

Peter Körlings

Mobile Erreichbarkeit von Arbeitnehmern

Eine arbeitszeitrechtliche Bewertung

Herausgegeben von
Frank Bayreuther

Band 19



PETER LANG

Dieses Buch behandelt das Phänomen „Mobile Erreichbarkeit“. Diese kann als Brücke bezeichnet werden, die den Arbeitnehmer während der Freizeit mit dem Arbeitsverhältnis verbindet. Die damit bewirkte intensive Entgrenzung der Arbeit in örtlicher und zeitlicher Dimension ist vom Gesetzgeber nicht geregelt. Der Autor geht der Frage nach, in welchem Rahmen diese Entgrenzung rechtlich zulässig ist. Dazu bettet er die „Mobile Erreichbarkeit“ in das dogmatische Fundament des europäischen Arbeitszeitrechts ein und setzt sich mit den praktischen Fragen ihrer Umsetzung auseinander. Diese Erkenntnisse münden in Empfehlungen zur Umgestaltung der Rechtslage, die sich sowohl auf den europarechtlichen Rahmen als auch auf dessen nationale Ausgestaltung beziehen.

Peter Körlings studierte Rechtswissenschaft an der Universität Passau und legte das Assessorexamen vor dem OLG München ab.

Mobile Erreichbarkeit von Arbeitnehmern

Schriften zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht

Herausgegeben von Frank Bayreuther

Band 19



PETER LANG

Peter Körlings

Mobile Erreichbarkeit von Arbeitnehmern

Eine arbeitszeitrechtliche Bewertung



PETER LANG

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.

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2018

Veröffentlicht mit finanzieller Unterstützung der Universität Passau.



An electronic version of this book is freely available, thanks to the support of libraries working with Knowledge Unlatched. KU is a collaborative initiative designed to make high quality books Open Access for the public good. More information about the initiative and links to the Open Access version can be found at www.knowledgeunlatched.org

D 739

ISSN 1865-634X

ISBN 978-3-631-78426-6 (Print) • E-ISBN 978-3-631-78845-5 (E-PDF)
E-ISBN 978-3-631-78846-2 (EPUB) • E-ISBN 978-3-631-78847-9 (MOBI)
DOI 10.3726/b15670

PETER LANG
The logo for Peter Lang's Open Access initiative, featuring the word 'open' in a lowercase, sans-serif font with a stylized 'o' containing a globe icon.



Open Access: Dieses Werk ist lizenziert unter der Creative Commons
Lizenz Namensnennung - Nicht kommerziell -
Keine Bearbeitungen 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0).
Den vollständigen Lizenztext finden Sie unter:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

© Peter Körlings 2019

Peter Lang GmbH
Internationaler Verlag der Wissenschaften
Berlin

Peter Lang – Berlin · Bern · Bruxelles · New York ·
Oxford · Warszawa · Wien

Diese Publikation wurde begutachtet.

www.peterlang.com

Meinen Eltern

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit im Sommersemester 2018 als Dissertationsleistung angenommen. Die Arbeit befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand ihrer Abgabe im Januar 2018, hat für die Veröffentlichung allerdings summarische Aktualisierungen bis Juli 2018 erfahren. Sie berücksichtigt insbesondere das Urteil des EuGH vom 21. Februar 2018 in der Rechtssache Matzak (C-518/15), in dem dieser – ganz im Sinne der hier vertretenen Thesen – eine starre Unterscheidung zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft verwirft. Darüber hinaus dient die Einarbeitung einer Anfang 2018 erschienenen Monographie (*Freycler*, Arbeitszeit und Urlaubsrecht im mobile Office) nicht nur der wissenschaftlichen Vollständigkeit, sondern eröffnet dem Leser eine weitere Perspektive kritischer Auseinandersetzung mit den Thesen dieser Arbeit.

Mein erster Dank gilt meinem hochverehrten akademischen Lehrer und Doktorvater Universitätsprofessor Dr. Frank Bayreuther. Er hat meine Begeisterung für das Arbeitsrecht mit seinen charismatischen Vorlesungen geweckt und meine Freude an der Rechtswissenschaft vertieft. Meine Tätigkeit an seinem Lehrstuhl war geprägt von einem intensiven juristischen Diskurs, großzügiger Gelegenheit zu eigener Forschung, der auch diese Arbeit entsprungen ist und von hervorragendem persönlichem Einvernehmen.

Professor Dr. Rainer Sieg hat mir schon als Student Einblicke in die betriebliche Wirklichkeit des Arbeitsrechts vermittelt. Ihm bin ich besonders für den kontinuierlichen und bereichernden Austausch zu vielen Praxisfragen und für die Erstellung des Zweitgutachtens dankbar.

Meinem Vater Heribert Körlings, M.A. und meiner Schwester Mag.Theol. Ursula Tünnißen, M.Ed. danke ich herzlich für ein äußerst sorgfältiges Lektorat. Ohne freudige Diskussionen und tiefe Freundschaften, für die ich sehr dankbar bin, wäre diese Arbeit nicht gelungen.

Meinen lieben Eltern verdanke ich weit mehr als ihre freigiebige Unterstützung, die mir ein Universitätsstudium ermöglicht hat. Sie sind mir in vielen Lebensfragen ein großes Vorbild. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Hamburg, im Dezember 2018

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Literaturverzeichnis	19
Rechtsprechungsverzeichnis	29
Einführung	33
Erstes Kapitel Phänomen mobile Erreichbarkeit	37
I. Phasen mobiler Erreichbarkeit	37
II. Verhältnis von mobiler Bereitschaft und mobiler Arbeit	40
1. Individualvertragliche Beschränkungen	42
2. Kollektive Beschränkungen	42
3. Gesetzliche Beschränkungen	45
4. Zwischenergebnis	47
III. Rechtswissenschaftlicher Forschungsstand	48
Zweites Kapitel Arbeitszeitrechtliche Einordnung	51
I. Rechtsquellen	51
1. EU-Grundrechtecharta und europäisches Primärrecht	51
2. Nationales Verfassungsrecht	53
3. Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation	55
4. Arbeitszeitrichtlinie und nationale Umsetzung	56

II.	Arbeitszeitrechtlicher Anwendungsbereich	57
	1. Unionsrechtlicher Rahmen	57
	2. Nationalrechtliche Bestimmungen	58
III.	Arbeitszeitrechtlicher Arbeitnehmerbegriff	58
	1. Unionsrechtlicher Rahmen	58
	2. Nationalrechtliche Bestimmungen	59
IV.	Arbeitszeitrechtlicher Arbeitsbegriff	60
	1. Unionsrechtlicher Rahmen	60
	2. Nationalrechtliche Bestimmungen	65
	3. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit	65
V.	Höchstleistungszeiten	79
	1. Unionsrechtlicher Rahmen	79
	2. Nationalrechtliche Bestimmungen	80
	3. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit	81
VI.	Ruhe- und Pausenzeiten	81
	1. Unionsrechtlicher Rahmen	82
	2. Nationalrechtliche Bestimmungen	83
	3. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit	85
VII.	Jahresurlaub	91
	1. Unionsrechtlicher Rahmen	92
	2. Nationalrechtliche Bestimmungen	93
	3. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit	94
VIII.	Nachtarbeit	97
IX.	Ergebnis des zweiten Kapitels	97
Drittes Kapitel	Abweichungsmöglichkeiten	99
I.	Mitgliedsstaaten	99
	1. Beschäftigtengruppenspezifische Abweichungen, Art. 17 Abs. 1 ArbZRL	100
	2. Opt-Out-Klausel, Art. 22 ArbZRL	105

II.	Tarif- bzw. Sozialpartner	107
	1. Unionsrechtliche Rahmen	107
	2. Nationalrechtliche Bestimmungen	109
	3. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit	112
III.	Individualvertragliche Abweichung	116
IV.	Ergebnis des dritten Kapitels	116

Viertes Kapitel **Bereitschaft als Ausweg?** 119

I.	Gesetzeshistorie	119
II.	Maßgebliche Begriffe	122
	1. Bereitschaftsdienst	122
	2. Rufbereitschaft	122
III.	Mobile Erreichbarkeit als zweistufiges Bereitschaftssystem	122
	1. Literaturmeinungen	122
	2. Kritik	124
IV.	Mobile Erreichbarkeit im einstufigen Bereitschaftssystem	127
	1. Wesen des Bereitschaftsdienstes	127
	2. Mobile Erreichbarkeit als Rufbereitschaft	133
V.	Ergebnis des vierten Kapitels	139

Fünftes Kapitel **Flexible Arbeitszeiten als Ausweg?** 141

I.	Gleitzeit	141
II.	Vertrauensarbeitszeit	145
III.	Arbeit auf Abruf (KAPOVAZ), § 12 TzBfG	146
IV.	Arbeitszeitkonten	147
	1. Begriffe	148
	2. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit	149
	3. Zwischenergebnis	150
V.	Ergebnis des fünften Kapitels	150

Sechstes Kapitel	Sanktionen	151
	I. Ordnungswidrigkeiten, § 22 ArbZG	151
	II. Strafvorschrift, § 23 ArbZG	154
	1. Allgemeines	154
	2. Konkretes Gefährungsdelikt, § 23 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG	154
	3. Wiederholungsdelikt, § 23 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG	155
	4. Zwischenergebnis	156
	III. Gewerbeuntersagung, § 35 Abs. 1 S. 1 GewO ..	156
	IV. Berufsverbot, § 70 Abs. 1 StGB	158
	V. Ausschluss von öffentlichen Aufträgen	159
	VI. Standesrechtliche Sanktionen	159
	VII. Wettbewerbsrechtliche Maßnahmen	160
	VIII. Haftung des Arbeitnehmers	162
	IX. Ergebnis des sechsten Kapitels	162
Siebentes Kapitel	Umgestaltung der Rechtslage	165
	I. Neuausrichtung des Arbeitszeitrechts	165
	II. Anpassung des bestehenden Systems	166
	1. Unionsrechtliche Ebene	166
	2. Nationalrechtliche Ebene	170
Thesen		179

Abkürzungsverzeichnis

2. DV LuftBO	Zweite Durchführungsverordnung zur Betriebsordnung für Luftfahrtgerät (Dienst-, Flugdienst-, Block- und Ruhezeiten von Besatzungsmitgliedern in Luftfahrtunternehmen und außerhalb von Luftfahrtunternehmen bei berufsmäßiger Betätigung) vom 6.4.2009 (2. DV LuftBO),), BAnz 2009, S. 1327
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
aE	am Ende
AEntG	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmerentsendegesetz) vom 20.4.2009 idF v. 13.4.2017 (AEntG), BGBl. I- 2009, S. 799
AEUV	Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 25.3.1957 idF v. 2008 (AEUV), ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 47.
aF	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allgM	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
ArbSRL	Richtlinie 89/391/EWG des Rates über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit – Arbeitsschutzrahmenrichtlinie idF v. 12.06.1989 (ArbSRL), ABl. EG Nr. L 183 v. 29.06.1989
ArbZG	Arbeitszeitgesetz vom 06.06.1994 idF v. 11.11.2016 (ArbZG),), BGBl. I- 1994, S. 1170
ArbZO	Arbeitszeitordnung vom 30.4.1938 (ArbZO), RGBl I-1938, S. 447
ArbZRL	Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung – Arbeitszeitrichtlinie idF v. 04.11.2003 (ArbZRL), ABl. EG Nr. L v. 18.11.2003, S. 9

AÜG	Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vom 03.02.1995 idF v. 21.02.2017 (AÜG), BGBl. I- 1995, S. 158
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz) vom 25.02.2008 idF v. 08.06.2017 (AufenthG), BGBl. I- 2008, S. 162
BAG	Bundesarbeitsgericht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 25.09.2001 idF v. 21.02.2017 (BetrVG), BGBl. I- 2001, S. 2518
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 02.01.2002 idF v. 20.07.2017 (BGB), BGBl. I- 2002, S. 42
BGBL	Bundesgesetzblatt
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales der Bundesrepublik Deutschland
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte idF v. 01.07.2015 (BORA)
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz vom 08.01.1963 idF v. 20.04.2013 (BUrlG), BGBl. I- 1963, S. 2
BV	Betriebsvereinbarung
BYOD	bring your own device
bzw.	beziehungsweise
dass./ ders./ dies.	dasselbe / derselbe / dieselbe
d.h.	das heißt
DJB	Deutscher Juristinnenbund
ebd.	ebenda
Elternzeit-RL	Richtlinie 2010/18/EU des Rates zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG vom 08.03.2010 idF v. 17.12.2013 (Elternzeit-RL), ABl. EU Nr. L 68, S. 13
EStG	Einkommenssteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUGRC	EU-Grundrechtecharta vom 01.12.2009 idF v. 07.06.2016 (EUGRC), ABl. EU Nr. C 303, S. 1
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992 idF v. 10.11.1997, ABl. EG Nr. C 340, S. 146

f. / ff.	folgende / die folgenden
GastG	Gaststättengesetz vom 20.11.1998 idF v. 10.3.2017 (GastG), BGBl I-1998, S. 3418
GBV	Gesamtbetriebsvereinbarung
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung vom 22.2.1999 idF v. 23.6.2017 (GewO), BGBl. I- 1999, S. 202
GG	Grundgesetz vom 23.05.1949 idF v. 23.12.2014 (GG), BGBl. I- 1949, S. 1
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.04.1892 idF v. 17.07.2017 (GmbHG), BGBl. III 4123-1
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.06.2013 idF v. 01.06.2017 (GWB), BGBl. I- 2013, S. 1750
hM	herrschende Meinung
HS.	Halbsatz
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
iFd; iFv	in Form des/der; in Form von
iHv	in Höhe von
ILO	Internationale Arbeitsorganisation
inkl.	inklusive
iRd; iRe; iRv	im Rahmen des/der; im Rahmen einer/eines; im Rahmen von
iSd; iSv	im Sinne des/der; im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
KAPOVAZ	kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit
KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 25.8.1969 idF v. 17.7.2017 (KSchG), BGBl I-1969, S. 1317
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LuftBO	Betriebsordnung für Luftfahrgeräte vom 4.3.1970 idF v. 29.10.2015 (LuftBO), BGBl I-1970, S. 262
lit.	Buchstabe
maW	mit anderen Worten
mwN	mit weiteren Nachweisen

MBO-Ä	(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte idF v. 27.05.2015 (MBO-Ä)
MiLoG	Mindestlohngesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz
Mutterschutz-RL	Richtlinie 92/85/EWG des Rates über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. EG Nr. L 307/18 v. 13.12.1993, 1
Nr.	Nummer
o.ä.	oder ähnlich / oder ähnliches
o.g.	oben genannt
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 19.02.1987 idF v. 27.08.2017 (OWiG), BGBl. I- 1987, 602
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe – Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25.07.1994 idF v. 22.12.2015 (PartGG), BGBl. I- 1994, S. 1744
PflegeArbbV	Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (PflegeArbbV) vom 15.7.2010 (PflegeArbbV), BAnz Nr. 110, S. 2571
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn.; Rz.	Randnummer; Randziffer
S.; s.	Satz / Seite; siehe
SchwarzArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz) vom 23.07.2014 idF v. 06.03.2017 (SchwarzArbG), BGBl. I- 2004, S. 1842
SeeArbG	Seearbeitsgesetz vom 20.04.2013 idF v. 22.12.2015 (SeeArbG), BGBl. I- 2013, S. 868
SGB IV	Sozialgesetzbuch – Viertes Buch (IV) vom 12.11.2009 idF v. 18.07.2017 (SGB IV), BGBl. I- 2009, S. 3710
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch vom 13.11.1998 idF v. 30.10.2017 (StGB), BGBl. I- 1998, S. 3322
StPO	Strafprozessordnung vom 07.04.1987 idF v. 30.10.2017 (StPO), BGBl. I- 1987, S. 1074
stRspr	ständige Rechtsprechung

THW	Technisches Hilfswerk
TV-Ärzte/VKA	Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge – Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21.12.2000 idF v. 20.12.2011 (TzBfG), BGBl I-2000, S. 1966
UAbs.	Unterabsatz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 03.03.2010 (UWG), BGBl. I- 2010, 254
v.	von / vom
v.a.	vor allem
Var.	Variante
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reiches – Weimarer Reichsverfassung vom 11.08.1919 idF v. 01.01.1964 (WRV), BGBl. III, S. 401

Literaturverzeichnis

- Absenger, Nadine*, Die Grenze ist erreicht, AiB 5/2017, S. 18–20.
- Annuß, Georg*, Plädoyer für ein zukunftsfähiges Arbeitsrecht, NZA 2017, S. 345–349.
- Anzinger, Rudolf/Koberski, Wolfgang* (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2013.
- Aumann, Annemarie/Hack, Melanie*, Wahlarbeitszeit und Arbeitszeitflexibilisierung – Modelle einer selbstbestimmten Erwerbsbiografie in Deutschland und Norwegen, ZESAR 2016, S. 266–276.
- Baeck, Ulrich/Deutsch, Markus* (Hrsg.), Arbeitszeitgesetz, 3. Aufl. 2014.
- Barth, Vanessa*, Referat zum 71. DJT 2016 – Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages – Band II/1 – Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse), 2017, L 51 (zit. *Barth*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-II/1),
- Bayreuther, Frank*, Tarifaufonomie als kollektiv ausgeübte Privataufonomie – Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht, München 2005 (zit. *Bayreuther*).
- , Braucht es rechtliche Sonderregelungen für den unternehmerähnlichen Arbeitnehmer?, NZA 2013, S. 1238–1245.
- , Der gesetzliche Mindestlohn, NZA 2014, S. 865–873.
- , Arbeitszeitkonten bei Überlassung von Zeitarbeitnehmern in Branchen mit AEntG-Mindestlöhnen, BB 2016, S. 957–959.
- , Rufbereitschaft als Arbeitszeit?, NZA 2018, S. 348–351.
- Belling, Detlev/Herold, Anja/Kneis, Marek*, Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, in: Badó, Attila (Hrsg.), Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert – = European perspectives on legal developments in the 21st century, Potsdam 2014, S. 53–111 (zit. *Belling/Herold/Kneis*, Rechtsentwicklung im 21. Jhd.),
- Bissels, Alexander/Krings, Hannah*, Dringend gebotene Reform des Arbeitszeitgesetzes – Neues wagen, NJW 2016, S. 3418–3422.
- Bissels, Alexander/Meyer-Michaelis, Isabel*, Arbeiten 4.0 – Arbeitsrechtliche Aspekte einer zeitlich-örtlichen Entgrenzung der Tätigkeit, DB 2015, S. 2331–2336.
- Bitterberg, Stefan*, Die arbeitsschutzrechtliche Regelung des ärztlichen Bereitschaftsdienstes nach dem Arbeitszeitgesetz, Freiburg im Breisgau 2002 (zit. *Bitterberg*).

- Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans* (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*. Zitierweise: NK-GA/Bearbeiter, Baden-Baden 2016 (zit. NK-GA/Bearbeiter).
- Böhm, Wolf-Tassilo*, *Non-Compliance und Arbeitsrecht – Interne Ermittlungen, Sanktionen und Regressansprüche nach Rechts- und Regelverstößen von Arbeitnehmern*, Baden-Baden 2011 (zit. *Böhm*).
- Bohnert, Joachim/Krenberger, Benjamin/Krumm, Carsten* (Hrsg.), *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 4. Aufl. 2016.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales* (BMAS), *Weißbuch Arbeiten 4.0* Januar 2017.
- Burgi, Martin/Dreher, Meinrad* (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar – Bd. 1 – GWB*, 3. Aufl. 2017.
- Buschmann, Rudolf*, *Beschäftigte online*, *PersR* 2011, S. 247–250.
- , *Europäisches Arbeitszeitrecht*, in: *Wolmerath, Martin* (Hrsg.), *Recht – Politik – Geschichte – Festschrift für Franz Josef Düwell zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 2011, S. 34–52 (zit. *Buschmann*, FS Düwell),
- , *Internationales Arbeitszeitrecht*, in: *Bader, Peter* (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Etzel zum 75. Geburtstag*, Köln 2011, S. 103–118 (zit. *Buschmann*, FS Etzel),
- , *Ständige Erreichbarkeit – Job around the clock – das wird nicht geschuldet*, *PersR* 2013, S. 351–354.
- , *Unterbrechung der Ruhezeit 4.0*, *PersR* 6/2017, S. 34–37.
- Buschmann, Rudolf/Ulber, Jürgen* (Hrsg.), *Arbeitszeitgesetz – Basiskommentar mit Nebengesetzen und Europäischem Recht*, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2015 (zit. *Buschmann/Ulber/Bearbeiter*).
- CDU, CSU, SPD*, *Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode*.
- Czuratis, Sebastian/Sohn, Klaus-Dieter*, *Was tun mit der Arbeitszeitrichtlinie*. cepInput 12/2015, abrufbar unter: www.cep.eu/Studien/cepInput_Arbeitszeitrichtlinie/cepInput_Arbeitszeitrichtlinie.pdf (zuletzt geprüft am 16.08.2017).
- Däubler, Wolfgang*, *Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts?*, *SR* 2014, S. 45–65.
- , *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, *SR-Sonderausgabe* 2016, S. 2–44.
- , *Herausforderungen für das Arbeitsrecht – Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung*, *AuR* 2016, S. 325–334.
- (Hrsg.), *Kommentar zum Tarifvertragsgesetz*, 4. Aufl. 2016.
- , *Steuerung der Arbeitsmenge in der digitalisierten Welt?*, *ZTR* 2016, S. 359–366.

- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin* (Hrsg.), *Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. *HK-ArbR/Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas/Wedde, Peter* (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar für die Praxis*, 16. Aufl. 2018 (zit. *DKKW/Bearbeiter*).
- Deutscher Juristinnenbund (DJB)*, *Konzept für ein Wahlarbeitszeitgesetz*, *djbZ* 2015, S. 121–129.
- DJT 2016*, *Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf – Die Beschlüsse*, *NZA-Aktuell* 2016, S. VIII–IX.
- Durlach, Emilie/Renaud, Maud*, *Das Recht auf Nichterreichbarkeit – Droit à la Déconnexion – nach der Loi Travail*, *AuR* 2017, S. 196–197.
- Emmerich, Volker*, *Unlauterer Wettbewerb*, 10. Aufl. 2016 (zit. *Emmerich*).
- Falder, Roland*, *Immer erreichbar – Arbeitszeit- und Urlaubsrecht in Zeiten des technologischen Wandels*, *NZA* 2010, S. 1150–1157.
- Faust, Florian*, *Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2016 (zit. *Faust*).
- Fitting* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018 (zit. *Fitting/Bearbeiter*).
- Forst, Gerrit*, *Unterliegen Geschäftsführer dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG)?*, *GmbHR* 2012, S. 821–828.
- Franzen, Martin*, *Überlegungen zur geplanten Revision der Arbeitszeitrichtlinie*, *ZESAR* 2015, S. 407–413.
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 2. Aufl., München 2018 (zit. *EUArbR/Bearbeiter*).
- Frenz, Walter*, *Handbuch Europarecht – Europäische Grundrechte* 2009.
- Freyler, Carmen*, *Arbeitszeit- und Urlaubsrecht im Mobile Office*, Tübingen 2018 (zit. *Freyler*).
- Fromm, Ingo*, *Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz und Verfallsanordnungen nach § 29 a OWiG*, *NZA* 2017, S. 693–697.
- Galperin, Hans*, *Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst (Teil II)*, *DB* 1960, S. 723–726.
- Gast, Arendt*, *Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers im Synallagma des Arbeitsvertrags – Eine Untersuchung des rechtlichen Verhältnisses von Arbeit und Lohn*, Berlin 2015 (zit. *Gast*).
- Gaul, Björn*, *Leistungsdruck, psychische Belastung & Stress*, *DB* 2013, S. 60–65.
- Germis, Carsten/Jung, Marcus*, *Staatsanwälte prüfen Gehalt des VW-Betriebsratschefs*, *F.A.Z.* 13.05.2017, 24.

- Giesen, Richard/Junker, Abbo/Rieble, Volker* (Hrsg.), *Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts*, München/München 2016.
- Giesen, Richard/Kersten, Jens*, *Arbeiten im Privaten und Privatisieren am Arbeitsplatz*, DB 2017, S. 2865–2867.
- Gitter, Wolfgang*, *Tafel der Begriffsbestimmungen*, in: Fechner, Erich (Hrsg.), *Probleme der Arbeitsbereitschaft – Arbeitsbereitschaft und verwandte Erscheinungsformen in der Ordnung der Arbeit*, Tübingen 1963, S. 198–203 (zit. *Gitter, Probleme der Arbeitsbereitschaft*).
- Graf, Jürgen-Peter* (Hrsg.), *BeckOK OWiG*, 18. Aufl. 2018 (zit. *BeckOK-OWiG/Bearbeiter*).
- Graf von Westphalen, Friedrich*, *Digitale Revolution – und das Recht glaubt, zu bleiben, wie es ist?*, AnwBl 2016, S. 619–627.
- Greif, Stefan*, *Die Unanwendbarkeit richtlinienwidriger deutscher Arbeitsgesetze – Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsvorrang der Unionsgrundrechte in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten*, Baden-Baden 2016.
- Göpfert, Burkard/Schöberle, Andreas*, *Recht auf Unerreichbarkeit?*, ZIP 2016, S. 1817–1819.
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Mayer, Jörg* (Hrsg.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR 2018* (zit. *BeckOGK/Bearbeiter*).
- Günther, Jens/Böglmüller, Matthias*, *Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution*, NZA 2015, S. 1025–1031.
- Hanau, Hans*, *Schöne digitale Arbeitswelt?*, NJW 2016, S. 2613–2617.
- Hanau, Peter*, *Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 4.0 im Weißbuch des BMAS*, RdA 2017, S. 213–216.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von* (Hrsg.), *BeckOK StGB*, 37. Aufl. 2018 (zit. *BeckOK-StGB/Bearbeiter*).
- Hanau, Peter/Hoff, Andreas*, *Annahmeverzug bei flexibler Arbeitszeit, insbesondere bei Arbeitszeitkonten*, NZA 2015, S. 1169–1171.
- Hanau, Peter/Veit, Annkatrin/Hoff, Andreas*, *Recht und Praxis der Arbeitszeitkonten – Wertguthaben, Altersteilzeit, Flexikonten*, 2. Aufl., München 2015 (zit. *Hanau/Veit/Hoff*).
- Henssler, Martin/Lunk, Stefan*, *Leitende Angestellte und das Arbeitszeitgesetz – Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda*, NZA 2016, S. 1425–1430.
- Hildebrand, Inga*, *Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Gesellschaftsorganen im Lichte der Danosa-Entscheidung des EuGH*, Frankfurt am Main 2014.

