

Arbeitszeit – ein zentrales Handlungsfeld für den Personalrat

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

Ein Blick in die Geschichte

Die Beschränkung des Arbeitstages war neben dem Gesundheitsschutz eine der ersten Forderungen der deutschen Arbeiterbewegung im 19. Jahrhundert. Der Grund ist leicht zu erkennen: Eine durch die Verhältnisse erzwungene körperliche Arbeit von zwölf, vierzehn oder sechzehn Stunden täglich führt zu schweren Gesundheitsschäden und zu einem frühzeitigen Verschleiß der Arbeitskraft. Gleichzeitig wird der Einzelne zu einem Anhängsel der Arbeit, dem für seine persönlichen Bedürfnisse so gut wie keine Zeit mehr bleibt. Eine Teilnahme am sozialen, politischen und kulturellen Leben ist praktisch unmöglich, die wenige arbeitsfreie Zeit muss für häusliche Tätigkeiten und eine notdürftige Regeneration der Arbeitskraft verwendet werden. Der Kampf um eine kürzere Arbeitszeit sollte deshalb wenigstens die Chance schaffen, dass der Einzelne ein wenig auch als Mensch leben konnte.

Die Durchsetzung einer menschenwürdigen Arbeitszeit nahm über 100 Jahre in Anspruch. Die ersten Schritte wurden in England getan, das sich früher als die kontinentaleuropäischen Staaten industrialisierte. Zwischen 1802 und 1833 wurden insgesamt fünf Gesetze zur Beschränkung der Arbeitszeit erlassen. Sie blieben alle wirkungslos, weil keine Behörden eingerichtet wurden, die ihre Einhaltung hätten überwachen können.¹ Einen kleinen Schritt nach vorne brachte ein Gesetz von 1833, das die Beschäftigung von Kindern unter neun Jahren verbot und die Arbeitszeit für Neun- bis Dreizehnjährige auf acht Stunden täglich, für Dreizehn- bis Achtzehnjährige auf zwölf Stunden täglich beschränkte. Ungeschützt blieben erwachsene Arbeitnehmer, die weiterhin vierzehn, fünfzehn oder sechzehn Stunden täglich beschäftigt werden konnten. Für männliche Arbeitnehmer änderten auch die folgenden Gesetze nichts an diesem Zustand: 1844 wurden die Frauen den Jugendlichen zwischen dreizehn und achtzehn Jahren gleichgestellt, 1847 wurde die Obergrenze für diese Gruppe von zwölf auf zehn Stunden herabgesetzt.²

¹ S. die Schilderung bei *Marx*, *Das Kapital*, Marx-Engels-Werke Bd. 23 S. 294.

² *Marx*, a.a.O., S. 295, 298 ff.

Ähnlich langsam vollzog sich der Fortschritt in Deutschland. Während die tägliche Arbeitszeit um 1850 etwa vierzehn Stunden betrug, belief sie sich 1875 immer noch auf zwölf. Um die Jahrhundertwende lag sie bei zehneinhalb Stunden.³ Vorreiterfunktion bei der Arbeitszeitverkürzung hatte die Carl-Zeiss-Stiftung in Jena, wo der Arbeitstag von zunächst $11\frac{3}{4}$ Stunden allmählich auf neun Stunden gesenkt wurde. Im Jahre 1900 wurde dort erstmals der Acht-Stunden-Tag eingeführt. Dies war weniger die »soziale Großtat« einer aufgeklärten Unternehmensleitung als eine Folge der Erkenntnis, dass bei kürzerer Arbeitszeit intensiver gearbeitet und deshalb das bisherige Arbeitsergebnis sogar übertroffen wurde. Bis zum Ersten Weltkrieg wurde die durchschnittliche Arbeitszeit in der gewerblichen Wirtschaft auf $9\frac{1}{2}$ Stunden täglich reduziert; während des Krieges ging sie wieder drastisch nach oben.

