

Steuerung der Arbeitsmenge in der digitalisierten Welt?

1. Einführung

Wer als Referent in Seminaren für Betriebsräte oder Personalräte tätig ist, wird alsbald mit dem Problem der Überforderung konfrontiert. Die Beschäftigten hätten so viel Arbeit, dass sie immer nur das Allerdringlichste erledigen, gewissermaßen die größten Löcher stopfen könnten. Besonders nachhaltig beklagen sich Interessenvertreter aus dem Krankenhaus- und dem Altenpflegebereich; die „Überlastungsanzeige“ stehe auf der Tagesordnung. Diese Arbeitssituation führe zu permanentem Stress; wer diesen nicht vertrage, sei von einem „Burn-out“ bedroht.

1.1 Tarifliche und reale Arbeitszeit

Der auf diese Weise vermittelte Eindruck wird im Grundsatz durch Zahlen bestätigt. Die durchschnittliche tarifliche Wochenarbeitszeit beträgt zwar seit vielen Jahren 37,7 Stunden,¹ doch belief sich im Jahre 2012 die tatsächlich geleistete Arbeitszeit im Schnitt auf knapp 42 Stunden.² Der Markt war ersichtlich stärker als die bei Metall und Druck sowie in einigen anderen Branchen tariflich vereinbarte 35-Stunden-Woche; die aufgehende Sonne, die diese Vorstellung symbolisierte, hat ihre Strahlkraft verloren. Die statistisch erfassten Stunden können überdies nicht für sich beanspruchen, die ganze Realität wiederzugeben. Nicht nur, dass die „arbeitsbezogene Zeit“ je nach individuellen Verhältnissen sehr viel länger ist, weil sie auch die Pausen und die Wege von zu Hause zum Arbeitsplatz und zurück erfasst. Ein nicht ganz unerheblicher Teil von Überstunden wird nicht vergütet oder in Freizeit ausgeglichen; je höher das Grundgehalt umso geringer die Wahrscheinlichkeit, für Überstunden einen Ausgleich zu erhalten.³ Diese unentgeltliche Arbeit wird zwar bei gezielten Umfragen deutlich, dürfte aber kaum in die allgemeine Statistik eingehen. Weiter gibt es etwa im Krankenhaus- und Pflegebereich (aber auch im Einzelhandel) Fälle, in denen bei Schichtende noch Aufgaben zu erledigen sind, die nicht von Arbeitskollegen übernommen

¹ WSI-Report, Arbeitszeiten in Deutschland, November 2014, S. 13

² WSI-Report, a.a.O., S. 6

³ Bös, FAZ vom 16. Mai 2016 („Immer weniger Überstunden“)

werden können; es bleibt nichts anderes übrig als erst später nach Hause zu gehen. Weiter wird von abendlicher Arbeit berichtet, ohne dass die betreffende Person nochmals „eingestempelt“ hätte: Manche wollen nicht den Eindruck erwecken, mehr Zeit als andere für eine bestimmte Aufgabe zu benötigen und so als „low performer“ zu erscheinen. Auch gibt es besonders motivierte Menschen, die sich – ein wenig pauschal gesagt – rund um die Uhr mit ihrer Aufgabe identifizieren. Insbesondere im Verhältnis zu Führungskräften wird häufig eine sog. Vertrauensarbeitszeit vereinbart, wonach der Arbeitnehmer frei entscheiden kann, wann und wie viele Stunden er arbeitet. Der Arbeitseinsatz wird stattdessen durch inhaltliche Vorgaben gesteuert: Bis zum Monatsende muss die Projektskizze abgeschlossen und der Auftrag des Kunden K erledigt sein.⁴

Dies alles ist eine Art Ausgangssituation, die mit dem digitalen Zeitalter unmittelbar noch nichts zu tun hat. Die Trennung von Arbeit und Freizeit, von Arbeitsplatz und Wohnung bleibt im Grundsatz erhalten; nur die Grenzen verschieben sich bei einer Reihe von Beschäftigten zu Lasten des Privatlebens.

1.2 Veränderung der Spielregeln durch Digitalisierung der Arbeit

Seit einigen Jahren ändert sich dies. Die Benutzung mobiler Geräte wie Laptop, Smartphone und Tablet-Computer machen die Beschäftigten jederzeit erreichbar. Und nicht nur das: Sie sind in der Lage, jederzeit und an beliebigem Ort mit der Arbeit zu beginnen und diese zu Ende zu bringen. Dies kann auf Bitte des Vorgesetzten, aber auch aus eigenem Antrieb geschehen. Ein beträchtlicher Teil der Arbeit kann so außerhalb des Arbeitsplatzes und außerhalb der vorgesehenen Arbeitszeit erledigt werden. Zahlenmäßig gewinnt die mobile Internet-Nutzung immer mehr an Bedeutung. Während sie im Jahre 2011 in 18 % der Unternehmen Praxis war, ist sie im Jahre 2013 auf 60 % gestiegen.⁵ Nach einer BITKOM-Studie aus dem Jahre 2013 arbeiteten 87 % der befragten Arbeitnehmer mit einem stationären Gerät, aber 79 % verfügten zusätzlich über ein mobiles.⁶ Eine im Jahre 2015 durchgeführte Befragung von 7.000 Beschäftigten und 771 Personalverantwortlichen ergab, dass 30 % aller Betriebe ihren Arbeitnehmern die Möglichkeit boten, ganz offiziell von zu Hause aus zu arbeiten.⁷ Bei großen Betrieben ist dies häufiger der Fall als bei kleinen. Dabei liegt der

⁴ Näher Buschmann/Ulber, ArbZG, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2015, § 3 Rn. 26 ff.

⁵ Statistisches Bundesamt, Unternehmen und Arbeitsstätten. Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen, Wiesbaden 2013, S. 6

⁶ BITKOM (Hrsg.), Arbeiten 3.0. Arbeiten in der digitalen Welt, Berlin 2013, S. 7 f.

⁷ Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.), Monitor: Mobiles und entgrenztes Arbeiten. Aktuelle Ergebnisse einer Betriebs- und Beschäftigtenbefragung, Berlin 2015, S. 8, auch zum Folgenden

Schwerpunkt auf der Bewältigung von Sondersituationen; regelmäßige, auf bestimmte Wochentage gelegte Arbeit zu Hause ist eher die Ausnahme, doch ist bemerkenswert, dass sie mit 17 % aller Fälle in Betrieben mit Betriebsrat deutlich höher liegt als in Betrieben ohne Betriebsrat (7 %). Dies verweist auf ein deutliches Arbeitnehmerinteresse an dieser Arbeitsform. „Gelegentliche“ Arbeit zu Hause wird meist von Angestellten geleistet, die mit 43,5 Stunden pro Woche deutlich länger arbeiten als Angestellte, die das nie tun (39,4 Stunden).⁸

Der Befund ist eindeutig: Die außerbetriebliche Arbeit, insbesondere die in der eigenen Wohnung erbrachte nimmt zu. Die steigende Ausstattung mit mobilen Geräten ist ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Arbeit an anderen Orten gleichfalls zunimmt. Jeder fünfte Beschäftigte muss auch „mobil“ tätig sein.⁹ Dies ist mit verstärkter Erreichbarkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit verbunden. Nach dem DGB-Index „Gute Arbeit“ von 2011 mussten 27 % aller Beschäftigten „sehr häufig oder oft auch außerhalb ihrer Arbeitszeit für betriebliche Belange erreichbar sein.“¹⁰ Nach einer von der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) in Hessen 2012 durchgeführten Untersuchung gaben 39 % der Befragten an, „oft“ oder „immer“ in der Freizeit erreichbar zu sein.¹¹ Nach der erwähnten BITKOM-Studie wurde die Frage, ob der Beschäftigte auch außerhalb der regulären Arbeitszeit für Kollegen, Vorgesetzte oder Kunden erreichbar sei, von 62 % der Befragten mit „jederzeit“ oder „zu bestimmten Zeiten“ beantwortet.¹² Dem entsprachen die Erwartungen der Arbeitgeberseite; 52 % der befragten Unternehmen meinten, ihre Mitarbeiter müssten jederzeit oder zumindest zu bestimmten Zeiten erreichbar sein.