- Hofmann, Tobias*, Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, JA 2013, S. 326–333.
- Hromadka, Wolfgang*, Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, NZA 2007, S. 838–842.
- ILO*, List of instruments by subject and status – No. 11 working time, abrufbar unter: www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12030:0::NO::#Working_time (zuletzt geprüft am 08.05.2017).
- Jacobs, Matthias*, Reformbedarf im Arbeitsrecht, NZA 2016, S. 733–737.
- Joeks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2016 (zit. MüKo-StGB/Bearbeiter).
- Karthaus, Boris*, Wahlarbeitszeitgesetz – Flexibilität am Küchentisch?, AuR 2017, S. 154–156.
- Klebe, Thomas*, Betriebsrat 4.0 – Digital und global?, NZA-Beilage 2017, S. 77–84.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 36. Aufl. 2018.
- Kohte, Wolfhard*, Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2015, S. 1417–1424.
- Krause, Rüdiger*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, NZA 2016, S. 1004–1007.
- , Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf – Gutachten zum 71. DJT, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages – Band I - Gutachten, München 2016, B 1 (zit. *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I),
- , Digitale Transformation der Arbeitswelt und arbeitsrechtliche Regulierung, in: Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts 2016, Berlin 2017, S. 23–50 (zit. *Krause*, Jahrbuch Arbeitsrecht 2016),
- , Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0, NZA-Beilage 2017, S. 53–59.
- Krimphove, Dieter*, Der Fall Matzak – Europäische Defintions-Prärogative arbeitsrechtlicher Begriffe?, ArbR Aktuell 2018, S. 137–139.
- Krois, Christopher*, Inhalt und Grenzen des unionsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung, DB 2010, S. 1704–1708.
- Lanaj, Klodiana/Johnson, Russell E./Barnes, Christopher M.*, Beginning the workday yet already depleted? – Consequences of late-night smartphone use and sleep, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 124 v. 2014, S. 11–23.

- Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav* (Hrsg.), *Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften*, 77. Aufl. 2018.
- Latzel, Clemens*, *Urlaub von Teilzeitbeschäftigten*, *EuZA* 2014, S. 80–95.
- Lembke, Mark*, *Das Mindestlohngesetz und seine Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis*, *NZA* 2015, S. 70–78.
- Lunk, Stefan/Rodenbusch, Vincent*, *Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und seine Auswirkungen auf das deutsche Recht – Eine Prognose am Beispiel des GmbH-Geschäftsführers*, *GmbHHR* 2013, S. 188–195.
- Lüthge, Henrik*, *Digitalisierung und Arbeitszeit*, *AuA* 2016, S. 712–715.
- , *Arbeitszeitgesetz: Nahles plant Experimentierphase*, *PuR* 2017, S. 61–62.
- Maier, Natalie*, *Freie Arbeitszeiteinteilung von Wissensarbeitern – Selbstbestimmung oder Ausbeutung? – Ein Lösungsvorschlag für einen neuen Umgang mit der Ruhezeitenregelung des § 5 Abs. 1 ArbZG*, *DB* 2016, S. 2723–2728.
- Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha* (Hrsg.), *TzBfG*, 5. Aufl. 2015.
- Meyer, Jürgen* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014 (zit. *Meyer/Bearbeiter*).
- Monsch, Christine*, *Bring Your Own Device (BYOD) – Rechtsfragen der dienstlichen Nutzung arbeitnehmereigener mobiler Endgeräte im Unternehmen*, Berlin 2017 (zit. *Monsch*).
- Morhard, Thilo*, *Die Rechtsnatur der Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation*, Frankfurt am Main 1988 (zit. *Morhard*).
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 18. Aufl. 2018 (zit. *ErfK/Bearbeiter*).
- Neumann, Dirk/Biebl, Josef* (Hrsg.), *Arbeitszeitgesetz – Kommentar*, 16. Aufl., München 2013 (zit. *Neumann/Biebl/Bearbeiter*).
- Neumann, Dirk/Fenski, Martin/Kühn, Thomas* (Hrsg.), *Bundesurlaubsgesetz (nebst allen anderen Urlaubsbestimmungen des Bundes und der Länder)*, 11. Aufl. 2016 (zit. *Neumann/Fenski/Kühn/Bearbeiter*).
- Nölke, Margit/Stumpp, Benjamin*, *Arbeiten 4.0 – Potenziale ausschöpfen*, *PuR* 2016, S. 57–59.
- NZA-Redaktion*, *Beschlüsse des 71. DJT, NZA-Aktuell* 2016, XII.
- Oetker, Hartmut*, *Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf*, *JZ* 2016, S. 817–824.
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf* (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 7. Aufl. 2016.
- Pfarr, Heide*, *Vorschlag für ein Wahlarbeitszeitgesetz*, *djbZ* 2015, S. 188–190.

- Pletke, Matthias/Schrader, Peter/Siebert, Jens/Thoms, Tina/Klagges, Rhea-Christina*, *Rechtshandbuch Flexible Arbeit – Flexible Beschäftigungsverhältnisse, Personalanpassung, Vergütungssysteme, Arbeitszeitmodelle, Aufgabenänderung*, München 2017 (zit. *Pletke/Schrader/Siebert u.a.*).
- Podewils, Felix*, *Beschäftigung in der Großkanzlei – Bereichsausnahme vom Anwendungsbereich des deutschen Arbeitsrechts?*, AuR 2013, S. 293–299.
- Preis, Ulrich/Sagan, Adam*, *Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG*, ZGR 2013, S. 26–75.
- (Hrsg.), *Europäisches Arbeitsrecht – Grundlagen – Richtlinien – Folgen für das deutsche Recht*, Köln 2015 (zit. *Preis/Sagan/Bearbeiter*).
- Richardi, Reinhard/Wißmann, Hellmut/Wlotzke, Otfried/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2009 (zit. *MüHdb-AR/Bearbeiter*).
- Rieble, Volker*, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht*, Berlin 1996 (zit. *Rieble*).
- Rieble, Volker/Picker, Christian*, *Arbeitsschutz und Mitbestimmung bei häuslicher Telearbeit*, ZfA 2013, S. 383–432.
- Rolfs, Christian/Kreikebohm, Ralf/Giesen, Richard/Udsching, Peter* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht* (zit. *BeckOK-ArbR/Bearbeiter*).
- Sack, Rolf*, *Die wettbewerbsrechtliche Durchsetzung arbeitsrechtlicher Normen*, WRP 1998, S. 638–692.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperc, Bettina* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7. Aufl. 2015 (zit. *MüKo-BGB/Bearbeiter*).
- Sagan, Adam*, *Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Recht der Gleichbehandlung und des Betriebsübergang*, ZESAR 2011, S. 412–423.
- Scheicht, Katrin*, *Mobiles Arbeiten – Ständige Erreichbarkeit über Smartphone & Co.*, AuA-Sonderausgabe 2014, S. 35–38.
- Schirmer, Uwe*, *Selbstbestimmtes Arbeiten in der digitalen Arbeitswelt*, NZA-Beilage 2016, S. 85–89.
- Schlachter, Monika/Heinig, Hans Michael/Axer, Peter* (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, Baden-Baden u.a. 2015 (zit. *EuArbSoR/Bearbeiter*).
- Schlegel, Rainer*, *Grenzenlose Arbeit*, NZA-Beilage 2014, S. 16–22.
- Schliemann, Harald*, *Arbeit 4.0 – unlimited*, NZA 2016, Editorial zu Heft 4.
- (Hrsg.), *ArbZG – Kommentar zum Arbeitszeitgesetz mit Nebengesetzen*, 3. Aufl., Köln 2017 (zit. *Schliemann/Bearbeiter*).

- , Vorlagefragen – Sachantwort des EuGH trotz Nichtkompetenz der EU, *EuZW* 2018, S. 274–276.
- Schlottfeldt, Christian*, Vernetzte Mobilarbeit als Herausforderung des Arbeitszeitrechts, *DRV* 1/2017, S. 97–101.
- Schubert, Jens M./Jerchel, Kerstin*, Handlungsspielräume für Tarifparteien und Interessenvertretungen bei der Arbeitszeitgestaltung, *WSI-Mit.* 2/2011, S. 76–82.
- Schuchart, Uta*, Ständige Erreichbarkeit im Arbeitsverhältnis - Ist das Arbeitszeitgesetz noch zeitgemäß?, in: Latzel, Clemens/Picker, Christian (Hrsg.), *Neue Arbeitswelt – 3. Assistententagung im Arbeitsrecht 2013 in München, Tübingen 2014*, S. 175–210 (zit. *Schuchart*, in: *Neue Arbeitswelt*),
- , Ständige Erreichbarkeit – Arbeitszeit light vs. Recht auf Unerreichbarkeit, *AuR* 2016, S. 341–343.
- Schulze, Marc-Oliver/Ratzesberger, Eva*, Telearbeit: Fluch oder Segen? – Mitbestimmung des Betriebsrats bei mobiler Arbeit, *ArbR Aktuell* 2016, S. 109–112.
- , Was passt zu uns?, *AiB* 5/2017, S. 14–17.
- Schunder, Achim*, Anmerkung zu BVerwGE 153, 183, *NVwZ* 2016, S. 694.
- Schuster, Doris-Maria*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderung und Regelungsbedarf, *AnwBl* 2016, S. 641–647.
- Seebacher, Krikor/Silberberger, Uwe*, Immer online – Was der Betriebsrat gegen den Morbus Blackberry tun kann, *AiB* 2011, S. 757–760.
- Seifert, Achim*, Zur Horizontalwirkung sozialer Grundrechte, *EuZA* 2013, S. 299–311.
- , Referat zum 71. DJT 2016, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages – Band II/1 – Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse)*, 2017, L 9 (zit. *Seifert*, in: *Verhandlungen des 71. DJT 2016-II/1*),
- Siebens, Frank*, Arbeitszeiten dokumentieren, *AiB* 2017, S. 43–46.
- Sieg, Rainer*, Plädoyer für ein faires Trennungsmanagement bei Leitenden Angestellten, in: Bader, Peter (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Etzel zum 75. Geburtstag*, Köln 2011, S. 361–389 (zit. *Sieg*, *FS Etzel*),
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages – Band I - Gutachten*, München 2016.
- (Hrsg.), *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages – Band II/1 - Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse)* 2017.
- Steffan, Ralf*, Arbeitszeit(recht) auf dem Weg zu 4.0, *NZA* 2015, S. 1409–1417.
- Steinau-Steinrück, Robert* von, Smartphone versus Arbeitsrecht, *NJW-Spezial* 2012, S. 178–179.

- Stern, Klaus/Sachs, Michael* (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta 2016 (zit. *Stern/Sachs/Bearbeiter*).
- Stoppkotte, Eva-Maria/Stiel, Claudia*, Mitarbeiter auf Stand-by – Die jederzeitige elektronische Erreichbarkeit und ihre Folgen, AiB 2011, S. 423–426.
- Thüsing, Gregor*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Impulse zur rechtlichen Bewältigung der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen, SR 2016, S. 87–108.
- , Referat zum 71. DJT 2016 – Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages – Band II/1 – Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse), 2017, L 33 (zit. *Thüsing*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-II/1),
- Thüsing, Gregor/Pötters, Stephan*, Flexibilisierung der Arbeitszeit durch Zeitkonten im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung zur Fussnote, BB 2012, S. 317–322.
- Tietje, Teemu*, Grundfragen des Arbeitszeitrechts, Berlin 2001 (zit. *Tietje*).
- Trägner, Ulrike*, Arbeitszeitschutzrechtliche Bewertung der Intensität von Arbeitsleistungen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Bereitschaftsdienst, Konstanz 2006 (zit. *Trägner*).
- Uffmann, Katharina*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Wie gestalten wir die notwendigen Veränderungen?, NZA 2016, S. 977–984.
- , Digitalisierung der Arbeitswelt – Eine kritische Analyse der Gestaltungsvorschläge befristete Teilzeit und Wahlarbeitszeit aus methodisch-gestalterischer Perspektive, NZA-Beilage 2017, S. 45–53.
- Ullmann, Eike* (Hrsg.), juris Praxiskommentar zum UWG, 4. Aufl. 2016 (zit. *jurisPK-UWG/Bearbeiter*).
- Vogelsang, Hinrich*, Vergütungsschutz bei flexibler variabler Arbeitszeit, Baden-Baden 2014.
- Wank, Rolf*, Facetten der Arbeitszeit, RdA 2014, S. 285–290.
- Welskop-Deffaa, Eva*, Aufgaben für Gewerkschaften und Sozialpartner in der Arbeitswelt 4.0, NZA-Beilage 2017, S. 60–62.
- Wiebauer, Bernd*, Arbeitsschutz und Digitalisierung, NZA 2016, S. 1430–1436.
- Willemsen, Heinz Josef/Sagan, Adam*, Die Auswirkungen der europäischen Grundrechtecharta auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2011, S. 258–262.
- Wirtz, Andreas*, Gestaltungsmöglichkeiten bei der Verlängerung der täglichen Arbeitszeit nach dem ArbZG, BB 2014, S. 1397–1401.
- Wisskirchen, Gerlinde/Bissels, Alexander/Domke, Carsten*, BlackBerry & Co.: Was ist heute Arbeitszeit?, DB 2010, S. 2052–2055.

- Wolf, Roland*, Reformbedarf im Arbeitszeitrecht, in: Giesen, Richard/Junker, Abbo/Rieble, Volker (Hrsg.), *Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts*, München, München 2016, S. 61–76 (zit. *Wolf*, ZAAR Bd. 39),
- Ziegler, Katharina*, *Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2011 (zit. *Ziegler*).
- Zumkeller, Alexander*, Das Weißbuch des BMAS – und was kommt jetzt?, BB 4/2017, Editorial.

Rechtsprechungsverzeichnis

EuGH

12.11.1996	C-84/94 [Vereinigtes Königreich/ Rat]	ABl. EG 1997, Nr. C 9, 10 = NZA 1997, 23–29
03.10.2000	C-303/98 [SIMAP]	Slg 2000, I-7963–8034 = NZA 2000, 1227–1232
26.06.2001	C-173/99 [BECTU]	Slg 2002, I-4881–4922 = NZA 2001, 827
09.09.2003	C-151/02 [Jaeger]	Slg 2003, I-8389–8460 = NZA 2003, 1019–1025
18.03.2004	C-342/01 [Merino Gomez]	Slg 2004, I-2605–2640 = NZA 2004, 535
05.10.2004	C-397/01 [Pfeiffer]	Slg 2004, I-8835–8922 = NZA 2004, 1145–1152
14.07.2005	C-52/04 [Personalrat Feuerwehr Hamburg]	Slg 2005, I-7111–7136 = NZA 2005, 921
01.12.2005	C-14/04 [Dellas]	Slg 2005, I-10253–10308 = NZA 2006, 89–92
16.03.2006	C-131/04 [Robinson-Steel]	Slg 2006, I-2531–2584 = NZA 2006, 481
7.9.2006	C-484/04 [Kommission/ Vereinigtes Königreich]	Slg 2006, I-7471–7508 = ArbuR 2006, 364
11.01.2007	C-437/05 [Vorel]	Slg 2007, I-331–346 = FA 2007, 175
20.01.2009	C-350/06 [Schultz-Hoff]	Slg 2009, I-179–262 = NZA 2009, 135
19.01.2010	C-555/07 [Kücükdeveci]	Slg 2010, I-365–416 = NZA 2010, 85–89
14.10.2010	C-428/09 [Union syndicale Solidaires Isère]	Slg 2010, I-9961–9988 = ArbuR 2010, 531
21.10.2010	C-227/09 [Accardo]	Slg 2010, I-10273–10307 = NZA 2011, 215–219
11.11.2010	C-232/09 [Danosa]	Slg 2010, I-11405–11464 = NZA 2011, 143

04.03.2011	C-258/10 [Grigore]	AuR 2011, 311–312
07.04.2011	C-519/09 [May]	Slg 2011, I-2761–2773 = ArbuR 2011, 311
22.11.2011	C-214/10 [KHS]	Slg 2011, I-11757–11810 = NZA 2011, 1333–1335
03.05.2012	C-337/10 [Neidel]	ABl. EU 2012, Nr. C 174,4 = NVwZ 2012, 688
09.07.2015	C-87/14 [Kommission / Irland]	ABl. EG 2015, Nr. C 294, 7 = FA 2015, 267–268
9.7.2015	C-229/14 [Balkaya]	ABl. EU 2015 Nr. C. 294, 11–12 = NZA 2015, 861
10.09.2015	C-266/14 [Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras]	ABl. EU 2015, Nr. C 363, 16 = NZA 2015, 1177–1180
26.07.2017	C-175/16 [Hälvä]	ABl. EU 2017, Nr. C 309, 10 = NZA 2017,1113–1116
21.02.2018	C-518/15 [Matzak]	NZA 2018, 293–296

BVerfG

20.5.1952	1 BvL 3/51 [Ladenschluss Bremen/ Baden]	BVerfGE 1, 283–299
15.01.1958	1 BvR 400/51 [Lüth]	BVerfGE 7, 198–230 = NJW 1958, 257
04.10.1965	1 BvR 498/62 [USt. für Religionsgesellschaften]	BVerfGE 19, 129–135 = NJW 1965, 2339
14.12.1965	1 BvR 413/60 [Kirchenbausteuer]	BVerfGE 19, 206–226 = NJW 1966, 147
3.5.1967	2 BvR 134/63	BVerfGE 22, 1–21
05.06.1973	1 BvR 536/72 [Lebach]	BVerfGE 35, 202–245 = NJW 1973, 1227–1234
07.02.1990	1 BvR 26/84 [Handelsvertreter]	BVerfGE 81, 242–263 = NJW 1990, 1469–1472
19.10.1993	1 BvR 567/89 [Ehegattenbürgerschaft]	BVerfGE 89, 214–236 = NJW 1994, 36–39

01.12.2009	1 BvR 2857/07 [Berliner Ladenöffnungszeiten]	BVerfGE 125, 39–103 = NVwZ 2010, 570–579
26.09.2011	2 BvR 469/07	NJW 2012, 669–672

BAG

29.07.1965	5 AZR 380/64	BAGE 7, 263 = NJW 1965, 2174
24.02.1982	4 AZR 223/80	BAGE 38, 69–85 = NJW 1982, 2140–2143
13.11.1986	6 AZR 567/83	RiA 1987, 176
26.01.1989	6 AZR 566/86	ZTR 1989, 318–329
03.05.1994	1 ABR 24/93	BAGE 76, 364–381 = NZA 1995, 40–45
23.03.1999	1 ABR 33/98	NZA 1999, 1230–1232
20.06.2000	9 AZR 405/99	BAGE 95, 104–111 = NZA 2001, 100–102
29.06.2000	6 AZR 900/98	BAGE 95, 210–215 = NZA 2001, 165
31.01.2002	6 AZR 214/00	ZTR 2002, 432–434
22.01.2004	6 AZR 543/02	BeckRS 2004, 30800702
29.04.2004	1 ABR 30/02	BAGE 110, 252–276 = NZA 2004, 670–678
07.12.2005	5 AZR 535/04	BAGE 116, 267–284 = NZA 2006, 423–429
14.03.2006	9 AZR 11/05	NZA 2006, 1008
19.05.2009	9 AZR 433/08	BAGE 131, 30–35 = NZA 2009, 1211
23.06.2010	10 AZR 543/09	BAGE 135, 34–47 = NZA 2010, 1081–1086
22.07.2010	6 AZR 78/09	BAGE 135, 179–186 = NZA 2010, 1194–1196
23.09.2010	6 AZR 330/09	DB 2010, 2730–2731
16.10.2013	10 AZR 9/13	NZA 2014, 264–269
24.09.2014	5 AZR 1024/12	BAGE 149, 138–143 = NJW 2014, 3471–3472
10.02.2015	9 AZR 455/13	BAGE 150, 355–365 = NZA 2015, 998–1001
13.1.2016	10 AZR 792/14	BeckRS 2016, 67909
17.08.2017	1 ABR 52/14	BAG-Pressemitteilung, Nr. 32/17

22.08.2017 1 ABR 52/14 NZA 2018, 50–53

BVerwG

05.08.1965 I C 69.62 BVerwGE 22, 16–25 =
BB 1965, 1333

26.11.2014 6 CN 1/13 BVerwGE 150, 327–346 = NVwZ 2015,
590–596

15.04.2015 8 C 6/14 BVerwGE 152, 39–49 =
NVwZ 2015, 1544

11.11.2015 8 CN 2/14 BVerwGE 153, 183–192 =
NVwZ 2016, 689–693

17.05.2017 8 CN 1/16 NVwZ 2017, 1713–1716

weitere Entscheidungen

LAG Berlin- 15.5.2014 18 TaBV 828/12 BeckRS 2015, 65268
Brandenburg

ArbG Berlin 22.3.2012 54 BV 7072/11 jurisPR-ArbR 11/2013, Anm. 4

VGH 06.12.2013 22 N 13.788 BeckRS 2014, 47096

München

VG Augsburg 02.10.2012 Au 5 S 12.1022 BeckRS 2012, 58561

OLG 30.04.2014 VII-Verg 33/13 VPR 2015, 271

Düsseldorf

LG Münster 12.01.2017 22 O 93/16 WRP 2017, 744–747

Einführung

Das Smartphone ist ein täglicher Begleiter. Es weckt, informiert über die Ereignisse der Nacht, das Wetter des kommenden Tages und natürlich über alle zwischenzeitlich eingegangenen Nachrichten. Noch vom Bett aus ermöglicht das Gerät Kontakt in alle Welt. Von dort begleitet es seinen Nutzer durch den Tag, bis er vor dem Einschlafen einen letzten Blick darauf wirft. Wie kein anderes technisches Hilfsmittel durchdringt das Smartphone alle Lebensbereiche. Diese Rolle verdankt es seiner Nützlichkeit für die vielfältigen Herausforderungen des Alltags.

Den Alltag eines Arbeitnehmers prägt maßgeblich dessen Arbeitstätigkeit. So kommt dem Smartphone als Arbeitsmittel große Bedeutung zu, sei es, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Gerät zur Verfügung stellt, sei es, weil der Arbeitnehmer sein eigenes verwendet. Wer sein Arbeitsmittel mitführt, dem steht immer und überall die Möglichkeit der Arbeitstätigkeit offen. Vice versa ist er für die Arbeitstätigkeit immer und überall erreichbar.

Die Gründe dafür können sowohl vom Arbeitnehmer als auch vom Arbeitgeber herrühren: Mancher erhofft sich einen Karrierevorteil, wenn er immer und überall arbeitet. Andere nutzen die Möglichkeit, ihren Tagesablauf zu entzerren, weil sie sich die bessere Vereinbarkeit von Beruf und Freizeit, Arbeit und Familie versprechen. Wieder andere fühlen sich dazu verpflichtet, ohne es tatsächlich zu sein – oder sind es, weil der Arbeitgeber es (un-)ausgesprochen erwartet.

So vielfältig die Motivationen, so vielfältig auch die Befindlichkeiten. Während sich der eine unter Druck gesetzt fühlt, weil ihn seine Arbeitstätigkeit konfrontieren könnte, ergibt sich dieser Druck für den anderen erst durch das Gefühl, ihm entgleite das Heft des Handelns. Dieser kann die Fortsetzung des Arbeitsprozesses kaum erwarten, jener möchte ihn möglichst vergessen.

Diese Gründe und Motivationen prägen das Vorstellungsbild der Arbeitsvertragsparteien von Wesen und Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Hinsichtlich der Arbeitszeit findet das Vorstellungsbild durch ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie durch den Gebrauch des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts (§ 106 S. 1 GewO), dem sich der Arbeitnehmer unterwirft, Ausdruck.

Ein Arbeitsverhältnis begründet aber nie ausschließlich Rechte und Pflichten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die diese privat- oder tarifautonom¹

1 Freilich ist die Tarifautonomie „eine Form kollektiv ausgeübter Privatautonomie“, Bayreuther, S. 154.

regeln dürfen, sondern löst auch (Schutz-) Pflichten des Arbeitgebers aus, die grundsätzlich nicht zur Disposition der Arbeits- bzw. Tarifvertragsparteien stehen, vielmehr einem öffentlich-rechtlichen Regelungsregime unterfallen: dem Arbeitsschutzrecht, das mit dem Arbeitszeitrecht auch eine arbeitszeitschützende Facette hat.

Für das Arbeitszeitrecht zählen allerdings weder Gründe noch Motivationen, sondern zunächst nur eine Prämisse: Arbeit im Übermaß schädigt die Gesundheit des Arbeitnehmers, wovor er zu schützen ist. Diesen Schutz gewährleistet es durch Zeiten, in denen die Arbeitstätigkeit den Arbeitnehmer nicht behelligt. Solche Zeiträume fordert das Arbeitszeitrecht in Gestalt einer Ruhezeit täglich, eines freien Tages wöchentlich und des Urlaubs jährlich.

Seine bis heute gültigen Prämissen reichen in die Zeit der Industrialisierung des 19. Jahrhunderts zurück und scheiden den Tag in zwei Monolithen: acht Stunden Arbeit und sechzehn Stunden Freizeit. Während es dem Arbeitgeber die Aufgabe überlässt, dafür zu sorgen, dass ihm der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit seine gesamte Kraft und Aufmerksamkeit widmet, schützt es durch sanktionsgesicherte Verbote die vom Arbeitgeber unangetastete Freizeit des Arbeitnehmers.

