⁷ Auch die konsolidierte Richtlinie 2003/88/EG wird somit den – in allen Mitgliedstaaten vorkommenden – Zwischenformen zwischen Arbeit (i.S.d. Vollanspannung der Kräfte) und der vom Arbeitgeber unbeeinflussbaren Freizeit des Arbeitnehmers nicht gerecht.⁴⁸ Das ist weniger problematisch bei der Arbeitsbereitschaft: Auch wenn der Verkäufer aktuell keine Kunden bedient, sondern auf Kundschaft wartet, handelt es sich nach allen Rechtsordnungen um Arbeitszeit.⁴⁹ Umso problematischer ist die fehlende Differenzierung bei Bereitschaftsdienst, Fahrzeiten und Rufbereitschaft.

b) Bereitschaftsdienst von Arbeitnehmern

Die Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der Arbeitszeit beginnt mit der Simap-Entscheidung aus dem Jahr 2000. Sie qualifiziert den Bereitschaftsdienst, den ein Arzt in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus leistet, in seinen *aktiven und passiven Phasen* insgesamt als Arbeitszeit i.S.d. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 93/104/EG, auch wenn die tat-

44 EuGH 10.9. 2015 – C-266/14 Rn. 26 f. – CC.OO./Tyco Integrated Security; EuGH 1.12. 2005 – C-14/04 Rn. 42 f. – Dellas/Premier ministre; EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 Rn. 48 – Landeshauptstadt Kiel/Jaeger; EuGH 3.10. 2000 – C-303/98 Rn. 47 – Simap/Conselleria de Sanidad; *Ulber*, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 97.

45 EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 Rn. 56 – Ville de Nivelles/Matzak; EuGH 11.1. 2007 – C-437/05 Rn. 25 – Vorel/NČK; EuGH 1.12. 2005 – C-14/04 Rn. 43 – Dellas/Premier ministre; *Gallner*, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 2 RL 2003/88 Rn. 5.

46 *Anzinger*, Das Bereithalten zur Arbeit am Beispiel des ärztlichen Bereitschaftsdienstes ... kann denn Schlafen Arbeit sein?, Festschrift Wißmann, 2005, S. 3, 9; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 14 Rn. 18; *Wank*, in: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), Richtlinie 93/104/EGW Art. 2 Nr. 1 Rn. 45.

47 Richtlinie 2000/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.6. 2000 zur Änderung der Richtlinie 93/104/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung hinsichtlich der Sektoren und Tätigkeitsbereiche, die von jener Richtlinie ausgeschlossen sind (Amtsblatt EG 2000 L 195/41).

48 Kritisch auch *Franzen*, ZESAR 2015, 407, 410 („Nach der Richtlinie 2003/88 gibt es nur ein Entweder-Oder; in der Lebenswirklichkeit ist das ganz anders“).

49 Siehe zum deutschen Recht *Spengler*, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert (Hrsg.), Arbeitszeitrecht – Handkommentar, 2. Aufl. 2018, § 2 ArbZG Rn. 5.

sächlich geleistete Arbeit von den Umständen abhängt. Der Bereitschaftsdienst in Form persönlicher Anwesenheit in einer Gesundheitseinrichtung sei dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung stehe und Aufgaben wahrnehme. Das Ziel, den Arbeitnehmer durch Mindestruhezeiten zu schützen, sei ernsthaft gefährdet, wenn ein solcher Dienst nicht unter den Begriff der Arbeitszeit falle.⁵⁰ Drei Jahre später entschied der Gerichtshof in der Rechtssache Jaeger, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen die Arbeitszeitrichtlinie verstößt, wenn sie inaktive Zeiten des ärztlichen Bereitschaftsdienstes als Ruhezeit einordnet.⁵¹

Dem Umstand, dass es z.B. in Reha-Kliniken während der Bereitschaftszeit in der Nacht vergleichsweise ruhig zugeht, während sich in Unfallkliniken die Bereitschaftszeit u.U. nicht von der „normalen“ Beanspruchung unterscheidet, kann somit nicht Rechnung getragen werden. Der unter der Überschrift „Kann denn Schlafen Arbeit sein?“ vor allem aus Deutschland geäußerten Kritik wollte die Europäische Kommission bereits im Jahr 2005 durch eine *Unterscheidung aktiver und inaktiver Zeiten* nachgeben.⁵² Ferner sollten die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten“, auf die insbesondere die Bundesrepublik bei der Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie vertraut hatte, durch die Möglichkeit eines „Opt out“ wiederbelebt werden.⁵³ Diese Vorschläge versandeten ebenso wie eine Ankündigung der Kommission in den Jahren 2014/2015, einen Richtlinienvorschlag vorzulegen.⁵⁴

50 EuGH 3.10. 2000 – C-303/98 Rn. 48 ff. – Simap/Conselleria de Sanidad; siehe dazu *Ulber*, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 106.

51 EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 Rn. 44 ff. – Landeshauptstadt Kiel/Jaeger; siehe dazu *Gallner*, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 2 RL 2003/88 Rn. 8; *Franzen*, Anmerkung, BB 2003, 2070, 2071; *Wurmnest*, Anmerkung, DB 2003, 2069, 2071.