Einen ersten großen Durchbruch brachte die November-Revolution von 1918, die den Acht-Stunden-Tag verbindlich machte und damit Maßstäbe setzte, die bis in die Gegenwart gültig blieben. Dabei wurde allerdings nicht wie heute die Fünf-Tage-, sondern die Sechs-Tage-Woche zugrunde gelegt. Obergrenze waren daher 48 Stunden pro Woche. Schon 1923 wurde der Acht-Stunden-Tag wieder durch viele Ausnahmen durchlöchert; insbesondere war die »Entgegennahme« von Mehrarbeit im Gegensatz zur Zeit unmittelbar nach 1918 nicht mehr strafbar.⁴ Die bis 1994 geltende Arbeitszeitordnung (AZO) von 1938 schrieb im Wesentlichen den Rechtszustand fort, der 1923 erreicht war. Es blieb also beim grundsätzlichen Acht-Stunden-Tag. Dass es nicht wie in anderen Teilen des Arbeitsrechts während des Faschismus zu einem Rückschritt kam, lag unter anderem daran, dass sich in der Zwischenzeit die Arbeitsanforderungen stark erhöht hatten. Die Produktivität hätte deshalb erheblich gelitten, wenn man zu einer über acht bis zehn Stunden täglich hinausgehenden Arbeitszeit zurückgekehrt wäre.⁵ Das Arbeitszeitgesetz von 1994 brachte kaum neue Schutzstandards, erweiterte jedoch die Flexibilisierungsmöglichkeiten und schaffte die automatische Vergütung für „Mehrarbeit“ ab.

³ Hierzu und zum Folgenden *Michael Schneider*, Streit um Arbeitszeit. Geschichte des Kampfes um Arbeitszeitverkürzung in Deutschland, Köln 1984, S. 48 ff.; *Kramer*, Freizeit und Reproduktion der Arbeitskraft, Köln 1975, S. 43 ff.

⁴ Zur Entwicklung der Arbeitszeit in der Weimarer Republik *Scharf*, Geschichte der Arbeitszeitverkürzung, Frankfurt/Main 1987, S. 369 ff.

⁵ *Kramer*, S. 55 ff.

Die vier Ebenen zur Regelung der Arbeitszeit

Die historische Entwicklung zeigt, dass die wesentlichen Schritte hin zu kürzerer Arbeitszeit zunächst vom Gesetzgeber unternommen wurden. In der Bundesrepublik hat sich demgegenüber eine Rollenverteilung zwischen verschiedenen Akteuren ergeben:

Der *Gesetzgeber* handelt in erster Linie im Interesse des Gesundheitsschutzes. Das Arbeitszeitgesetz legt zu diesem Zweck Höchstgrenzen für die Arbeitszeit fest. Der Acht-Stunden-Tag wurde beibehalten, allerdings ganz wesentlich verändert: Aus einem realen wurde ein statistischer Acht-Stunden-Tag. Die acht Stunden pro Werktag sind Obergrenze nur noch im Durchschnitt von sechs Monaten. Am einzelnen Tag können bis zu zehn Stunden, in der Woche bis zu 60 Stunden gearbeitet werden, sofern nur diese eine Bedingung – der Sechs-Monats-Durchschnitt - eingehalten wird. Zum Gesundheitsschutz gehören aber auch die Pausen nach § 4 ArbZG sowie die Ruhezeiten zwischen zwei Arbeitsblöcken nach § 5 ArbZG, die im Regelfall elf Stunden betragen müssen. Sonntagsarbeit ist grundsätzlich verboten, doch gibt es einen reichhaltigen Katalog von Ausnahmen (§§ 9, 10 ArbZG).