Dieses Arbeitszeitrecht gerät in Konflikt mit den Chancen und Risiken der Digitalisierung des 21. Jahrhunderts, durch die die Arbeits- in die Freizeitssphäre rankt.² Das geschieht zunächst immer und überall, sobald der Arbeitnehmer sein Smartphone zu einer Arbeitstätigkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit nutzt, was im Folgenden „mobile Arbeit“ heißt. Die Arbeitssphäre macht sich aber auch über das Smartphone bemerkbar, sofern der Arbeitnehmer in seiner Freizeit gerade keine mobile Arbeit erbringt, sondern sie erwartet, erahnt oder plant, denn dann befindet er sich im Zustand „mobiler Bereitschaft“. Mobile Arbeit und mobile Bereitschaft bilden die beiden Dimensionen der „mobilen Erreichbarkeit“, des Phänomens, das diese Arbeit arbeitszeitrechtlich untersucht.

Vergütungsrechtliche Aspekte mobiler Erreichbarkeit spielen hingegen keine Rolle. Das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht nimmt auf sie keinen unmittelbaren Einfluss, denn der Europäischen Union fehlt, worauf der *EuGH* in ständiger

2 Natürlich rankt auch die Freizeit- in die Arbeitssphäre, nämlich immer dann, wenn der Arbeitnehmer seinen täglichen Begleiter Smartphone am Arbeitsplatz privat nutzt, etwa um einen Arzttermin auszumachen, sich mit Freunden zu verabreden oder im Internet einzukaufen. Diese Fragen spielen für den öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschutz indes keine Rolle. Er kennt insbesondere kein *do ut des* dergestalt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Freizeitaktivitäten während der Arbeitszeit gestattet, um seinerseits dessen Freizeitssphäre betreten zu dürfen.

Rechtsprechung ausdrücklich hinweist,³ für vergütungsrechtliche Fragen schon die Zuständigkeit, Art. 153 Abs. 5 Var. 1 AEUV. Allerdings scheut der *EuGH* die Auseinandersetzung mit dem Arbeitszeitrecht auch in den Fällen nicht, denen originär vergütungsrechtliche Fragestellungen zugrunde liegen.⁴ Im Übrigen wirken die Wertungen des Arbeitszeitrechts bei auslegungsbedürftigen Vergütungsabreden und immer dann, wenn iRv gesetzlichen Mindestlöhnen objektive Kriterien die Vergütungshöhe bestimmen, mittelbar auf Vergütungsfragen ein.⁵

3 *EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak]*, Rn. 49; *EuGH v. 26.07.2017 – C-175/16 [Hälvä]*, Rn. 25; *EuGH v. 10.09.2015 – C-266/14 [Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras]*, Rn. 48; *EuGH v. 04.03.2011 – C-258/10 [Grigore]*, Rn. 83; *EuGH v. 11.01.2007 – C-437/05 [Vorel]*, Rn. 32; *EuGH v. 01.12.2005 – C-14/04 [Dellas]*, Rn. 38.

4 *EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak]*; *EuGH v. 26.07.2017 – C-175/16 [Hälvä]*. Kritisch *Bayreuther*, *NZA* 2018, 348 (350); *Schliemann*, *EuZW* 2018, 274.

5 *Bayreuther*, *NZA* 2018, 348 (350).

Erstes Kapitel Phänomen mobile Erreichbarkeit

I. Phasen mobiler Erreichbarkeit

Mobile Erreichbarkeit findet nach Ende der regulären Arbeitszeit statt. Sie spielt sich in einem Zeitraum ab, in dem der Arbeitnehmer Freizeit genießt, also nach dem Vorstellungsbild des Arbeitszeitrechts völlig unbehelligt von jeglicher arbeitsbezogenen Tätigkeit sein sollte. Sie ist eine Brücke, die den Arbeitnehmer auch während der Freizeit mit dem Arbeitsverhältnis verbindet und entgrenzt damit die Arbeitszeit.⁶

Entgrenzung durch mobile Erreichbarkeit hat eine zeitliche und eine örtliche Dimension. Sie ermöglicht dem Arbeitnehmer, dort tätig zu werden, wo er sich befindet und zwar mittels des Mobilgeräts, über das er erreicht wurde. Aufenthaltsort und Arbeitsort fallen zusammen. Der Arbeitnehmer leistet Arbeit außerhalb der Betriebsstätte. Der Ort, an dem der Arbeitnehmer die Arbeit erbringt, spielt für den Arbeitgeber keine Rolle.

Nimmt der Arbeitnehmer iRd mobiler Erreichbarkeit die Arbeit auf, beansprucht die einzelne Arbeitstätigkeit idR keinen großen zeitlichen Umfang. Im Fokus stehen hier die Tätigkeiten, die mittels Mobilgerät wie nebenbei erledigt werden: Kurze Telefonate, Kenntnisnahme und Weiterleiten von Mails, Antworten auf SMS bzw. Kurznachrichten in Instant Messengern (bspw. WhatsApp⁷) etc. Die einzelne Arbeitstätigkeit bezeichnet diese Arbeit als „mobile Arbeit“.

Ihr stehen iRd mobiler Erreichbarkeit die Zeiten „mobiler Bereitschaft“ gegenüber, also alle Zeiträume, in denen der Arbeitnehmer gerade keine mobile Arbeit leistet. Üblicherweise ordnet der Arbeitgeber mobile Erreichbarkeit nicht für einen bestimmten Zeitraum an. Sie besteht in einem Graubereich, sobald der Arbeitnehmer seinen regulären Arbeitstag beendet hat, aber weiterhin

6 Solche Entgrenzungen sind dem Arbeitsrecht nicht grundsätzlich fremd, denn der Arbeitnehmer ist in seiner Freizeit weiterhin an Pflichten des Arbeitsverhältnisses gebunden. Er muss bspw. auch in seiner Freizeit über Betriebsgeheimnisse schweigen, darf dem Arbeitgeber keine Konkurrenz machen, seine Arbeitskraft nicht gefährden und muss – im Notfall – das Eigentum des Arbeitgebers schützen; ausführlich *Däubler*, SR 2014, 45 (51 ff.).

7 Anders *Krause*, NZA 2016, 1004 (1005), der den „Austausch von firmenbezogenen Informationen über eine private WhatsApp Gruppe zwischen Kollegen“ als Tätigkeit im eigenen Interesse vom Arbeitsbegriff ausnimmt.

Arbeitstätigkeiten über das Mobilgerät erwartet, erahnt oder plant. Folgende Phasen ergeben sich:

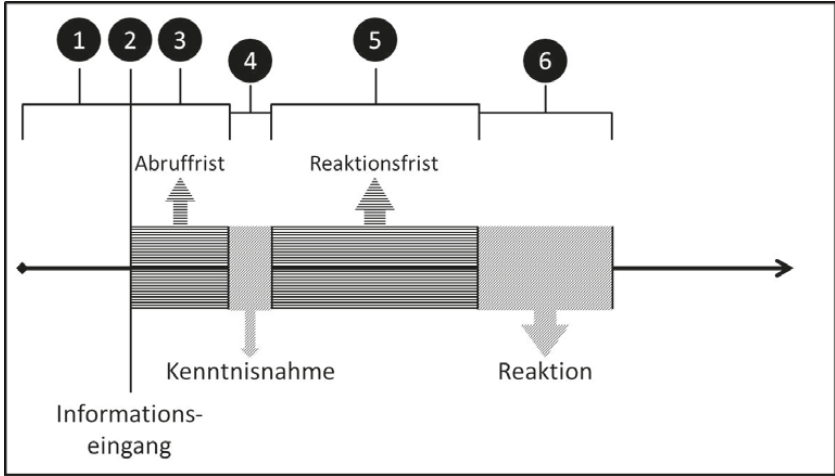


Abb. 1: Phasen mobiler Erreichbarkeit

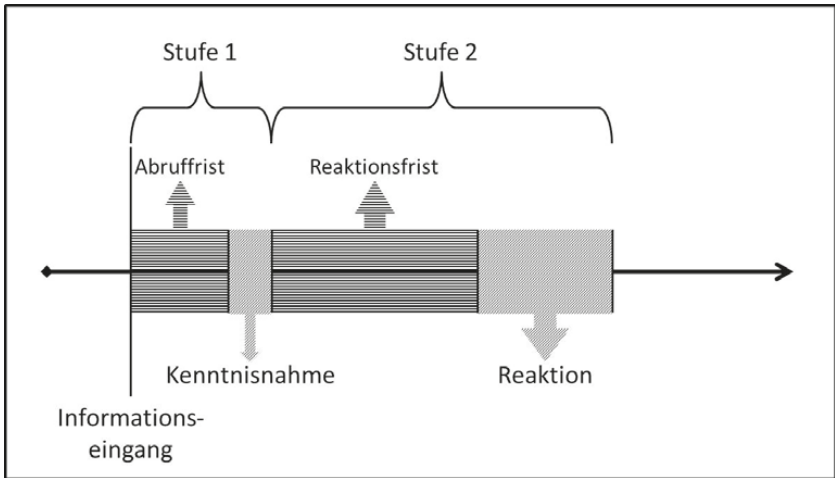


Abb. 2: Stufen mobiler Erreichbarkeit

Während der ersten Phase könnte es zu einer Kontaktaufnahme durch Vorgesetzte, Kollegen oder Kunden kommen. Diese erfolgt durch elektronische Nachricht (E-Mail, Messenger Dienst etc.) oder Anruf, den der Arbeitnehmer auf seinem Mobilgerät unmittelbar empfängt. Nach einer bestimmten Frist nimmt der Arbeitnehmer deren Inhalt zur Kenntnis (Stufe 1). Die Kenntnisnahme folgt idR in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Kontaktaufnahme. Das gewährleistet einerseits die technische Dimension. Smartphones sind so konzipiert, sofort über den Nachrichteneingang zu informieren. Hinzu kommt, dass Smartphone-Nutzer dazu neigen, ihr Gerät in kurzen Abständen auf Aktivität zu überprüfen. Darüber hinaus verlangt aber auch das Prinzip mobile Erreichbarkeit vom Arbeitnehmer, regelmäßig zu kontrollieren, ob jemand zu ihm Kontakt aufgenommen hat. Dabei ergeben sich allerdings tageszeitabhängige Unterschiede: Unmittelbar vor Beginn oder nach Ende der vereinbarten Arbeitszeiten besteht ein engerer Bezug zum Arbeitsverhältnis als am frühen Morgen bzw. am späten Abend, der hingegen während der üblichen Schlafenszeit (Nachtzeit von 23.00 Uhr – 6.00 Uhr, vgl. § 2 Abs. 3 Var. 1 ArbZG) völlig gelöst ist. Die verbreitete Bezeichnung „*ständige Erreichbarkeit*“ führt daher in die Irre. Besser trifft „*erwartete Erreichbarkeit*“, wobei die Erwartungen von Arbeitsverhältnis und beruflicher Stellung abhängen.

Hat der Arbeitnehmer den Inhalt zur Kenntnis genommen, stehen ihm im System mobile Erreichbarkeit unterschiedliche Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Deren Spanne (Stufe 2) reicht von sofortiger Reaktion (bspw. Antwort, Weiterleitung etc.) über eine spätere Befassung mit den Inhalten bis hin zu keiner weiteren Veranlassung. Charakteristisch für mobile Erreichbarkeit ist, dass der Arbeitnehmer die Reaktionszeit in aller Regel nach eigenem Ermessen bestimmt. Je freier der Arbeitnehmer bei der Einteilung von Aufgaben und Tätigkeiten während des üblichen Arbeitstages ist, desto größer ist idR sein Ermessensspielraum auf der zweiten Stufe. In bestimmten Fällen schränkt der Arbeitgeber diese Freiheit ein, indem er dem Arbeitnehmer mitteilt, er erwarte umgehend oder innerhalb einer Frist eine Reaktion. Mögen diese Fälle das Vorstellungsbild der gegenwärtigen arbeitsrechtlichen Diskussion dominieren, handelt es sich doch nur um eine bestimmte Gruppe iRd Phänomens mobile Erreichbarkeit. Die Kenntnisnahme des Abrufinhalts beansprucht üblicherweise kaum mehr als eine Minute, die Reaktion einen etwas längeren, wenn auch üblicherweise keinen besonders umfangreichen Zeitraum.

Mobile Erreichbarkeit existiert in verschiedenen Ausprägungen. Diese Arbeit betrachtet mobile Erreichbarkeit mittels Smartphone. Es ermöglicht umfassende Kontaktaufnahme, weil es den Arbeitnehmer an jedem Ort sofort über

eingehende Nachrichten und Anrufe informiert. Dadurch bekommt seine Erreichbarkeit eine intensive Qualität.⁸

Das Ziel mobiler Erreichbarkeit besteht darin, den Arbeitnehmer in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers eingebunden zu halten, damit er auch in seiner Freizeit Arbeitsprozesse mitgestalten kann.

Die Entgrenzung ist Dreh- und Angelpunkt der Überlegungen dieser Arbeit. Sie ist dem Leitbild des geltenden Arbeitszeitrechts, der nur durch Ruhepausen unterbrochenen Arbeit (§ 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG), und dem darauf aufbauenden, abgestuften System von Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten fremd.

II. Verhältnis von mobiler Bereitschaft und mobiler Arbeit

Bereitschaft besteht nicht um ihrer selbst willen, sondern ist darauf gerichtet, die Aufnahme der Arbeitstätigkeit zu ermöglichen. Ein Arbeitnehmer, der eine Kontaktaufnahme noch nicht einmal zur Kenntnis nimmt, ist unerreichbar. Gleiches gilt für den Arbeitnehmer, der diese zwar zur Kenntnis nimmt, sie aber ignoriert. Daher gehört die (mobile) Arbeit notwendigerweise zur (mobilen) Bereitschaft. Es handelt sich um die beiden Seiten der Medaille mobile Erreichbarkeit.

Mobile Erreichbarkeit besteht daher noch nicht, wenn der Arbeitnehmer lediglich die Möglichkeit hat, nach Feierabend auf seinen dienstlichen E-Mail-Account zuzugreifen oder ausgeschaltete betriebliche Mobilgeräte (Mobiltelefon, Laptop etc.) mitführt, mithin lediglich die Möglichkeit hat, Bereitschaft erst herzustellen.⁹ Allein die Möglichkeit, sich durch Einschalten der Geräte in Bereitschaft zu versetzen, reicht nicht aus. Die bloße Möglichkeit, Erreichbarkeit herzustellen, ist vergleichbar mit der Situation eines Arbeitnehmers, der unmittelbar neben dem Betrieb wohnt. Beide sind dauerhaft mit dem Blick auf den Arbeitsplatz konfrontiert.

8 *Lanaj/Johnson/Barnes*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 124 v. 2014, 11 (12).

9 Ähnlich *Schuchart*, in: *Neue Arbeitswelt*, S. 175 (194) zur Frage der ständigen Erreichbarkeit. Diese sei dem Arbeitgeber nicht allein deshalb zuzurechnen, weil er dem Arbeitnehmer mobile Kommunikationsmittel zur Verfügung stelle. Ähnlich auch *Krause*, in: *Verhandlungen des 71. DJT 2016-I*, B 1 (B 43); Anders dagegen wohl *Podewils*, *AuR* 2013, 293 (294) mit dem Argument, das Bereitstellen solcher Geräte diene ausschließlich dazu, die Erreichbarkeit des Arbeitnehmers außerhalb der regulären Arbeitszeit herzustellen.

In der Debatte um mobile Erreichbarkeit spielt psychischer Druck, dem sich Arbeitnehmer ausgesetzt fühlen, eine maßgebliche Rolle.¹⁰ Er soll dem Umstand entspringen, dass der Arbeitnehmer nicht weiß, wann er kontaktiert wird, also in ständiger Anspannung lebt, in seiner Freizeit mit der Arbeitstätigkeit konfrontiert zu werden. Dieser tatsächliche Befund – diese Arbeit unterstellt ihn als zutreffend – bedarf einer rechtlichen Bewertung. Sie fragt, ob die Rechtsordnung derartigen Druck bewusst zulässt, ob er nur aufgrund einer Regelungslücke entstehen kann oder ob die Rechtsordnung ihn eigentlich verhindert. Im letzten Fall ist nicht die Rechtsordnung, sondern die Rechtsdurchsetzung defizitär. Die Rechtsdurchsetzung hat eine privatrechtliche und eine öffentlich-rechtliche Seite. Individualvertragliche bzw. kollektive Vereinbarungen, die das Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der Arbeitszeit zugunsten des Arbeitnehmers beschränken, muss der Arbeitnehmer selbst durchsetzen.¹¹ Jenseits solcher das Weisungsrecht beschränkender Vereinbarungen zieht der öffentlich-rechtliche Arbeitszeitschutz überbordenden Anforderungen an die Arbeitszeit Grenzen.

Für die Phase, in der der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringt und doch unter der Anspannung steht, der Arbeitgeber könne ihn kontaktieren, hat die Literatur noch keine einheitliche Bezeichnung gefunden.¹² Die meisten Autoren bedienen sich allerdings einer Wortwahl, in der ein ausufernder zeitlicher Umfang bereits angelegt ist. Von solchen negativ konnotierten Terminologien grenzt sich die Begrifflichkeit „*mobile Bereitschaft*“ ab. Schnell gerät nämlich aus dem Blick, dass mobile Bereitschaft nur eine Seite der Medaille mobiler Erreichbarkeit ist. Die andere Seite ist die mobile Arbeit. Der Arbeitnehmer steht ja nur deshalb unter Druck, weil über ihm (vermeintlich) das Damoklesschwert jederzeitiger Arbeitsaufnahme schwebt. Fehlt dem Arbeitgeber für einen bestimmten Zeitraum die Möglichkeit, den Arbeitnehmer zu mobiler Arbeit heranzuziehen, läuft mobile Bereitschaft leer. Daher steht an erster Stelle die Frage, ob und wann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer überhaupt zu mobiler Arbeit heranziehen darf. Erst wenn dieser Rahmen feststeht, geht der Blick auf die mobile Bereitschaft. Nur so zeigt sich, ob die Rechtsordnung den psychischen Druck verursacht oder dieser als Produkt unzulässiger Rechtsanwendung entsteht.

10 S. nur Krause, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 66 ff.), der verschiedene Studien detailliert auswertet.

11 S. dazu ausführlich sogleich.

12 „*Bloße Erreichbarkeit*“, Freyler, S. 96; „*Always on*“, Krause, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 68); „*intensive Erreichbarkeit*“, Kohte, NZA 2015, 1417; „*jederzeitige Verfügbarkeit (Stand-by)*“, Schuchart, in: Neue Arbeitswelt, S. 175 (180); „*ständige Erreichbarkeit*“, Wiebauer, NZA 2016, 1430.

Ausgangspunkt ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit, § 106 S. 1 GewO. Wenngleich der Arbeitgeber dabei recht weitgehende Befugnisse hat,¹³ unterliegt er verschiedenen Beschränkungen. Diese können sich einerseits aus Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder betrieblicher Mitbestimmung ergeben. Jenseits dessen zieht § 106 S. 1 GewO iVm § 12 Abs. 2 TzBfG und dem Arbeitszeitrecht dem Arbeitgeber Grenzen.

1. Individualvertragliche Beschränkungen

Haben sich die Arbeitsvertragsparteien abschließend auf eine bestimmte Lage der Arbeitszeit geeinigt, ist der Arbeitgeber daran gebunden. Er hat daher keine Möglichkeit, den Arbeitnehmer außerhalb der vereinbarten Zeiten zu Arbeitsleistung, also auch nicht zu mobiler Arbeit, heranzuziehen. Das gilt erst recht dann, wenn der Arbeitgeber auf sein Weisungsrecht hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit verzichtet, was v.a. bei der qualifizierten Gleitzeit und der amorphen Arbeitszeit der Fall ist.¹⁴ Versucht er trotzdem, den Arbeitnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt zur (mobilen) Arbeit heranzuziehen, muss der Arbeitnehmer dem nicht folgen. Entsprechend braucht der Arbeitnehmer in diesen Zeiträumen nicht zur Arbeit bereit zu sein – mobile Bereitschaft läuft leer. Es ist Aufgabe des Arbeitnehmers, seine vertraglichen Interessen dem Arbeitgeber gegenüber durchzusetzen und diese äußerstenfalls klageweise zu verfolgen.

2. Kollektive Beschränkungen

Auch tarifliche oder betriebliche Vereinbarungen kommen in Betracht, das Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit einzuschränken. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gibt dem Betriebsrat ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht. Hat er hiervon Gebrauch gemacht und mit dem Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung geschlossen, darf dieser sich nicht darüber hinwegsetzen und den Arbeitnehmer daher nicht außerhalb der vereinbarten Zeiten zu (mobiler) Arbeit heranziehen. Wiederum läuft mobile Bereitschaft leer. Ungeachtet der arbeitszeitrechtlichen Bewertung mobiler Bereitschaft, handelt es sich bei mobiler Arbeit immer um Arbeit iSd Arbeitszeitrechts.¹⁵ Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist daher gleichermaßen für

13 S. nur ErfK/Preis, § 106 GewO Rn. 19.

14 S. 5. Kapitel.

15 S. 2. Kapitel – VI.

Zeiten mobiler Arbeit und damit denknotwendig für mobile Bereitschaft eröffnet.¹⁶

§ 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber dazu, Betriebsvereinbarungen durchzuführen. Verstößt er gegen diese Pflicht, ist der Betriebsrat aufgerufen, sie zu verteidigen. Ein Anspruch auf Unterlassung ergibt sich schon aus § 87 BetrVG.¹⁷ Bei schwerwiegenden Verstößen kann der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft den Arbeitgeber darüber hinaus gem. § 23 Abs. 3 BetrVG auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Verstößt der Arbeitgeber gegen eine entsprechende rechtskräftige gerichtliche Verurteilung, droht Ordnungsgeld bis zu 10.000 Euro pro Verstoß, § 23 Abs. 3 S. 5 BetrVG.

Das wirft die Frage auf, ob jedes Abweichen von einer – in einer Betriebsvereinbarung festgelegten – bestimmten Lage der Arbeitszeit einen Verstoß gegen die Betriebsvereinbarung begründet.

Dabei könnte es sich einerseits um die Vorgabe einer neuen Arbeitszeitlage handeln, die aber dann wiederum gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmungspflichtig wäre, denn eine einseitige Änderung durch den Arbeitgeber ist nicht möglich.¹⁸ Diese Herangehensweise passt aber nicht zum Phänomen mobile Erreichbarkeit, bei dem gerade nicht von vorneherein feststeht, wann Arbeit anfällt und die Zeiten mobiler Arbeit daher täglich unvorhersehbar variieren.

Etwas anderes gilt, wenn die Art der Tätigkeit verhindert, ein konkretes Arbeitsende verlässlich zu bestimmen. Überschreitet der Arbeitnehmer die festgelegte Arbeitszeit, begründet das keinen Verstoß gegen die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 BetrVG, sofern der Arbeitgeber das Arbeitsende nicht nach Belieben beeinflussen kann.¹⁹ Auch diese Fallgruppe passt nicht zur mobilen Erreichbarkeit, da diese erst nach dem Arbeitsende einsetzt.

16 So auch *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 117a, mit Hinweis darauf, dass das Mitbestimmungsrecht schon deshalb eröffnet ist, weil mobile Erreichbarkeit das Interesse des Arbeitnehmers an seiner Freizeitgestaltung berührt. S. dazu auch die Ausführungen im 2. Kapitel – IV.3.

17 StRspr, grdl. BAG v. 03.05.1994 – 1 ABR 24/93.

18 *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 113.

19 BAG v. 23.03.1999 – 1 ABR 33/98, II.2.c. Im Fall ging es um das Ende der täglichen Arbeitszeit von Postzustellern, das sich insbesondere nach dem täglichen Briefaufkommen richtet.

Daraus folgt, jede Tätigkeit iRd mobilen Erreichbarkeit verstößt gegen diese Betriebsvereinbarung, sofern sie von deren Festlegungen abweicht.²⁰ Diese strenge Betrachtungsweise ist schon im Interesse der Rechtsklarheit geboten. Sie ist auch nicht unbillig, schließlich hat der Arbeitgeber die Möglichkeit auf Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur Gleitzeit oder Vertrauensarbeitszeit²¹ hinzuwirken, die das Ende des Arbeitstages flexibilisiert bzw. eine Betriebsvereinbarung abzuschließen, die mobile Arbeit (in Grenzen) zulässt.

Mehr noch: Eine entgegenstehende Betriebsvereinbarung hindert den Arbeitgeber nicht nur daran, mobile Erreichbarkeit von den Arbeitnehmern zu verlangen, sondern verbietet, mobile Arbeit der Arbeitnehmer zu dulden maW gibt dem Arbeitgeber auf, die Betriebsvereinbarung gegenüber seinen Arbeitnehmern durchzusetzen.²² Der Arbeitgeber hat ganz grundsätzlich jeder Arbeitsleistung, die ein Arbeitnehmer in Widerspruch zu einer Betriebsvereinbarung erbringen könnte, entgegenzuwirken, etwa durch Hinweise zur Nutzung mobiler Geräte oder durch sog. Selbstverpflichtungen,²³ aber auch durch technische Sperren. Gegen diese sträuben sich freilich namhafte Stimmen in der Literatur, indes wenig überzeugend. Während *Fitting*²⁴ meint, es handle sich um ein verbotenes Überwachen des Freizeitverhaltens des Arbeitnehmers, vertritt *Wiebauer*²⁵, der Arbeitgeber sei „*nicht Aufseher über eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung seiner Arbeitnehmer*“ und *Klebe*²⁶ befürchtet, die Beschäftigten „*werden sich in der Regel bevormundet fühlen*“. Diese Gründe gehen allerdings an der eigentlichen Fragestellung, wie nämlich der Arbeitgeber die Durchführung

20 So auch ArbG Berlin v. 22.3.2012 – 54 BV 7072/11, Rn. 96. Im Fall hatten mindestens zwei Arbeitnehmer (pikanterweise freigestellte Betriebsratsmitglieder) außerhalb der von einer Betriebsvereinbarung festgelegten Arbeitszeit E-Mails beantwortet. Erfolgreich beanspruchte der Betriebsrat vom Arbeitgeber, es zu unterlassen, Arbeiten außerhalb der vereinbarten Zeiträume entgegenzunehmen. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Arbeitgebers hatte vor dem LAG Berlin-Brandenburg (v. 15.5.2014 – 18 TaBV 828/12) deshalb Erfolg, weil der Betriebsrat die Verstöße nicht beweisen konnte. Vor dem BAG (v. 17.08.2017 – 1 ABR 52/14) haben die Beteiligten den Unterlassungsantrag dann übereinstimmend für erledigt erklärt.