52 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, KOM(2005) 246 endgültig; siehe dazu *Anzinger*, Festschrift Wißmann, 2005, S. 3, 14; *Thüsing*, Europa zwischen Flexibility und Security: Versuch einer Positionsbestimmung in einführenden Thesen, EuZA 2008, 159, 163 mit Fn. 6; *Gallner*, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88 Rn. 13.

53 Kritisch *Franzen*, ZESAR 2015, 407, 413 (entweder inhaltliche Regelung auf der Ebene der Union oder Abschaffung der Arbeitszeitrichtlinie).

54 Programm zur Gewährleistung der Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung, KOM(2014) 368 endgültig.

c) Fahrtzeiten vom Wohnort zum Kunden

Auch Fahrtzeiten von Arbeitnehmern können durch Elemente des Arbeitens und des Ruhens geprägt sein.⁵⁵ Im Jahr 2015 entschied der EuGH in einem spanischen Ausgangsfall: Ein Sicherheitsunternehmen beschäftigt Außendienstmitarbeiter, die in einem Gebiet, das ihnen zugewiesen ist, Einbruchmelde- und Warensicherungssysteme installieren und warten. Sie fahren arbeitstäglich mit einem Firmenwagen von ihrem Wohnort zu den Einsatzorten und zurück zum Wohnort. Die Arbeitgeberin berechnet als tägliche Arbeitszeit nur die Zeit zwischen der Ankunft am Standort des ersten Kunden und der Abreise vom Standort des letzten Kunden.⁵⁶

Der EuGH sieht die drei Merkmale des europäischen Arbeitszeitbegriffs – arbeiten, dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen und die Tätigkeit ausüben – als erfüllt an: Auch wenn die Arbeitnehmer während der Fahrten vom Wohnort zum Kunden über „eine gewisse Freiheit“ verfügten, die sie während des Einsatzes bei einem Kunden nicht hätten, könne – in Anwendung der Konkretisierung der Ruhezeit im Simap-Urteil – nicht davon die Rede sein, dass sie während der Fahrten „ohne größere Zwänge über ihre Zeit verfügen und ihren eigenen Interessen nachgehen können“.⁵⁷

Wirtschaftliche Erwägungen – etwa die Befürchtung, die Arbeitnehmer könnten die Fahrten durch persönliche Aktivitäten verlängern – änderten, so der EuGH, nichts an der Qualifikation der Fahrtzeiten als Arbeitszeit. Es sei Sache des Arbeitgebers, geeignete Kontrollinstrumente zu schaffen.⁵⁸ Das Kostenargument sei ebenfalls nicht stichhaltig: Ebenso wenig wie die Vergütung von Bereitschaftszeiten⁵⁹ regule die Arbeitszeitrichtlinie die Honorierung der Fahrtzeiten. Tyco könne die Frage eines Entgelts für die Fahrtzeiten von Europarechts wegen frei entscheiden.⁶⁰

55 Einführend *Greif*, EuZA 2016, 337, 339.

56 EuGH 10.9. 2015 – C-266/14 Rn. 29 ff., 50 – CC.OO./Tyco Integrated Security; siehe dazu *Junker*, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2015, RIW 2016, 1, 10.

57 EuGH 10.9. 2015 – C-266/14 Rn. 39 – CC.OO./Tyco Integrated Security, unter Berufung auf EuGH 3.10. 2000 – C-303/98 Rn. 50 – Simap/Conselleria de Sanidad.

58 EuGH 9.10. 2015 – C-266/14 Rn. 35 ff. – CC.OO./Tyco Integrated Security; siehe dazu *Greif*, EuZA 2016, 337, 341.

59 EuGH 11.1. 2007 – C-437/05 Rn. 32 – Vorel/NČK.

60 EuGH 10.9. 2015 – C-266/14 Rn. 43 ff. – CC.OO./Tyco Integrated Security; siehe zur Vergütung *Greif*, EuZA 2016, 337, 346 f.; *Stiebert*, Anmerkung, EuZW 2015, 794, 795.

d) Qualifikation der Rufbereitschaft

Die Rufbereitschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer nicht am Arbeitsort anwesend sein muss. Für das deutsche Recht wurde – im Anschluss an eine diesbezügliche Äußerung des EuGH im Simap-Urteil⁶¹ – lange davon ausgegangen, dass bei einer Rufbereitschaft grundsätzlich nur solche Phasen als Arbeitszeit zu qualifizieren sind, in denen der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeitsleistung herangezogen wird (*aktive Phasen*).⁶² Dies hat der EuGH am 21.2. 2018 im Fall des belgischen Feuerwehrmanns *Rudy Matzak* teilweise anders gesehen. Der Kläger musste während der Rufbereitschaft in der Lage sein, die Feuerwache bei normalem Verkehrsfluss innerhalb von maximal acht Minuten zu erreichen. Auf diese Anforderung bezog sich auch die Auflage in der Feuerwehrdienstordnung, den Wohnsitz in einem Acht-Minuten-Radius zu nehmen.⁶³

