

# Arbeit außerhalb des ArbZG

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## 1. Einleitung

In der Diskussion um „Arbeit 4.0“ nimmt das ArbZG einen wichtigen Platz ein. Die Arbeitgeberseite verlangt eine weitere Flexibilisierung und eine Preisgabe des Acht-Stunden-Tags.<sup>1</sup> Dem ist insbesondere der Jubilar mit deutlichen Argumenten entgegen getreten,<sup>2</sup> denen aus Sicht des Verfassers nichts hinzuzufügen ist. Im Folgenden soll es um einen Bereich gehen, der bislang eher ein Schattendasein fristet, der aber mit dem Aufkommen neuer Beschäftigungsformen an Bedeutung gewinnen wird. Welche Regeln gelten für solche Formen von abhängiger Arbeit, die nicht vom ArbZG erfasst werden?

## 2. Die Ausnahmesektoren

§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG klammert die leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG sowie Chefärzte aus. Art. 17 Abs. 1 Buchst. a der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG lässt eine derartige Regelung zu.

Betriebsratstätigkeit ist nach § 37 Abs. 1 BetrVG ein Ehrenamt und deshalb keine „abhängige Arbeit“ im Sinne des § 2 Abs. 2 ArbZG. Im Einzelfall kann es allerdings geboten sein, Bestimmungen wie § 5 ArbZG über die Mindestruhezeit entsprechend anzuwenden.<sup>3</sup> Auch hier ist kein Widerspruch zur Arbeitszeitrichtlinie ersichtlich, die sich auf Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts beschränkt.<sup>4</sup>

Selbständig Tätige werden vom ArbZG nicht erfasst.<sup>5</sup> Dies wird als Selbstverständlichkeit hingenommen und soll auch dann gelten, wenn es sich um arbeitnehmerähnliche Personen

---

<sup>1</sup> Überblick über die Forderungen bei Jacobs NZA 2016, 733, 736

<sup>2</sup> Klebe, NZA Beilage 3/2017 S. 81

<sup>3</sup> BAG NZA 2017, 791

<sup>4</sup> Franzen/Gallner/Oetker-Gallner, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2016, Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 37 ff.

<sup>5</sup> Dazu Buschmann/Ulber, Arbeitszeitgesetz, 8. Aufl. 2015, § 2 Rn. 43

oder um Beschäftigte handelt, die wie Rote-Kreuz-Schwestern in Erfüllung vereinsrechtlicher Pflichten tätig werden.<sup>6</sup>

Eine weitere Ausnahme betrifft alle, die abhängige Arbeit leisten, auch die Arbeitnehmer: Die Rufbereitschaft findet im ArbZG an keiner Stelle Erwähnung. Das bedeutet, dass insoweit auch keine ausdrückliche Obergrenze besteht. Arbeitszeitrechtlich liegt Nicht-Arbeit vor, die rund um die Uhr „geleistet“ werden kann. Nur wenn es zu einem Arbeitseinsatz kommt, zählt dieser als Arbeitszeit, was zur Folge hat, dass Rufbereitschaft an Sonntagen grundsätzlich ausgeschlossen ist. Auch die Rechtsprechung des EuGH<sup>7</sup> folgt dieser Qualifizierung. In der Gegenwart gewinnt die „informelle“ Rufbereitschaft an Bedeutung. Im Betrieb wird „erwartet“, dass der Arbeitnehmer erreichbar ist und bei Bedarf einen Arbeitsauftrag erledigt. Wird solchen Erwartungen typischerweise Rechnung getragen, ist dies in der Sache nichts Anderes als eine ausdrücklich vereinbarte Rufbereitschaft.<sup>8</sup> Entsprechend verfährt die Rechtsprechung bei der Einteilung zu bestimmten Schichten: Kann der Arbeitgeber davon ausgehen, dass der Beschäftigte von dem ihm eingeräumten Ablehnungsrecht in aller Regel keinen Gebrauch macht, liegt eine quasi-verbindliche Vorgabe vor.<sup>9</sup>