2.3 Funktionsverluste des Arbeitszeitrechts und des Arbeitsschutzes?

Durch die Praxis der mobilen Arbeit und der Arbeit außerhalb der regulären Stunden ist der Schutz der arbeitsfreien Zeit betroffen. Die Gefahr liegt nahe, dass die Arbeit einen erheblichen Teil der privaten Existenz überlagert, dass die Trennung von Arbeit und Freizeit immer mehr verloren geht. Außerdem kann die Beanspruchung so groß werden, dass „sozialunverträgliche“ Arbeitszeiten entstehen, die an die Zeit der industriellen Revolution im

⁸ Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Fn. 7) S. 10

⁹ Vogl/Nies, Mobile Arbeit, Frankfurt/Main 2013, S. 13

¹⁰ Mitgeteilt bei Boewe/Schulzen, Recht auf Abschalten, Die Mitbestimmung Heft 4/2014, abrufbar unter www.boeckler.de

¹¹ http://publikationen.dguv.de/dguv/udt_dguv_main.aspx?FDOCUID=25901

¹² BITKOM (Fn. 6), auch zum Folgenden

19. Jahrhundert erinnern.¹³

Im Interesse des Gesundheitsschutzes insbesondere Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten vorzuschreiben und das Privatleben gegen eine Okkupation durch die Arbeit anzusichern, ist Gegenstand des Arbeitszeitrechts. Kann dieses auch unter den beschriebenen Bedingungen seine Funktionen erfüllen? Die Einhaltung arbeitszeitrechtlicher Vorgaben lässt sich unschwer kontrollieren, wenn die Arbeit ausschließlich im Betrieb stattfindet, wo es ein Zeiterfassungssystem oder andere Formen der Anwesenheitskontrolle gibt. Doch welche Mechanismen existieren, um die zu Hause erbrachte Arbeit zu messen? Wie will man die außerhäusliche und außerbetriebliche mobile Arbeit erfassen? Lässt sich das ArbZG so handhaben, dass es auch hier „greift“? Zu beachten ist, dass einerseits die Notwendigkeit für einen Schutz vor gesundheitsschädlicher Überforderung fortbesteht, dass aber viele Arbeitnehmer daran interessiert sind, die Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit selbst zu bestimmen und deshalb wenig begeistert wären, wollte man ihnen nach Verlassen des Büros jede Arbeit verbieten. Zu den praktischen Schwierigkeiten, die Einhaltung der Höchstarbeitszeit, der Ruhezeiten und des Verbots der Sonntagsarbeit zu kontrollieren, kommen daher psychologische Hindernisse hinzu. Arbeit ist auch während des Erholungsurlaubs denkbar. Kann eine konsequente Durchsetzung des ArbZG und des BUrlG eine ausreichende Lösung bringen?

Betroffen ist weiter das Arbeitsschutzrecht. Die ergonomischen Standards, die für betriebliche Arbeitsplätze gelten und dort auch (meist) beachtet werden, sind zum Teil für Arbeiten außerhalb einer Arbeitsstätte gar nicht verbindlich. Wie will man dafür sorgen, dass auch bei der Arbeit in der Bahn oder beim Kunden die benutzten Bildschirmgeräte und die Sitzgelegenheiten den gesetzlichen Anforderungen entsprechen? Außerdem bringt die Informationsflut, der die Beschäftigten aufgrund der leichten Übermittelbarkeit von Texten ausgesetzt sind, psychische Belastungen mit sich. Die Vielfalt der einzuordnenden Informationen und die verbreitete Erwartung, auf jede Mail und jede andere „Botschaft“ möglichst umgehend zu reagieren, schafft Stress, dem nicht alle in gleicher Weise gewachsen sind.¹⁴

¹³ Dazu auch Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten zum 71. DJT, 2016, B 25 f.

¹⁴ Zu weiteren Problemen s. Kohte, Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2015, 1417 - 1424

2. Anpassung an veränderte Umstände?

2.1 Arbeitszeitgesetz

Die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit – im digitalen Zeitalter noch naheliegender als bisher – kann nicht von der Anwendung des ArbZG dispensieren.¹⁵ Nach der Rechtsprechung des BAG ist der Arbeitgeber sogar verpflichtet, die Anwesenheitszeiten der Beschäftigten festzuhalten, um so dem Betriebsrat die Möglichkeit zu eröffnen, die Einhaltung von Tarifverträgen und des ArbZG zu überprüfen.¹⁶ Auch ist jede Überschreitung des Acht-Stunden-Tags nach § 16 Abs. 2 ArbZG zu dokumentieren. Das klingt gut, doch pflegen die Beschäftigten in der Praxis ihre Zeiten selbst aufzuschreiben. Der Arbeitgeber ist zwar verpflichtet, die Korrektheit dieser Aufzeichnungen zumindest stichprobenweise zu überprüfen, doch hört man allenthalben die Einschätzung, dass dies Fehlerquellen wie z. B. die Nichterfassung bestimmter Zeiten nicht wirklich beseitigt. Findet die Arbeit außerhalb des Betriebs statt, so besteht erst recht keine wirkliche Möglichkeit zur Kontrolle.

Während bei Vertrauensarbeitszeit auf die Festlegung einer bestimmten Dauer und einer bestimmten Obergrenze der Arbeit verzichtet wird, ist dies im Normalfall noch immer anders. Die festgelegte Wochenarbeitszeit von z. B. 40 Stunden wird jedoch faktisch überschritten. Zum einen kann es darum gehen, dass der Arbeitnehmer kraft ausdrücklicher Vereinbarung oder kraft betriebsüblicher Erwartung auch in seiner Freizeit erreichbar sein muss, um eine Auskunft zu geben oder – sehr viel gravierender – eine dringende Angelegenheit zu erledigen. Zum andern kann es darum gehen, dass sich das zugewiesene Arbeitspensum nicht innerhalb der Regelarbeitszeit bewältigen lässt, so dass der Arbeitnehmer Arbeit mit nach Hause nimmt oder er sie auf einer Dienstreise erledigt. Zwar fallen dadurch Überstunden an, doch sind diese meist durch das Gehalt pauschal mit abgegolten. Eine derartige Abrede ist zwar wegen fehlender Transparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam,¹⁷ sofern die Zahl der Überstunden nicht klar erkennbar ist, doch folgt daraus dann kein zusätzlicher Entgeltanspruch, wenn das Gehalt über der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung liegt.¹⁸ Auch wenn diese Voraussetzung nicht gegeben ist, wird es schwer fallen, wegen der Zusatzstunden im bestehenden Arbeitsverhältnis Ansprüche geltend zu

¹⁵ Buschmann/Ulber (Fn. 4) § 3 Rn. 27

¹⁶ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, AuR 2004, 70 mit Anm. Krabbe/Rachut

¹⁷ BAG 1.9.2010 – 5 AZR 51/09, NZA 2011, 575; BAG 17. 8. 2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011,1335; BAG 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861

¹⁸ BAG 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861

machen oder gar mit deren gerichtlicher Durchsetzung zu drohen. Dazu kommt, dass einzelne Autoren die Auffassung vertreten, bei einer außerbetrieblichen Tätigkeit könne von „Arbeit“ nur dann die Rede sein, wenn eine ausdrückliche Anordnung des Arbeitgebers vorliege.¹⁹ Freiwillig außerhalb der Arbeitszeit erbrachte Leistungen würden daher keine Arbeit im Rechtssinne darstellen. Auch wenn dies inhaltlich in keiner Weise überzeugt, weil der Arbeitgeber durch Verwertung der Arbeitsergebnisse diese „außervertragliche“ Leistung nachträglich genehmigt,²⁰ entfaltet es doch eine gewisse „Abschreckungswirkung“: Welcher Mitarbeiter will das Risiko eingehen, nicht nur durch Erhebung einer Klage negativ aufzufallen, sondern auch noch im Ergebnis vor Gericht zu unterliegen?