Nach dem Urteil des EuGH ist unter diesen Umständen die Zeit der Rufbereitschaft insgesamt als Arbeitszeit zu erfassen. Bei einer Gesamtbeurteilung aller Umstände komme es darauf an, ob der Arbeitnehmer in der Rufbereitschaft so sehr an der Verfolgung seiner persönlichen und sozialen Interessen gehindert werde, dass sich seine Lage letztlich kaum von einer Anwesenheit im Betrieb unterscheide.⁶⁴ Ein wichtiger Gesichtspunkt ist somit der geografische Aktionsradius, innerhalb dessen sich der Arbeitnehmer bewegen kann, und ein Indiz dafür wiederum ein kurzes Zeitfenster für den Dienstantritt.⁶⁵ Für Arbeitszeit spricht ferner, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit nur rechtzeitig antreten kann, wenn er sich zu Hause in seiner Dienstkleidung aufhält.⁶⁶ Wie wahrscheinlich es ist, dass der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung herangezogen wird, spielt – wie im Simap-Urteil – offenbar keine Rolle.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der Arbeitszeitrichtlinie hat der EuGH jüngst entschieden, dass Ruhezeiten, die ein LKW-Fahrer nur in der Kabine seines Fahrzeugs verbringen kann, jedenfalls keine wöchentliche Ruhezeit i.S.d. einschlägigen EG-Verordnung sind.⁶⁷ Die heutige Re-

61 EuGH 3.10. 2000 – C-303/98 Rn. 50 – Simap/Conselleria de Sanidad.

62 Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 2 RL 2003/88 Rn. 6; siehe auch BAG 20.8. 2014 – 10 AZR 937/13, ZTR 2015, 20 Rn. 18.

63 EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 Rn. 15 ff. – Ville de Nivelles/Matzak; siehe dazu Bayreuther, Rufbereitschaft als Arbeitszeit?, NZA 2018, 348, 349.

64 EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 Rn. 61 ff. – Ville de Nivelles/Matzak; siehe dazu Bayreuther, NZA 2018, 348, 349.

65 Bayreuther, NZA 2018, 348, 349.

66 Siehe dazu den Fall BAG 19.12. 1991 – 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560 (Krankenwagenfahrer im Rettungsdienst).

67 EuGH 20.12. 2017 – C-102/16 Rn. 48 – Vaditrans/Belgischer Staat.

alität, dass Arbeitnehmer über mobile Kommunikationsmittel ständig auch außerhalb des vom Arbeitgeber bestimmten Orts erreichbar sind, hat in der Rechtsprechung des EuGH noch keinen Niederschlag gefunden. Die Literatur spricht sich überwiegend dafür aus, dass bereits die ständige Erreichbarkeit die Ruhezeit unterbricht und Arbeitszeit eintreten lässt.⁶⁸

2. Tägliche und wöchentliche Mindestruhezeit

Erwägungsgrund 5 Satz 1, 2 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG stellt die Mindestruhezeiten in den Vordergrund, was auch der EuGH aufgreift: Die Bestimmungen über die Mindestruhezeiten seien – so der EuGH in ständiger Rechtsprechung – „besonders wichtige Regeln des Sozialrechts der Union, die jedem Arbeitnehmer als ein zum Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit erforderlicher Mindestanspruch zugutekommen müssen“.⁶⁹ Folgerichtig gewährt die Charta der Grundrechte der EU (GRCh) jedem Arbeitnehmer das Recht auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub (Art. 31 Abs. 2 GRCh).

Aus der Rechtsprechung des EuGH sei nur ein Fall herausgegriffen, in welchem sich der Gerichtshof bei der Auslegung einer Richtlinienvorgabe großzügig gezeigt hat: Nach der Arbeitszeitrichtlinie ist „jedem Arbeitnehmer pro Siebentageszeitraum eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden“ zu gewähren (Art. 5). In einem portugiesischen Vorlagefall verlangte ein ehemaliger Croupier, der im Zuge einer Massenentlassung seinen Arbeitsplatz verloren hatte, von dem Casinobetreiber Ersatz für nicht gewährte Überstundenvergütungen. Den Anspruch leitete er daraus ab, dass er häufiger an sieben aufeinanderfolgenden Tagen gearbeitet habe und ihm somit am siebten Tag kein Ruhetag gewährt worden sei.⁷⁰

Der EuGH fasst die Bezeichnung „pro Siebentageszeitraum“ als autonomen Begriff des Unionsrechts auf und legt ihn „schulmäßig“ einheitlich europäisch aus: Der Wortlaut besage nicht, zu welchem Zeitpunkt innerhalb des Siebentageszeitraums die Mindestruhezeit zu gewähren ist. Auch der Zusammenhang gebe nichts dafür her, dass die Mitgliedstaaten das Bibelwort „Am siebten Tag sollst du ruhen“ umsetzen müssen. Der Arbeitnehmerschutz spreche eher für eine Auslegung, die es dem Arbeitnehmer erlaube, am Ende des einen und am Anfang des anderen Bezugszeitraums

68 Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 2 RL 2003/88 Rn. 6; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 128.

69 EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 36 – Solidaires Isère/Premier ministre; EuGH 1.12. 2005 – C-14/04 Rn. 49 – Dellas/Premier ministre; Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 95.