Sache der *Tarifparteien* ist es, die Dauer der Normalarbeitszeit festzuschreiben. In den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik war die 40-Stunden-Woche und der freie Samstag zentrales Ziel. Im Oktober 1977 war dies weitgehend erreicht: Für 92,2 % aller Arbeiter und Angestellten betrug die tarifliche Wochenarbeitszeit 40 Stunden, nur für 7,8 % belief sie sich noch auf 41 bis 45 Stunden.⁶ Im Jahre 1984 galten für 98,9 % aller unter einen Tarif fallenden Arbeitnehmer die 40 Stunden.⁷

Schon 1977 hatte der Gewerkschaftstag der IG Metall die Forderung nach der 35-Stunden-Woche erhoben,⁸ was die Arbeitgeberseite mit Entschiedenheit ablehnte; die Unterschreitung der 40-Stunden-Woche sei nicht verhandelbar („Tabukatalog“). Die Streiks vom Frühsommer 1984 in der Metall- und in der Druckindustrie durchbrachen gleichwohl diese Schranke, was für etwa ein Viertel aller Beschäftigten wirksam wurde.⁹ Andere Bereiche zogen nach. Inzwischen liegt die durchschnittliche tarifliche Wochenarbeitszeit in allen Branchen bei 37,5

⁶ Mitgeteilt in RdA 1978, 49.

⁷ Clasen, RdA 1985, 240.

⁸ Dazu Däubler-Gmelin, Frauenarbeitslosigkeit, Reinbek 1977, S. 170 ff.

⁹ Kurz-Scherf, in: Kittner (Hrsg.), Gewerkschaftsjahrbuch 1985, Köln 1985, S. 76 ff.

Stunden – und das in etwa konstant seit ca. 15 Jahren.¹⁰ Daneben wurde die Jahresarbeitszeit verkürzt; der bezahlte Jahresurlaub beträgt im Regelfall 30 Arbeitstage = sechs Wochen, während das Bundesurlaubsgesetz nur von vier Wochen ausgeht.

Personalrat und Betriebsrat sind einmal für die Umsetzung von Gesetzen und Tarifverträgen in der Dienststelle bzw. im Betrieb zuständig. Dies folgt aus ihrer Überwachungsaufgabe nach § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG bzw. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Zum zweiten haben sie ein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf Überstunden, d. h. eine über den Arbeitsvertrag hinausgehende zusätzliche Arbeitszeit. Im Bereich der Personalvertretung ist diese nach Maßgabe des § 75 Abs. 4 BPersVG beschränkt, während sie in der Betriebsverfassung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG voll zur Geltung kommt. Daneben besteht nach § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG bzw. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht über die Lage der Arbeitszeit. Dieses hat in den vergangenen Jahrzehnten immer mehr an Bedeutung gewonnen; jede Form von Flexibilisierung betrifft Beginn und Ende der Arbeitszeit und bedarf deshalb im Grundsatz der Zustimmung der betrieblichen Interessenvertretung.¹¹ Dies betrifft sowohl die Gleitzeit, die auf Arbeitnehmerinteressen Rücksicht nimmt, wie auch umgekehrt jede Form der „Arbeit auf Abruf“ nach § 12 TzBfG, die ausschließlich im Arbeitgeberinteresse liegt.

Schließlich darf man die *Arbeitsvertragsparteien* als Akteure nicht aus den Augen verlieren. Tarifverträge enthalten nicht selten Öffnungsklauseln, die unter bestimmten Voraussetzungen längere Arbeitszeiten zulassen, die im Arbeitsvertrag festgelegt werden können. Dazu kommt, dass nach Untersuchungen des WSI nur noch etwas mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer tariflichen Schutz genießt.¹² Bei den nicht Erfassten macht es keinerlei rechtliche Schwierigkeiten, im Arbeitsvertrag wieder zur 40-Stunden-Woche zurückzukehren. Dazu kommen ausdrücklich oder konkludent angeordnete Überstunden. Die tatsächliche Arbeitszeit beläuft sich daher im Durchschnitt auf etwa 42 Stunden in der Woche¹³ – die aufgehende Sonne, die einst die Hoffnung auf die 35-Stunden-Woche symbolisieren sollte, ist nicht wirklich aufgegangen.