Was bedeutet es arbeitszeitrechtlich, wenn ein Arbeitnehmer „erreichbar“ sein muss? Dies kann auf ausdrücklicher Vereinbarung, aber auch darauf beruhen, dass dies im Betrieb „erwartet“ wird.²¹

Die traditionelle Auffassung, die auf der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung beruht, nimmt einen „Bereitschaftsdienst“ (der zur Arbeitszeit zählt) dann an, wenn sich der Arbeitnehmer an einem bestimmten Ort aufhalten und bei Bedarf umgehend mit der Arbeit beginnen muss. Rufbereitschaft (die nicht zur Arbeitszeit zählt) liegt demgegenüber vor, wenn der Einzelne in der Wahl seines Aufenthaltsorts grundsätzlich frei ist, jedoch innerhalb einer bestimmten Zeit von z. B. 45 Minuten am Arbeitsplatz erscheinen und mit der Arbeit beginnen kann.²²

Bei der Arbeit mit digitalen Mitteln stellt sich die Abgrenzungsfrage neu. Stellt man primär auf die örtliche Bindung ab, so gibt es keinen Bereitschaftsdienst mehr; vorstellbar ist nur noch Rufbereitschaft. Sieht man demgegenüber im sofortigen oder dem späteren Beginn der Arbeit das entscheidende Kriterium, so kommt es darauf an, ob der durch Anruf oder SMS übermittelte Auftrag sofortiges Eingreifen erfordert oder nicht. Das BAG hat sich im Zusammenhang mit dem früheren § 15 Abs. 6b BAT für das Vorliegen von Rufbereitschaft entschieden, wenn der Arbeitnehmer ein „Funktelefon“ mitführen und nach einem Anruf über dieses Gerät Anordnungen treffen muss.²³ Dies spricht eher für die erste Alternative, doch

¹⁹ So etwa Bissels/Domke/Wisskirchen, BlackBerry & Co: Was ist heute Arbeitszeit? DB 2010, 2052, 2053

²⁰ S. statt aller Zöll/Kielkowski, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“, BB 2012, 2625, 2628

²¹ Für Gleichbehandlung beider Fälle Falder, NZA 2010, 1150, 1151; Gaul, DB 2013, 60, 61; Krause, 71. DJT B 38

²² S. etwa BAG 22.1.2004 – 6 AZR 544/02, ZTR 2005, 27

²³ BAG 29.6.2000 – 6 AZR 900/98, NZA 2001, 165

kann dies noch nicht als wirkliches Präjudiz gewertet werden, weil die Möglichkeit eines Bereitschaftsdienstes gar nicht erörtert wurde und weil außerdem die Grundsatzdimension des Problems ersichtlich nicht gesehen wurde.

Geht man gleichwohl vom Vorliegen einer bloßen Rufbereitschaft aus, so liegt Arbeitszeit nur vor, soweit eine tatsächliche Inanspruchnahme erfolgt. Dies hat zugleich zur Folge, dass das ArbZG von seinem Wortlaut her der bloßen „Bereitschaft“ keine Grenzen zieht; theoretisch wäre sie 24 Stunden pro Werktag möglich. Dabei würde allerdings verkannt, dass das Wissen um die jederzeitige Erreichbarkeit eine erhebliche Belastung für den Arbeitnehmer darstellen kann, die ein „Abschalten“ und den damit verbundenen Erholungseffekt mindert oder aufhebt.²⁴ Obwohl man sich insoweit auf keine Gerichtsentscheidungen oder eindeutige Stellungnahmen in der Literatur stützen kann, ist zumindest der Schutz von Leben und Gesundheit nach § 618 BGB als äußerste Schranke anzuerkennen; ähnlich wird in den Fällen verfahren, in denen – wie z. B. bei leitenden Angestellten - das ArbZG keine Anwendung findet.²⁵

Besondere Probleme wirft die elfstündige Ruhezeit des § 5 ArbZG auf, die zwischen zwei Arbeitseinsätzen eingehalten werden muss. Wird ein Arbeitnehmer Abends um 22 Uhr telefonisch gebeten, bis zur Sitzung am nächsten Morgen noch eine Powerpoint-Präsentation zu erstellen, und schließt er diese Arbeit erst gegen Mitternacht ab, so darf er am folgenden Tag erst um 11 Uhr mit der Arbeit beginnen. Ist die Sitzung auf 9 Uhr terminiert, ist eine Berufung auf die Ruhezeit („ich komme erst gegen elf“) in der Praxis schwer vorstellbar. Die Loyalität gegenüber dem Vorgesetzten ist stärker als die gegenüber dem Gesetz. Hinzu kommt, dass nach geltendem Recht auch eine kurzzeitige Arbeit von einer Viertelstunde zum Beginn einer neuen Elf-Stunden-Ruhezeit führt. Manche Autoren versuchen, diesen Grundsatz bei „geringfügigen Tätigkeiten“²⁶ oder bei einer „nicht nennenswerten“ Arbeitsleistung²⁷ unangewendet zu lassen, doch haben sie damit bisher keine Zustimmung gefunden.²⁸ Faktisch bedeutet dies, dass § 5 ArbZG in vielen Fällen schlicht unbeachtet bleibt.

²⁴ Kohte, Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2015, 1417, 1423

²⁵ BAG 13.3.1967 – 2 AZR 133/66, AP Nr. 15 zu § 618 BGB; BAG 27.2.1970 – 1 AZR 258/69, AP Nr. 16 zu § 618 BGB

²⁶ So Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, 3. Aufl., München 2014, § 5 Rn. 14; ähnlich Bissels/Meyer-Michaelis DB 2015, 2331, 2333

²⁷ Anzinger/Koberski, Kommentar zum ArbZG, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2014, § 5 Rn 13

²⁸ Buschmann, PersR 2011, 249; Buschmann/Ulber (Fn. 4), § 5 Rn. 8; Falder, NZA 2010, 1150, 1152; Gaul DB 2013, 60, 62; Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert (Hrsg.), Arbeitszeitrecht. Handkommentar, Baden-Baden 2014, § 5 Rn 15; Krause, 71. DJT B 42; ErfK-Wank, 16. Aufl., München 2016, § 5 ArbZG Rn 4

Nach § 9 Abs. 1 ArbZG dürfen Arbeitnehmer an Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen von 0 bis 24 Uhr nicht beschäftigt werden. Soweit nicht einer der zahlreichen Ausnahmetatbestände des § 10 ArbZG eingreift, ist damit jede Tätigkeit im Rahmen des Arbeitsvertrag ausgeschlossen. Dennoch wird es viele Menschen geben, die ihre E-Mails auch Sonntags checken; am naheliegendsten ist dies dann, wenn am Montag so viel Arbeit auf den Einzelnen wartet, dass ohne „Abschichtung“ der Korrespondenz viel unerledigt bleiben müsste. Theoretisch müsste der Arbeitgeber eine solche Sonntagsarbeit verbieten,²⁹ doch ist eine derartige Verhaltensweise bisher nicht bekannt geworden.