70 EuGH 9.11. 2017 – C-306/16 Rn. 22 ff., 28 – Maio Marques da Rosa/Varzim Sol; Ulber, Art. 5 Satz 1 der Arbeitszeitrichtlinie als Regelung über einen „faktischen Sonntag“, EuZA 2018, 484; Junker, RIW 2018, 19, 28.

zwei aufeinanderfolgende Ruhetage zu genießen, z.B. am Wochenende, so dass er maximal zwölf Tage am Stück arbeiten könne.⁷¹

3. Wöchentliche Höchstarbeitszeit

Die Europäische Kommission hatte sich in ihrem Vorschlag für die erste Arbeitszeitrichtlinie noch geweigert, eine Regelung über die wöchentliche Höchstarbeitszeit aufzunehmen. Erst der Ministerrat verabschiedete mit qualifizierter Mehrheit (oben II 1) eine solche Vorschrift (Art. 6 der Richtlinie 93/104/EG). *Erwägungsgrund 5 Satz 3* der Richtlinie 2003/88/EG („In diesem Zusammenhang muss auch eine wöchentliche Höchstarbeitszeit festgelegt werden“) dokumentiert – ebenso wie die Überschrift des zweiten Kapitels (oben III) – diese Zurückhaltung.

Die GRCh stellt indessen das Recht der Arbeitnehmer auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit auf dieselbe Stufe wie tägliche und wöchentliche Ruhezeiten (Art. 31 Abs. 2 GRCh). Auch der EuGH betont, die Bestimmungen der Arbeitszeitrichtlinie über die Höchstdauer der Arbeit seien „besonders wichtige Regeln des Sozialrechts der Gemeinschaft, die jedem Arbeitnehmer als ein zum Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit bestimmter Mindestanspruch zugutekommen müssen“.⁷²

Dennoch ist es auch heute nicht verkehrt, die Vorschrift der Richtlinie 2003/88/EG über die wöchentliche Höchstarbeitszeit „eher als Annexregelung der Gewährleistung des Gesundheitsschutzes durch Ruhezeiten“⁷³ zu betrachten: Nach der Richtlinie können die Mitgliedstaaten für die Anwendung des Art. 6 (wöchentliche Höchstarbeitszeit) einen Bezugszeitraum bis zu vier Monaten vorsehen (Art. 16). Weitere Abweichungsmöglichkeiten ergeben sich aus Art. 17 der Richtlinie (unten IV 1), nicht aber aus Art. 18 (unten IV 2). Die Arbeitszeitrichtlinie basiert somit letztlich auf einem ruhezeitbezogenen Grundmodell.⁷⁴

IV. Systematik der Abweichungsmöglichkeiten

Die Arbeitszeitrichtlinie enthält in Bezug auf die Grundbedingungen der Arbeitszeit – Begriff der Arbeitszeit und der Ruhezeit, Dauer und Lage der täglichen Ruhezeit, wöchentliche Ruhezeit und Höchstarbeitszeit (Art. 3-6) – einen relativ starren Regulierungsrahmen. Damit kontrastiert das

71 EuGH 9.11. 2017 – C-306/16 Rn. 38 ff., 51 – Maio Marques da Rosa/Varzim Sol.

72 EuGH 25.10. 2010 – C-429/09 Rn. 33 – Fuß/Stadt Halle II; EuGH 14.10. 2010 – C-243/09 Rn. 33 – Fuß/Stadt Halle I; EuGH 5.10. 2004 – C-397/01 Rn. 100 – Pfeiffer/Deutsches Rotes Kreuz; *Ulber*, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 34.

73 *Ulber*, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 94.

74 *Buschmann*, Europäisches Arbeitszeitrecht, Festschrift Düwell, 2011, S. 34, 36; *Ulber*, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 17.

fünfte Kapitel („Abweichungen und Ausnahmen“), das eine Flexibilisierung auf kompetenziellem Weg erreicht, indem die Mitgliedstaaten (Art. 17) und die Tarifparteien (Art. 18) erhebliche Spielräume für Abweichungen erhalten. Diese Öffnungsklauseln gehen soweit, dass in der Literatur der Rechtsangleichungseffekt der Richtlinie infrage gestellt wird: Die Regelungstechnik lasse kein einheitliches oder zumindest angenähertes Arbeitsrechtsregime in der EU entstehen.⁷⁵

1. Abweichungen durch die Mitgliedstaaten

Die Flexibilisierung wird allerdings dadurch eingeschränkt, dass der EuGH die Öffnungsklauseln eng auslegt und die mitgliedstaatlichen Abweichungsbefugnisse streng kontrolliert.⁷⁶ Das zeigt sich bereits bei der Generalklausel des Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie, die Abweichungen für bestimmte Tätigkeiten zulässt. Nach dieser Vorschrift können die Mitgliedstaaten u.a. von den Art. 3-6 abweichen, wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann.