¹⁰ Bispinck, Arbeitszeittrends 1980 bis 2020, Magazin Mitbestimmung Nr. 1 + 2/2015, abrufbar unter http://www.boeckler.de/53014_53030.htm (17.10.2019)

¹¹ Auf die spezifischen Mitbestimmungsgrenzen im öffentlichen Dienst, die sich aus der Rechtsprechung des BVerfG ergeben (BVerfGE 93, 57), wird hier nicht näher eingegangen.

¹² https://www.boeckler.de/pdf/ta_tarifbindung_beschaefigte_2017.pdf: 57 % im Westen, 44 % im Osten. Niedrigere Zahlen als das WSI ermittelte das Statistische Bundesamt: 47 % in den alten, 39 % in den neuen Bundesländern: <https://www.destatis.de/DE/Theman/Arbeit/Verdienste/Tarifverdienste-Tarifbindung/>

¹³ WSI-Report, Arbeitszeiten in Deutschland, November 2014, S. 6, abrufbar unter https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_19_2014.pdf (17.10.2019): 41,9 Stunden

Im öffentlichen Dienst ist die Tarifabdeckung sehr viel höher, doch liegt die tarifliche Arbeitszeit bei 39 bis 40 Stunden. Insoweit ist der „40-Stunden-Vertrag“ kein faktisches Unterlaufen tariflicher Standards. Bei 9 % aller Arbeitnehmer überschreitet die vereinbarte Wochenarbeitszeit die 40 Stunden.¹⁴ Bei Beamten bewegt sich die Arbeitszeit zwischen 40 und 41 Stunden.¹⁵ Insoweit ist der Stand der 1970-er Jahre wieder erreicht.

Die genannten Zahlen geben nur die offiziell erfassten Arbeitszeiten wieder. In der Realität arbeiten viele Beschäftigte deutlich länger – und dies gilt auch für den öffentlichen Dienst. Pausen werden nicht genommen, was sich aber nicht in der offiziell erfassten Arbeitszeit des Einzelnen niederschlägt. Wer auf der Heimfahrt im Zug den Laptop benutzt, um schnell noch einige dienstliche E-Mails zu erledigen, wird diese Zeit in aller Regel seinem Arbeitszeitkonto nicht gut schreiben können (oder wollen). Dasselbe gilt erst recht, wenn zu Hause Akten bearbeitet werden oder eine Recherche im Internet erfolgt. Auch wird häufig von dem Phänomen berichtet, dass z. B. Mitarbeiter einer Forschungs- und Entwicklungsabteilung nach zehn Stunden ausstempeln, am Abend jedoch wieder für zwei bis drei Stunden in den Betrieb zurückkehren, ohne dies im Zeiterfassungssystem sichtbar zu machen.¹⁶ Solche Verhaltensweisen lassen sich auch für manche Beschäftigte des öffentlichen Dienstes nicht ausschließen. In welchem Umfang die offiziell ausgewiesenen Wochenstunden überschritten werden, lässt sich nicht bestimmen, doch handelt es sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht nur um ein geringfügiges „Überziehen“. Für die betriebliche Interessenvertretung stellt sich unter diesen Umständen nicht nur die Aufgabe, ihre gesetzlichen Rechte zur Mitgestaltung der offiziellen Arbeitszeit wahrzunehmen. Sie muss vielmehr auch dafür sorgen, dass diese „Schwarzarbeit“ ans Licht gebracht und bezahlt oder abgeschafft wird.

Die EuGH-Entscheidung zur Dokumentation der Arbeitszeit

¹⁴ <https://oeffentlicher-dienst-news.de/oeffentlicher-dienst-woechentliche-arbeitszeit-tvoed-und-tv-l/> (18.10.2019)

¹⁵ https://www.dbb.de/fileadmin/pdfs/2019/191002_wochenarbeitszeit_beamte_bund_laender.pdf (18.10.2019)

¹⁶ Heuschmid, NJW 2019, 1853.