### **3. Subsidiär eingreifende Schutznormen**

Die ausdrückliche oder stillschweigende Ausklammerung bestimmter Beschäftigtengruppen und der Rufbereitschaft aus dem ArbZG führt nicht dazu, dass die Bestimmung von Dauer und Lage der Arbeitszeit allein der freien Entscheidung der Vertragsparteien überlassen ist. Dies wäre nicht mit der staatlichen Schutzpflicht zugunsten von Leben und Gesundheit vereinbar.<sup>10</sup> Statt des ArbZG greifen andere Normen ein. Dabei ergeben sich auf den ersten Blick einige Unterschiede zwischen den einzelnen Ausnahmesektoren.

Bei leitenden Angestellten wird § 618 BGB herangezogen. So hat das BAG schon in einer Entscheidung aus dem Jahre 1967<sup>11</sup> im Grundsatz eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers bejaht, weil es dieser zumindest geduldet hatte, dass ein leitender Angestellter werktags wie

<sup>6</sup> Zu letzteren BAG NZA 1996, 33

<sup>7</sup> NZA 2000, 1227 – Simap; NZA 2003, 1019 - Jaeger

<sup>8</sup> Wie hier Jacobs NZA 2016, 733, 735; Krause NZA 2016, 1004, 1005; Schuchart AuR 2017, 342; a. A. Bissels u. a. DB 2010, 2052

<sup>9</sup> BAG NZA 1995, 622, 624 (im Zusammenhang mit der Qualifizierung als Arbeitnehmer)

<sup>10</sup> So BVerfG NZA 1992, 270 für die Nachtarbeit

<sup>11</sup> BAG AP Nr. 15 zu § 618 BGB, bestätigt durch BAG AP Nr. 16 zu § 618 BGB (erneute Revision im selben Verfahren)

sonntags 14 bis 16 Stunden gearbeitet hatte und nie in Urlaub gegangen war. Der Arbeitgeber müsse dafür sorgen, dass die Gesundheit des Arbeitnehmers nicht durch überlange Arbeitszeiten in Gefahr komme; insbesondere müsse er auf den Angestellten einwirken, dass dieser seinen Urlaub nehme. Dass das ArbSchG nach seinem § 2 Abs. 2 Nr. 1 alle Arbeitnehmer, und damit auch die Leitenden, erfasst, hat bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur bei der Arbeitszeit eine Rolle gespielt.

Bei der Betriebsratstätigkeit hat das BAG in seiner neuesten Rechtsprechung § 5 ArbZG entsprechend angewandt<sup>12</sup> und sich zur Begründung darauf gestützt, die Mandatsausübung weise einen unmittelbaren Bezug zum Arbeitsverhältnis auf. Auch werde diese Aufgabe im Interesse des Betriebs und der Belegschaft wahrgenommen. Dies allein scheint mir nicht zwingend zu sein. Vielmehr geht es darum, eine effektive Wahrnehmung des Amtes sicher zu stellen, was voraussetzt, dass der Einzelne im Zeitraum vor einer Sitzung die Ruhezeit von 11 Stunden einhalten konnte. Auch die Zehn-Stunden-Grenze des § 3 Satz 2 ArbZG entsprechend anzuwenden, wäre demgegenüber schwer zu rechtfertigen, weil dies z. B. zu einem überraschenden Abbruch von Verhandlungen führen würde, und dies auch in Situationen, in denen ein erfolgreiches Ende absehbar ist. Dass es dennoch irgendwelche Obergrenzen geben muss, steht auf einem anderen Blatt.