21 Zur Gleitzeit bzw. Vertrauensarbeitszeit s. 5. Kapitel – I. / II.

22 BAG v. 29.04.2004 – 1 ABR 30/02, VI.2.a.bb.(1).

23 Das Verlangen eines Arbeitgebers zur Abgabe einer Selbstverpflichtung, die bestimmte Regelungen zur Nutzung mobiler Geräte trifft, ist nicht mitbestimmungspflichtig, weil es die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert, BAG v. 22.08.2017 – 1 ABR 52/14.

24 *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 117c.

25 *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1434).

26 *Klebe*, NZA-Beilage 2017, 77 (81).

einer Betriebsvereinbarung sicherstellt, vorbei. Dazu kommt es allein auf den Inhalt der Betriebsvereinbarung an. Verbieta sie rundheraus jede Minute Arbeitszeit außerhalb festgelegter Zeiträume, erscheint die technische Sperre der E-Mail-Accounts aller betroffenen Arbeitnehmer als probates Mittel. Wer eine Bevormundung der Arbeitnehmer beklagt, sollte die entsprechende Betriebsvereinbarung auf den Prüfstand stellen. Im Übrigen sind technische Sperren nicht angezeigt, da es durchaus Möglichkeiten arbeitszeitrechtskonformer mobiler Arbeit gibt.²⁷

Der Betriebsrat ist Wächter des strengen Arbeitszeitschutzes, auch wenn er diesen als praxisfremd oder antiquiert empfindet. § 80 Abs. 1 Nr. 1 und § 80 Abs. 1 Nr. 9 iVm § 89 Abs. 1 S. 1 BetrVG nehmen den Betriebsrat in die Pflicht, nicht nur die Durchführung von Betriebsvereinbarungen, sondern ganz allgemein die Einhaltung des Arbeitszeitschutzes zu überwachen. Diese Überwachungspflicht beschränkt sich nicht auf Abhilfeverlangen gegenüber dem Arbeitgeber. Sie umfasst zunächst die Information der Arbeitnehmer und zwar sowohl über den konkreten Rechtsverstoß, als auch über rechtliche Handhabe.²⁸ Schafft der Arbeitgeber keine Abhilfe, hat der Betriebsrat darüber hinaus die Möglichkeit, Aufsichtsbehörden einzuschalten.²⁹ Ob er dieser Rolle gerecht wird, darf bezweifelt werden, denn wer populäre, unbürokratische Flexibilisierungen der Arbeitszeit verhindert, macht sich schnell unbeliebt.³⁰

3. Gesetzliche Beschränkungen

Auch sofern keine Abreden das Weisungsrecht einschränken, zieht diesem das Gesetz Grenzen. Diese liegen einerseits in der Maßgabe des § 106 S. 1 GewO, das Weisungsrecht nur nach „*billigem Ermessen*“ auszuüben. Darüber hinaus verhindern die Ge- und Verbote des Arbeitszeitrechts, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer jederzeit zur Arbeitsleistung heranzieht.

Entscheidende Bedeutung kommt dem Zusammenspiel von Beginn und Ende der Arbeitszeit und den ununterbrochenen Phasen der Ruhezeit zu. Zwar soll das Weisungsrecht den Arbeitgeber für den ständigen Wechsel der wirtschaftlichen, technischen und personellen Situation seines Betriebs wappnen.³¹ Doch hat der Gesetzgeber iRd § 12 Abs. 2 TzBfG die Entscheidung getroffen, dass der

27 S. dazu unten, insbesondere 6. Kapitel – I.

28 DKKW/*Buschmann*, § 80 Rn. 31.

29 DKKW/*ders.*, § 80 Rn. 32.

30 *Barth*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-II/1, L 51.

31 BeckOGK/*Maschmann*, § 106 GewO Rn. 177.

Arbeitgeber Änderungen in der Lage der Arbeitszeit mindestens vier Tage im Voraus ankündigen muss.³² Der Arbeitnehmer erhält dadurch die Möglichkeit, seine Arbeit mit Tätigkeiten für andere Arbeitgeber und v.a. seiner Freizeit zu koordinieren. § 12 Abs. 2 TzBfG bezieht sich zwar zunächst nur auf die Arbeit auf Abruf iSd § 12 Abs. 1 TzBfG. Diese Voraussetzung gilt aber immer dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bedarfsabhängig einsetzen möchte, denn nur so lassen sich Wertungswidersprüche vermeiden.³³

Auf den ersten Blick scheint dieser Grundsatz durch die Möglichkeit der Anordnung von Rufbereitschaft aufgehoben.³⁴ Arbeitszeitformen, die in die Freizeitphase des Arbeitnehmers ragen, darf der Arbeitgeber allerdings nur unter besonderen Voraussetzungen anordnen. Dazu zählen einzel- oder tarifvertragliche Ermächtigungen.³⁵ Für mobile Erreichbarkeit folgt diese Ermächtigung – anders als bei der Rufbereitschaft³⁶ – nicht aus einem konkreten Berufsbild, da mobile Erreichbarkeit ein branchenübergreifendes Alltagsphänomen ist.

Schon diese Anforderung stellt eigentlich sicher, dass mobile Erreichbarkeit keinen unerträglichen Druck auf den Arbeitnehmer ausübt, denn die Ermächtigung steht jedenfalls im weitesten Sinn zu seiner Disposition. Insofern existiert eigentlich kein „Graubereich“ mobiler Erreichbarkeit. Hinzu kommt die Pufferfunktion der ununterbrochenen Ruhezeit.³⁷ Selbst wenn der Arbeitgeber mobile Erreichbarkeit als besondere Arbeitszeitform zulässig angeordnet hat, führt sie nicht zu einer ausufernden ständigen Erreichbarkeit. Schließlich kennt der Arbeitnehmer die Lage der Arbeitszeit am Folgetag. Vor Beginn der Arbeit muss der Arbeitgeber ihm elf ununterbrochene Stunden Ruhezeit gewähren. Der Arbeitnehmer ist daher in der Lage abzusehen, zu welchem Zeitpunkt der Arbeitgeber ihn spätestens zu mobiler Arbeit heranziehen darf. Nach diesem Zeitpunkt ist er nicht mehr erreichbar. § 106 S. 1 GewO [iVm § 12 Abs. 2 TzBfG] verwehrt dem Arbeitgeber, die Ruhezeit zu unterbrechen und dies dadurch zu kompensieren, dass er dem Arbeitnehmer nach Beendigung der die Ruhezeit unterbrechenden Arbeitsleistung erneut elf zusammenhängende Stunden gewährt. Dadurch verschiebt der Arbeitgeber nämlich die Lage der Arbeitszeit am Folgetag nach eigenem Gusto, was unzulässig ist.

32 S. 5. Kapitel – III.

33 So auch MüHdb-AR/Schüren, § 40 Rn. 16.

34 Zwar handelt es sich bei mobiler Erreichbarkeit nicht um Rufbereitschaft, indes weisen beide Phänomene starke Ähnlichkeiten auf, s. 4. Kapitel – IV.2.

35 BeckOGK/Maschmann, § 106 GewO Rn. 186.

36 BAG v. 16.10.2013 – 10 AZR 9/13.

37 S. dazu 2. Kapitel – VI.

Sehr missverständlich sind danach Aussagen wie „tritt in der Ruhezeit bei Rufbereitschaft eine Heranziehung zur Arbeitsleistung ein, muss die volle Ruhezeit im Anschluss an die Arbeitsleistung erneut begonnen werden, damit sie ununterbrochen eingehalten wird“,³⁸ denn sie suggerieren, eine Unterbrechung der Ruhezeit durch Inanspruchnahme bei Rufbereitschaft habe lediglich eine Verschiebung der gesamten Ruhezeit und dadurch als einzigen Nachteil für den Arbeitgeber eine Vergrößerung des Ruhezeitraums („volle Ruhezeit“) zur Folge.

Die naheliegende Folgerung, der Arbeitgeber dürfe die Ruhezeit des Arbeitnehmers eigenmächtig unterbrechen, mehr noch, durch Anordnung von Rufbereitschaft eine mögliche Unterbrechung gleichsam dauerhaft ankündigen, ist unzutreffend.

Vor diesem Hintergrund treffen auch *Däublers*³⁹ Erwägungen zu einer „zeitlich unbegrenzten Erreichbarkeit“ nicht zu. Sie unterliegen dem Trugschluss, mobile Erreichbarkeit dürfe ohne Obergrenze angeordnet werden, weil sie als Rufbereitschaft nicht zur Arbeitszeit zähle. Das bezieht sich aber richtigerweise⁴⁰ nur auf den Teil der mobilen Bereitschaft, nicht hingegen auf den Teil mobiler Arbeit. Mobile Bereitschaft und mobile Arbeit sind aber zwei Seiten derselben Medaille mobile Bereitschaft. Folglich darf der Arbeitgeber mobile Bereitschaft nur dann anordnen, wenn mobile Arbeit zulässig wäre. Der Arbeitnehmer ist schlicht unerreichbar, wenn er nicht auch tätig werden darf. Da die Tätigkeit aber Arbeit iSd Arbeitszeitrechts ist, darf sie die Ruhezeit gerade nicht unterbrechen. Von einer Bereitschaft ohne Obergrenze kann also keine Rede sein.

Daher greift auch die Kritik *Krauses*⁴¹, die Zuordnung mobiler Erreichbarkeit zur Rufbereitschaft begünstige eine „ausufernde ständige Erreichbarkeit“ nicht. Rufbereitschaft ist nutzlos, wenn der Arbeitnehmer nicht auch tätig werden darf.

4. Zwischenergebnis

Individuelle oder kollektive Vereinbarungen über die Lage der Arbeitszeit beschränken das Weisungsrecht des Arbeitgebers. In der Praxis sind solche Regelungen weit verbreitet.⁴² Außerhalb dieser Arbeitszeiten darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dann nicht zu Tätigkeiten, also auch nicht zu mobiler Arbeit

38 *Neumann/Biebl*, Arbeitszeitgesetz, § 5 Rn. 4.

39 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (17); in diese Richtung auch *Kohte*, NZA 2015, 1417 (1423), der daher fordert, diese Fragen iRd ArbSchG zu lösen.

40 D.h. im System Rufbereitschaft gedacht.

41 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 45 f.).

42 MüHdb-AR/Schüren, § 40 Rn. 1.

heranziehen. Mithin löst sich die Frage nach mobiler Bereitschaft auf, denn wer nicht arbeiten muss, braucht dazu auch nicht bereit sein. Es ist freilich Sache desjenigen, der dem Arbeitgeber die Beschränkung des Weisungsrechts abgerungen hat, sein Recht durchzusetzen.

Jenseits solcher individueller bzw. kollektiver Vereinbarungen schützt das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht den Arbeitnehmer vor einer Überbeanspruchung im Arbeitsverhältnis. Auch hier gilt: Lässt das Arbeitszeitrecht mobile Arbeit nicht zu, löst sich die Frage nach mobiler Bereitschaft auf, denn niemand braucht zu einer Arbeit bereit sein, die das Arbeitszeitrecht verbietet.

III. Rechtswissenschaftlicher Forschungsstand

Spielte sich die arbeitszeitrechtliche Diskussion nach der Jahrtausendwende in Folge der SIMAP-Rechtsprechung des *EuGH*⁴³ auf dem Feld der Arbeitszeitformen Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft ab, löste diese gegen Anfang des folgenden Jahrzehnts eine nicht minder hitzig geführte Debatte, die ihren vorläufigen Höhepunkt auf dem 71. Deutschen Juristentag 2016 in Essen gefunden hat, über die Grenzen des ArbZG ab. Die Entgrenzung der Arbeit verdammt der eine Teil als „*Morbus Blackberry*“⁴⁴ Ergebnis einer wuchernden Arbeitsorganisation, die auf die Begrenzungen des Arbeitsschutzrechts zurückzustutzen sei.⁴⁵ Andere sehen in ihr Zukunftschancen einer selbstbestimmten Arbeit, denen das ArbZG mit seinen überholten Regelungen im Weg steht.⁴⁶

43 *EuGH* v. 03.10.2000 – C-303/98 [SIMAP].

44 *Seebacher/Silberberger*, *AiB* 2011, 757.

45 Auf Seiten der grundsätzlichen Kritiker (Differenzierung s. unten) stehen *Absenger*, *AiB* 5/2017, 18; *Buschmann*, *PersR* 2013, 351; *Däubler*, *SR-Sonderausgabe* 2016, 2 (19); *Falder*, *NZA* 2010, 1150; *Kohte*, *NZA* 2015, 1417; *Schliemann*, *NZA* 2016, Editorial zu Heft 4; *Schuchart*, in: *Neue Arbeitswelt*, S. 175; *dies.*, *AuR* 2016, 341; *Seebacher/Silberberger*, *AiB* 2011, 757; *Stoppkotte/Stiel*, *AiB* 2011, 423.

46 Zu den grundsätzlichen Befürwortern (Differenzierung s. unten) zählen *Annuß*, *NZA* 2017, 345; *Bissels/Krings*, *NJW* 2016, 3418; *Bissels/Meyer-Michaelis*, *DB* 2015, 2331; *Freyler*, S. 35 ff.; *Günther/Böglmüller*, *NZA* 2015, 1025; *Hanau*, *NJW* 2016, 2613; *Jacobs*, *NZA* 2016, 733; *Lüthge*, *AuA* 2016, 712; *ders.*, *PuR* 2017, 61; *Maier*, *DB* 2016, 2723; *Nölke/Stumpff*, *PuR* 2016, 57; *Oetker*, *JZ* 2016, 817; *Schlottfeldt*, *DRV* 1/2017, 97; *Schirmer*, *NZA-Beilage* 2016, 85; *Schulze/Ratzesberger*, *ArbR Aktuell* 2016, 109; *Steffan*, *NZA* 2015, 1409; *Wank*, *RdA* 2014, 285; *Graf von Westphalen*, *AnwBl* 2016, 619; *Wiebauer*, *NZA* 2016, 1430; *Wolf*, *ZAAR* Bd. 39, S. 61.

Die Abteilung Arbeitsrecht des 71. Deutschen Juristentages 2016 hat sich mit Herausforderungen und Regelungsbedarf der Digitalisierung der Arbeitswelt beschäftigt und dabei auch den Themenkomplex mobiler Erreichbarkeit behandelt.

*Krause*⁴⁷ ordnet mobile Erreichbarkeit in seinem Gutachten grundsätzlich als besondere Form der Rufbereitschaft ein, die sich aber im Einzelfall zu Bereitschaftsdienst verdichten könne. Er schlägt einige gesetzliche Änderungen vor, sieht aber keinen Bedarf für eine – von ihm für europarechtlich zulässig gehaltene – Öffnung des Acht-Stunden-Tages. Vielmehr kaprizieren sich *Krauses* Ausführungen auf die Erhöhung der Arbeitszeitsouveränität durch Verkürzung der gesetzlichen Ruhezeit von elf auf neun Stunden bei gleichzeitiger Beschränkung mobiler Erreichbarkeit auf bestimmte Zeiträume. Ein „*Recht auf Nichterreichbarkeit*“ hält *Krause* lediglich zur betrieblichen Umsetzung der bereits bestehenden Rechtslage für erforderlich. Hingegen empfiehlt er, Arbeitnehmern sowohl ein Recht auf Telearbeit, als auch auf Bestimmung der zeitlichen Lage der Arbeit einzuräumen, sofern betriebliche Gründe nicht entgegenstehen.

Auf Fragen der mobilen Erreichbarkeit geht von den Referenten des 71. Deutschen Juristentages 2016 nur *Barth*⁴⁸ ausdrücklich ein. Der Bezug zu mobiler Erreichbarkeit erschöpft sich indes in der rechtspolitischen Forderung, bevor eine weitere Flexibilisierung der Arbeit erwogen werde, sollten die Pflichten des Arbeitszeitrechts, insbesondere die Ruhezeit besser durchgesetzt werden. *Seifert*⁴⁹ fordert ein Recht auf Telearbeit, *Thüsing*⁵⁰ ein Recht auf Verteilung der Arbeitszeit nach den Wünschen der Arbeitnehmer.

Die Mitglieder beschränkten sich in der Beschlussfassung allerdings darauf, Dokumentation der Arbeitszeit bei mobiler Arbeit zu fordern und ansonsten zu verlangen, das Arbeitszeitrecht unangetastet zu lassen.⁵¹ Der Arbeitnehmer solle bei mobilisierbarer Tätigkeit ein Recht auf Homeoffice haben, stünden betriebliche Gründe nicht entgegen.⁵² Darüber hinaus solle das Arbeitsstättenrecht auf vom Arbeitgeber eingerichtete häusliche Arbeitsplätze ausgedehnt werden⁵³ und dem Arbeitgeber bei Homeoffice Zugangs- und Kontrollrechte unter Beachtung

47 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 ff.; dazu auch im Folgenden.

48 *Barth*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-II/1, L 51 (L 55).

49 *Seifert*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-II/1, L 9 (L 19).

50 *Thüsing*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-II/1, L 33 (L 40).

51 Beschlussfassung 118:9:3, *DJT 2016*, NZA-Aktuell 18/ 2016, VIII (IX), dazu auch im Folgenden.

52 Beschlussfassung 109:16:6.

53 Beschlussfassung 105:13:7.

von Art. 13 GG eingeräumt werden.⁵⁴ Allerdings blieben die im Arbeitgeberlager stehenden Mitglieder des DJT der Beschlussfassung fast vollständig fern.⁵⁵ Die Beschlüsse des DJT stellen also keinen breiten, lagerübergreifenden Konsens dar. Sie zeugen vielmehr von einem recht⁵⁶ einmütigen Standpunkt der dem Arbeitnehmerlager nahestehenden Mitglieder.

54 Beschlussfassung 86:25:15.

55 *NZA-Redaktion*, NZA-Aktuell 19/ 2016, XII.

56 Ausnahme Zugangs- und Kontrollrechte des Arbeitgebers, vgl. Fn. 54.

Zweites Kapitel Arbeitszeitrechtliche Einordnung

Die ArbZRL determiniert den Arbeitszeitschutz, den das ArbZG und das BUrIG in nationales Recht umsetzen. Die Betrachtung mobiler Erreichbarkeit muss sich daher streng an den Vorgaben des Unionsrechts orientieren. Sofern das ArbZG bestimmte Flexibilisierungsmittel zur Verfügung stellt, lautet die erste Frage stets, ob sich diese im Rahmen des europarechtlich Zulässigen bewegen. Erst anschließend subsumiert dieses Kapitel daher die einzelnen Aspekte der mobilen Erreichbarkeit. Reformappelle mag man zwar an den nationalen Gesetzgeber richten, das Unionsrecht bindet ihm aber die Hände, sofern sie seine Grenzen überschreiten.

I. Rechtsquellen

1. EU-Grundrechtecharta und europäisches Primärrecht

Art. 31 Abs. 2 der EU-Grundrechtecharta verschafft dem Arbeitnehmer ein Grundrecht⁵⁷ auf tägliche, wöchentliche und jährliche Ruhezeiten.

Da die Europäische Union die Grundrechtecharta erst mit dem Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 anerkannt hat (Art. 6 Abs. 1 EUV), kommt es mitunter zu Widersprüchlichkeiten zwischen älteren Richtlinien und der EUGRC. Im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs der ArbZRL wirft das einerseits die Frage auf, ob Art. 17 Abs. 1 ArbZRL gegen Art. 31 Abs. 2 EUGRC verstößt.⁵⁸ Das ist dann der Fall, wenn jeder Arbeitszeitschutz fehlt.

Zusätzlich muss dem Problem nachgegangen werden, ob richtlinienwidriges nationales Recht gleichzeitig gegen Art. 31 Abs. 2 EUGRC verstößt. Zwar entfaltet Art. 31 Abs. 2 EUGRC keine unmittelbare Wirkung für Private.⁵⁹ Wohl aber erkennt der *EuGH* seit der Rechtssache *Kücükdeveci*⁶⁰ eine negative Wirkung der Grundrechte an. Darüber hinaus ist diese Entscheidung bemerkenswert, weil der *EuGH* feststellt, die Gleichbehandlungsrichtlinie *konkretisiere*

57 Die Grundrechtsqualität des Art. 31 Abs. 2 EUGRC ist hM vgl. nur *Frenz*, Rn. 3881 ff.; *Greif*, S. 254 jeweils mwN zum Streitstand.

58 S. dazu die Ausführungen 3. Kapitel – I.1.

59 *Frenz*, Rn. 3909; *EUArbR/Schubert*, Art. 31 EUGRC Rn. 2. Indes hat er einen funktionalen Bezug auf Rechtsverhältnisse zwischen Privaten, *Seifert*, *EuZA* 2013, 299 (303).

60 *EuGH* v. 19.01.2010 – C-555/07 [*Kücükdeveci*].

den allgemeinen Grundsatz des Verbots der (Alters-) Diskriminierung.⁶¹ Damit rückt die Frage, inwieweit Richtlinien Grundrechtsnormen konkretisieren, in den Fokus. Der Rechtsfigur der „grundrechtskonkretisierenden Richtlinie“⁶² steht die Literatur sehr kritisch gegenüber, da eine Richtlinie nicht den Umfang eines Grundrechts bestimmen könne.⁶³ Diese Ansicht verdient nur bedingt Zustimmung, denn jedenfalls der Mindestschutz des Art. 31 Abs. 2 EUGRC ist aus der Vorgängerrichtlinie⁶⁴ der ArbZRL übernommen. Der Konvent verweist ausdrücklich auf diese Richtlinie,⁶⁵ aus der die ArbZRL die Vorgaben zur täglichen und wöchentlichen Ruhezeit, wöchentlichen Höchstarbeitszeit und zum Jahresurlaub (Art. 3–7 RL 93/104/EG) wortgleich übertragen hat.⁶⁶ Das nimmt dem Unionsgesetzgeber natürlich nicht die Möglichkeit, diese Vorgaben weiter auszugestalten, umfasst gleichwohl ein Rückschrittverbot.⁶⁷ Anders lässt sich die Existenz des Art. 31 Abs. 2 EUGRC auch dogmatisch nicht begründen, denn hätte er keinen konkreten Bezug, wäre er angesichts der Formulierung des Abs. 1 („gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen“) nahezu redundant.⁶⁸ Hinsichtlich der Anforderungen an tägliche und wöchentliche Ruhezeiten, wöchentliche Höchstarbeitszeiten und den Jahresurlaub dient die ArbZRL also als „sekundärrechtlicher Transmissionsriemen“. Bleibt das nationale Recht hinter diesen Mindeststandards zurück, verstößt es gleichzeitig gegen die EUGRC.

Art. 151 AEUV enthält die primärrechtliche Zielsetzung der Verbesserung der Arbeitsbedingungen, Art. 153 Abs. 1 lit. a AEUV schafft die für den Arbeitzeitschutz notwendige unionsrechtliche Kompetenz.⁶⁹

61 EuGH v. 19.01.2010 – C-555/07 [Küçükdeveci], Rn. 21.

62 *Sagan*, ZESAR 2011, 412 (413).

63 *Krois*, DB 2010, 1704 (1706); *Seifert*, EuZA 2013, 299 (309); EUArbR/*Schubert*, Art. 31 EUGRC Rn. 29. Einschränkend *Sagan*, ZESAR 2011, 412 (413); *Willemsen/Sagan*, NZA 2011, 258 (261).

64 Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. EG Nr. L 307/18 v. 13.12.1993.

65 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte vom 14.12.2007, ABl. EU Nr. C v. 14.12.2007, C 303/07, 17; ausführlich *Meyer/Rudolf*, Art. 31 Rn. 19.

66 Nach stRspr des EuGH ist die Auslegung der Art. 1–8 RL 93/104/EG deshalb auf die Auslegung der Art. 1–8 ArbZRL zu übertragen, EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak], Rn. 32; EuGH v. 04.03.2011 – C-258/10 [Grigore], Rn. 39.

67 *Meyer/Rudolf*, Art. 31 Rn. 20 f.

68 *Stern/Sachs/Lang*, Art. 31 Rn. 19.

69 Vgl. noch zur Arbeitszeit-Richtlinie 93/104/EG: EuGH v. 12.11.1996 – C-84/94 [Verinigtes Königreich/Rat], Rn. 38 ff.

2. Nationales Verfassungsrecht

a) *Recht auf Nichterreichbarkeit*

Die Forderung eines Rechts auf Nichterreichbarkeit sorgt v.a. in der politischen Auseinandersetzung für erhebliche Kontroversen. Dessen Befürworter möchten dem Arbeitnehmer dadurch Zeiträume schaffen, innerhalb derer er ganz gewiss sein darf, von der Arbeitssphäre völlig unbehelligt zu sein.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur herrscht Konsens, der Arbeitnehmer sei nicht per se zur Erreichbarkeit verpflichtet, vielmehr bestehe eine entsprechende Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB, keine überobligatorischen Leistungen zu verlangen.⁷⁰

Dieses Recht auf Nichterreichbarkeit hat zwei verschiedene Dimensionen. Einerseits dient es als Überlastungsschutz der Gesundheit des Arbeitnehmers. Andererseits schafft es Zeiträume, in denen der Arbeitnehmer seine Persönlichkeit – von seinem Vertragspartner unbehelligt – frei entfalten kann. Der Arbeitgeber hat auf diese Belange Rücksicht zu nehmen.