Auf Vorlage eines spanischen Gerichts hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) am 14.5.2019 entschieden, die EU-Arbeitszeitrichtlinie¹⁷ verlange, dass der Arbeitgeber ein „objektives, verlässliches und zugängliches System“ einführe, damit die von jedem Arbeitnehmer geleistete Arbeitszeit gemessen werden könne.¹⁸ Nur die Überstunden zu dokumentieren, wie dies im spanischen Recht vorgeschrieben sei, genüge nicht. Der Zeugenbeweis könne für sich allein nicht als wirksames Beweismittel angesehen werden, „da die Arbeitnehmer möglicherweise zögern, gegen ihren Arbeitgeber auszusagen, weil sie befürchten, dass dieser Maßnahmen ergreift, durch die das Arbeitsverhältnis zu ihren Ungunsten beeinflusst werden könnte.“¹⁹ Dies ist eine bemerkenswert realistische Aussage – bislang recht ungewöhnlich für das höchste Gericht der EU.

Da sich eine Richtlinie immer nur an die Mitgliedstaaten wendet, sind diese verpflichtet, für ein solches System zu sorgen. Dabei ist aber nicht nur der Gesetzgeber zum Einschreiten verpflichtet; vielmehr müssen alle Träger öffentlicher Gewalt handeln, wozu im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch die Gerichte gehören.²⁰ Diese müssen daher das nationale Recht richtlinienkonform auslegen. Dabei wäre daran zu denken, § 16 Abs. 2 ArbZG, der eine Aufzeichnungspflicht lediglich bei Überschreitung der Acht-Stunden-Grenze vorschreibt, als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips zu werten und diese Begrenzung wegfällen zu lassen.²¹ Methodisch wäre dies vergleichbar mit dem bekannten Fall, dass der auf Körperschäden u. ä. begrenzte Schmerzensgeldanspruch des § 847 BGB a. F. mit Rücksicht auf das vorrangige Grundgesetz auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht erstreckt und damit in gewisser Weise generalisiert wurde.²²

Können sich die Gerichte nicht zu einer solchen richtlinienkonformen Lösung durchringen, so muss grundsätzlich der Gesetzgeber aktiv werden: Die Arbeitszeitrichtlinie ist insoweit nicht voll umgesetzt, ihr vom EuGH bestimmter konkreter Inhalt muss im deutschen Recht umgehend verwirklicht werden. Im hier interessierenden Bereich des öffentlichen Dienstes gilt allerdings anderes: Hier können und müssen Richtlinienbestimmungen unmittelbare

¹⁷ Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. Nr. L 299/9). Dazu die Kommentierung von *Gallner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018, Nr. 570

¹⁸ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683.

¹⁹ EuGH, a.a.O., Tz. 55.

²⁰ EuGH, a.a.O., Tz. 68

²¹ Erwogen auch bei *D. Ulber*, NZA 2019, 677, 680; *Heuschmid*, NJW 2019, 1853.

²² BGHZ 26, 349 ff. (Herrenreiter)

Anwendung im Verhältnis zwischen Bürgern, d. h. den Beschäftigten, und dem Staat finden, sofern sie den dafür notwendigen Bestimmtheitsgrad aufweisen.²³ Solange der Gesetzgeber noch nicht tätig geworden ist, bleibt dem Arbeitgeber die Entscheidungsfreiheit, welche Mittel er für die Herstellung eines „objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems“ einsetzen will: Elektronische Zeiterfassung, Ein- und Ausgangskontrolle durch einen Pförtner, der die Zeiten notiert, Eingabe durch den Betroffenen in ein System, die zumindest stichprobenweise überprüft werden muss, Selbstaufschreibung, die gleichfalls auf ihre Korrektheit hin zu kontrollieren ist. Dieser Spielraum steht der vorausgesetzten Bestimmtheit nicht entgegen. Es genügt, dass sich die Vorschrift ohne weitere dazwischen geschaltete Rechtsakte anwenden lässt.²⁴ So finden sich etwa im Arbeitsschutzrecht zahlreiche Beispiele für anwendbare Rechtsnormen, die Spielräume lassen, welche vom Arbeitgeber oder im Wege der Mitbestimmung von Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam ausgefüllt werden. Die einzelnen Arbeitnehmer und die einzelnen Beamten können daher von ihrem Arbeitgeber bzw. ihrem Dienstherrn verlangen, dass er der Richtlinie entsprechend verfährt.