Bei arbeitnehmerähnlichen Selbständigen greift nach seinem § 2 Abs. 2 Nr. 3 das Arbeitsschutzgesetz ein. Es müssen deshalb nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG die „erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes“ getroffen werden; gesundheitliche Risiken sind im Rahmen des Möglichen zu minimieren. Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG<sup>13</sup> muss eine Gefährdung der Gesundheit entweder feststehen oder durch eine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG (bzw. nach anderen Vorschriften) ermittelt worden sein: Erst dann wird die Handlungspflicht des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 ArbSchG aktualisiert. Die gesundheitliche Gefährdung kann nun auch daher rühren, dass die Arbeitszeit zu lang oder ihre Lage besonders ungünstig ist. Ist dies evident oder in der Gefährdungsbeurteilung festgestellt worden, so kann der Betriebsrat bei Arbeitnehmern von seinem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG Gebrauch machen. Bei arbeitnehmerähnlichen Personen scheidet dies aus, da sie – abgesehen von der kleinen Gruppe der Heimarbeiter, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten – außerhalb der Betriebsverfassung bleiben. Faktisch sind ihre Möglichkeiten beschränkt: Sie haben zwar wie

---

<sup>12</sup> S. oben Fn 3

<sup>13</sup> NZA 2017, 1132

ein Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 ArbSchG in Verbindung mit § 618 BGB einen Anspruch auf Vornahme einer Gefährdungsbeurteilung, doch kann der einzelne Beschäftigte nicht verlangen, dass die Untersuchung nach den von ihm benannten Kriterien durchgeführt wird.<sup>14</sup> Wird belegbaren Gefährdungen nicht Rechnung getragen, so bleibt statt der Mitbestimmung nur der Weg zur Gewerbeaufsicht. Beides ist für einen Beschäftigten nicht ratsam, der über keinen anerkannten Bestandsschutz verfügt.<sup>15</sup> Insoweit könnte für Vereinsmitglieder wie z. B. Rote-Kreuz-Schwestern Abweichendes gelten.

Die Ausklammerung der Rufbereitschaft aus dem Arbeitszeitrecht ist höchst unbefriedigend. Das Wissen um die Tatsache, man könne jederzeit angerufen und unter Wahrung eines bestimmten zeitlichen Abstands zur Arbeit verpflichtet werden, kann faktisch zu einer erheblichen Belastung führen, die ein „Abschalten“ und den damit verbundenen Erholungseffekt mindert oder sogar aufhebt.<sup>16</sup> Das BAG hat gerade deshalb die Rufbereitschaft zur „Arbeitszeit“ im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gerechnet und ihren Umfang wie ihre zeitliche Lage in das Mitbestimmungsrecht einbezogen.<sup>17</sup> Damit soll dem Interesse der Beschäftigten an der (relativ) freien Gestaltung ihres Privatlebens Rechnung getragen werden.<sup>18</sup> Der Betriebsrat kann daher (für Arbeitnehmer) erreichen, dass bestimmte Stunden (z. B. von 23 Uhr bis 7 Uhr) und ggf. das Wochenende von der „Erreichbarkeit“ ausgenommen werden. Dies entspräche dem französischen „droit à la déconnection“, das gleichfalls nur im Verhandlungswege erreicht werden kann.<sup>19</sup> Bisher scheint es jedoch wenig Aktivitäten in dieser Richtung zu geben. Von sich aus die Initiative zu ergreifen und außerdem noch die „Erwartung der Erreichbarkeit“ als Rufbereitschaft zu werten, fällt aus dem normalen Handlungsrahmen von Betriebsräten heraus.

Kommt es zu keiner Regelung dieser Art oder existiert im Betrieb kein Betriebsrat, so stellt sich die Frage, ob es ungeschriebene Grenzen für die Rufbereitschaft gibt. Dies scheint bisher als Problem wenig wahrgenommen zu werden. Auch hier ist ein Rückgriff auf das Arbeitsschutzgesetz möglich. Mit Hilfe einer Gefährdungsbeurteilung lässt sich ermitteln, ob ein bestimmtes Ausmaß an Rufbereitschaft eine Gesundheitsgefährdung darstellt. Wo die genaue Grenze zwischen noch hinnehmbarer und nicht mehr akzeptabler „Erreichbarkeit“

---

<sup>14</sup> BAG NZA 2009, 102 (für Arbeitnehmer)

<sup>15</sup> Zum Kündigungsschutz der arbeitnehmerähnlichen Personen s. DDZ-Däubler, KSchR, 10. Aufl., Anhang zu HAG, Rn. 5 ff.; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Deinert, Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2017, § 3 Rn. 216 f.