Quelle der Rücksichtnahmepflicht sind der Gesundheitsschutz des Art. 2 Abs. 2 GG bzw. das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG entspringt und dem Arbeitnehmer ein Recht auf Privatsphäre, also einen „*autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann*“,⁷¹ verschafft. Dazu zählt „*auch das Recht, in diesem Bereich für sich zu sein*“ [und] „*sich selber zu gehören*“. Grundrechte, die eine objektive Werteordnung aller Rechtsbereiche ausdrücken,⁷² entfalten zwischen Privaten mittelbare Drittwirkung – ihre Wertungen sind bei der Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln zu beachten.⁷³ Mehr noch: Die Grundrechte strahlen durch die zivilrechtlichen Generalklauseln in die Rechtsverhältnisse Privater.⁷⁴ Neben dem hoheitlich überwachten öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschutz hat der Gesetzgeber mit §§ 241 Abs. 2, 618 BGB zivilrechtliche

70 Krause, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 53); ähnlich auch Schuchart, AuR 2016, 341 (343); ebenso Göpfert/Schöberle, ZIP 2016, 1817 (1819). Zum französischen Recht (Droit à la Déconnexion): Durlach/Renaud, AuR 2017, 196. Zur Frage, ob ein solches „Recht auf Nichterreichbarkeit“ kodifiziert werden sollte, s. 7. Kapitel – II.2.e.

71 BVerfG v. 05.06.1973 – 1 BvR 536/72 [Lebach], B.II.1. Daher stammt auch das folgende Zitat.

72 BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 [Lüth].

73 BVerfG v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84 [Handelsvertreter]; BVerfG v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 [Ehegattenbürgschaft].

74 Ausführlich Belling/Herold/Kneis, Rechtsentwicklung im 21. Jhd., S. 53 ff. mwN.

Generalklauseln geschaffen, über die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber schon auf vertraglicher Ebene Unerreichbarkeit einfordern darf.

Beim Recht auf Nichterreichbarkeit handelt es sich also um ein verfassungsfestes Recht, das die Gerichte bei der Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrags beachten müssen. Mit den Regelungen des öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitrechts statuiert der Gesetzgeber zugleich dessen Mindestumfang. Bei arbeitszeitrechtswidriger Anforderung mobiler Erreichbarkeit darf der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung gem. § 273 Abs. 1 BGB zurückbehalten und hat darüber hinaus die Möglichkeit, den Arbeitgeber im Wege der vorbeugenden Unterlassungsklage zu verpflichten, von solchen Anweisungen künftig Abstand zu nehmen.⁷⁵ Soweit mobile Erreichbarkeit gegen geltendes Arbeitszeitrecht verstößt, steht dem Arbeitnehmer ein verfassungsfestes Recht auf Nichterreichbarkeit zu.

b) Sonn- und Feiertagsschutz

Das Grundgesetz schreibt den Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe in Art. 140 GG iVm Art. 139 WRV fest. Daraus ergibt sich nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG kein (subjektiv-klagbares) Grundrecht.⁷⁶ Indes seien die Bestimmungen der Weimarer Kirchenartikel „*funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt*“,⁷⁷ die auch für die Sonn- und Feiertagsgarantie gelte. Diese Garantie verortet das BVerfG aber keineswegs ausschließlich religiös-christlich, vielmehr gehe sie mit einer „*dezidiert sozialen, weltlich-neutral ausgerichteten Zwecksetzung*“⁷⁸ einher. Indem Art. 139 WRV regelmäßige Tage der Arbeitsruhe gewährleiste, diene er eben auch der körperlich-geistigen Regeneration (Art. 2 Abs. 2 GG), dem Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und der Versammlungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG), ja sogar der Menschenwürde, weil er „*dem ökonomischen Nutzendenken eine Grenze zieht und dem Menschen um seiner selbst willen dient*“⁷⁹ (Art. 1 Abs. 1 GG). Es handelt sich um die Garantie der verfassungsrechtlichen Institution des arbeitsfreien Sonn- bzw. Feiertags, die darauf abzielt, die Grundrechte zu stärken.⁸⁰ Das BVerfG lädt also die o.g.

75 Anzinger/Koberski, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 1 Rn. 42, 44.

76 BVerfG v. 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07 [Berliner Ladenöffnungszeiten], Rn. 138; BVerfG v. 04.10.1965 – 1 BvR 498/62 [USt. für Religionsgesellschaften], III.4; BVerfG v. 14.12.1965 – 1 BvR 413/60 [Kirchenbausteuer], II.1.

77 BVerfG v. 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07 [Berliner Ladenöffnungszeiten], Rn. 138.

78 BVerfG v. 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07 [Berliner Ladenöffnungszeiten], Rn. 141.

79 BVerfG v. 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07 [Berliner Ladenöffnungszeiten], Rn. 144.

80 BVerfG v. 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07 [Berliner Ladenöffnungszeiten], Rn. 147.

Grundrechte um den Sonn- bzw. Feiertagsschutz auf, so dass Arbeitnehmer den Sonn- und Feiertagsschutz über den Umweg einer entsprechenden Grundrechtsrüge verfassungsfest für sich reklamieren können. Dieses Vehikel hat in die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte Eingang gefunden und wird vom BVerwG offenbar als so selbstverständlich betrachtet, dass es auf umfangreichere Ausführungen dazu verzichtet.⁸¹ Der Sonn- und Feiertagsschutz des Art. 140 GG iVm Art. 139 WRV rückt durch diese Konstruktion in eine nahezu grundrechtsgleiche Stellung auf, die sich de facto nicht von einem eigenständigen subjektiv-klagbaren Grundrecht unterscheidet.

3. Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation

Die ILO hat eine Reihe von Abkommen beschlossen, die die Arbeitszeit betreffen.⁸² Welches dieser Abkommen durch Ratifizierung als Bundesrecht gilt,⁸³ spielt insofern keine Rolle, als die ArbZRL in Erwägungsgrund Nr. 6 auf die Grundsätze der ILO zurückgreift. Mithin gelten diese jedenfalls bei der Auslegung der ArbZRL.⁸⁴ Darüber hinaus gebietet der Grundsatz völkerrechtsfreundlicher Gesetzesauslegung,⁸⁵ die Abkommen der ILO bei der Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen.

Explizite Regelungen der arbeitszeitrechtlichen Fragen mobiler Erreichbarkeit bzw. mobiler Arbeit hat auch die ILO bislang nicht erlassen. Die neueste Regelung zu Arbeitszeiten enthält das Übereinkommen über die Teilzeitarbeit von 1994.⁸⁶ Die technische Entwicklung hatte mobile Erreichbarkeit Mitte der 1990er Jahre noch nicht möglich gemacht. Zwar hat insbesondere Übereinkommen Nr. 30⁸⁷ einige Regelungen zum Inhalt, die auf den ersten Blick auch

81 BVerwG v. 17.05.2017 – 8 CN 1/16, Rn. 11; BVerwG v. 11.11.2015 – 8 CN 2/14, Rn. 15; dies kritisiert *Schunder*, NVwZ 2016, 694. Ausführlich noch die Vorinstanz VGH München v. 06.12.2013 – 22 N 13.788, Rn. 41–51.

82 Eine Übersicht veröffentlicht die ILO auf ihrer Homepage, vgl. *ILO*, List of instruments by subject and status, www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX-PUB:12030:0::NO::#Working_time; s. auch *Preis/Sagan/Ulber*, § 6 – Arbeitszeit Rn. 34.

83 Dazu *Morhard*.

84 EuGH v. 22.11.2011 – C-214/10 [KHS], Rn. 42; *Buschmann*, FS Düwell, S. 34 (40); *ders.*, FS Etzel, S. 103 (107).

85 Vgl. dazu allgemein *Hofmann*, JA 2013, 326 mwN.

86 Übereinkommen Nr. 175 über die Teilzeitarbeit vom 24.06.1994.

87 Übereinkommen Nr. 30 über die Regelung der Arbeitszeit im Handel und in Büros vom 10.06.1930.

für mobile Erreichbarkeit und Arbeit von Interesse sein könnten. So bezeichnet Art. 2 Arbeitszeit als die Zeitspanne, „während der die Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers stehen“ und Art. 7 Nr. 1 lit. b sieht Ausnahmen für Personen, die mit Vorbereitungs- oder Ergänzungsarbeiten beschäftigt sind, vor. Allerdings spiegelt das Übereinkommen Nr. 30,⁸⁸ wie auch die übrigen ILO-Übereinkommen und Empfehlungen das herkömmliche Verständnis des an einen (räumlich) festen Arbeitsplatz gebundenen Arbeitnehmers wider. Sie eignen sich daher nicht zur Orientierung in der hier behandelten Fragestellung. Lediglich die Regelungen über die Begrenzung der wöchentlichen Arbeitszeit auf eine 48 Stundenwoche bei täglich maximal zehnstündiger Arbeitszeit, vgl. Art. 3 ff. Übereinkommen Nr. 30 und zum festgelegten wöchentlichen Ruhetag, vgl. Art. 6 Nr. 1 Übereinkommen Nr. 106⁸⁹ iVm Empfehlung Nr. 103⁹⁰ gelten unabhängig vom Arbeitsort, finden sich so aber ohnehin schon im europäischen bzw. nationalen Recht. Insgesamt kommt den ILO Übereinkommen für die Frage mobiler Erreichbarkeit keine eigenständige Bedeutung zu.

4. Arbeitszeitrichtlinie und nationale Umsetzung

Das Arbeitszeitrecht ist durch die Arbeitszeitrichtlinie unionsrechtlich determiniert. Die Problematik flexibler Arbeitszeiten iRv mobiler Erreichbarkeit bestand bei Erlass der Richtlinie im Jahr 2003 noch nicht. Die Richtlinie enthält daher, jedenfalls unmittelbar, keine Regelung dieses Phänomens. Zwar bestrebt die Kommission seit 2004 eine Neufassung der Arbeitszeitrichtlinie, u.a. um flexiblere Gestaltungen des (ärztlichen) Bereitschaftsdienstes zuzulassen⁹¹ – bislang allerdings ohne Erfolg.⁹²

Die arbeitszeitlichen Grenzen, die das Unionsrecht iSd Arbeitnehmerschutzes zieht, mögen daher zwar nicht zum Phänomen der mobilen Erreichbarkeit passen, gelten für dieses gleichwohl. Das nationale Arbeitszeitrecht darf sich nur innerhalb dieser Grenzen bewegen. Maßstab für die Zulässigkeit mobiler

88 Es sei nochmals auf das Entstehungsjahr hingewiesen: 1930.

89 Übereinkommen Nr. 106 über die wöchentliche Ruhezeit im Handel und in Büros vom 05.06.1957.

90 Empfehlung Nr. 103 betreffend die wöchentliche Ruhezeit im Handel und in Büros vom 05.06.1957.

91 EuArbSoR/*Bayreuther*, § 11 Arbeitszeit Rn. 64; EUArbR/*Gallner*, Art. 1 ArbZRL Rn. 11 ff.; scharfe Kritik an den Reformbemühungen übt *Buschmann*, FS Etzel, S. 103 (117), da diese zum Ziel die „*Verwässerung des Arbeitszeitbegriffs*“ hätten.

92 Zuletzt erfolgte vom 1.12.2014–18.3.2015 eine öffentliche Konsultation der Europäischen Kommission. S. auch Fn. 284.

Erreichbarkeit ist daher allein die ArbZRL. Auf Ebene des ArbZG gilt es dann zu überprüfen, ob sich die nationalen Vorgaben iRd ArbZRL bewegen, hinter dieser zurückbleiben oder – zulässigerweise – strenger sind. Dadurch erhält die Bewertung der Rechtslage *de lege ferenda* zwei Ebenen. Erstens die Anpassung nationalen Rechts an die Vorgaben des Unionsrechts, wiederum unterteilt in zwei Unterebenen: Reform richtlinienwidrigen nationalen Rechts einerseits und Liberalisierung überschießenden nationalen Rechts andererseits. Zweitens die Anpassung des europäischen Rechts an eine möglicherweise gewandelte Rechtswirklichkeit, die das nationale Recht dann nachzeichnen müsste.

II. Arbeitszeitrechtlicher Anwendungsbereich

Nach der Vorstellung des europäischen Gesetzgebers soll der Arbeitszeitschutz möglichst viele Arbeitsverhältnisse erfassen. Seine Anwendungsbereichsausnahmen haben für das Massenphänomen mobile Erreichbarkeit daher keine Bedeutung und sollen nur der Vollständigkeit halber kurz aufgeführt werden.

1. Unionsrechtlicher Rahmen

Diesen weiten Anwendungsbereich zieht die Arbeitszeitrichtlinie in Art. 1 Abs. 3 durch Verweis auf Art. 2 der Arbeitsschutz-Rahmen-Richtlinie (ArbSRL). Danach erfasst die ArbZRL nicht nur alle privaten, sondern auch grundsätzlich alle öffentlichen Tätigkeitsbereiche. Eine Ausnahme gilt für spezifisches hoheitliches Handeln iRd Gefahrenabwehr, Art. 2 Abs. 2 ArbSRL. Seeleute iSd Seeleute-Arbeitszeitschutz-Richtlinie⁹³ schließt die ArbZRL aus ihrem Anwendungsbereich von vorneherein aus.⁹⁴ Darüber hinaus bestimmen Art. 20 f. ArbZRL, dass deren Kernvorschriften nicht für Arbeitnehmer in Transportunternehmen,⁹⁵ auf Offshore-Anlagen und an Bord seegehender Fischereifahrzeuge gelten. Diese Arbeitnehmer unterfallen einem anderen Arbeitszeitregime.

93 Richtlinie 1999/63/EG des Rates vom 21. Juni 1999 zu der vom Verband der Reeder in der Europäischen Gemeinschaft (European Community Shipowners' Association ECSA) und dem Verband der Verkehrsgewerkschaften in der Europäischen Union (Federation of Transport Workers' Unions in the European Union FST) getroffenen Vereinbarung über die Regelung der Arbeitszeit von Seeleuten, ABl. EU, Nr. L 167 S. 33 v. 2.7.1999.

94 Dem folgt § 18 Abs. 3 ArbZG, indem er das Arbeitszeitrecht von bestimmten Seeleuten im Seearbeitsgesetz regelt.

95 Sog. „mobile Arbeitnehmer“, Art. 2 Nr. 7 ArbZRL. Der Begriff hat nichts mit der hier erörterten Problematik zu tun.

Die ArbZRL ist gem. Art. 15 mindestharmonisierend und dient gem. Art. 23 nicht zur Rechtfertigung, ein bestehendes (höheres) Schutzniveau auf das richtlinienkonforme Maß zu reduzieren.

2. Nationalrechtliche Bestimmungen

Das ArbZG entspricht der Systematik der ArbZRL und nimmt in den §§ 19–21a spezifische hoheitliche Tätigkeiten, Beschäftigung im Luftverkehr, in der Binnenschifffahrt⁹⁶ und im Straßentransport (teilweise) aus seinem Anwendungsbereich aus.

III. Arbeitszeitrechtlicher Arbeitnehmerbegriff

Der Arbeitszeitschutz erfasst nur Arbeitnehmer, was die Frage aufwirft, von welchem Arbeitnehmerbegriff die ArbZRL überhaupt ausgeht und ob er mit dem Arbeitnehmerbegriff des nationalen Rechts identisch ist.

1. Unionsrechtlicher Rahmen

Nach der Rechtsprechung des *EuGH*,⁹⁷ der sich die Meinung im Schrifttum angeschlossen hat,⁹⁸ ist der Arbeitnehmerbegriff der ArbZRL ein autonomer Begriff des Unionsrechts, der in Art. 45 AEUV gründet. Nationalrechtliche Definitionen spielen also keine Rolle.⁹⁹ Das wirft einerseits die Frage auf, ob die Bestimmungen der ArbZRL auch für Organe juristischer Personen gelten. Darüber hinaus bereitet auch der Begriff „*leitende Angestellte*“ in Art. 17 Abs. 1 lit. a ArbZRL Probleme. Diese Fragen hängen insofern zusammen, als GmbH-Geschäftsführern idR die Kompetenzen eines leitenden Angestellten zukommen. „*Zweifelsfrei*“, wie *Preis/Sagan*¹⁰⁰ meinen, ist dies aber keinesfalls. Greifen die

96 Zur Arbeitszeit auf See s. §§ 42 ff. SeeArbG.

97 *EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak]*, Rn. 28; *EuGH v. 07.04.2011 – C-519/09 [May]*, Rn. 21; *EuGH v. 14.10.2010 – C-428/09 [Union syndicale Solidaires Isère]*, Rn. 28.

98 S. nur *Ziegler*, S. 303 f.; *Preis/Sagan/Ulber*, § 6 – Arbeitszeit Rz. 58; *EUArbR/Gallner*, Art. 1 ArbZRL Rn. 37 ff.

99 Diese „*Europäische Definitions-Prärogative arbeitsrechtlicher Begriffe*“ (*Krimphove*, *ArbR Aktuell* 2018, 137) gilt nicht nur für den Arbeitnehmerbegriff, sondern auch für den Arbeitszeit- und Ruhezeitbegriff, sowie für die Definition von Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft, vgl. *EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak]*, 33 ff.; anders noch *Freyler*, S. 47 ff.

100 *Preis/Sagan*, *ZGR* 2013, 26 (55).

GmbH-Gesellschafter mittels § 37 Abs. 1 GmbHG ins Tagesgeschäft ein, was gerade bei Familienunternehmen durchaus vorkommt, kann der Fremd- bzw. Minderheitengesellschaftergeschäftsführer möglicherweise gerade keine Entscheidungen (bspw. Einstellung und Kündigung von Arbeitnehmern) treffen, wie sie für leitende Angestellte typisch sind.

Der *EuGH* hat in den Rechtssachen *Danosa*¹⁰¹ und *Balkaya*¹⁰² für den Mutterchutz bzw. das Recht der Massenentlassungen entschieden, dass auch Fremd- und Minderheitengesellschaftergeschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne des autonomen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs sind. Diese Rechtsprechung gilt auch iRd ArbZRL.¹⁰³

Ausdrücklich umfasst die ArbZRL auch Arbeitsverhältnisse im „öffentlichen Tätigkeitsbereich“. Damit unterliegen ihr grundsätzlich auch Beamte¹⁰⁴ und der Bereich der freiwilligen Feuerwehr.¹⁰⁵

2. Nationalrechtliche Bestimmungen

Das ArbZG gibt über seinen Arbeitnehmerbegriff nur bedingt Aufschluss. Zwar enthält § 2 Abs. 2 ArbZG eine Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers, doch es handelt sich nicht um eine gesetzliche Definition, aus der Abgrenzungskriterien erwachsen.¹⁰⁶ Jenseits der herkömmlichen Abgrenzungsfragen, die für mobile Erreichbarkeit keine entscheidende Rolle spielen und auf die diese Arbeit daher nicht näher eingeht, gebietet die unionsrechtskonforme Auslegung auch den öffentlichen Dienst, d.h. insbesondere Beamte, soweit sie keine spezifischen hoheitlichen Tätigkeiten iRd Gefahrenabwehr ausüben, sowie Fremd- bzw.

101 *EuGH* v. 11.11.2010 – C-232/09 [*Danosa*].

102 *EuGH* v. 9.7.2015 – C-229/14 [*Balkaya*].

103 *Hildebrand*, S. 255; *Forst*, *GmbHR* 2012, 821 (824); *Preis/Sagan*, *ZGR* 2013, 26 (56); *EUArbR/Gallner*, Art. 1 *ArbZRL* Rn. 39; zurückhaltender *Henssler/Lunk*, *NZA* 2016, 1425 (1429); anders noch *Lunk/Rodenbusch*, *GmbHR* 2013, 188 (193), deren Erst-Recht-Schluss, den sie darauf stützen, dass Art. 17 Abs. 1 *ArbZRL* eine Ausnahme vom Anwendungsbereich für leitende Angestellte vorsieht, nicht überzeugt. Selbst wenn die betroffenen Organmitglieder leitende Angestellte wären, was – wie oben dargestellt – nicht zwingend ist, so sieht Art. 17 *ArbZRL* nur die Möglichkeit vor, Leitende aus dem Anwendungsbereich der *ArbZRL* auszunehmen. Das bedeutet umgekehrt aber, dieser erfasst jene grundsätzlich sehr wohl.

104 *EuGH* v. 03.05.2012 – C-337/10 [*Neidel*]; *EuGH* v. 14.07.2005 – C-52/04 [*Personalrat Feuerwehr Hamburg*].

105 *EuGH* v. 21.02.2018 – C-518/15 [*Matzak*], Rn. 28.

106 S. nur *Schliemann*, *ArbZG*, § 1 Rn. 79.

Minderheitengesellschaftergeschäftsführer vom Arbeitnehmerbegriff zu erfassen.

IV. Arbeitszeitrechtlicher Arbeitsbegriff

Nachdem der Arbeitnehmerbegriff des Arbeitszeitrechts feststeht, ist die zentrale Frage zur Einordnung mobiler Erreichbarkeit, was das Unionsrecht eigentlich unter *Arbeit* versteht. Daran entscheidet sich insbesondere, ob ganz geringfügige bzw. freiwillige Tätigkeiten des Arbeitnehmers überhaupt Rechtsfolgen des Arbeitszeitrechts auslösen.

1. Unionsrechtlicher Rahmen

Maßgeblich sind zunächst die Begriffsbestimmungen „*Arbeitszeit*“ (Art. 2 Nr. 1 ArbZRL) und „*Ruhezeit*“ (Art. 2 Nr. 2 ArbZRL). Die Richtlinie schafft einen Dualismus beider Begriffe. Indem sie Ruhezeit negativ als „*jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit*“ definiert, weist sie dem Begriff der Arbeitszeit die entscheidende Abgrenzungsfunktion zu.¹⁰⁷ Dieser ist allerdings mit erheblichen Unsicherheiten behaftet, die im Zuge der SIMAP-Rechtsprechung des EuGH¹⁰⁸ zutage getreten, indes von diesem nicht befriedigend gelöst worden sind.¹⁰⁹

a) Wortlautauslegung

Nach Art. 2 Nr. 1 ArbZRL 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*“.

Die deutsche Sprachfassung verursacht Verständnisschwierigkeiten, denn erstens erlaubt die Syntax die Annahme, der Passus „*gemäß den einzelstaatlichen*

107 Pointiert Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston v. 26.07.2017 – C-518/15 [Matzak]: „*die Kategorie der ‚Ruhezeit‘ [hat] Auffangcharakter*“.

108 EuGH v. 03.10.2000 – C-303/98 [SIMAP]. Der SIMAP-Entscheidung liegt die Vorgängerversion der ArbZRL, die Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. EG Nr. L 307/18 v. 13.12.1993 zugrunde. Die ArbZRL hat die Begriffsbestimmung der Arbeitszeit in Art. 2 Nr. 1 RL 93/104/EG wortgleich übernommen, s. dazu auch Fn. 66.

109 Ebenso kritisch Franzen, ZESAR 2015, 407 (409): „[...] *weder sachgerecht noch klar [...] geregelt*“.

*Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten*¹¹⁰ beziehe sich nur auf den Satzteil „während der ein Arbeitnehmer arbeitet“. Der übrige Teil der Definition wäre dann von einzelstaatlichen Regelungen unabhängig.¹¹¹ Dieser Auslegung steht die Übersetzung des Art. 2 Nr. 1 ArbZRL in fast allen anderen Amtssprachen¹¹² entgegen. Außer in der schwedischen Fassung¹¹³ befindet sich der Bezug auf die nationalen Regelungen immer am Ende, bezieht sich also auf die gesamte Definition.

Zweitens ergibt sich je nach Lesart des Art. 2 Nr. 1 ArbZRL ein unterschiedliches Verständnis des Zusammenspiels seiner einzelnen Satzteile. Einerseits könnte man die Vorschrift so verstehen, als zähle sie drei verschiedene Varianten der Arbeitszeit auf:

1. „[...] arbeitet,
2. dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt **oder**
3. Aufgaben wahrnimmt.“

Andererseits erlaubt die Formulierung das Verständnis, Arbeitszeit stehe unter drei verschiedenen, kumulativ zu erfüllenden, Voraussetzungen, nämlich

1. „[...] arbeitet,
2. dem Arbeitgeber zur Verfügung steht **und**
3. seine Tätigkeit ausübt oder¹¹⁴ Aufgaben wahrnimmt.“

Der Umstand, dass die ArbZRL den Substantiven *Tätigkeit* und *Aufgaben* verschiedene Verben zuordnet (*ausübt* bzw. *wahrnimmt*) spricht für ersteres Verständnis, denn die Wahl von vier Prädikaten ist für eine alternative Aufzählung

110 Dieser Verweis bedeutet indes nicht, dass es den Mitgliedsstaaten freigestellt wäre, den Begriff der Arbeitszeit zu definieren, vgl. EUArbR/*Gallner*, Art. 2 ArbZRL Rn. 1.

111 Sollte sich dieser Passus hingegen auf die gesamte Definition der Arbeitszeit beziehen, hätte die ArbZRL klarer formulieren müssen. Etwa: „Arbeitszeit: gemäß der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten jede Zeitspanne, während [...]“

112 Die ArbZRL ist in 23 von 24 Amtssprachen übersetzt, nur eine irische Fassung existiert nicht.

113 Dort heißt es: „*arbetstid: all tid i enlighet med nationell lagstiftning eller praxis då arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande samt därvid utför aktiviteter eller uppgifter.*“ Die schwedische Fassung ist aber v.a. insofern bemerkenswert, als ihr der Aspekt „*arbeitet*“, der ansonsten immer zuerst genannt wird, völlig fehlt. Übersetzt lautet sie: „Arbeitszeit: Alle Zeit gemäß den nationalen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten, die der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers steht, einschließlich der darunter fallenden Aktivitäten und Aufgaben“.