Jenseits der drei „insbesondere“ genannten Arbeitnehmergruppen – leitende Angestellte, Familienangehörige des Arbeitgebers und Arbeitnehmer im liturgischen Bereich von Kirchen – betont der EuGH, dass die Abweichung von den genannten Arbeitszeitvorschriften auf das „unbedingt Erforderliche“ zu begrenzen sei.⁷⁷ Diese Rechtsprechung hat in zwei Entscheidungen eine Rolle gespielt, von denen eine auf französische Vorlage erging und von Saisonkräften handelt,⁷⁸ während die andere auf finnisches Vorabentscheidungsersuchen Betreuer in Kinderdörfern zum Gegenstand hat.⁷⁹

a) Betreuer in Freizeiteinrichtungen

Im Jahr 2010 hatte der EuGH auf französische Vorlage über eine Abweichung von den Vorgaben der Richtlinie 2003/88/EG durch ein Gesetzes-

⁷⁵ Franzen, ZESAR 2015, 407, 408.

⁷⁶ Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 17 RL 2003/88 Rn. 1; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017, § 7 Rn. 15 ff.; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 550.

⁷⁷ EuGH 26.7. 2017 – C-175/16 Rn. 31 – Hälvä/SOS-Lapsikylä; EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 40 – Solidaires Isère/Premier ministre; EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 Rn. 89 – Landeshauptstadt Kiel/Jaeger.

⁷⁸ EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 16 ff. – Solidaires Isère/Premier ministre; siehe zum früheren Recht EuGH 21.10. 2010 – C-227/09 Rn. 37 ff. – Accardo/Gemeinde Turin.

⁷⁹ EuGH 26.7. 2017 – C-175/16 Rn. 7 ff. – Hälvä/SOS-Lapsikylä; Bub, Anmerkung, ZESAR 2018, 86; Müller-Wenner, Anmerkung, AuR 2017, 421.

dekret zu entscheiden, dessen *Nichtigerklärung* eine Gewerkschaft beim französischen Conseil d'État beantragt hatte. Das streitbefangene Dekret schloss Personen vom Anspruch auf eine tägliche Mindestruhezeit aus, die aufgrund von „Verträgen über den Bildungseinsatz“ gelegentliche und saisonale Tätigkeiten in Ferien- und Freizeitzentren ausübten. Als Bildungseinsatz bezeichnete das zugehörige Gesetz die Beteiligung einer natürlichen Person an Betreuungs- oder Leitungsaufgaben in Bezug auf Minderjährige in einer Einrichtung mit Bildungscharakter während der Schulferien, des Erholungsurlaubs oder der Freizeit.⁸⁰

Der EuGH prüft zunächst die Möglichkeit einer *Abweichung nach Art. 17 Abs. 1*. Sie setzt voraus, dass die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann. Der Gerichtshof sieht keinen Anhaltspunkt dafür, dass Arbeitnehmer in dem oben beschriebenen Bildungseinsatz selbst über die Zahl ihrer Arbeitsstunden entscheiden können, oder dass sie nicht verpflichtet sind, im Rahmen ihrer Tätigkeit – und sei es nur teilweise – zu festen Arbeitszeiten an ihrem Arbeitsplatz anwesend zu sein.⁸¹ Das Judikat reiht sich damit in eine Kette von Entscheidungen ein, nach denen die Abweichungsmöglichkeit des Art. 17 Abs. 1 nur für Arbeitnehmer gilt, deren gesamte Arbeitszeit die Voraussetzungen der Vorschrift erfüllt.⁸²

Sodann prüft der Gerichtshof eine *Abweichung nach Art. 17 Abs. 3*. Sie besteht für den Wach- und Schließdienst sowie eine Dienstbereitschaft, die durch die Notwendigkeit gekennzeichnet ist, den Schutz von Sachen und Personen zu gewährleisten (Art. 17 Abs. 3 lit. b der Richtlinie 2003/88/EG). Die Betreuer seien zwar vordergründig „im Bildungseinsatz“. Die französische Regierung habe jedoch plausibel dargelegt, dass sie auch eine permanente Überwachung der Minderjährigen sicherstellen müssten. Da die Minderjährigen nicht von ihren Eltern begleitet würden, müssten sie zur Gewährleistung ihrer Sicherheit ständig beaufsichtigt werden. Unter diesen Umständen könne die Tätigkeit der Betreuer im Bildungseinsatz unter die Abweichungsmöglichkeit für den Wach- und

80 EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 14, 16 – Solidaires Isère/Premier ministre; Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 17 RL 2003/88 Rn. 10.

81 EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 41 f. – Solidaires Isère/Premier ministre.

82 EuGH 7.9. 2006 – C-484/04 Rn. 20 – Kommission/Vereinigtes Königreich; EuGH 26.7. 2017 – C-175/16 Rn. 34 – Hälvä/SOS-Lapsikylä; kritisch Henssler/Lunk, Leitende Angestellte und das Arbeitszeitrecht – Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda, NZA 2016, 1425, 1428.