Was bedeutet dies für den Personalrat? Er kann zunächst einmal darauf dringen, dass dem geltenden Recht Genüge getan und – sofern nicht bereits geschehen – ein objektives, verlässliches und zugängliches System der Erfassung der Arbeitszeit eingeführt wird (§ 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG). Dabei ist insbesondere darauf zu achten, ob auch Arbeit außerhalb der Dienststelle stattfindet und die Zeiterfassung hierauf erstreckt wird. Als zweites kann er sich auf sein Mitbestimmungsrecht über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen (§ 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG) berufen, das sich nicht nur auf die Uhrzeit als solche, sondern auch darauf bezieht, auf welche Art und Weise die Einhaltung des Vereinbarten kontrolliert wird. Insoweit besteht ein denkbar enger Sachzusammenhang. Auch der EuGH legt ja die Arbeitszeitrichtlinie, die nur Dauer und Lage der Arbeitszeit als solche regelt, so aus, dass sie auch Kontrollmaßnahmen umfasst. Bei der Gleitzeit ist ähnlich entschieden worden.²⁵

Nur wenn man dies anders sieht, kommt ein Rückgriff auf § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG in Betracht. Danach hat der Personalrat ein Mitbestimmungsrecht über die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, Verhalten und Leistung der

²³ Grundlegend EuGH 9.3.1978 – Rs. 106/77, NJW 1978, 1741 – Simmenthal; aus neuerer Zeit EuGH 7.3.1996 – C 192/94, NJW 1996, 141 – El Corte Inglés

²⁴ S. aus der Rechtsprechung s. u. a. EuGH 19.11.1991 – C-6/90, NJW 1992, 165 – Francovich und Bonifaci; EuGH 5.10.2004 – C-391/01 – C 403/01, NZA 2004, , 1145, 1151 – Pfeiffer.

²⁵ Vgl. LAG Schleswig-Holstein 12.1.2012 – 5 Sa 269/11, PersR 2012, 234. Dazu *Berg*, in: *Altwater u. a.*, BPersVG, 10. Aufl., Frankfurt/M. 2019, § 75 Rn. 127.

Beschäftigten zu überwachen. Die Rechtsprechung des BAG, wonach die entsprechende Bestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG kein Initiativrecht enthalten soll,²⁶ ist vom Bundesverwaltungsgericht übernommen worden,²⁷ doch ist sie im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung:²⁸ Hier geht es ja nicht darum, eine neue Überwachungsmaßnahme einzuführen. Vielmehr steht allein die Ausfüllung eines vom Gesetz gelassenen Spielraums bei einer vorgeschriebenen Datenerfassung zur Debatte, bei der die Persönlichkeitssphäre der Betroffenen möglichst zu schonen ist. Insoweit besteht Ähnlichkeit mit der Einführung eines Fahrtenschreibers, in Bezug auf den das BAG ein volles Mitbestimmungsrecht bejaht hat, soweit die gesetzlichen Vorschriften Spielräume lassen.²⁹ =

Das Problem der Erreichbarkeit

Auch wenn die gesamte Arbeitszeit erfasst wird, bleibt das aktuelle Problem, dass der einzelne Beschäftigte in seiner Freizeit kontaktiert werden kann, um sofort oder jedenfalls nach einiger Zeit mit der Arbeit zu beginnen. Geschieht dies nicht nur ganz ausnahmsweise, verschwimmt die Trennung zwischen Arbeit und Freizeit, zwischen Arbeitsplatz und Wohnung immer mehr. Es tritt eine „Entgrenzung“ der Arbeit ein. Der jederzeit erreichbare Arbeitnehmer ist immer „im Dienst“, im Extremfall legt sich die Arbeit über seine gesamte Existenz. Dies wirft eine Reihe von Rechtsfragen auf,