114 Bei diesem Verständnis lediglich eine Alternative innerhalb der letzten Voraussetzung.

unumgänglich. Andererseits hätte der Richtliniengeber kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen unter Verwendung von nur drei Prädikaten formulieren können: „[...] arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit oder Aufgaben wahrnimmt“. Diese Formulierung hat er aber gerade nicht gewählt.¹¹⁵

Diesem sprachlichen Schluss stehen allerdings die Fassungen des Art. 2 Nr. 1 ArbZRL in anderen Amtssprachen entgegen. Die englische Fassung „*‘working time’ means any period during which the worker is working, at the employer’s disposal and carrying out his activity or duties, in accordance with national laws and/or practice*“ lässt nur das Begriffsverständnis kumulativ zu erfüllender Voraussetzungen zu. Gleiches gilt für die niederländische Fassung „*en zijn werkzaamheden of functie uitoefent*“, die schwedische Fassung, die Sprachfassungen der romanischen Sprachenfamilie¹¹⁶ und der slawischen Sprachenfamilie¹¹⁷. Diese ausgewählten Vergleichssprachen zeichnen ein eindeutiges Bild: Um Arbeitszeit iSd ArbZRL zu bejahen, müssen die Voraussetzungen *arbeiten, dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen und Tätigkeiten ausüben* kumulativ erfüllt sein. Die letztgenannte ist entbehrlich, sofern der Arbeitnehmer *Aufgaben wahrnimmt*.¹¹⁸

Mit dieser Erkenntnis beginnen aber erst die großen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Arbeitsbegriffs der ArbZRL. Diese liegen darin, dass die erste Voraussetzung („arbeitet“) nicht Klarheit, sondern tautologische Begriffsleere schafft,¹¹⁹ denn der Wortsinn „Arbeit“ umfasst ein breites

115 Wollte die ArbZRL hingegen lediglich eine (alternativ ausgestaltete) Alternative zu „arbeiten“ regeln, hätte der Richtliniengeber formulieren müssen: Arbeitszeit: jede Zeitspanne während der ein Arbeitnehmer [...] arbeitet oder dem Arbeitgeber während er entweder seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt zur Verfügung steht.

116 Französische Fassung: „*et dans l’exercice de son activité ou de ses fonctions*“; spanische Fassung: „*y en ejercicio de su actividad o de sus funciones*“; italienische Fassung: „*e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni*“; portugiesische Fassung: „*e no exercício da sua actividade ou das suas funções*“; rumänische Fassung: „*și își exercită activitatea sau funcțiile*“.

117 Tschechische Fassung: „*a vykonává svou činnost nebo povinnosti*“; polnische Fassung: „*oraz wykonuje swoje działania lub spełnia obowiązki*“; slowakische Fassung: „*a vykonáva svoju činnosť alebo povinnosti*“, slowenische Fassung: „*in opravlja svoje naloge ali dolžnosti*“.

118 Zu den sprachlichen Verwirrungen s. auch Schlussantrag des Generalanwalts v. 08.04.2003 – C-151/02 [Jaeger], 31.

119 Ebenso Franzen, ZESAR 2015, 407 (409).

Bedeutungsspektrum, das von der einzelnen Verrichtung bis zur Beschäftigung im Allgemeinen reicht.¹²⁰

b) Die Rechtsprechung des EuGH

Der *EuGH* verwendet in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung die Formel: „Entscheidend ist der Umstand, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten und sich zu seiner Verfügung zu halten, um gegebenenfalls sofort seine Leistung erbringen zu können.“¹²¹

aa) Persönliche Anwesenheit am Arbeitsplatz

In der *SIMAP*-Entscheidung bezieht der *EuGH* den Definitionsteil „arbeitet“ auf die persönliche Anwesenheit des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz.¹²² Mit der *Jaeger*-Entscheidung stellt der *EuGH* klar, dass dies unabhängig davon gilt, wie der Arbeitnehmer die Zeiten der persönlichen Anwesenheit am Arbeitsplatz gestaltet; auch Schlafen zählt danach zur Arbeitszeit.¹²³ Stehe der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber außerhalb des Arbeitsplatzes zur Verfügung, handle es sich hingegen nicht um Arbeitszeit.

Der Bewertung des *EuGH* liegt folgende Überlegung zugrunde: Hält sich der Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz auf, ist er in der Gestaltung der Zeiten ohne Inanspruchnahmen auf die Möglichkeiten seines Aufenthaltsortes beschränkt, insbesondere fehlt ihm der Kontakt zu Familie und Freunden, also anderen Mitmenschen, die nicht seine Arbeitskollegen sind. Muss er hingegen erst auf Abruf am Arbeitsplatz erscheinen, ist er in der Wahl seines Aufenthaltsortes (eingeschränkt) frei und kann daher die Zeiten ohne Inanspruchnahme (eingeschränkt) nach eigenem Gusto gestalten.

120 Im *Grimm'schen Wörterbuchs* heißt es: „Ein uraltes, viel merkwürdige Seiten darbietendes Wort“, *Grimm/Grimm* (Hrsg.), Deutsches Wörterbuch, 1854–1961, Bd. 1, Sp. 539.

121 *EuGH* v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak], Rn. 59; *EuGH* v. 26.07.2017 – C-175/16 [Hälvä], Rn. 42; *EuGH* v. 09.07.2015 – C-87/14 [Kommission / Irland], Rn. 21; *EuGH* v. 04.03.2011 – C-258/10 [Grigore], Rn. 53; *EuGH* v. 11.01.2007 – C-437/05 [Vorel], Rn. 28; *EuGH* v. 01.12.2005 – C-14/04 [Dellas], 58.

122 *EuGH* v. 03.10.2000 – C-303/98 [SIMAP], Rn. 48 ff.

123 *EuGH* v. 09.09.2003 – C-151/02 [Jaeger].

bb) Intensität der Arbeitsleistung

In der Rechtssache Dellas¹²⁴ erweitert der *EuGH* den Arbeitsbegriff um eine negative Abgrenzung: Zu den wesentlichen Merkmalen des Begriffs Arbeitszeit im Sinne der ArbZRL gehöre nicht die Intensität der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit. Der zeitliche Umfang einer Arbeitsleistung taugt also nicht als Kriterium, diese aus dem Anwendungsbereich der ArbZRL auszunehmen.

cc) Unverzüglichkeit der Arbeitsaufnahme

Kam es dem *EuGH* zunächst nur auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Arbeitgebers, also auf die Zeitgestaltungsmöglichkeiten an, die der Arbeitnehmer an seinem Aufenthaltsort hat, gewinnt vermehrt der zweite Definitionsteil „um gegebenenfalls sofort seine Leistung erbringen zu können“ an Bedeutung. Wer sofort eine Leistung erbringen muss, wird aus der Freizeitphase herausgerissen. Ihm verwehrt der Arbeitgeber, „sich seinen persönlichen und sozialen Interessen zu widmen“.¹²⁵ In der Rechtssache Matzak¹²⁶ hielt der *EuGH* eine achtminütige Abruffrist für zu kurz.

dd) Einzelfallbetrachtung oder: die Qualität der Freizeit

Damit rückt die Qualität der Freizeit in den Mittelpunkt der Abgrenzungsfragen.¹²⁷ Zwei Kriterien bestimmen diese Qualität maßgeblich: (1) Ist der Arbeitnehmer frei in der Wahl seines Aufenthaltsortes? (2) Wie schnell muss der Arbeitnehmer nach einem Abruf seine Arbeit aufnehmen?

Es wäre aber zu kurz gegriffen, isoliert auf diese beiden Kriterien abzustellen. Vielmehr bedarf es einer wertenden Gesamtbetrachtung des Einzelfalls.¹²⁸ Dabei spielt eine maßgebliche Rolle, wie viel Freizeit dem Arbeitnehmer ungestört am Stück zur Verfügung steht und ob dieser sich auf die Gestaltung seiner Freizeit tatsächlich einlassen kann. Ab welcher Schwelle dies gilt, ist aber nach wie vor unklar. Zwar reicht für den *EuGH* in der Rechtssache Matzak schon aus, dass „objektiv die Möglichkeiten eines Arbeitnehmers in Herrn Matzaks Lage“¹²⁹

124 *EuGH v. 01.12.2005 – C-14/04 [Dellas]*; bestätigt durch *EuGH v. 11.01.2007 – C-437/05 [Vorel]*, Rn. 25.

125 *EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak]*, Rn. 63.

126 *EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak]*.

127 So ausdrücklich: Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston v. 26.07.2017 – C-518/15 [Matzak], Rn. 58; zustimmend *Bayreuther*, NZA 2018, 348 (349). In diese Richtung bereits: *EuGH v. 10.09.2015 – C-266/14 [Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras]*, Rn. 39.

128 Zutreffend *Bayreuther*, NZA 2018, 348 (349).

129 *EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak]*, Rn. 63.

eingeschränkt sind, sich der Freizeit zu widmen. Diese äußerst weitgehende Formulierung ist aber wohl der besonders eindeutigen Sachverhaltskonstellation des Ausgangsfalls geschuldet und bedeutet nicht, dass jede objektive Einschränkung der Freizeit Arbeitszeit iSd ArbZRL auslöst.

Andererseits ist auch die folgende Randnummer (Rn. 64) der Matzak-Entscheidung, in der der *EuGH* Fälle „*eines Arbeitnehmers, der während seines Bereitschaftsdienstes einfach nur für seinen Arbeitgeber erreichbar sein muss*“ abgrenzt, ungenau. Der *EuGH* lässt dabei nämlich außer Acht, dass Erreichbarkeit niemals um ihrer selbst willen besteht, sondern immer darauf gerichtet ist, eine Arbeitstätigkeit zu ermöglichen.¹³⁰ Es kommt also maßgeblich darauf an, in welchem Verhältnis Arbeitsabruf und Tätigkeitsaufnahme zueinander stehen.

2. Nationalrechtliche Bestimmungen

Auch die Begriffsbestimmung „*Arbeitszeit ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen*“ des § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG löst den unklaren Arbeitsbegriff der ArbZRL nicht auf. Den Begriff der Arbeit definiert der Gesetzgeber nicht. Er hat das ArbZG gemeinschaftskonform angepasst.¹³¹ Dadurch findet die oben dargestellte Rechtsprechung des *EuGH* auch Eingang iRd Auslegung des Arbeitsbegriffs des ArbZG.¹³²

3. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit

a) Hinführung

Wer sich mit dem Arbeitsbegriff befasst, fragt danach, ob eine bestimmte Tätigkeit überhaupt das Tatbestandsmerkmal Arbeit erfüllt. Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung beschäftigt sich intensiv mit der Frage, ob einerseits freiwillige und andererseits geringfügige Tätigkeiten iRd mobilen Erreichbarkeit überhaupt dem Arbeitsbegriff unterfallen.

Darüber hinaus ordnet das arbeitsrechtliche Schrifttum mobile Erreichbarkeit unmittelbar einer spezifischen Arbeitszeitform zu.¹³³ Dabei sollte die Zuordnung

130 S. dazu die Ausführungen im 1. Kapitel – II.

131 S. ausführlich 4. Kapitel.

132 So i.E. auch *Freyler*, S. 80 f., die sich eingehend mit dem Arbeitsbegriff des nationalen Rechts auseinandersetzt. Spätestens seit der Matzak-Rechtsprechung des *EuGH* v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak] steht allerdings fest, dass dem nationalen Arbeitszeitbegriff keine eigenständige Rolle zukommt, s. oben 2. Kapitel – IV.1.

133 Die Antwort, ob mobile Erreichbarkeit mit den Instrumentarien des Bereitschaftsdienstes bzw. der Rufbereitschaft praxistauglich umgesetzt werden kann, fehlt in der Literatur indes bislang. S. dazu 4. Kapitel – IV.

zu einer der spezifischen Arbeitszeitform (Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft) erst der zweite Schritt sein, denn im System des ArbZG ermöglichen die besonderen Arbeitszeitformen lediglich Ausnahmenregelungen. Um festzustellen, ob es dieser Ausnahmen überhaupt bedarf, muss man in einem ersten Schritt zunächst die einzelnen Phasen der mobilen Erreichbarkeit arbeitszeitrechtlich bewerten. Diese Arbeit begreift mobile Erreichbarkeit als zweistufiges System. Darauf aufbauend bewertet der folgende Teil, welche der einzelnen Phasen den Arbeitsbegriff des Arbeitszeitrechts erfüllen. Dann setzt sich die Arbeit damit auseinander, ob das Arbeitszeitrecht Raum für Freiwilligkeiten oder Gefälligkeiten, die nicht unter seinen Arbeitsbegriff fallen, offenhält.

b) Phasen mobiler Erreichbarkeit

aa) Beschreibung des tatsächlichen Zustands

(1) Allgemeines

Die verschiedenen Phasen der mobilen Erreichbarkeit sind entweder Arbeitszeit oder Ruhezeit. Das folgende Schaubild zeigt die vier bzw. sechs Phasen mobiler Erreichbarkeit:

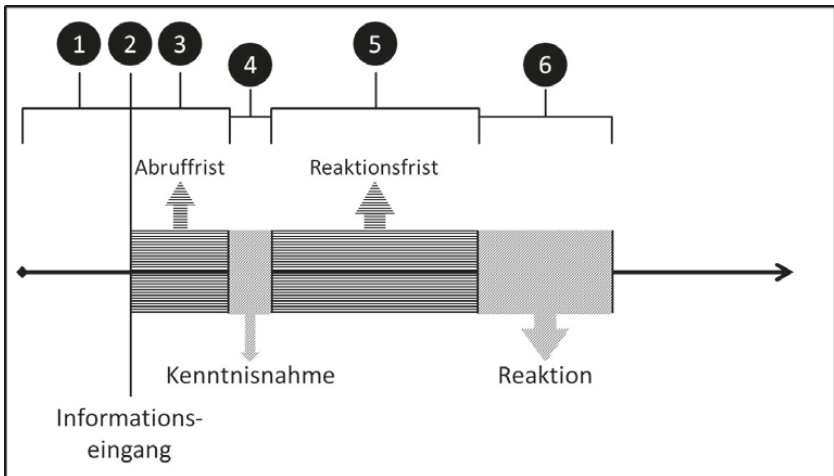


Abb. 3: Phasen mobiler Erreichbarkeit

Während der ersten Phase ist der Arbeitnehmer erreichbar, ohne dass ihn schon eine Information des Arbeitgebers erreicht hätte. Die zweite Phase markiert den Moment, in dem das Mobilgerät des Arbeitnehmers eine Information

aus der beruflichen Sphäre empfängt. Dabei ist zunächst unerheblich, ob der Arbeitnehmer den Informationseingang zur Kenntnis nimmt. Es schließt die dritte Phase an, während der der Inhalt der Information auf die Kenntnisnahme des Arbeitnehmers wartet. Diese Kenntnisnahme (bspw. Lesen einer E-Mail, SMS oder Chat-Nachricht) ist die vierte Phase. Jede Tätigkeit iRd mobilen Erreichbarkeit verläuft mindestens in diesen vier Phasen. Zwei weitere Phasen kommen immer dann hinzu, wenn die Information eine weitere Veranlassung des Arbeitnehmers vor Wiederbeginn seines regulären Arbeitstages fordert. Die fünfte Phase ist die Reaktionsfrist, die verstreicht, bis der Arbeitnehmer die gebotene weitere Veranlassung (bspw. Beantworten der Nachricht, Weiterleiten des Vorgangs) trifft. Diese Veranlassung stellt die sechste und letzte Phase dar.

Kenntnisnahme und Reaktion, also vierte und sechste Phase, fordern bewusstes Handeln des Arbeitnehmers. Daher können mehrere dieser Phasen nicht gleichzeitig auftreten. Anderes gilt für die erste, zweite, dritte und fünfte Phase. Sobald und solange der Arbeitnehmer auf Empfang ist, befindet er sich in der ersten Phase. Auch wenn er gerade dabei ist, eine Information, die ihn während dieser Phase erreicht hat, zur Kenntnis zu nehmen, ist er nicht vor weiterem Informationseingang gefeit, z.B. davor, dass ihn weitere E-Mails erreichen, während er eine E-Mail liest.

(2) Telefonat

Bei einem Telefonat fallen die zweite und dritte Phase nahezu zusammen, denn zwischen dem Informationseingang (Klingeln des Telefons) und dessen Abruf (Annehmen des Anrufs) liegen nur wenige Momente. Ähnliches gilt für die vierte und die sechste Phase: Sie schließen unmittelbar aneinander an, die fünfte Phase schrumpft in den Bereich eines Augenblicks, denn zwischen Kenntnisnahme der Information (Anhören des Anrufenden) und Reaktion (Antwort) liegt ein kaum messbarer Zwischenraum. Eher ein Gedankenspiel sind Telefonate, bei denen der Anrufende nach Kundgabe der Information unmittelbar auflegt und keine Reaktion des Arbeitnehmers abwartet.

(3) Informatorische Nachricht

Eine vergleichbare Situation tritt hingegen bei schriftlichen Benachrichtigungen regelmäßig auf. Es handelt sich um rein informatorische Inhalte, die vom Arbeitnehmer keine weitere Veranlassung fordern, sondern lediglich dazu bestimmt sind, dass der Arbeitnehmer sie zur Kenntnis nimmt und ihren Informationsgehalt in seinen Arbeitsprozess einbezieht. Beispiel: In einem Architekturbüro leitet ein Kollege dem Projektleiter einen aktuellen Entwurf zu, auf dessen

Grundlage dieser weitere Berechnungen durchführt. Bei solchen Informationen entfällt die fünfte und sechste Phase.

(4) Nachricht mit weiterer Veranlassung und ständige Erreichbarkeit

Nachrichten, die eine weitere Veranlassung erfordern, sind der typische Fall mobiler Erreichbarkeit. Diesen typischen Fall kennzeichnet, dass der Arbeitnehmer die Länge der Abruf- und der Reaktionsfrist frei bestimmt. Die betriebliche Wirklichkeit mobiler Erreichbarkeit bedeutet in erster Linie, dass der Arbeitnehmer in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers auch außerhalb der regulären Arbeitszeiten eingebettet bleibt und gerade nicht, dass er in ständiger Alarmbereitschaft am Mobilgerät verharrt.

Letzteres Vorstellungsbild prägt die Diskussion unter dem Stichwort „ständige Erreichbarkeit“. Sie geht – zumeist unausgesprochen¹³⁴ – davon aus, der Arbeitnehmer müsse einen Informationseingang jederzeit unmittelbar zur Kenntnis nehmen und sofort im Anschluss an die Kenntnisnahme reagieren. Damit ist ständige Erreichbarkeit lediglich eine Spielart mobiler Erreichbarkeit, nicht aber deren Prototyp.

Die starke Verengung der Diskussion zu mobiler Erreichbarkeit auf die Spielart ständige Erreichbarkeit birgt mehrere Probleme. Erstens betrachtet sie das Phänomen mobile Erreichbarkeit von innen aus dem Blickwinkel einer Extremform, statt von außen dessen allgemeine Strukturen aufzuklären. Das zeigt sich im Übrigen auch an der Tendenz, ständige Erreichbarkeit unmittelbar einer besonderen Arbeitszeitform zuzuordnen und anhand ihrer Spezialregeln Lösungen der Probleme zu suchen. Zweitens erfasst der rechtswissenschaftliche Diskurs dadurch nur einen Teil der digitalen Arbeitswelt. Er beschränkt sich einerseits auf eine Bewertung von Anrufen in der Freizeit des Arbeitnehmers, die dieser annehmen muss, denn nur ein verpflichtendes Gespräch bietet unmittelbaren Zusammenhang von Informationserhalt, Kenntnisnahme und Reaktion. Andererseits erfasst die Diskussion dabei alle Fälle, in denen über mobile Erreichbarkeit ein Arbeitsprozess in Gang gesetzt wird, es also zu einem Hin und Her von Nachrichten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitsphäre kommt.

134 Ansatzweise Krause, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 37) „sofort oder alsbald reagieren“. Soweit ersichtlich beschäftigt sich lediglich Falder, NZA 2010, 1150 nur ganz am Rande mit dem Unterschied von Kenntnisnahme und Reaktion.

bb) Bewertung als Arbeitszeit

Die Einordnung der sechsten Phase bereitet keine größeren Schwierigkeiten, weil der Arbeitnehmer das tut, was er auch während der regulären Arbeitszeit täte. Reagiert er auf die Information, indem er bspw. eine E-Mail weiterleitet oder beantwortet, erbringt er eine Arbeitsleistung. Zur Bewertung kommt es gerade nicht auf die Intensität, d.h. auf deren zeitlichen Umfang an.¹³⁵ Gleiches gilt für die Kenntnisnahme, also die vierte Phase. Das Aufnehmen einer Information und die Bewertung, wann sie welche Veranlassung erfordert, zählen zur Arbeitszeit. Schwierigkeiten mögen sich zwar daraus ergeben, dass der gedankliche Vorgang sich einer genauen zeitlichen Messung entzieht. Auch läuft er idR parallel zur Kenntnisnahme ab. Wer also einen Zweizeiler liest, braucht nicht einmal zehn Sekunden zur Informationsaufnahme und Entscheidung, wie er mit dieser Information umgehen möchte. Gleichwohl ist die Einordnung als Arbeitszeit sachgerecht, denn der Arbeitnehmer tut auch nichts anderes als an seinem Arbeitsplatz.

Anderes gilt zunächst für die erste Phase, da der Arbeitnehmer in dieser Zeit der Diktion des *EuGH* folgend „frei über seine Zeit verfügen und eigenen Interessen nachgehen“ kann. Diese Phase ist keine Arbeitszeit. Auch der Moment des Informationserhalts ändert das nicht, weshalb auch die zweite Phase nicht zur Arbeitszeit zählt.

Abruffrist (Phase 3) und Reaktionsfrist (Phase 5) nehmen hingegen eine Sonderrolle ein und stehen eigentlich zwischen Ruhezeit und Arbeitszeit. Einerseits kann der Arbeitnehmer in dieser Zeit immer noch eigenen Interessen nachgehen, denn weder an den Erhalt der Information (Phase 2), noch an deren Kenntnisnahme (Phase 4) knüpft ein Tätigkeitsautomatismus. Vielmehr bestimmt der Arbeitnehmer die Dauer der dritten und fünften Phase grundsätzlich selbst. Andererseits schwebt das Damoklesschwert nahender Arbeit über dem Arbeitnehmer. Vor allem in der dritten Phase unterliegt die Entscheidungsfreiheit überdies Schranken. Mobile Erreichbarkeit setzt voraus, dass der Arbeitnehmer, jedenfalls in gewissen Abständen, neu erhaltene Informationen zur Kenntnis nimmt.

135 *EuGH v. 01.12.2005 – C-14/04 [Dellas]*.

c) Die Rechtsprechung des EuGH

Der *EuGH* bestimmt Arbeitszeit einerseits danach, ob sich der Arbeitnehmer an einem vorgegebenen Ort aufhalten muss, andererseits, innerhalb welcher Frist er auf einen Arbeitsabruf des Arbeitgebers reagieren muss.

Der Versuch, diese Anwesenheitsformel auf die hier diskutierte Problematik anzuwenden, weist auf den zentralen arbeitszeitrechtlichen Konflikt mit mobiler Erreichbarkeit hin: Das herkömmliche Verständnis von Arbeit und Arbeitszeit geht davon aus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit grundsätzlich ortsgebunden, d.h. an einem festen Arbeitsplatz ausübt. Es stuft die Bewertung von Tätigkeiten des Arbeitnehmers in Abhängigkeit zu diesem Ort wie zu einem Fixstern ein. Tätigkeiten, die der Arbeitnehmer iRd mobiler Arbeit ausübt, sind nicht an einen fixen Ort gebunden. Damit wird der Arbeitsort zum Wandelstern, der sich nicht für Positionsbestimmungen eignet.

Konsequenterweise muss man nämlich jeden Ort, an dem der Arbeitnehmer Arbeitstätigkeiten verrichtet als Arbeitsort einstufen. Der Arbeitnehmer, der das Mobilgerät mit sich führt, hält sich dauerhaft am Arbeitsplatz auf, genauer vielleicht: Er hat seinen Arbeitsplatz permanent bei sich.¹³⁶

Einerseits hält das mitgeführte Mobilgerät den Arbeitnehmer nicht davon ab, die Zeiten ohne Inanspruchnahme nach eigenem Gusto zu gestalten. Er ist sogar noch freier, als der Arbeitnehmer, der klassische Rufbereitschaft leistet. Denn der mobil erreichbare Arbeitnehmer wird zu mobiler Arbeit herangezogen, muss seinen Aufenthaltsort also nicht wechseln. Der in klassischer Rufbereitschaft befindliche Arbeitnehmer darf sich hingegen immer nur in Abhängigkeit zur Abrufzeit vom Arbeitsort entfernen. Je schneller er nach Abruf am Arbeitsplatz erscheinen und die Arbeit aufnehmen muss, desto enger ist sein Bewegungsradius. Je enger der Bewegungsradius, desto beschränkter ist der Arbeitnehmer in der Gestaltung der Zeiten ohne Inanspruchnahme.¹³⁷ Der mobil erreichbare Arbeitnehmer kann die Arbeit an Ort und Stelle aufnehmen, ihm steht also in den Grenzen der technischen Erreichbarkeit und des sozial Geduldeten jeder Aufenthaltsort und damit eine denkbar weite Gestaltung der Zeiten ohne Inanspruchnahme offen.