2.2 Bundesurlaubsgesetz

Im Erholungsurlaub ist der Arbeitnehmer nach §§ 1, 3 BUrlG von jeder Verpflichtung zur Arbeit freigestellt. Damit ist eine vereinbarte Rufbereitschaft ebenso wenig zu vereinbaren wie eine Erwartung des Arbeitgebers, „jederzeit anrufen zu können“. Wird das eine oder das andere dennoch vorgesehen, liegt keine Urlaubsgewährung im Rechtssinne vor. Da der Urlaubsanspruch nicht erfüllt ist, bleibt er erhalten.³⁰ Dasselbe gilt, wenn sich der Arbeitgeber das Recht vorbehält, den Arbeitnehmer aus dem Urlaub zurückzurufen.³¹ Dahinter steht die berechtigte Überlegung, dass der Arbeitnehmer nicht selbstbestimmt über die Verwendung seiner Freizeit bestimmen (und sich dadurch erholen) kann, wenn er damit rechnen muss, doch zu einem Stück Arbeit herangezogen zu werden.

Erfolgt trotz dieser Rechtslage und ohne spezielle Abmachungen eine arbeitsbezogene Kontaktaufnahme seitens des Arbeitgeberunternehmens, so ist zu unterscheiden. Geht es nur um ein kurzes Gespräch von nicht mehr als zehn Minuten, in dem z. B. der Verbleib bestimmter Dateien oder schriftlicher Unterlagen geklärt wird, so bleibt dies ohne rechtliche Konsequenzen. Will der Arbeitnehmer auch dies vermeiden, steht es ihm frei, sein Handy abzuschalten, das Gespräch mit der dienstlichen Nummer nicht anzunehmen oder eine E-Mail schlicht zu ignorieren. Führt die Kontaktaufnahme dagegen zu längeren Gesprächen, insbesondere zur Teilnahme an einer Telefonkonferenz, oder wird eine schriftliche Stellungnahme zu einem Problem erwartet, so handelt es sich um keinen „Urlaubstag“ mehr; ähnlich wie bei einer Erkrankung, wo § 9 BUrlG die Nichtanrechnung auf den Urlaub ausdrücklich anordnet, kann der Erholungszweck nicht erreicht werden.³² Erfolgt eine solche

²⁹ BayObLG 17.9.1981 – 3 Ob OWi 132/81, AP Nr. 27 zu § 3 LSchlG

³⁰ BAG 20.6.2000 – 9 AZR 405/99, NZA 2001, 100 Tz. 28

³¹ BAG 14.3.2006 – 9 AZR 11/05, AP Nr. 32 zu § 7 BUrlG

³² Zur Problematik Buschmann, PersR 2013, 247, 250; Gaul, DB 2013, 60, 62; Krause, 71. DJT, B 57

Inanspruchnahme mehr als zwei Mal hintereinander, verliert der gesamte restliche Urlaub seinen Charakter. Auch wenn der Arbeitnehmer am Urlaubsort bleibt, muss er als Ersatz für die „verdorbene“ Zeit Rest- oder Nachurlaub erhalten. Diesen kann er allerdings nicht an den bisherigen Urlaub anhängen; vielmehr muss er sich mangels anderer Absprache zum vorgesehenen Termin wieder im Betrieb einfinden.³³ Die verbliebenen Urlaubstage werden auf einen späteren Zeitpunkt verschoben.

Keine wirksame Urlaubsgewährung liegt auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer unmittelbar vor Urlaubsantritt eine nicht unkomplizierte Aufgabe erhält, die sofort nach Ende des Urlaubs abgeschlossen sein muss. Hier verhält sich der Arbeitgeber widersprüchlich, weil er einerseits Urlaub gewährt, andererseits aber so viel Arbeit zuweist, dass ein Teil des Urlaubs dafür verwendet werden muss. Derartige Erklärungen können keine Rechtswirkungen entfalten;³⁴ auch wird der Erholungszweck ersichtlich verfehlt.³⁵

Ob sich Arbeitnehmer auf die hier skizzierte Rechtslage effektiv berufen werden, erscheint zweifelhaft. „Nein“ zu sagen kann leicht als Illoyalität und zu geringe Identifikation mit der Arbeit ausgelegt werden, was bei künftigen Personalentscheidungen negativ zu Buche schlägt.

2.3 Arbeitsschutz

Häusliche und mobile Arbeit unterliegen bislang nicht allen arbeitsschutzrechtlichen Normen. Die Arbeitsstätten-Verordnung³⁶ bezieht sich nach ihrem § 2 Abs. 1 lediglich auf „Arbeitsstätten“, die sich auf dem Gelände eines Betriebs oder einer Baustelle befinden. Häusliche Arbeitsplätze und erst recht ein Mobile Office sind nicht erfasst. Auch die Bildschirmarbeits-VO³⁷ kennt eine Reihe von Ausnahmen. Nach ihren § 1 Abs. 2 ist sie in bestimmten Fällen wie z. B. bei Bedienerplätzen von Maschinen nicht anwendbar, doch sind diese Bereiche nach der Rechtsprechung des EuGH³⁸ eng auszulegen. Häusliche Bildschirmarbeitsplätze sind erfasst, doch nimmt § 1 Abs. 2 Nr. 4 BildschirmarbeitsV „Bildschirmgeräte für den ortsveränderlichen Gebrauch“ aus, sofern sie nicht regelmäßig an einem Arbeitsplatz eingesetzt werden. Ob die gebotene enge Auslegung so weit geht, dass

³³ LAG Baden-Württemberg 9.5.1974 – 6 Sa 137/73, BB 1974, 1300

³⁴ Dazu Däubler, BGB kompakt, 3. Aufl., München 2008, Kap. 8 Rn. 49

³⁵ Ebenso im Ergebnis Krause, 71. DJT, B 56

³⁶ Vom 12. August 2004 (BGBl I S. 2179), zuletzt geändert durch VO vom 31. August 2015 (BGBl I S. 1474)

³⁷ v. 4. Dezember 1996, BGBl I S. 1841, zuletzt geändert durch VO vom 31. August 2015 (BGBl I S. 1474)

³⁸ 6. 7. 2000 – C-11/99, NZA 2000, 877

diese Ausnahme auf eine sporadische Nutzung beschränkt ist, erscheint zweifelhaft.³⁹ Nimmt man einen Ausnahmefall an, so gelten als „Auffanggröße“ jedenfalls die allgemeinen Vorschriften des ArbSchG, die eine Konkretisierung im Sinne der BildschirmarbeitsV erfahren können.

Die geplante Integration von Bildschirm- und Arbeitsstätten-VO wollte dies ändern, doch kam sie bislang wegen des Widerstands der Arbeitgeberseite nicht zustande.⁴⁰

Psychische Erkrankungen von Beschäftigten nehmen zu. Nach der Statistik der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) waren sie im Jahr 2001 für 6,6 %, im Jahre 2012 für 15,5 % aller Arbeitsunfähigkeitstage verantwortlich.⁴¹ Im selben Zeitraum stieg der Anteil der Frühverrentungen, die auf psychischen Erkrankungen beruhten, von 26 % auf 42 %.⁴² Dabei wird den konkreten Arbeitsbedingungen ein erheblicher Einfluss beigemessen. Dies gilt insbesondere für solche Stressfaktoren, die in einer IT-geprägten Umwelt besonders oft auftreten: Einzelne Prozessschritte werden für den Einzelnen intransparent, doch muss er gleichwohl bei Störungen eingreifen.⁴³ Weiter ist von „digitalem Stress“ die Rede, der sich aus der Situation ergibt, zahllose Informationen ständig zu filtern, einzuordnen, zu bewerten und zur Grundlage von Entscheidungen zu machen.⁴⁴ Zwischen dauernder Erreichbarkeit und Stress besteht ein unmittelbarer Zusammenhang: 36 % derjenigen, die sich als „häufig gestresst“ empfinden, geben zugleich an, fast durchgehend online zu sein. Weiter gibt es nach dem Gesundheitsreport 2013 der DAK einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Umfang der Erreichbarkeit und dem Risiko, unter einer psychischen Störung zu leiden.⁴⁵