Wird der Arbeitnehmer in seiner arbeitsfreien Zeit vom Arbeitgeber per Anruf oder per E-Mail kontaktiert, so stellt die positive Reaktion darauf „Arbeit“ im arbeitszeitrechtlichen Sinne dar, was zur Folge hat, dass die Elf-Stunden-Ruhezeit des § 5 ArbZG erneut beginnt. Ob dies auch dann gilt, wenn die Unterbrechung nur sehr kurz dauerte, ist umstritten, doch steht die herrschende Meinung zu Recht auf dem Standpunkt, dass § 5 ArbZG keine „Bagatellgrenze“ kennt.³⁰ Ein Arbeitnehmer, der solche Unterbrechungen vermeiden will, kann sein Handy abschalten oder seine E-Mails nicht anschauen; wie das LAG Thüringen entschieden hat, ist er grundsätzlich auch nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber seine private

²⁶ BAG, 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, DB 1990, 743 = NZA 1990, 406.

²⁷ BVerwG, 29.9.2004 – 6 P 4/04, RDV 2005, 26, 27 = ZTR 2005, 108.

²⁸ Ebenso *Buschmann*, AuR 2019, 291, 292; *Lörcher*, AuR 2019, 418, 422; *D. Ulber*, NZA 2019, 679.

²⁹ Vgl. BAG, 10.7.1979 – 1 ABR 50/78, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = DB 1979, 2428.

³⁰ *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2018, § 5 Rn. 15; *Buschmann*, in: *Buschmann/Ulber*, Arbeitszeitrecht, Kompaktkommentar, Frankfurt/Main 2019, § 5 Rn. 14 ff., beide mit weiteren (unterschiedlichen) Nachweisen.

Handynummer mitzuteilen.³¹ Häufig ist eine solche „Verweigerungshaltung“ aber nicht anzutreffen, da Arbeitnehmer in der Regel nicht als „wenig motiviert“ gelten wollen.

Es stellt sich die Frage einer Abhilfe auf kollektiver Ebene, d. h. durch den Personalrat. Sein Mitbestimmungsrecht über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit erstreckt sich auch auf Zeiten der Rufbereitschaft.³² Diese ist zwar keine Arbeitszeit im Sinne des ArbZG und des Arbeitszeitrechts für Beamte, doch stellt die Verpflichtung, erreichbar zu sein und nach Ablauf einer angemessenen Frist von z. B. 45 Minuten mit der Arbeit zu beginnen, eine Belastung dar, die dem fraglichen Zeitraum den Charakter als Freizeit nimmt.³³

In der Praxis stellt sich das Problem, ob Rufbereitschaft auch dann vorliegt, wenn Vorgesetzte lediglich „erwarten“, dass der Einzelne erreichbar ist, oder wenn es im Betrieb eine allgemeine Regel dieser Art gibt. Für den betroffenen Arbeitnehmer macht es keinen Unterschied, ob er formal zur Rufbereitschaft eingeteilt oder ob er mit einer solchen Erwartung konfrontiert ist – in beiden Fällen muss er ggf. seine freie Zeit unterbrechen. Auch eine solche „informelle“ Rufbereitschaft löst daher das Mitbestimmungsrecht des Personalrats aus.³⁴ Entsprechend verfährt die Rechtsprechung bei Schichtplänen, bei denen der Einzelne einen konkreten Einsatz ablehnen kann, aber von ihm erwartet wird, dass er dies in aller Regel nicht tut: Der Schichtplan hat die Bedeutung einer quasi-verbindlichen Vorgabe.³⁵