Andererseits zeichnet die mobile Erreichbarkeit gerade aus, dass sie das Mobilgerät zum ständigen Begleiter des Arbeitnehmers befördert. Während der in klassischer Rufbereitschaft befindliche Arbeitnehmer vom Arbeitsplatz und

136 Pointiert *Falder*, NZA 2010, 1150: „Der heutige Arbeitnehmer ist eine Art wandelndes Büro.“

137 S. dazu auch 4. Kapitel – IV.2.a.

den damit verbundenen Belastungen räumlich getrennt ist, fallen Arbeitsplatz und Freizeitort beim mobil erreichbaren Arbeitnehmer zusammen. Dem mobil erreichbaren Arbeitnehmer droht, ihn könne die Arbeitssphäre jederzeit aus seiner Freizeittätigkeit herausreißen. Besonders deutlich wird das an den von der Literatur hauptsächlich diskutierten Fällen ständiger Erreichbarkeit. Immer dann, wenn der Arbeitnehmer iRd mobilen Erreichbarkeit in einen Arbeitsprozess eingebunden ist, befindet er sich zwar physisch in seiner Freizeitsphäre, doch bleibt geistig in der Arbeitssphäre verhaftet.

Den Effekt verstärkt die Eigenverantwortlichkeit des Arbeitnehmers, wann er Informationen abrufen und wann bzw. wie er sie bearbeitet. Der Arbeitnehmer steht vor der Herausforderung, sein Pflichtbewusstsein, d.h. möglichst schnell und effizient die Aufgaben der Arbeitssphäre zu erledigen, mit seinem Freizeitwert zu vereinbaren. An dieser Stelle sei ein Vorgriff auf die ruhezzeitrechtliche Bewertung gestattet: Die Konzeption des Arbeitszeitrechts sieht diese Herausforderung nicht vor.

d) Ausnahmen vom Arbeitsbegriff

Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung beschäftigt sich iRd Arbeitsbegriffs ausführlich mit der Frage, wie das Arbeitszeitrecht einerseits freiwillige und andererseits Tätigkeiten ganz geringfügigen Umfangs handhabt. Solche Tätigkeiten entziehen sich vermeintlich einer arbeitszeitrechtlichen Bewertung, weil es auf den ersten Blick unbillig bzw. praxisfern wirkt, die strengen Rechtsfolgen des Arbeitszeitrechts an sie zu knüpfen. Die wissenschaftliche Diskussion ist allerdings recht unübersichtlich. Zunächst fehlt eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Phänomen mobiler Erreichbarkeit und seinen verschiedenen Phasen. Zweitens unterbleibt häufig eine klare Trennung von Tatbestand- und Rechtsfolgenreite. Drittens tauchen vergütungsrechtliche Denkmuster in der Diskussion auf, obwohl sie nichts mit der arbeitszeitrechtlichen Bewertung zu tun haben. Viertens haben bestimmte Rechtsbegrifflichkeiten in die Diskussion Einzug gehalten, die dem Arbeitszeitrecht fremd sind.

aa) Gefälligkeiten

(1) Literaturmeinungen

Unter dem Stichwort „Gefälligkeiten“ diskutiert *Schuchart*,¹³⁸ bestimmte „nicht rein arbeitsbezogene Tätigkeiten“ aus dem Anwendungsbereich des ArbZG auszunehmen. Darunter seien etwa kurze Terminabsprachen oder organisatorische

138 *Schuchart*, in: *Neue Arbeitswelt*, S. 175 (197 f.).

Rückfragen zu verstehen. Ihrer Ansicht nach handle es sich um ein „*aliud zur eigentlichen Arbeitsleistung*“. Sie vergleicht solche Tätigkeiten als „*sozial adäquat*“ mit Geschäftsessen, von denen sie mit Bezug auf *Schliemann*¹³⁹ annimmt, sie seien keine Arbeitszeit iSd ArbZG. Allerdings spricht sie sich für eine sehr restriktive Anwendung ihres Gefälligkeitsbegriffs aus.

Auch *Däubler*, *Krause* und *Oetker* befürworten Ausnahmen für Gefälligkeitsleistungen,¹⁴⁰ wobei nur *Krause* ein Beispiel nennt, nämlich die Mitteilung an einen Kollegen, ein Termin werde verlegt.

(2) Stellungnahme

Im Arbeitszeitrecht gibt es keine Gefälligkeitsleistungen.

Der Begriff Gefälligkeitsleistung ist schon dogmatisch mindestens irreführend, denn er dient im Bürgerlichen Recht der Abgrenzung lediglich sozialer (iSv zwischenmenschlicher) Verpflichtungen zu klagbaren rechtlichen Bindungen. Wer aus Gefälligkeitsleistung handelt, dem fehlt der subjektive Tatbestand einer Willenserklärung, die auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gerichtet ist.¹⁴¹ Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht aber mit dem Arbeitsvertrag schon ein Rechtsgeschäft. Platz für Gefälligkeitsleistungen ist also nur außerhalb dieses Dauer-schuldverhältnisses, d.h. außerhalb des arbeitsvertraglichen Pflichtenkanons. In Frage kommt dies etwa dann, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Eintrittskarten für ein Konzert beschafft, ihm Tipps für eine geplante Reise gibt oder zu sportlichen Aktivitäten berät, natürlich immer vorausgesetzt, es handelt sich bei Konzertbesuch, Reise oder Sport um Freizeitaktivitäten und nicht um die Arbeitssphäre. Hingegen handelt es sich bei den hier diskutierten „*Gefälligkeitsleistungen*“ immer um Tätigkeiten, die im Rahmen der arbeitsvertraglichen Pflichtenerfüllung anfallen, bspw. Terminvereinbarungen oder Rücksprachen zu bestimmten Arbeitsergebnissen. Damit geht es gar nicht um die Frage, ob sich der Arbeitnehmer überhaupt rechtlich binden möchte, denn das hat er schon, sondern allenfalls darum, ob eine bestimmte Leistungshandlung des Arbeitnehmers Erfüllungswirkung haben soll. Diese Frage spielt aber iRd Arbeitszeitrechts keine Rolle, sondern bezieht sich auf die Vergütung dieser Leistung. Das Arbeitszeitrecht schützt den Arbeitnehmer vor den gesundheitlichen Gefahren

139 *Schliemann*, ArbZG, § 2 Rn. 13.

140 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (16); *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 36); *Oetker*, JZ 2016, 817 (818).

141 Statt aller *Faust*, § 2 Rn. 14.

fremdbestimmter Beanspruchung. Kommt er einer Pflicht des Arbeitsverhältnisses nach, setzt er sich diesen Gefahren notwendigerweise aus.¹⁴²

Deswegen überzeugt *Oetkers*¹⁴³ Meinung, nicht jede arbeitsbezogene Aktivität sei rechtlich erfassbar, nicht. Auch das von ihm angeführte Beispiel des Gewerkschaftssekretärs, der auf dem Weg zur Kundgebung am 1. Mai ein Problem mit Kollegen diskutiert, lässt sich arbeitszeitrechtlich kategorisieren. Wer sich mit Freunden, Bekannten oder sogar Kollegen über die Arbeit austauscht, erbringt keine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung, muss umgekehrt sogar darauf achten, nicht eine Geheimhaltungspflicht (Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB) zu verletzen. Anderes gilt für denjenigen, zu dessen arbeitsvertraglichen Pflichten die Diskussion mit Kollegen zählt.

Ebenso ist der Terminus „*aliud*“ durch das Schuldrecht schon klar belegt: Er gehört zum Bereich des Leistungsstörungenrechts. Wer ein *aliud* leistet, erbringt eine andere als die geschuldete Leistung und damit höchstens eine Schlechtleistung.¹⁴⁴ Tätigkeiten wie Terminabsprachen oder organisatorische Rückfragen gehören in den Branchen, die mobile Erreichbarkeit nutzen, originär zu den arbeitsvertraglichen Pflichten. Von Schlechtleistung kann keine Rede sein. Die Terminologie „*aliud*“ passt daher nicht in den Kontext.

Auch der Vergleich mit Geschäftsessen überzeugt nicht, die genannten Tätigkeiten als „*sozial adäquat*“ aus dem Anwendungsbereich des ArbZG auszuklammern, denn es leuchtet schon nicht ein, warum Geschäftsessen nicht zur Arbeitszeit zählen sollen. Die Kategorie „*gesellschaftlich übliche Betätigung*“¹⁴⁵ ist ein Fremdkörper in der synallagmatischen Verknüpfung (arbeits-) vertraglicher Pflichten. Gehört es zur arbeitsvertraglichen Pflicht, mit Kunden oder Vorgesetzten essen zu gehen oder eine Sportveranstaltung zu besuchen, arbeitet der Arbeitnehmer zweifelsohne iSd Arbeitszeitschutzes.

Vor allen Dingen bleibt aber unklar, worin Gefälligkeiten bestehen sollen und wo die Grenze zu Arbeitstätigkeiten iSd ArbZG verläuft. Würden Terminabsprachen weiterhin als Gefälligkeiten gelten, wenn sie sich häufen? Und welcher Zeitraum wäre dabei zu berücksichtigen? Was ist mit organisatorischen Rücksprachen, die neue Arbeitsschritte in Gang setzten? Die Kategorie

142 Die Frage, was gilt, wenn der Arbeitnehmer freiwillig, d.h. ohne Anweisung des Arbeitgebers handelt, ist davon ebenso zu trennen, wie die Problematik, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber dadurch möglicherweise bestimmter Sanktionen aussetzt, ohne dass der Arbeitgeber Arbeit angeordnet hätte. Vgl. dazu 6. Kapitel.

143 *Oetker*, JZ 2016, 817 (818 f.).

144 Eingehend zur *Aliud*-Leistung im Arbeitsverhältnis *Gast*, S. 156 ff.

145 *Schliemann*, ArbZG, § 2 Rn. 13.

„Gefälligkeiten“ entpuppt sich als Büchse der Pandora, die – einmal geöffnet – Unsicherheiten in die Welt der mobilen Erreichbarkeit bringt, die niemand rechtssicher einhegen wird.

bb) Freiwilligkeit

Anders als bei Fließbandarbeit, die die einzelnen Arbeitsschritte strukturiert vorgibt, findet mobile Erreichbarkeit in einer Arbeitswirklichkeit statt, die der Arbeitnehmer weitgehend frei gestaltet. Mobile Erreichbarkeit entgrenzt sowohl Arbeitszeit als auch -ort und entzieht dadurch dem Arbeitgeber den Einfluss auf den Arbeitnehmer. Dieser kann nun jederzeit und überall etwas tun, was im weitesten Sinne zu seinen arbeitsvertraglichen Pflichten gehört. Das wirft die Frage auf, ob es einen Zusammenhang zwischen Arbeitsleistung und Arbeitgeber braucht. Werden also bestimmte Tätigkeiten des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber arbeitszeitrechtlich¹⁴⁶ nicht zugerechnet, obwohl sie in den Anwendungsbereich des ArbZG fallen? Sie unterscheidet sich von der gerade diskutierten Frage insoweit, als es eben nicht mehr um die grundsätzliche Abgrenzung zwischen arbeitsvertraglicher und außervertraglicher Sphäre geht, sondern um die Bewertung einzelner arbeitsvertraglicher Leistungen. Die dogmatische Zuordnung verschwimmt mitunter. Der Arbeitsbegriff, der iRd Diskussion zu Gefälligkeiten, die diesen eben nicht erfüllen sollen, die Grenzlinie bildet, spielt bei der Zurechnung eine geringere Rolle. Während zwar ein Teil der Literatur freiwillige Leistungen nicht als Arbeit iSd Arbeitszeitrechts subsumiert, wirkt es bei anderen eher so, als gebe es ein (ungeschriebenes) Zurechnungserfordernis.

(1) Literaturmeinungen

In der arbeitszeitrechtlichen Diskussion zeigen sich auf den ersten Blick zwei Strömungen. Während die eine Meinung einen Zurechnungszusammenhang verlangt, ist die andere der Ansicht, jede Tätigkeit im dienstlichen Interesse zähle zur Arbeitszeit.

(a) Pro Freiwilligkeit

Diejenigen, die eine Zurechnung der Tätigkeit des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber verlangen, eint die Ansicht, ohne Zurechnung handle der Arbeitnehmer freiwillig. Sie unterscheiden sich in den Anforderungen an diese Zurechnung.

146 Diese Frage hat auch eine vergütungsrechtliche Dimension, die aber von arbeitszeitrechtlichen Aspekten streng zu trennen und nicht Gegenstand dieser Arbeit ist, s. Einführung.

Den Hintergrund bildet die Befürchtung, der Arbeitnehmer habe es anderenfalls in der Hand, einseitig Rechtsfolgen zu Lasten des Arbeitgebers auszulösen.

Habe der Arbeitgeber Tätigkeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit untersagt, dürfe der Arbeitnehmer ihm diese nicht aufdrängen. Täte er es doch, lösten sie keine arbeitszeitrechtlichen Konsequenzen aus. Während *Bayreuther, Gaul, Jacobs, Monsch, Wank* und *Wiebauer* fordern¹⁴⁷, der Arbeitgeber dürfe diese jedenfalls nicht dulden, geht *Schlegel*¹⁴⁸ noch einen Schritt weiter. Danach dürfe beim Arbeitnehmer schon nicht der Eindruck entstehen, der Arbeitgeber verlange Freizeittätigkeit von ihm.

Ähnliches vertritt *Schuchart*,¹⁴⁹ nach deren Meinung die Tätigkeit dem Arbeitgeber dann zugerechnet werden solle, wenn dieser hätte erkennen können, dass der Arbeitnehmer Tätigkeiten iRd mobilen Erreichbarkeit geleistet hat. Es reiche aus, wenn der Arbeitgeber die Tätigkeit dadurch, dass er sie dulde, annehme und so genehmige.

Der Freiwilligkeit räumt dagegen *v. Steinau-Steinrück*¹⁵⁰ größeren Raum ein. Er sieht eine fließende Grenze zwischen freiwilligen Arbeitsleistungen, die der Arbeitnehmer aus einem inneren Drang erbringe und dessen Pflicht zur mobilen Erreichbarkeit. Für ihn fallen alle Tätigkeiten aus dem Anwendungsbereich des ArbZG, die lediglich das „*faktische Ergebnis des freiwilligen Herumtragens eines Mobiltelefons*“ sind.¹⁵¹

Noch weiter gehen *Wisskirchen/Bissles/Domke*,¹⁵² die eine ausdrückliche Anordnung des Arbeitgebers zur mobilen Erreichbarkeit verlangen. Das gelte sogar dann, wenn der Arbeitgeber mobile Erreichbarkeit unausgesprochen erwarte. Habe der Arbeitgeber mobile Erreichbarkeit nicht ausdrücklich angeordnet, sei eine Tätigkeit des Arbeitnehmers keine Arbeitszeit iSd ArbZG.

(b) Contra Freiwilligkeit

Ein anderer Teil der Literatur sieht hingegen für Freiwilligkeit iRd ArbZG per se keinen Raum.

147 *EuArbSoR/Bayreuther*, § 11 Arbeitszeit Rn. 22; *Gaul*, DB 2013, 60 (61); *Jacobs*, NZA 2016, 733 (735); *Monsch*, S. 55; *Wank*, RdA 2014, 285 (288); *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1433).

148 *Schlegel*, NZA-Beilage 2014, 16 (19).

149 *Schuchart*, in: *Neue Arbeitswelt*, S. 175 (195).

150 *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2012, 178.

151 In diese Richtung tendieren auch *Neumann/Biebl*, Arbeitszeitgesetz, § 7 Rn. 13a.

152 *Wisskirchen/Bissels/Domke*, DB 2010, 2052 (2053).

*Krause*¹⁵³ ist der Ansicht, in einem ersten Schritt zähle jede Tätigkeit im dienstlichen Interesse zur Arbeitszeit, Sanktionsfragen stellten sich erst auf nachgelagerter Ebene. Er wendet sich gegen die Lösung über eine Genehmigung etwa durch Annahme der Arbeitsleistung, da diese lediglich „fiktiven Charakter“ habe, weist also darauf hin, dass es sich dabei nur um ein Konstrukt handelt. Zudem entstünden durch das Genehmigungsmodell Schwebelagen, in denen zunächst nicht klar sei, ob eine Tätigkeit des Arbeitnehmers Arbeitszeit oder Ruhezeit sei.¹⁵⁴ Nach *Krauses* Meinung gehe es den Befürwortern der (eingeschränkten) Zurechnungslehre darum, den Arbeitgeber vor aufgedrängten Arbeitsleistungen zu schützen. Dieser Gefahr sei er aber nicht ausgesetzt, da er die Möglichkeit habe, sie zu untersagen.¹⁵⁵ Er untermauert seine Argumentation mit Bezug auf die *Sozialkommissarin Diamantopoulou*, die auf eine Anfrage des *Europäischen Parlaments* geantwortet hatte, die ArbZRL kenne die Rechtsfigur der freiwilligen Arbeit nicht.

An diese Sichtweise schließt *Däubler*¹⁵⁶ mit dem Argument an, der Arbeitgeber könne, nehme man freiwillige Leistungen aus dem Anwendungsbereich des Arbeitszeitschutzes aus, Arbeitstätigkeiten in die Freizeit verlagern und diesen so de facto zur Disposition der einzelnen Arbeitnehmer stellen, was angesichts des öffentlichen Interesses am Arbeitszeitschutz „völlig inakzeptabel“ sei. Im Übrigen eigne sich der Arbeitgeber das Arbeitsergebnis an und genehmige die Leistung des Arbeitnehmers dadurch.

Ebenso akzentuiert *Falder*¹⁵⁷ die gesetzliche Konzeption des Arbeitszeitrechts als öffentlich-rechtliches Arbeitsschutzrecht. Auch für ihn gibt es keine freiwillige Aufnahme der Arbeitstätigkeit, da der Arbeitnehmer nicht auf den Schutz des ArbZG verzichten könne. Hinzu komme, dass die Motivation des Arbeitnehmers immer zumindest auf die Förderung seiner Karriere bezogen sei und er damit eine für das Arbeitsverhältnis relevante Motivation habe.

153 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 36); zustimmend *Oetker*, JZ 2016, 817 (818).

154 *Krause*, NZA-Beilage 2017, 53 (56).

155 *Ders.*, Jahrbuch Arbeitsrecht 2016, S. 23 (39), dazu auch im Folgenden.

156 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (16). Ausnahmen würden seines Erachtens lediglich bei Tätigkeiten gelten, die der Arbeitnehmer ausschließlich im eigenen Interesse erbringe, wie das „Schmökern in alten E-Mails“.

157 *Falder*, NZA 2010, 1150 (1151 f.); zustimmend *Podewils*, AuR 2013, 293 (294); ähnlich auch *Freyler*, S. 118 ff., die überdies auf die (eigentlich lediglich für das Vergütungsrecht relevante Frage) der Fremdnützigkeit abstellt.

Auch *Anzinger/Koberski*, *Baeck/Deutsch*, *Schliemann* und *Wichert* vertreten,¹⁵⁸ allerdings auf die Unterbrechung der Ruhezeit bezogen, jede Tätigkeit des Arbeitnehmers sei Arbeit iSd ArbZG.

(2) Stellungnahme

(a) Mangelnde Disponibilität

Das Arbeitszeitrecht kennt keine freiwillige Arbeitsleistung, da dessen Schutz nicht disponibel ist. Das folgt aus seinem öffentlich-rechtlichen Charakter. Niemand käme auf die Idee, § 15 Abs. 2 ArbSchG, der Arbeitnehmern die bestimmungsgemäße Verwendung persönlicher Schutzausrüstung vorschreibt, unterliege einem Freiwilligkeitsvorbehalt. Gleiches gilt für die zahlreichen Unfallverhütungsvorschriften. Auch der Arbeitszeitschutz dient dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers. Auf den ersten Blick scheint der Arbeitnehmer zwar selbst einschätzen zu können, ob ihn die Arbeitstätigkeit gefährdet. Ob – was erheblich bezweifelt werden darf – das wirklich der Fall ist, kann indes offenbleiben, denn der Gesetzgeber hat durch die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Arbeitszeitschutzes entschieden, dass diese Frage nicht zur Disposition des einzelnen Arbeitnehmers steht.

(b) Zurechnungserfordernis oder: einseitiges Auslösen nachteiliger Rechtsfolgen

Die Sorge der Gegenansicht, der Arbeitnehmer könne dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung aufdrängen, führt zu der Frage, welchen Zusammenhang es zwischen Arbeitgeber und einer Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bedarf. So pauschal ist sie aber irreführend. Die Antwort auf diese Frage hängt nämlich von der jeweils betroffenen Rechtsfolge ab und wird daher an entsprechender Stelle dargestellt. Verkürzt zusammengefasst lässt sich aber der Befürchtung, der Arbeitnehmer könne einseitig Rechtsfolgen zulasten des Arbeitgebers herbeiführen, wie folgt entgegenreten:

Sofern die Gefahr öffentlich-rechtlicher Sanktionen (§§ 22 f. ArbZG) droht, bietet das Schuldprinzip dem Arbeitgeber hinreichenden Schutz.¹⁵⁹

158 *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 5 Rn. 3a; *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 5 Rn. 13; *Schliemann*, ArbZG, § 3 Rn. 10; NK-GA/*Wichert*, § 5 ArbZG Rn. 9.

159 S. 6. Kapitel – I.; dort auch zu der Frage, ob der Arbeitgeber mobiler Arbeit des Arbeitnehmers aktiv entgegenwirken muss.

Vergütungsrechtliche Folgen löst die Bewertung von Arbeit iSd ArbZG zunächst nicht aus, denn Vergütungsrecht und Arbeitszeitrecht sind voneinander unabhängig.¹⁶⁰

Bleibt noch das Problem, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigen darf, wenn dieser die Mindestruhezeit nicht eingehalten hat. Das mag auf den ersten Blick unbillig erscheinen, denn der Arbeitnehmer, der während der Ruhezeit Arbeitsleistungen ohne Wissen oder sogar gegen den Willen des Arbeitgebers erbringt, schafft diese Bredouille eigenverantwortlich zulasten des Arbeitgebers. Dagegen steht dem Arbeitgeber aber das Arsenal arbeitsrechtlicher Sanktionen, v.a. die Abmahnung und die verhaltensbedingte Kündigung zur Verfügung. Eine andere Lösung liefe auf eine Dispositionsbefugnis des Arbeitnehmers über die Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes hinaus. Dürfte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz eigenmächtiger Verstöße gegen die Mindestruhezeit beschäftigen, läge es in der Hand des Arbeitnehmers zu entscheiden, ob er diese einhält oder nicht.¹⁶¹ Möchte der Arbeitgeber diese Situation um jeden Preis verhindern, bleibt ihm nur, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit mobiler Arbeit etwa durch technische Sperren zu entziehen. Verpflichtet ist er dazu aber nicht.¹⁶²

(c) Öffentlich-rechtliche Schwebelagen

Neben dieser grundsätzlichen Kritik sind auch Zweifel im Detail angebracht. Schwebelagen, wie sie entstünden, käme es auf die nachträgliche Zurechnung an, passen nicht zum öffentlich-rechtlichen Charakter des Arbeitsschutzes. Ob eine Tätigkeit gefährlich ist oder nicht, entscheidet deren abstrakte Bewertung im Vorhinein.

(d) Praktische Erwägungen

Zudem verursacht diese Ansicht auch das praktische Problem, worin überhaupt die Annahme der Arbeitsleistung liegen soll. Arbeitnehmer, die mobile Erreichbarkeit leisten, genießen typischerweise große Freiheiten zur Einteilung ihrer Arbeit. Das bedeutet auch, dass der Arbeitgeber einzelne Arbeitsschritte nicht unmittelbar verwertet bzw. sie überhaupt zur Kenntnis nimmt. Vielfach liefert der Arbeitnehmer Ergebnisse ab, ohne dass der Arbeitgeber weiß und es ihn

160 S. Einführung.

161 Da die Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer bei Unterschreitung der Mindestruhezeit iSd § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist, verliert er gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB seinen Lohnanspruch und ist dem Arbeitgeber gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Eingehend *Giesen/Kersten*, DB 2017, 2865.

162 S. 6. Kapitel – I und 1. Kapitel – II.1.

interessiert, wie und wann diese zustände gekommen sind. Insofern nutzt der Arbeitgeber jede Tätigkeit des Arbeitnehmers für seine Zwecke.¹⁶³ Ganz grundsätzlich bleibt zweifelhaft, ob für echte Freiwilligkeit in einem Arbeitsumfeld, das immer Arbeit bereithält, überhaupt Platz ist.¹⁶⁴

V. Höchstleistungszeiten

Den Arbeitnehmerschutz begreift das Arbeitszeitrecht zunächst als Überlastungsschutz vor überbordender Arbeit. Es differenziert nicht zwischen unterschiedlichen Tätigkeiten oder Intensitäten, sondern statuiert eine pauschale Zahl Arbeitsstunden, die der Arbeitnehmer wöchentlich nicht überschreiten darf, die sog. Höchstleistungszeit.

1. Unionsrechtlicher Rahmen

Die Beschränkung wöchentlicher Höchstleistungszeiten nach Art. 6 ArbZRL nimmt Einfluss auf die Gestaltung mobiler Erreichbarkeit. Die ArbZRL deckelt die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum auf 48 Stunden, vgl. Art. 6 lit. b ArbZRL, kennt zunächst allerdings keine tägliche Obergrenze. Eine solche zieht Art. 3 ArbZRL (mittelbar). Danach muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer täglich elf Stunden Ruhezeit gewähren, darf ihn also maximal 13 Stunden beschäftigen. Der siebentägige Betrachtungszeitraum ermöglicht eine gewisse Flexibilität bei der Verteilung der Arbeit. Haben die Arbeitsvertragsparteien bspw. eine Fünftagewoche vereinbart, steht es dem Arbeitgeber frei, an einem Arbeitstag volle 13 Stunden auszuschöpfen, wenn er den Arbeitnehmer an den übrigen Tagen entsprechend weniger beschäftigt, also in dem Beispiel an den übrigen Tagen nur noch 8,75 Stunden.

Zudem lässt Art. 16 lit. b ArbZRL zu, dass die Mitgliedsstaaten einen viermonatigen Bezugszeitraum der wöchentlichen Höchstleistungszeit vorsehen. Unter Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Ruhezeit darf der Arbeitgeber die maximale Arbeitszeit des Arbeitnehmers iHv 768 Stunden innerhalb von 16 Wochen frei verteilen.