Schließdienst fallen, die sich auf Tätigkeiten beziehe, bei denen die Kontinuität des Dienstes gewährleistet sein müsse.⁸³

Allerdings verlangt der Richtliniengeber in diesem Fall eine gleichwertige *Ausgleichsruhezeit gemäß Art. 17 Abs. 2* oder, wenn eine solche aus objektiven Gründen nicht gewährt werden kann, einen anderen angemessenen Schutz (Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG). Ausgleichsruhezeiten im Sinne dieser Vorschrift müssen nach der Rechtsprechung unmittelbar an die Arbeitszeit anschließen, zu deren Ausgleich sie dienen, um eine Übermüdung oder Überlastung des Arbeitnehmers durch die Kumulierung aufeinanderfolgender Arbeitsperioden zu verhindern.⁸⁴ Die im französischen Dekret vorgesehene Begrenzung des „Bildungseinsatzes“ auf höchstens 80 Arbeitstage pro Jahr betrachtet der EuGH weder als gültige Ausgleichsregelung noch als angemessenen Schutz, wenn die Gewährung gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich sein sollte.⁸⁵

b) Elternvertreter in SOS-Kinderdörfern

Im Jahr 2017 hatte der EuGH eine finnische Vorlage zu den Abweichungsmöglichkeiten zu entscheiden. Im Ausgangsverfahren verlangten Abwesenheitsvertreter der Eltern in SOS-Kinderdörfern, die eine jährliche Arbeitsverpflichtung von 190 Zeiträumen zu jeweils 24 Stunden hatten, eine *zusätzliche Vergütung* für ihre Tätigkeit. Das finnische Arbeitszeitgesetz von 1996 regelt nicht nur den öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschutz, sondern auch die aus verschiedenen Gründen wie Überstunden oder Sonntagsarbeit zu zahlenden Vergütungen; die Anwendbarkeit des Arbeitszeitgesetzes ist Voraussetzung für diese Ansprüche. In die Bestimmungen über die Anwendbarkeit des Gesetzes wurde Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG sinngemäß aufgenommen.⁸⁶

Ein Vergütungsanspruch der *Elternvertreter* nach dem finnischen Arbeitszeitgesetz war somit nicht gegeben, wenn ihre Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von ihnen selbst festgelegt werden

83 EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 44 ff. – Solidaires Isère/Premier ministre; zustimmend Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 17 RL 2003/88 Rn. 13; allgemein Ulber, in: Preis/Sagan (Fn. 3), § 6 Rn. 247.

84 EuGH 9.9. 2003 – C-151/02 Rn. 94 – Landeshauptstadt Kiel/Jaeger; EuGH 23.12. 2015 – C-180/14 Rn. 52 f. – Kommission/Griechische Republik; Bayreuther, in: Schlachter/Heinig (Fn. 3), § 11 Rn. 47.

85 EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 55 – Solidaires Isère/Premier ministre; Gallner, in: EuArbR (Fn. 2), Art. 17 RL 2003/88 Rn. 9.

86 EuGH 26.7. 2017 – C-175/16 Rn. 14, 16 – Hälvä/SOS-Lapsikylä; Junker, RIW 2018, 19, 27.

kann (Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie). Das vorlegende finnische Gericht erblickte den Unterschied zu den französischen Betreuern im *Bildungseinsatz* darin, dass den Kinderdorffeltern und auch ihren Vertretern aufgegeben sei, sich wie wirkliche Eltern zu verhalten und an deren Stelle zu treten; ihre Aufgabe sei daher inhaltlich vergleichbar mit der in Art. 17 Abs. 1 lit. b der Richtlinie ausdrücklich hervorgehobenen Mitarbeit von Familienangehörigen.⁸⁷

Der EuGH lässt sich von diesen Besonderheiten nicht beeindrucken: Nach den Umständen des Falles lasse sich nicht behaupten, dass die gesamte Arbeitszeit der Vertreter der Kinderdorffeltern wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt werde oder von den Betreffenden selbst festgelegt werden könne. Fehle es schon an dieser Grundvoraussetzung, sei es nicht erforderlich, überdies zu prüfen, ob die Tätigkeit der Vertreter der Kinderdorffeltern unter anderen Gesichtspunkten mit einer in Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie beispielhaft aufgeführten Tätigkeiten gleichgestellt werden kann.⁸⁸ Der Gerichtshof bestätigt somit seine strenge Linie bei der Auslegung des Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie.

2. Abweichungen im Wege von Tarifverträgen

Art. 18 Unterabs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie erlaubt Abweichungen von den Vorschriften über die Ruhepause, der täglichen und der wöchentlichen Ruhezeit – nicht aber von der wöchentlichen Höchstarbeitszeit – im Wege von Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern auf nationaler oder regionaler Ebene. Diese Abweichungen stehen unter dem Vorbehalt, dass die betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten erhalten (Art. 18 Unterabs. 3). Diese Öffnungsklausel ist u.a. in § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG in das deutsche Recht umgesetzt, wonach die Ruhezeit in einem Tarifvertrag um bis zu zwei Stunden gekürzt werden kann, wenn die Art der Arbeit dies erfordert.⁸⁹ Das Erfordernis der „Gleichwertigkeit“ der Ausgleichsruhezeit findet sich im deutschen Recht nicht; daraus ergibt sich eine mögliche Einbruchsstelle für Interventionen des EuGH.

87 EuGH 26.7. 2017 – C-175/16 Rn. 21 f. – Hälvä/SOS-Lasikylä; *Krimphove*, Neue Arbeitszeitrechtsprechung für familienadäquate Erziehungs- und Betreuungstätigkeit, NZA 2017, 1314, 1316.