In beiden Fällen – bei der formellen wie bei der informellen Rufbereitschaft – kann der Personalrat von seinem Initiativrecht Gebrauch machen und verlangen, dass die Rufbereitschaft des Einzelnen auf bestimmte Stunden (z. B. nur dienstags und mittwochs von 18 bis 22 Uhr) beschränkt wird. Alle anderen Stunden sind dann für den Arbeitgeber tabu – in Bezug auf diese existiert ein „Recht auf Nichterreichbarkeit“ wie es auch aus dem französischen Recht bekannt ist.³⁶ Lässt sich insoweit keine Übereinstimmung zwischen Personalrat und Arbeitgeberseite erreichen, muss letztlich die Einigungsstelle eingeschaltet werden. Dort würde es eine wichtige Rolle spielen, dass eine grenzenlose Rufbereitschaft

³¹ LAG Thüringen, 16.5.2018 – 6 Sa 442/17, ZD 2018, 540 = RDV 2019, 88.

³² BVerwG 4.9.2012 – 6 P 10/11, PersR 2012, 464.

³³ So zutreffend BAG 23.1.2001 – 1 ABR 36/00, PersR 2001, 320 (zur Personalvertretung).

³⁴ Wie hier *Jacobs*, NZA 2016, 733, 735; *Krause* NZA 2016, 1004, 1005; *Schuchart*, AuR 2017, 342; a.A. *Bissels/Domke/Wisskirchen*, DB 2010, 2052.

³⁵ BAG 30.11.1994 – 5 AZR 704/03, NZA 1995, 622, 624.

³⁶ Auch dort geht es nicht um eine gesetzlich verordnete Zeit sondern um einen obligatorischen Verhandlungsgegenstand. S. *Durlach/Renaud*, AuR 2017, 196 („Droit à la déconnection“).

rund um die Uhr zwar nirgends im Gesetz verboten ist, sich aber schwerlich mit dem Grundrecht auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG vereinbaren lässt.³⁷

Das Problem der Arbeitsmenge

Auch ein konsequent durchgesetztes Arbeitszeitrecht wird nicht verhindern können, dass manche Arbeitnehmer länger als gesetzlich zulässig arbeiten. Dies mag in Einzelfällen einer individuellen Disposition entsprechen („workaholic“), ist in der Regel aber Folge eines Arbeitspensums, das nicht in der arbeitsvertraglich vorgesehenen Zeit von ca. 40 Stunden bewältigt werden kann. Soweit die Arbeit durchweg in der räumlich überschaubaren Einheit „Betrieb“ stattfindet, lassen sich Arbeiten außerhalb des rechtlich Zulässigen noch einigermaßen erfassen, insbesondere dann, wenn man die Rechtsprechung des EuGH ernst nimmt. Bei mobiler und häuslicher Arbeit stößt die Kontrolle der Arbeitszeit jedoch an ihre Grenzen – dabei hilft nur eine Überprüfung des Arbeitspensums. Welche Möglichkeiten hier bestehen, sollte ein wichtiges Thema der künftigen Diskussion sein.³⁸

Zusammenfassung

Das heutige Arbeitszeitrecht ist Ergebnis langer Auseinandersetzungen. Der Personalrat hat die Aufgabe, traditionelle und moderne Formen der Flexibilisierung durch sein Mitbestimmungsrecht im Rahmen des Möglichen an die Bedürfnisse der Arbeitnehmer anzupassen. Die Rechtsprechung des EuGH verpflichtet den Arbeitgeber schon nach geltendem Recht zur vollständigen Erfassung der geleisteten Arbeit. Der Personalrat kann bei der Art und Weise der Erfassung mitbestimmen. Außerdem kann er ein „Recht auf Nichterreichbarkeit“ während der Freizeit des Einzelnen durchsetzen.

³⁷ Einzelheiten bei *Däubler*, Digitalisierung, a.a.O., § 5 Rn. 12 – 14.

³⁸ Einige Vorschläge bei *Däubler*, ZTR 2016, 359.