2.4 Korrekturen durch die betriebliche Interessenvertretung?

Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht über alle aus betrieblichen Gründen angeordneten Überstunden nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Auch wird im Rahmen des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die Rufbereitschaft zur Arbeitszeit

³⁹ Dagegen Oberthür, Die Arbeitssicherheit im Mobile Office, NZA 2013, 246; Rieble/Picker ZfA 2013, 383, 391; dafür Calle-Lambach/Prümper RdA 2014, 345, 347; Krause, 71. DJT, B 63

⁴⁰ Kohte, NZA 2015, 1417, 1421

⁴¹ Mitgeteilt bei Krause, 71. DJT, B 66

⁴² Mitgeteilt nach Krause, 71. DJT, B 67. Weitere Angaben bei Balikcioglu, Psychische Erkrankungen am Arbeitsplatz, NZA 2015, 1424

⁴³ Kohte NZA 2015, 1417, 1418

⁴⁴ Vagt, Stress am digitalen Arbeitsplatz, abrufbar unter <http://besser20.de/author/katrin/> (Abruf am 25.4.2016); ähnlich Kastner, Mitbestimmung Heft 12/2013 (abrufbar unter www.boeckler.de)

⁴⁵ Mitgeteilt bei Krause, 71. DJT, B 68

gezählt,⁴⁶ so dass er über ihren Umfang wie über ihre zeitliche Lage mitentscheiden kann. Ähnliche Rechte stehen dem Personalrat nach § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG zu.⁴⁷

Das Mitbestimmungsrecht ist ein Mitgestaltungsrecht, führt aber nicht dazu, dass Verstöße gegen das ArbZG, das BUrlG oder arbeitsschutzrechtliche Normen abgestellt werden könnten. Das Betriebsrat kann sich in solchen Fällen zwar jedenfalls dann an die Gewerbeaufsicht wenden, wenn innerbetriebliche Abhilfe erfolglos bleibt oder von vorne herein aussichtslos war, doch ist ein solches Vorgehen in den hier interessierenden Fällen eher eine seltene Ausnahme. Das Mitbestimmungsrecht ist dann von unmittelbarem Nutzen, wenn eine Gleitzeitvereinbarung besteht, die einen bestimmten Arbeitszeitkorridor festlegt. Als Beispiel kann allerdings nur eine einzige Entscheidung dienen. Im Fall des ArbG Berlin⁴⁸ hatte der Arbeitgeber verschiedentlich Arbeitnehmer außerhalb des Gleitzeitrahmens zu Hause angerufen und um eine bestimmte Leistung gebeten; dies wurde als Verletzung der Gleitzeitvereinbarung angesehen. Wird effektiv gearbeitet, liegt auch eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts über die Lage der Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG vor, da solche Zeiten bisher nicht vorgesehen waren und deshalb nur mit Zustimmung des Betriebsrats praktiziert werden durften. Das ArbG Berlin⁴⁹ hat dem Betriebsrat deshalb einen Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber eingeräumt, der auch im Wege der einstweiligen Verfügung gesichert werden kann. Dem Arbeitgeber wurde daher verboten, außerhalb des Gleitzeitrahmens Arbeitsleistungen zu verlangen oder auch nur entgegen zu nehmen.⁵⁰ Die Mitbestimmung versagt allerdings in der Regel dort, wo Überstunden oder Erreichbarkeit nicht formal angeordnet, sondern nur innerbetrieblich „erwartet“ werden.

Im Arbeitsschutzrecht steht dem Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht zu, soweit es um die Ausfüllung von allgemeinen gesetzlichen Vorgaben geht. Wichtig ist diese „Ausfüllungskompetenz“ bei der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG, da sich diese auf die besonderen Verhältnisse jedes einzelnen Betriebes beziehen muss.⁵¹ Die Mitbestimmung erstreckt sich insbesondere darauf, welche konkreten Gefahren zu analysieren sind und nach welchen Kriterien die Person oder Institution für die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung ausgesucht wird.⁵² Der Betriebsrat kann jederzeit

⁴⁶ BAG 21.12.1982 – 1 ABR 14/81, AP Nr. 9 Zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit

⁴⁷ Zur Einbeziehung der Rufbereitschaft s. BAG 23.1.2001 – 1 ABR 36/00, DB 2001, 1371 = PersR 2001, 350

⁴⁸ 22.3.2012 – 54 BV 7072/11 – juris, wiedergegeben bei Baunack, AiB 2012, 500

⁴⁹ S. Fn. 48

⁵⁰ ArbG Berlin bei Baunack AiB 2012, 500 ff.

⁵¹ Balikcioglu NZA 2015, 1424, 1425

⁵² BAG 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz; BAG 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, AP Nr. 20 zu § 76 BetrVG 1972 Einigungsstelle; BAG 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06, AP Nr. 29 zu § 618

von seinem Initiativrecht Gebrauch machen und eine Gefährdungsbeurteilung verlangen. Dass seit der Gesetzesänderung 2013 ausdrücklich auch die psychischen Belastungen einzubeziehen sind, rechtfertigt für sich allein eine neue Untersuchung, sofern entsprechende Belastungen nicht von vorne herein einbezogen wurden oder denkbar fernliegend sind.

Von zahlreichen Betriebsräten wird berichtet, dass die Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen erst nach längeren Auseinandersetzungen möglich war. Die eigentliche Schwierigkeit liegt darin, die Ergebnisse in der betrieblichen Praxis umzusetzen; hier wird höchst selten von konkreten Maßnahmen berichtet.

3. Das Problem der Arbeitsmenge

Die Berufung auf ein sinnvoll interpretiertes ArbZG und BUrlG sowie auf den Arbeitsschutz und die Mitbestimmung mag im Einzelfall höchst hilfreich sein; ein Allheilmittel ist sie nicht. Die Fähigkeit des einzelnen Arbeitnehmers, sich gegen Zumutungen zur Wehr zu setzen, ist aus nachvollziehbaren Gründen wenig ausgeprägt. Obwohl der abendliche Anruf keine absolut singuläre Erscheinung sein dürfte, ist der genannte Beschluss des ArbG Berlin⁵³ der einzige, der sich mit diesem Phänomen auseinandersetzt. Hinzu kommt, dass er in der Fachliteratur nicht einmal im Wortlaut veröffentlicht wurde.⁵⁴ Dies legt den Schluss nahe, dass im Normalfall eben nichts geschieht, wenn am Betriebsrat vorbei in den Abendstunden gearbeitet wird. Auch ist bislang kein Fall bekannt geworden, dass ein Arbeitnehmer sich auf § 5 ArbZG berufen und am folgenden Tag erst um 10 Uhr 30 an seinem Arbeitsplatz erschienen wäre. Dies alles entspringt nicht etwa einer Gleichgültigkeit gegenüber dem geltenden Recht. Vielmehr steht hinter der Verletzung von ArbZG-Vorschriften und dem Ausweichen auf die arbeitsfreie Zeit, die durch die Digitalisierung erleichtert wird, ein wirtschaftlicher Zwang: Durchrationalisiertes Arbeiten wird aus Gründen des Wettbewerbs als notwendig angesehen. Für knapp gewordene Fachkräfte und Personen mit wichtigen Führungsaufgaben, oft aber auch für andere Mitarbeiter⁵⁵ fällt dabei so viel Arbeit an, dass diese nicht ohne (bezahlte oder unbezahlte) Überstunden bewältigt werden kann.⁵⁶

BGB

⁵³ Oben Fn. 48

⁵⁴ Eine Fundstelle in einer Zeitschrift war nicht zu ermitteln; der Aufsatz von *Baunack* (AiB 2012, 500 ff.) ist bislang die einzige Stellungnahme in der Literatur.