88 EuGH 26.7. 2017 – C-175/16 Rn. 34, 45 – Hälvä/SOS-Lapsikylä; zustimmend *Müller-Wenner*, AuR 2017, 421.

89 Siehe zur Auslegung dieser Vorschrift *Pfeiffer*, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert (Fn. 49), § 7 ArbZG Rn. 45.

Anhang:
Verzeichnis wichtiger EuGH-Entscheidungen

12.11. 1996	C-084/94	Vereinigtes Königreich/Rat
03.10. 2000	C-303/98	Simap/Conselleria de Sanidad
09.09. 2003	C-151/02	Landeshauptstadt Kiel/Jaeger
05.10. 2004	C-397/01 u.a.	Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz
14.07. 2005	C-052/04	Personalrat/Feuerwehr Hamburg
01.12. 2005	C-014/04	Dellas/Premier ministre
07.09. 2006	C-484/04	Kommission/Vereinigtes Königreich
11.01. 2007	C-437/05	Vorel/NČK
14.10. 2010	C-428/09	Solidaires Isère/Premier ministre
14.10. 2010	C-243/09	Fuß/Stadt Halle I
25.11. 2010	C-429/09	Fuß/Stadt Halle II
07.04. 2011	C-519/09	May/AOK Rheinland
10.09. 2015	C-266/14	CC.OO./Tyco Integrated Security
23.12. 2015	C-180/14	Kommission/Griechische Republik
26.07. 2017	C-175/16	Hälvä/SOS-Lapsikylä
09.11. 2017	C-306/16	Maio Marques da Rosa/Varzim Sol
21.02. 2018	C-518/15	Ville de Nivelles/Matzak

Diskussion*

Einleitend stellte Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR München) die Frage in den Raum, ob die vom Referenten zum Ende aufgeworfenen Möglichkeiten des Richtliniengebers tatsächlich die Alternativen seien. Er wies auf die in Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie vorgesehenen mitgliedstaatlichen Abweichungsmöglichkeiten hin, unter anderem für den Bereich der Feuerwehrdienste. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH zur Rufbereitschaft eines spanischen Feuerwehrmanns stellte er die Frage nach dem *Clash of Civilizations*: Der spanische Gesetzgeber habe von der Abweichungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht, die nationale Entgeltstreitigkeit sei damit europäisch arbeitsschutzrechtlich entschieden worden.

Professor Dr. *Abbo Junker* (ZAAR München) bestätigte den weiten Abweichungsspielraum der Mitgliedstaaten in den von Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie aufgezählten Bereichen. Bei der Lektüre sei jedoch festzustellen, dass es sich vorwiegend um spezielle Bereiche handle, die in der Praxis eher selten betroffen seien. Die Generalklausel des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie, die eine branchenübergreifende Herausnahme aus ihrem Anwendungsbereich ermögliche, sei eng auszulegen. Dies habe der EuGH im Jahre 2017 im Zusammenhang mit Arbeitszeiten in einem finnischen Kinderdorf entschieden. Außerhalb der in der Richtlinie geregelten Fälle finde die allgemeine Ausnahme also praktisch keine Anwendung. Flexibilisierungsvorhaben würden damit wohl an der strikten Haltung des EuGH scheitern.

Professor *Giesen* erfragte sodann die Meinung des Referenten in Bezug auf die E-Mail außerhalb der Arbeitszeiten und dem bereits mehrfach angesprochenen Kriterium der Sozialadäquanz. Genau wolle er wissen, ob der Referent die Klärung dieser Frage auf Grundlage von Art. 3 der Richtlinie, etwa durch Vorlage beim EuGH, für erreichbar halte.

Professor *Junker* antwortete, eine Bagatellklausel könne durchaus im Wege der richterlichen Interpretation durch ein nationales Gericht in den Begriff der Arbeitszeit hineingelesen werden. Was der EuGH hieraus mache, bliebe fraglich. Festzuhalten sei allerdings, dass eine solche weder in der Richtlinie noch der europäischen Rechtsprechung angelegt sei.

Dr. *Bernd Wiebauer* (Arbeitsgericht Rosenheim) entgegnete, einem Richter sei eher davon abzuraten, eine Bagatellgrenze in die europäische Richtlinie hineinzulesen und dem europäischen Gesetzgeber seine Kriterien aufzubürden. Nach seinem Verständnis prüfe der EuGH die Begriffs-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

merkmale der Arbeitszeit kumulativ, so dass die Problematik Ruhezeitunterbrechung durch das Lesen einer geschäftlichen E-Mail im Hinblick auf Art. 3 der Richtlinie womöglich begrifflich gelöst werden könne: Der Arbeitnehmer, der in seiner Freizeit frei und selbstbestimmt darüber entscheide, ob und wann er eine geschäftliche E-Mail lese, stehe dem Arbeitgeber womöglich nicht, wie von der Richtlinie gefordert, zur Verfügung. Möglicherweise könne hier der Hebel gesetzt werden.