<sup>16</sup> Kohte NZA 2015, 1417, 1423; Krause, 71. DJT B 38

<sup>17</sup> BAG AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit

<sup>18</sup> DKKW-Klebe BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 87 Rn. 81

<sup>19</sup> Dazu Durlach/Renaud AuR 2017, 196 f.

verläuft, lässt sich abstrakt nicht bestimmen. Entscheidend dürfte sein, inwieweit es effektiv zu Anrufen und nachfolgender Arbeit kommt. Geschieht dies auf der Grundlage von Erfahrungen z. B. eines Jahres nur einmal im Monat, werden sehr viel längere Erreichbarkeitszeiten hinnehmbar und zulässig sein, als wenn dies jeden dritten Tag erfolgt. Auch macht es einen Unterschied, ob eine „Störung“ mitten in der Nacht auftreten kann oder ob die Rufbereitschaft spätestens um 23 Uhr endet. Insoweit sind – wie § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG es vorschreibt - die „Umstände“ zu berücksichtigen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen.

Offen ist bislang die Frage, ob man notwendigerweise den Weg über das ArbSchG gehen muss oder ob auch ein direkter Rückgriff auf die grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Betracht kommt. In diesem Fall würden die Gerichte darüber entscheiden, wie viel Rufbereitschaft dem Einzelnen zuzumuten ist. Dabei würden sie vermutlich arbeitsmedizinische Sachverständige heranziehen und deren Erkenntnisse aller Voraussicht nach übernehmen. Das Ergebnis wäre also kein anderes, als wenn man zunächst eine Gefährdungsbeurteilung vornehmen würde.

#### **4. Einheitliche Schutzstandards?**

Die Skizzierung der verschiedenen Lösungsansätze macht zwei Dinge deutlich.

Zum einen gibt es verschiedene Wege, um der grundgesetzlichen Schutzpflicht Rechnung zutragen: Dies kann wie bei leitenden Angestellten mit Hilfe des § 618 Abs. 1 BGB, aber auch wie bei arbeitnehmerähnlichen Personen unter Rückgriff auf das ArbSchG geschehen. Wie das Beispiel der Betriebsrattätigkeit zeigt, kann im Einzelfall auch eine entsprechende Anwendung von Bestimmungen des ArbZG in Betracht kommen. Bei der Rufbereitschaft ist die Situation eine besondere: Nur wo das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG versagt, kommen ArbSchG und grundrechtliche Schutzpflicht in Betracht.

Zum zweiten bleibt das Schutzniveau in der Regel ersichtlich hinter dem des ArbZG zurück. Man könnte in Anlehnung an die Diskussion über den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG von einem Arbeitszeitschutz zweiter Klasse sprechen, der nur in extrem gelagerten Fällen eingreift. Auch soweit das ArbSchG aktiviert werden kann, liegt eine zusätzliche

Benachteiligung im Verfahren: Statt auf eine relativ klare Vorschrift zurückgreifen zu können, die z. B. eine Wochenarbeitszeit von mehr als 48 Stunden im Durchschnitt von sechs Monaten verbietet, muss erst eine Gefährdungsbeurteilung stattfinden, aus der dann konkrete Konsequenzen zu ziehen sind.

Trotz dieser widrigen Umstände sollten die hier aufgezeigten Arbeitszeitgrenzen nicht weiter unbeachtet bleiben. Manche Wege mögen neu und ungewohnt sein – für Thomas Klebe wäre das nichts, was aus dem Rahmen fallen würde. Schließlich war er einer der wichtigsten Akteure, die den ersten Streik in der IT-Industrie zustande gebracht haben.<sup>20</sup> Dafür bekommt man (warum eigentlich?) keinen Orden. Aber ein Zuruf „Gut gemacht“ sei nach vielen Jahren trotzdem gestattet.

---

<sup>20</sup> Dazu das Buch Cramer/Jung/Klebe (Hrsg.), Hardware Software Gegenwehr. Der erste Streik in der Computerindustrie, Köln 1994