⁵⁵ S. den Fall des Kochs BAG 17.4.2002 – 5 AZR 644/00, AuR 2002, 392 mit Anm. Unterhinninghofen

⁵⁶ Ähnlich Krause, 71. DJT, B 30/31: Man ist sich weithin darüber einig, „dass man es nicht in erster Linie mit den bloßen Konsequenzen einer technischen Entwicklung zu tun hat, sondern dass sich in der Ausdehnung von Arbeit und Verfügbarkeitsersparungen als eigentliche Ursachen die...Trends der Arbeitsverdichtung, Beschleunigung, Flexibilisierung und Internationalisierung manifestieren.“

Möglicherweise sind die Probleme aber viel gravierender als hier angenommen: Nach einer im Auftrag der pronova BKK erstellten Studie fühlen sich neun von zehn Arbeitnehmern im Job gestresst. Hauptgründe waren „ständiger Termindruck“ (38 %) und ein schlechtes Arbeitsklima (37 %).⁵⁷

Das geltende Recht ist nicht mehr (voll) in der Lage, ein Ausufernd der Arbeit auf Kosten des Privatlebens zu verhindern. Je weiter die Digitalisierung voranschreitet, umso mehr verlieren die bestehenden Rechtsnormen an praktischer Bedeutung. Dies wirft die Frage auf: Gibt es andere Möglichkeiten, die Arbeitsmenge zu begrenzen? Lässt sich über Mitbestimmung, Tarifpolitik oder behördliche Anordnungen der Gesundheitsschutz verbessern? Zunächst sollen bisherige Erfahrungen behandelt werden.

3.1 Der vertragliche Umfang der Arbeitspflicht

Bisweilen kann es sinnvoll sein, einen Blick ins Arbeitsvertragsrecht zu werfen. Danach ist der Arbeitnehmer im Regelfall verpflichtet, im Rahmen seines individuellen Leistungsvermögens tätig zu werden.⁵⁸ Wer zu einer überdurchschnittlichen Leistung in der Lage ist, hat diese zu erbringen. Wer dagegen nur über unterdurchschnittliche Möglichkeiten verfügt, begeht keine Pflichtverletzung, wenn er nur in diesem Rahmen tätig wird.⁵⁹ Die Rechtsprechung verlangt eine „angemessene Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit“.⁶⁰ Eine Gefährdung der Gesundheit muss nicht in Kauf genommen werden.⁶¹

Bei abstrakter Betrachtung würden diese Grundsätze an sich schon genügen, um unzumutbare Belastungssituationen zu vermeiden, also insbesondere überlange Arbeitszeiten oder eine Überlagerung des Privatlebens durch die Arbeit, die dann droht, wenn ständige Erreichbarkeit geschuldet ist und auch in Anspruch genommen wird. In der Praxis reicht diese arbeitsvertragliche Grenze aber nicht aus, weil sich der einzelne Arbeitnehmer darauf in aller Regel nicht berufen wird, will er doch nicht als „weniger engagiert“ oder gar als Minderleister erscheinen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, kollektive Instanzen einzuschalten, um das zu realisieren, was an sich schon das Vertragsrecht gebietet.

⁵⁷ Wiedergegeben in Schwäbisches Tagblatt vom 19. Mai 2016, Wirtschaftsteil

⁵⁸ BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; BAG 17.1.2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693

⁵⁹ ErfK-Preis § 611 BGB Rn 644

⁶⁰ BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, 786

⁶¹ ErfK-Preis § 611 BGB Rn 643, allgemeine Meinung

3.2 Besetzungsregeln als Ausweg?

Ist der Druckindustrie gibt es seit Jahrzehnten Tarifnormen, die die Mindestzahl der mit der Bedienung einer Maschine betrauten Arbeitnehmer festlegen.⁶² Solche sog. quantitative Besetzungsregeln wollen einer Überforderung der Beschäftigten entgegenwirken. Könnte man sie nicht auf andere Bereiche übertragen, beispielsweise festlegen, wie viele Hotelzimmer eine Reinigungskraft in vier Stunden herzurichten hat oder wie viele Personen notwendig sind, um 1000 Pakete pro Tag zuzustellen? Doch Arbeitgeber haben keine Freude daran, wenn man ihnen auf diese Weise ins Handwerk pfuscht, weshalb sie sich gegen ein solches Ansinnen entschieden zur Wehr setzen werden. Dennoch zu einem Kompromiss zu kommen, verlangt eine kampfkraftige gewerkschaftliche Organisation, die es – um es vorsichtig auszudrücken – keineswegs überall gibt. Dennoch gibt es mittlerweile Besetzungsregeln bei der Berliner Charité: Auf der Intensivstation kommt auf zwei Betten eine Pflegekraft, auf der Normalstation ist das Verhältnis fünf zu eins. Ein Streik um solche Ziele ist vom LAG Berlin-Brandenburg⁶³ ausdrücklich für zulässig erklärt worden.

Im Rahmen der Betriebsverfassung haben sich vereinzelt ähnliche Modelle entwickelt. So gibt es Betriebsvereinbarungen, die nicht nur Existenz und Führung von Arbeitszeitkonten regeln, sondern unter bestimmten Voraussetzungen den Arbeitgeber auch zu Neueinstellungen verpflichten: Befinden sich die Arbeitszeitkonten einer Arbeitsgruppe im Plus und scheidet ein Mitglied aus, so muss es durch eine neue Arbeitskraft ersetzt werden.⁶⁴ Liegt die durchschnittliche Arbeitszeit der Gruppe zu einem Stichtag über einem bestimmten Grenzwert, so ist eine zusätzliche Arbeitskraft einzustellen.⁶⁵ Anders als bei den traditionellen Besetzungsregeln wird nicht an der Aufgabe angeknüpft, sondern an der Stundenbelastung – was natürlich voraussetzt, dass diese einigermaßen exakt erfasst wird, was bei traditioneller Fabrikarbeit eher möglich ist als bei der (künftigen) Arbeit im digitalisierten Zeitalter. Von daher ist eine Verallgemeinerung schwierig. Dennoch sind solche Beispiele in hohem Maße ermutigend, weil sie deutlich machen, dass Veränderungen möglich sind, dass sich die Beschäftigten nicht einfach in ihr Schicksal fügen müssen.

⁶² Dazu etwa D. Ulber, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag. Handbuch für das gesamte Tarifrecht, 2. Auf., Köln 2016, Teil 5 (7) Rn. 8 ff.

⁶³ 24.6.2015 – 27 SaGa 1959/15, AuR 2015, 339

⁶⁴ So der Sachverhalt in der Entscheidung ArbG Stuttgart v. 13.1. 2009 – 3 BV 131/08 (soweit ersichtlich unveröffentlicht)

⁶⁵ So ebenfalls im Sachverhalt der Entscheidung des ArbG Stuttgart. Einzelheiten dazu bei Däubler, AiB 3/2016, S. 28

3.3 Gegensteuerung über Gefährdungsbeurteilung?

Wie oben bereits kurz skizziert, kann der Betriebsrat eine Gefährdungsbeurteilung erreichen. Auch mobile und zu Hause erbrachte Arbeit kann einbezogen werden, da beide im ArbSchG nicht ausgenommen sind.⁶⁶ Die Untersuchung kann zu dem Ergebnis kommen, dass insbesondere Gesundheitsgefahren, die auf Arbeitsüberlastung beruhen, nur dadurch gemildert oder beseitigt werden können, dass Personal aufgestockt wird.