Professor *Junker* sah dies als einen guten Ansatz an und ergänzte, dass der nationale Richter gewiss keine Modifikation des europäischen Begriffs, sondern des nationalen Begriffs vornehmen solle. Das nationale Verständnis müsse auf seine Europarechtskonformität überprüft werden. Zum Lösungsvorschlag bemerkte er, dass die weite Interpretation des „Zurverfügungstehens“ durch den EuGH im Fall der Rufbereitschaft die inaktiven Zeiten betroffen habe. Erst Recht müsse man dieses Kriterium in aktiven Zeiten, zu denen das Lesen einer geschäftlichen E-Mail zähle, als erfüllt ansehen. Im konkreten Zeitpunkt der Tätigkeit seien alle europäischen Komponenten des Arbeitszeitbegriffs erfüllt. Eine Ausnahme könne damit nur über eine Bagatellregelung geschaffen werden.

Professor *Giesen* merkte zum Ende der Diskussion an, dass das Führen eines privaten Telefonats am Arbeitsplatz von § 616 BGB abgedeckt sei. Das Verschwimmen der realen und virtuellen Welt solle auch umgekehrt rechtlich akzeptiert werden.

Sachregister

Arbeitszeit 15, 45, 83, 99

- Arbeitnehmerbegriff 105, 106
- Arbeitsbereitschaft 26, 52, 53
- Arbeitszeitausgleich 72-74
- Arbeitszeitbegriff 27-29, 40, 49, 51-54, 108-110, 122
- Bereitschaftsdienst 26, 27, 53, 62, 63, 110, 111
- betriebliche 19-27, 36
- Dienstplan 56-58
- entgeltspflichtige 19-27, 36
- flexible 71, 72, 90
- Höchstarbeitszeit 30, 39, 115, 119
- individuelle 19-27, 36, 87-90
- Kurzarbeit 19, 20, 36
- Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats 19, 48-50
- Pausenregelung 19, 69, 70
- Reise-/Fahrtzeit 74-77, 112
- Rufbereitschaft 26, 27, 53, 62-64, 113, 114
- Ruhezeit 15, 30-34, 36, 38-41, 54, 68, 79, 107-110, 119
- Samstagsarbeit 70
- Schichtarbeit 19, 58, 59, 64, 65, 80
- Sonntagsöffnung 70, 71, 80
- tarifvertragliche Steuerung 20-23, 87-90
- Umkleidezeit 77, 78
- Vergütung 23-27, 36, 101-103

Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG)
27, 28, 37, 39, 100-109, 114, 115, 121

- Abweichungsmöglichkeiten 116-119, 121
- Beschäftigungspolitik 100
- Gesundheitsschutz 39, 41, 100
- Höchstarbeitszeit 115, 119
- Mindestruhezeit 31-33, 107, 108, 114, 119
- Vergütung 101-103

Arbeitszeitschutzrichtlinie 103, 104

Einigungsstellenverfahren 45

- Arbeitszeitausgleich 72-74
- Bereitschaftsdienst 53, 62, 63
- Betriebsvereinbarung Getränkeindustrie 57-61
- Betriebsvereinbarung Rufbereitschaft Krankenhaus 62-64
- Betriebsvereinbarung Sozialbereich 65-67
- Dienstplan 56-58
- flexible Arbeitszeit 71, 72
- Pausenregelung 69, 70
- Reise-/Fahrtzeit 74-77
- Rufbereitschaft 53, 62-64
- Samstagsarbeit 70

- Schichtarbeit 58, 59, 64, 65, 80
- Sonntagsöffnung 70, 71, 80
- Umkleidezeit 77, 78

Flexibilisierung 34, 35, 90-94, 99, 116-119, 121

- Abweichungsmöglichkeiten 116-119, 121
- Flexi-Konten 92
- GLAZ-Konten 92
- Langzeitkonten 92
- mobile Arbeit 93
- Teilzeit 93, 95
- Verteilung der Arbeitszeit 90
- Vertrauensarbeitszeit 92, 96

- Zeitarbeit 93

Metall- und Elektroindustrie 83

- Flexibilisierung 87
- individuelle Wochenarbeitszeit 87
- tarifvertragliches Modell 87-90

Ruhezeit 15, 30-34, 36, 38, 39, 54, 68, 79, 107-110, 119

- Arbeitszeit 15, 45, 83, 99
- Mindestruhezeit 107, 108, 114

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- | | |
|---------|---|
| Band 29 | Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
9. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7 |
| Band 30 | Volker Rieble/Clemens Latzel
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4 |
| Band 31 | Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
4. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1 |
| Band 32 | Stephan Vielmeier
Tarifzensur
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8 |
| Band 33 | Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
Marktakteur
10. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5 |
| Band 34 | Stephan Serr
Private Tariftreue
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9 |
| Band 35 | Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
5. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5 |
| Band 36 | Neue Tarifrechtspolitik?
11. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2 |
| Band 37 | Entgrenzter Arbeitskampf?
6. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9 |
| Band 38 | Vergaberecht und Arbeitsbedingungen
12. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6 |
| Band 39 | Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts
7. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3 |
| Band 40 | Daniel Dommermuth-Alhäuser
Arbeitsrechtsmissbrauch
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-35-0 |

-
- Band 41 Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht
 13. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-36-7
- Band 42 Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts
 8. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2017, ISBN 978-3-939671-37-4
- Band 43 Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung
 14. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-38-1
- Band 44 Bewegliche Mitbestimmung
 9. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-39-8