Welchen genauen juristischen Stellenwert die getroffenen Feststellungen haben, scheint noch nicht ausreichend geklärt zu sein. Soweit Empfehlungen ausgesprochen werden, die Spielräume lassen, kann der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG eine konkrete Regelung verlangen, die das benannte Problem beseitigt und so Abhilfe schafft. Kommt darüber keine Einigung mit der Arbeitgeberseite zustande, muss erneut eine Einigungsstelle tätig werden. Kommt die Untersuchung zu weitergehenden Schlüssen und macht deshalb konkrete Vorgaben, müssen diese umgesetzt werden. Die Generalklauseln des Arbeitsschutzgesetzes werden dadurch konkretisiert. Dies gibt allen Belegschaftsangehörigen einschließlich der Betriebsratsmitglieder einen Anspruch, der sich zumindest auf § 618 BGB stützen lässt. Genauso hat das BAG in Bezug auf Empfehlungen entschieden, die im Rahmen eines BEM-Verfahrens abgegeben wurden.⁶⁷ Als Gremium kann der Betriebsrat eine Umsetzung dann verlangen, wenn dem Verfahren eine Einigung mit dem Arbeitgeber zugrunde lag, die sich z. B. auf die zu untersuchenden Fragen und die auszuwählende Person bezog. Dem Betriebsrat steht insoweit ein Durchführungsanspruch zu, der sich nicht auf das Verfahren als solches beschränkt, sondern dem Sinn der Regelung nach auch das Ergebnis mit einbezieht. Erst recht gilt dies, wenn die Betriebsvereinbarung bzw. der Einigungsstellenspruch ausdrücklich zu einem Verhalten „entsprechend der Gefährdungsbeurteilung“ verpflichteten.

Auch auf dieser letzten Etappe konsequent zu bleiben und ggf. etwas Verärgerung in Kauf zu nehmen, ist in der Praxis eine wichtige Aufgabe der betrieblichen Interessenvertretung. Die „Verärgerung“ muss im Übrigen keineswegs von Dauer sein; für jeden in das betriebliche Gesundheitsmanagement investierten Euro kommen Beträge zwischen 1,60 € und 2,70 €

⁶⁶ Ebenso Schwemmler/Wedde, Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen, Bonn/Berlin 2012, S. 92

⁶⁷ BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 Ls. 4; zustimmend Balıkcıođlu NZA 2015, 1424, 1429

zurück.⁶⁸

Ein Personalrat hat nach der Rechtsprechung des BVerwG⁶⁹ bei der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung weniger Einflussmöglichkeiten als ein Betriebsrat, doch steht es ihm frei, nach § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG von seinem Mitbestimmungsrecht in der Weise Gebrauch zu machen, dass er der vom Dienststellenleiter vorgeschlagenen Maßnahme angesichts ungenügender Ermittlung von Tatsachen die Zustimmung verweigert und weitergehende Schritte vorschlägt.⁷⁰ Insoweit muss das Ergebnis der Bemühungen nicht hinter dem nach BetrVG Erreichbaren zurückbleiben.

3.4 Neue Handlungsmöglichkeiten für den Betriebsrat?

Kann der Betriebsrat über die beschriebenen Möglichkeiten hinaus aktiv werden? Hat er auch Einfluss auf die Entscheidung, welcher „Arbeitsbereich“ dem Einzelnen bei der Einstellung oder später zugewiesen wird? Nach geltendem Recht greift in beiden Situationen § 99 BetrVG ein, so dass er nach dessen Abs. 2 Nr. 1 einen Gesetzesverstoß rügen und nach dessen Abs. 2 Nr. 4 geltend machen kann, der betroffene Arbeitnehmer werde durch die Einstellung bzw. Versetzung benachteiligt, ohne dass dies aus betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gerechtfertigt ist. Dies ist schon deshalb von relativ geringer Tragweite, weil sich eine zu hohe Belastung in der Regel nicht von vorne herein absehen lässt, sondern erst im Laufe einer kürzeren oder längeren Zeit deutlich wird. Beim Start in eine neue Tätigkeit werden meist keine „handfesten“ Argumente bestehen, weshalb ein bestimmter Tätigkeitsbereich den im Prinzip geeigneten Arbeitnehmer überfordern oder ihn zu langen Arbeitszeiten zwingen wird. Sinnvoll wäre es deshalb, entweder dem Betriebsrat ein volles Mitbestimmungsrecht einzuräumen oder ihm das Recht zu geben, auf Bitte des Betroffenen hin wie in einem Beschwerdeverfahren aktiv zu werden und insbesondere bei einer „Überlastungsanzeige“ Abhilfe zu erreichen. Dies bedarf der näheren Erörterung.

Zunächst ist der Einwand absehbar, dem Betriebsrat werde insbesondere im Fall der Einräumung eines Mitbestimmungsrechts eine Art „Mitdirektion“ eingeräumt, was die Funktionsfähigkeit des Unternehmens beeinträchtigen könne. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass nicht die einzelne Aufgabe dem Einfluss des Betriebsrats unterliegen soll.

⁶⁸ Nachweise bei Balikcioglu, NZA 2015, 1424, 1433

⁶⁹ PersR 2003, 113 und PersR 2012, 380; kritisch Baden PersR 2012, 351

⁷⁰ Berg in: Altwater u. a., Kommentar zum BPersVG, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2016, § 75 Rn. 209

Vielmehr geht es um den „Arbeitsbereich“, um die Art von Aufgaben, die der Einzelne zu erfüllen hat. Dies ist ein Anknüpfungspunkt, den in § 95 Abs. 3 BetrVG bereits das geltende Recht kennt, ohne dass dadurch irgendwelche Unzuträglichkeiten entstanden wären.

Wie groß die mit einem bestimmten Bereich („Vertrieb der Ware X“, „Wartung der IT“, „Bearbeitung arbeitsrechtlicher Fälle“) verbundene Arbeitsbelastung tatsächlich ist, lässt sich oft schwer beurteilen; auch werden häufig Schwankungen mit einzelnen Spitzenbelastungen auftreten, die sich leichter als ein dauerndes Arbeiten an der Obergrenze des Leistbaren ertragen lassen. Insbesondere bei Antritt einer Tätigkeit kann oft keine sichere Prognose abgegeben werden. Deshalb wäre es nicht sinnvoll, zu diesem Zeitpunkt eine „Genehmigung“ durch den Betriebsrat vorzusehen, die dann auf absehbare Zukunft weiterwirkt. In solchen Situationen der Unsicherheit ist stattdessen ein Verfahren vorzusehen, mit dessen Hilfe die Beteiligten jederzeit deutlich gewordene Schwierigkeiten verarbeiten und Änderungen initiieren können. Der Sache nach wird eine Aufgabe, die eine gute Personalleitung sowieso erfüllen würde (Ist die Arbeit für den Arbeitnehmer geeignet? Macht er überflüssige Fehler, weil er sich - zu Recht oder zu Unrecht - überfordert fühlt? Gibt es Rückmeldungen von Vorgesetzten und Kunden über sein Verhalten bei der Arbeit? Ist er mit seiner Tätigkeit zufrieden?), auf zwei Schultern verteilt: Der Betriebsrat muss sich in gleicher Weise wie die Arbeitgeberseite Gedanken darüber machen, ob sich die richtige Person am richtigen Platz befindet oder ob man den Aufgabenzuschnitt ändern, evtl. auch den Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitsplatz versetzen soll.

Die Frage, wie das Beteiligungsrecht des Betriebsrats ausgestaltet werden soll, kann unterschiedlich beantwortet werden. Beschränkt man sich auf den Gedanken des Überforderungsschutzes, so kommt es allein auf zwei unterschiedliche Punkte an, die sowohl im Rahmen eines vollen Mitbestimmungsrechts wie auch im Rahmen des § 99 BetrVG verwirklicht werden können.

Zum einen muss der Betriebsrat das Recht haben, einer absehbaren Überforderung einen Riegel vorzuschieben. Im Rahmen eines Mitbestimmungsrechts wäre dies in der Weise gesichert, dass das „Nein“ des Betriebsrats zur Zuweisung eines bestimmten Arbeitsbereichs zu Verhandlungen führen würde, an deren Ende ggf. ein Einigungsstellenverfahren stehen würde. Einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers könnten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verhindert werden. Bis zur endgültigen Entscheidung müsste aber sowohl bei der Einstellung wie auch bei der Versetzung eine vorläufige Regelung möglich sein. Wenn

keine andere Alternative besteht, könnte dies aus dringenden betrieblichen Gründen auch die vom Arbeitgeber gewollte Lösung sein. Dies hätte nicht nur Nachteile für den Arbeitnehmer, sondern auch den Vorteil, dass sich die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Überforderungsprognose besser belegen ließe. Auch würde ein kluger Arbeitgeber vermutlich alle Möglichkeiten ausschöpfen, um die Belastungen so weit zu reduzieren, dass nicht mehr ernsthaft von einer Überforderung die Rede sein könnte. Insoweit hätte das Verfahren eine gewisse präventive Funktion, die eine einvernehmliche Lösung nahelegen würde.

Zum zweiten müsste der Einzelne das Recht haben, sich mit einer Überlastungsanzeige an den Betriebsrat zu wenden, wenn aus seiner Sicht eine ordentliche Arbeit in der vorgesehenen Zeit nicht zu leisten ist. Damit wäre der Tatsache Rechnung getragen, dass die ursprüngliche Einschätzung unrichtig gewesen sein kann oder dass sich die Dinge später in einer Weise entwickelten, die zu erheblichen zusätzlichen Belastungen führte. Macht sich der Betriebsrat die Position des Arbeitnehmers zu eigen, so läge es nahe, das Beschwerdeverfahren nach § 85 BetrVG anzuwenden, also nach erfolglosen Verhandlungen ggf. die Einigungsstelle entscheiden zu lassen. Dies darf allerdings nicht dazu führen, den Einzelnen doch wieder auf seine individualrechtliche Position zu verweisen, deren Durchsetzung seine realen betrieblichen Möglichkeiten in aller Regel überschreiten würde. Eine Entscheidung durch die Einigungsstelle muss daher auch dann möglich sein, wenn dem Arbeitnehmer etwas zugemutet wird, was er nach Arbeitsvertragsrecht ablehnen könnte: § 85 Abs. 2 Satz 3 BetrVG, wonach die Einigungsstelle nicht entscheiden kann, wenn Gegenstand der Beschwerde ein Rechtsanspruch ist, darf im vorliegenden Zusammenhang keine Anwendung finden. Ein Lösung bis zum Ergehen einer Entscheidung ist auch hier notwendig, allerdings im Rahmen der bestehenden Strukturen nicht vorgesehen. Gerät der Einzelne in eine unzumutbare Arbeitssituation, sollte der Betriebsrat *de lege ferenda* das Recht erhalten, für den Betroffenen vor Gericht ziehen und eine Lösung durch einstweilige Verfügung erreichen zu können. Dies geht – zugegeben – über die bisherigen Handlungsformen hinaus; immerhin hatte der „Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“ in § 161 seines Gesetzesvorschlags eine Prozeßstandschaft des Betriebsrats befürwortet, wenn es um die Kontrolle Allgemeiner Arbeitsbedingungen ging.⁷¹ Das schwedische Recht geht weiter und gibt der betrieblichen Interessenvertretung das Recht, wegen Gesundheitsgefährdung die Weiterarbeit an einem bestimmten Arbeitsplatz zu untersagen,⁷² doch ist eine solche Lösung

⁷¹ Gutachten D zum 59. DJT, Hannover 1992, D 81

⁷² Dies gilt jedenfalls, wenn die Frage in einem Tarifvertrag angesprochen ist. Zum Auslegungsvorrang der Gewerkschaften in Bezug auf Tarifverträge s. Kurz, in: Henssler/Braun (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl., Köln 2011, Stichwort: Schweden Rn 168

bisher in der Bundesrepublik nicht diskutiert worden.

3.5 Betriebe ohne Betriebsrat

Die Diskussion konzentriert sich üblicherweise auf Betriebe mit Betriebsrat und solche, in denen Tarifverträge gelten. Dies betrifft – grob gesprochen – nur etwa die Hälfte aller Arbeitnehmer. Wie verhält es sich mit jenen anderen 50 %, denen diese Segnungen des Sozialstaats aus welchen Gründen auch immer verwehrt bleiben? Nach geltendem Recht ist hier die Arbeitsaufsicht („Gewerbeaufsicht“) in besonderem Maße gefordert, ihrer Aufgabe nachzukommen und für die Einhaltung des ArbZG und des Arbeitsschutzrechts zu sorgen. Dass dies nicht nur ein frommer Wunsch ist, wird an einer Entscheidung des Bayerischen VGH⁷³ deutlich. Ein Presseunternehmen hatte seine Redakteure weit über die täglichen acht Stunden hinaus beschäftigt, und dies nicht nur vorübergehend, sondern auf Dauer. Die zuständige Gewerbeaufsicht erließ daraufhin einen Bescheid, der den Unternehmer zur Einhaltung des Acht-Stunden-Tags entsprechend dem damals geltenden Recht (also mit allen Flexibilisierungsmöglichkeiten) verpflichtete und ihm für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld androhte. Dieser legte Rechtsmittel ein und berief sich auf die Pressefreiheit; er finde keine ausreichende Anzahl von Personen, die seine redaktionelle Linie verfolgen würden. Das Verwaltungsgericht wie der Verwaltungsgerichtshof wiesen diesen Einwand zurück; das Arbeitszeitrecht kenne keine Ausnahme für Pressebetriebe. Wenn er sein Unternehmen im bisherigen Umfang fortführen wolle, müsse er sein Personal aufstocken. Dies war zwar keine Anordnung, aber einer Bedingung vergleichbar: Faktisch war der Unternehmer zu Neueinstellungen gezwungen, weil ein „Zurückfahren“ der Aktivitäten nicht in Betracht kam. Ein entsprechendes Vorgehen wäre auch in anderen Fällen denkbar.

4. Fazit

Das Arbeitszeitrecht kann nicht mehr flächendeckend die Funktion erfüllen, den Umfang der Arbeit in gesundheitlich zuträglichem Rahmen zu halten. Auch das sonstige Arbeitsschutzrecht verliert insbesondere durch mobile und häusliche Tätigkeit an „Durchschlagskraft“. Notwendig sind daher andere rechtliche Gestaltungsmittel, um der Arbeit Grenzen zu ziehen. Dazu gehört insbesondere die Mitbestimmung über den Arbeitsbereich, der dem Einzelnen zugewiesen wird. Dabei ist aber nicht an eine punktuelle

⁷³ 28.10.1993 – 22 B 90.3225, GewA 1994, 192 und juris

Beteiligung des Betriebsrats zu denken; vielmehr ist allein ein Verfahren sinnvoll, in dem Fehleinschätzungen korrigiert und Veränderungen adäquat verarbeitet werden können. Ist dafür Sorge getragen, dass niemand dauerhaft überfordert wird, kann man auch das Arbeitszeitrecht weiter flexibilisieren, allerdings nur in den Betrieben, wo diese Voraussetzung erfüllt ist. Es generell zu tun, würde nur einen Schutz ersatzlos abbauen, der sowieso schon prekär geworden ist.