163 Noch größere Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich bei sog. Bring-Your-Own-Device-Vereinbarungen. Dazu ausführlich *Monsch*, S. 48.

164 Schwächer *Däubler*, AuR 2016, 325 (331), der erst dann die Grenze zieht, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsanfall anderweitig nicht bewältigen kann. *ders.*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (15) geht andererseits davon aus, die Verwendung mobiler Erreichbarkeit indiziere ein Übermaß an Arbeit, das nicht iRd regulären Arbeitszeit bewältigt werden könne.

2. Nationalrechtliche Bestimmungen

Das ArbZG verwendet das, verglichen mit der ArbZRL, strengere System täglicher Höchstarbeitszeiten. Gem. § 3 S. 1 ArbZG darf die Arbeitszeit werktäglich höchstens acht Stunden betragen; an Sonn- und Feiertagen besteht ein grundsätzliches Beschäftigungsverbot, vgl. § 9 Abs. 1 ArbZG.¹⁶⁵ Einen zehnstündigen Werktag erlaubt § 3 S. 2 ArbZG, sofern die durchschnittliche werktägliche Arbeitszeit innerhalb eines Ausgleichszeitraums von sechs Kalendermonaten bzw. 24 Wochen¹⁶⁶ bei acht Stunden bleibt.

§ 3 S. 2 ArbZG, der mit „*Kalendermonate*“ Zeitmonate meint¹⁶⁷ und dem Arbeitgeber die Verteilung der Arbeitszeit innerhalb des Ausgleichszeitraums freistellt,¹⁶⁸ ist unionsrechtswidrig, da die ArbZRL nur einen viermonatigen Bezugszeitraum gestattet.¹⁶⁹ Die Vorschrift ließe sich möglicherweise durch teleologische Reduktion für die Fälle des § 7 ArbZG aufrechterhalten, da er sich auf Art. 19 UAbs. 1 ArbZRL stützt, der einen sechsmonatigen Bezugszeitraum gestattet.¹⁷⁰ Im Übrigen, also für das Gros der Fälle, scheidet eine teleologische Reduktion, ungeachtet des erheblich umstrittenen Umfangs richtlinienkonformer Rechtsfortbildung,¹⁷¹ am klaren Wortlaut des § 3 Abs. 2 ArbZG. Der Wortlaut „*sechs*“ lässt sich nämlich nicht in den Wortlaut „*vier*“ abändern.¹⁷² Einer derartigen geltungserhaltenden teleologischen Reduktion hat darüber hinaus das BVerfG einen Riegel vorgeschoben.¹⁷³

165 Jugendliche, schwangere Frauen und stillende Mütter genießen erweiterten Arbeitsschutz, vgl. §§ 8 ff. JArbSchG, §§ 4 ff., 28 MuSchG. Dieses Sonderregime bleibt im Folgenden außer Betracht.

166 Der Streit, ob der Ausgleichszeitraum des § 3 S. 2 ArbZG von 6 Monaten bzw. 24 Wochen europarechtskonform ist, vgl. ErfK/Wank, § 3 ArbZG Rn. 6 f., bleibt hier außer Betracht.

167 Ausführlich Schliemann, ArbZG, § 3 Rn. 32 ff. mwN.

168 Ausführlich ErfK/Wank, § 3 ArbZG Rn. 9 mwN.

169 EUArbR/Gallner, Art. 17 ArbZRL Rn. 5; ErfK/Wank, § 3 ArbZG Rn. 7; Schliemann, ArbZG, § 3 Rn. 41; Buschmann/Ulber, Arbeitszeitgesetz, § 3 Rn. 16.

170 Gegen § 7 ArbZG bestehen indes aus anderen Gründen unionsrechtliche Bedenken, s. Erster Teil, Drittes Kapitel II.2.a).

171 Eingehende Darstellung EUArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 76 ff.

172 Ebenso Freyler, S. 145; am Rande so auch Schubert/Jerchel, WSI-Mit. 2/2011, 76 (77).

173 BVerfG v. 26.09.2011 – 2 BvR 469/07, Rn. 56.

3. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit

Insgesamt spielen Höchstarbeitszeiten iRd mobilen Erreichbarkeit eher eine untergeordnete Rolle, wie das folgende Beispiel illustriert.

Arbeitsvertraglich ist eine 40 Stundenwoche von montags bis freitags vereinbart, also 8 Stunden pro Arbeitstag. Innerhalb von 24 Wochen muss der Arbeitnehmer bei fünf Wochenarbeitsdagen ($24 \cdot 5 \cdot 8 =$) 960 Stunden arbeiten. Höchstens zulässig wären ($24 \cdot 6 \cdot 8 =$) 1152 Stunden, denn auch der Samstag kommt – unabhängig von der vertraglich festgeschriebenen Arbeitszeitverteilung – als Ausgleichstag in Frage.¹⁷⁴ Es bleiben 192 Stunden Differenz, bis die erlaubte Höchstarbeitszeit erreicht ist. Verteilt man diese 192 Stunden nun innerhalb des 24 Wochenzeitraums auf die Arbeitstage (5/Woche), dürfte der Arbeitnehmer an jedem Arbeitstag zusätzlich ($192/[24 \cdot 5]=$) 1,6 Stunden = 96 Minuten arbeiten.

Tätigkeiten während mobiler Arbeit nehmen üblicherweise nur eine kurze Dauer in Anspruch. Dem im Acht-Stunden-Tag beschäftigten Arbeitnehmer reichen dafür 96 Minuten täglich. Das ändert sich immer dann, wenn der Arbeitgeber die Höchstarbeitszeitengrenze ohnehin schon ausreizt. In solchen Fällen ist aber die Frage, ob Höchstarbeitszeiten mobiler Erreichbarkeit im Wege stehen, tatsächlich eine Frage der Verlängerung der Arbeitszeit.

Auch wenn – wofür gute Gründe sprechen¹⁷⁵ – der Gesetzgeber das System täglicher auf wöchentliche Höchstarbeitszeiten umstellen sollte, folgt daraus nicht, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer an einigen Tagen rund um die Uhr zu mobiler Erreichbarkeit heranziehen dürfte, denn auch ein System wöchentlicher Höchstarbeitszeiten findet seine Grenzen in den Ruhezeitenbestimmungen.

VI. Ruhe- und Pausenzeiten

Neben dem Überlastungsschutz der Höchstarbeitszeiten nutzt das Arbeitszeitrecht mit Ruhe- und Pausenzeiten einen weiteren Mechanismus, um Arbeitnehmer vor gesundheitlichen Gefahren zu bewahren. Pausenzeiten garantieren kurzfristige Unterbrechungen des Arbeitstages. Ruhezeiten sichern Erholung von der Arbeit und ermöglichen dem Arbeitnehmer Raum für – von der Arbeitssphäre unbeeinträchtigte – Freizeit. Das Arbeitszeitrecht kennt tägliche, wöchentliche und jährliche Ruhezeiten. Sie alle gewährleisten von Arbeit

174 Neumann/Biebl, Arbeitszeitgesetz, § 3 Rn. 11.

175 Zur Umstellung auf das System wöchentlicher Höchstarbeitszeiten s. 7. Kapitel – II.2.c.

ununterbrochene Ruhe. Das nationale Recht regelt die tägliche und wöchentliche Ruhezeit im ArbZG, die jährliche Ruhezeit im BUrlG. Die weiteren Ausführungen folgen dieser Trennung, weshalb sie die jährliche Ruhezeit, den Urlaub, gesondert besprechen.

1. Unionsrechtlicher Rahmen

a) Begriffsbestimmung

Die Begriffsbestimmungen des Art. 2 ArbZRL befassen sich gleich zweifach mit Ruhezeiten. Zunächst grenzt Nr. 1 die Ruhezeit negativ gegen die Arbeitszeit ab. Dann greift Nr. 9 den Begriff der Ruhezeit nochmals auf und konstatiert, diese diene dem Gesundheitsschutz als Schutz vor Gefahren durch Übermüdung und durch einen unregelmäßigen Arbeitsrhythmus. Der Gesundheitsschutz hat also eine doppelte Stoßrichtung. Erstens als Ausgleich der körperlichen Anstrengung, die Arbeit verursacht (Schutz vor Übermüdung). Zweitens zielt er auf kontinuierliche Beschäftigung (Schutz vor einem unregelmäßigen Arbeitsrhythmus). Kontinuität bedeutet immer auch Planbarkeit. So enthält das unionsrechtliche Ruhezeitenregime die Maßgabe, dass die Beschäftigung für den Arbeitnehmer planbar, d.h. absehbar sein muss. Das europäische Arbeitszeitrecht weist der mobilen Erreichbarkeit damit eine klare Richtung: Der Arbeitnehmer muss über Phasen verfügen, in denen er vom Arbeitsverhältnis nicht behelligt und somit für den Arbeitgeber unerreichbar ist.¹⁷⁶

b) Tägliche und wöchentliche Ruhezeiten

aa) Allgemeines

Die ArbZRL differenziert zwischen einer täglichen „*Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden*“ (Art. 3 ArbZRL) und einer 24 Stunden währenden „*kontinuierlichen*“ wöchentlichen Mindestruhezeit (Art. 5 ArbZRL). Mit anderen Worten: Die ArbZRL bestimmt eine Sechstageswoche bei täglicher ununterbrochener elfstündiger Ruhe. Sie kennt zwar keinen ausdrücklichen Sonntagsschutz, mobile Erreichbarkeit ist mit ihr aber weder *rund-um-die-Uhr* noch *Tag-für-Tag* vereinbar.

Mit der ArbZRL unvereinbar ist, der täglichen Ruhezeit die Funktion der physischen Erholung, der wöchentlichen Ruhezeit die Funktion der kontinuierlichen Beschäftigung – also Planbarkeit von Arbeit und Freizeit – zuzuordnen.

¹⁷⁶ Dieses „Recht auf Nichterreichbarkeit“ ist auch verfassungsrechtlich geboten, s. 2. Kapitel – I.2.a.

Einer derartigen Trennung, nach der der Arbeitgeber Kontinuität lediglich dadurch gewährleisten muss, dem Arbeitnehmer einen feststehenden freien Wochentag einzuräumen, iRd übrigen Woche die täglichen Ruhezeiten hingegen nach eigenem Gusto verteilt, widerspricht Art. 2 Nr. 9 ArbZRL, der ganz grundsätzlich von Ruhezeiten spricht. Erst das zweite Kapitel der ArbZRL unterteilt zwischen täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten.

bb) Abweichende Bezugszeiträume, Art. 16 lit. a ArbZRL

Ein gewisses Maß an Flexibilisierung der wöchentlichen Ruhezeit erlaubt Art. 16 lit. a ArbZRL durch seinen vierzehntägigen Bezugszeitraum. Die Mitgliedsstaaten dürfen die Unterschreitung der wöchentlichen Ruhezeit zulassen, sofern sie sicherstellen, dass der Arbeitgeber die Richtlinienvorgaben in einem zweiwöchigen Zeitraum insgesamt einhält.

Beispiel: Der Arbeitgeber beschäftigt den Arbeitnehmer in der ersten Woche von Montag bis Sonntag durchgehend. In der zweiten Woche muss er ihm dann zweimal 24 Stunden kontinuierliche Ruhezeit gewähren, ihn also bspw. Samstag und Sonntag nicht zur Arbeit heranziehen.

Für die tägliche Mindestruhezeit kennt die ArbZRL die Möglichkeit abweichender Bezugszeiträume nicht.

c) Ruhepausen

Art. 4 ArbZRL fordert eine Ruhepause bei mehr als sechsständiger täglicher Arbeit, überlässt die nähere Ausgestaltung dem nationalen Gesetzgeber bzw. den Tarif- und Sozialpartnern. Damit stellt die ArbZRL lediglich auf die Gesamtdauer der täglichen Arbeit ab und nicht darauf, ob und wie viele Stunden der Arbeitnehmer am Stück arbeitet. Der *EuGH* hatte sich bislang nur am Rande mit Ruhepausen auseinanderzusetzen.¹⁷⁷

2. Nationalrechtliche Bestimmungen

a) Tägliche Ruhezeit

§ 5 Abs. 1 ArbZG setzt die Richtlinienvorgabe zur täglichen Ruhezeit defizitär in nationales Recht um, da er den Arbeitgeber lediglich verpflichtet, eine ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden „nach Beendigung der täglichen Arbeit“ zu gewährleisten. Aus dieser Formulierung geht der Kern der europäischen Ruhezeitenregelung, der in jedem 24 Stunden Zeitraum einen Block von elf Stunden

177 EUArbR/*Gallner*, Art. 4 ArbZRL Rn. 4.

Ruhezeit verlangt, nicht klar hervor. Vielmehr lässt sie auch eine Interpretation zu, nach der die tägliche Arbeitszeit alleine von der Höchstarbeitszeitenregelung abhängt und sich die Ruhezeit lediglich anschließt. Wie oben ausgeführt, begrenzt die ArbZRL durch ihre Regelungen zur täglichen Ruhezeit die tägliche Höchstarbeitszeit auf maximal 13 Stunden.

Eine richtlinienkonforme Auslegung ermöglicht dem Rechtsanwender, dieses Problem in den Griff zu bekommen. Diese setzt am Begriff der „*täglichen Arbeitszeit*“ in § 5 Abs. 1 ArbZG an, denn sie darf wegen des Zusammenspiels zwischen Ruhe- und Höchstarbeitszeit, maximal 13 Stunden betragen. Sofern der Arbeitnehmer diesen Zeitraum nicht überschreitet, hat er „*nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit*“ immer noch die Möglichkeit elf zusammenhängende Stunden zu ruhen, ohne das von der ArbZRL vorgegebene 24 Stunden-Intervall zu überschreiten.

b) Wöchentliche Ruhezeit

Durch den von § 9 Abs. 1 Var. 1 ArbZG geschützten arbeitsfreien Sonntag setzt der nationale Gesetzgeber die Richtlinienvorgabe eines wöchentlichen Ruhetags (Art. 5 ArbZRL) auf besondere Weise um. Die ArbZRL kennt nämlich keinen spezifischen Sonntagsschutz.¹⁷⁸ Dieser geht vielmehr auf die verfassungsrechtlich geschützte Sonn- und Feiertagsruhe zurück, Art. 140 GG iVm Art. 139 WRV.¹⁷⁹ Sofern das ArbZG deren Durchbrechung erlaubt (§ 10 ArbZG), sichert § 11 Abs. 3 S. 1 ArbZG dem betroffenen Arbeitnehmer innerhalb zweier Wochen den unionsrechtlich vorgeschriebenen Ruhetag zu. Dieser Bezugszeitraum ist mit der ArbZRL vereinbar, s. oben.

c) Ruhepausen

§ 4 S. 1 ArbZG verschafft dem Arbeitnehmer bei mehr als sechsstündiger täglicher Arbeit eine Ruhepause von 30 Minuten. Überschreitet die tägliche Arbeitszeit neun Stunden, wächst die Pausenlänge auf 45 Minuten an. Die Mindestdauer einer Pause beträgt 15 Minuten. Das Recht der Ruhepausen unterliegt – entgegen dem Vorstellungsbild der ArbZRL – nur in geringem, für diese Problematik unbeachtlichem, Umfang der Tarifdispositivität.¹⁸⁰

178 Für einen solchen fehlt der Union die Regelungskompetenz, vgl. EuGH v. 12.11.1996 – C-84/94 [Vereinigtes Königreich/Rat], Rn. 37.

179 S. oben, 2. Kapitel – I.2.

180 Schliemann, ArbZG, § 4 Rn. 4.

Schon die Begriffsbestimmung der Arbeitszeit in § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG grenzt die Arbeitszeit gegen Ruhepausen ab. Ruhepausen gehören also nicht zur Arbeitszeit, folglich darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in diesem Zeitraum nicht zur Arbeitsleistung heranziehen. Ebenso darf er sich nicht vorbehalten, den Arbeitnehmer jederzeit aus der Pause zurückzurufen.¹⁸¹

3. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit

a) Grundsatz

Das Ruhezeitenregime verblockt 45 % (11/24 Stunden) und damit fast die Hälfte eines Tages zur völligen Störungsfreiheit. Dadurch steht es mobiler Erreichbarkeit im Weg, die auf die Flexibilisierung iSd Abwechslung von Arbeit und Freizeit in kurzen Intervallen zielt. Es fordert die Planbarkeit der Arbeitstätigkeit. Da die ArbZRL keinen Bezugszeitraum hinsichtlich der täglichen Ruhezeit eröffnet, ist das monolithische Ruhezeitenregime grundsätzlich unverrückbar.

b) Ausnahmsweise Unterbrechung der Ruhezeit

Die Literatur greift dieses Problem in der Kontroverse über eine Einschränkung der Ruhezeitenregelungen bei geringfügigen Arbeitsleistungen auf.

aa) Literaturmeinungen

(1) Pro Unterbrechung

Die Befürworter¹⁸² einer Beschränkung durch teleologische Reduktion sind der Ansicht, kurzfristige Unterbrechungen der Ruhezeit, sog. „nicht nennenswerte Arbeitsleistungen“ gefährdeten den Regenerationszweck der Ruhezeit nicht. Ein Arbeitnehmer, dessen Tätigkeit eine bestimmte zeitliche Schwelle nicht erreiche, erbringe keine erhebliche Arbeitsleistung, die den Erholungswert beeinträchtige.

181 BeckOK-ArbR/Kock, § 4 ArbZG Rn. 1.

182 Anzinger/Koberski, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 5 Rn. 3b, 14; Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, § 5 Rn. 14; Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331; Freyler, S. 165 f.; Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1028); Hanau, NJW 2016, 2613 (2617); Jacobs, NZA 2016, 733 (737); Lüthge, AuA 2016, 712 (714); Neumann/Biebl, Arbeitszeitgesetz, § 7 Rn. 13b; Scheicht, AuA-Sonderausgabe 2014, 35 (36); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179); NK-GA/Wichert, § 5 ArbZG Rn. 8; Wirtz, BB 2014, 1397 (1401); Wisskirchen/Bissels/Domke, DB 2010, 2052 (2053); Wolf, ZAAR Bd. 39, S. 61 (65).

Die Erheblichkeitsschwelle liege bei 10–15 Minuten.¹⁸³ Vereinzelt Stimmen schränken sie aber auf eine einmalige Unterbrechung der Ruhezeit ein.¹⁸⁴

Zur Absicherung dieser Argumentation dienen zwei Entscheidungen des BAG aus den Jahren 1986 bzw. 1989.¹⁸⁵ Das BAG hatte in vergütungsrechtlichen Streitigkeiten über den Anspruch eines Schulhausmeisters auf Betreuung abendlicher außerschulischer Veranstaltungen (Vereinssport) der Schulsporthalle zu entscheiden. Der Hausmeister stand während dieser Veranstaltungen lediglich für Notfälle zur Verfügung. Er leistete Bereitschaftsdienst, der damals arbeitszeitrechtlich als Ruhezeit galt, gleichwohl einen Vergütungsanspruch auslöste. Um Personalkosten zu sparen, entzog der Schulträger dem Hausmeister die Hallenbetreuung und berief sich dazu u.a. auf einen Verstoß gegen die ArbZO. Er war nämlich der Ansicht, durch Abschließen der Halle und Ausschalten des Lichtes am Ende des Bereitschaftsdienstes leiste der Hausmeister Arbeit iSd ArbZO, weshalb sich daran eine elfstündige Mindestruhezeit anschließen müsse. Dies stehe aber dessen arbeitsvertraglicher Pflicht entgegen, den Schulbetrieb am nächsten (frühen) Morgen zu betreuen. Dieses Argument überzeugte das BAG nicht. Beim Ausschalten des Lichtes und Abschließen der Halle handle es sich um „keine nennenswerte Arbeitsleistung“, da die Tätigkeiten nicht über das hinausgingen, „was jeder Bereitschaftsdienstleistende zu tun hat, wenn er den Bereitschaftsdienst nicht in seiner Wohnung, sondern an einem anderen von dem Arbeitgeber bestimmten Ort leistet. Auch dieser hat nach Beendigung des Bereitschaftsdienstes den Ort zu verlassen und das Licht auszuschalten und abzuschließen [...]“.¹⁸⁶ Die Befürworter einer teleologischen Reduktion meinen, diese Rechtsprechung sei auf mobile Erreichbarkeit zu übertragen, sofern es um kurze telefonische Rücksprachen oder gelegentlichen E-Mail-Kontakt gehe, da auch solche Tätigkeiten „keine nennenswerten Arbeitsleistungen“ seien.

183 NK-GA/Wichert, § 5 ArbZG Rn. 8; Wirtz, BB 2014, 1397 (1401).

184 Wirtz, BB 2014, 1397 (1401).

185 BAG v. 13.11.1986 – 6 AZR 567/83; BAG v. 26.01.1989 – 6 AZR 566/86. Beide Entscheidungen haben einen nahezu identischen Tatbestand und weichen in der rechtlichen Würdigung nicht voneinander ab, weshalb die folgenden Ausführungen sie gemeinsam darstellen.

186 BAG v. 13.11.1986 – 6 AZR 567/83, Rn. 33; BAG v. 26.01.1989 – 6 AZR 566/86, Rn. 31.

(2) Contra Unterbrechung

Die Gegner¹⁸⁷ einer teleologischen Reduktion führen zunächst systematische Argumente an. Es sei paradox, einerseits jede Tätigkeit auf die Höchstarbeitszeit anzurechnen, andererseits bestimmte Tätigkeiten nicht die Ruhezeit unterbrechen zu lassen.¹⁸⁸ Zudem berge die teleologische Reduktion Rechtsunsicherheiten und verursache nur weitere (neue) Abgrenzungsfragen.¹⁸⁹ Im Übrigen gehe einer kurzen Tätigkeit regelmäßig eine längere gedankliche Beschäftigung voraus.¹⁹⁰ Die Hausmeisterrechtsprechung des BAG sei als Präjudiz ungeeignet, da Bereitschaftsdienst mittlerweile insgesamt – und damit auch jede noch so kurzzeitige Tätigkeit – als Arbeitszeit zähle.¹⁹¹ Diese Sichtweise bestätige der *EuGH*¹⁹² in der *Dellas*-Entscheidung, da er in Rn. 43 klarstelle, dass die Intensität der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit nicht zu den wesentlichen Merkmalen des europarechtlichen Arbeitszeitbegriffs gehöre.

bb) Stellungnahme

Die Diskussion um eine teleologische Reduktion iRd Ruhezeitenregimes geht an der technischen Wirklichkeit mobiler Erreichbarkeit vorbei. Die Befürworter haben ein Bild aus den Anfängen der Digitalisierung vor Augen, bei dem der Arbeitnehmer punktuell auf sein Postfach zugreift und dort E-Mails abrufen. Push-Funktionen, die Nachrichten unmittelbar auf das Mobilgerät des Arbeitnehmers weiterleiten und dort durch optisches bzw. akustisches Signal ankündigen, haben das punktuelle Abrufen ersetzt.¹⁹³ Besonderes Wesensmerkmal dieser

187 *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, S. 118; *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (18); *Kohte*, NZA 2015, 1417 (1423); *Falder*, NZA 2010, 1150 (1152); *Monsch*, S. 60; *Maier*, DB 2016, 2723 (2726); *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1433); *Wank*, RdA 2014, 285 (289); *Schliemann*, NZA 2016, Editorial zu Heft 4; *Gaul*, DB 2013, 60 (61); BeckOK-ArbR/*Kock*, § 2 ArbZG Rn. 7.3; HK-ArbR/*Growe*, § 2 ArbZG Rn. 6; HK-ArbR/*Ernst/Bartl*, § 5 ArbZG Rn. 8; *Buschmann*, PersR 6/2017, 34; *Schuchart*, in: Neue Arbeitswelt, S. 175 (208); *Krause*, NZA-Beilage 2017, 53 (57).

188 *Maier*, DB 2016, 2723 (2726); *Falder*, NZA 2010, 1150 (1152); *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1433).

189 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (18); *Monsch*, S. 61; *Schuchart*, in: Neue Arbeitswelt, S. 175 (208).

190 *Monsch*, S. 61.

191 *Falder*, NZA 2010, 1150 (1152); *Wank*, RdA 2014, 285 (289).

192 *EuGH* v. 01.12.2005 – C-14/04 [*Dellas*].

193 Dies übergeht *Freyler*, S. 104, die die bloße Kontrolle des elektronischen Posteingangs vom Arbeitsbegriff ausnimmt, allerdings ohne darauf einzugehen, dass in aller Regel mit dieser Kontrolle selbstverständlich auch das Lesen der eingegangenen Mail verbunden ist.

Technologie ist die Einbindung des Arbeitnehmers in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers. Mögen die Arbeitstätigkeiten auch keinen großen zeitlichen Umfang einnehmen, so fallen sie doch mit einer gewissen Häufigkeit an. Diesen Aspekt blenden die meisten Verfechter der teleologischen Reduktion aus. Wer ihn in seine Erwägungen einbezieht, gelangt ohnehin zu dem Ergebnis, mehrfache Arbeitsaufnahmen während eines Ruhezeitraums erfasse die teleologische Reduktion nicht. Damit hat sie aber für den typischen Fall mobiler Erreichbarkeit keine Relevanz.

Auch systematisch überzeugen die Argumente zur teleologischen Reduktion des Ruhezeitenregimes nicht. Richtigerweise müssten sie auf Ebene der ArbZRL ansetzen, da das nationale Recht an die Richtlinienvorgaben gebunden ist.¹⁹⁴ Die Diskussion findet fast ausschließlich auf nationalrechtlicher Ebene statt und verweist allenfalls auf die unionsrechtlichen Zusammenhänge. Denkt man konsequent von der ArbZRL, löst sich auch der – von der Gegenauffassung zu Recht monierte – Widerspruch, die Tätigkeit des Arbeitnehmers sei gleichzeitig Arbeitszeit und Ruhezeit, was angesichts des antagonistischen Verhältnisses zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit nicht angehe. Wer den teleologischen Ansatz auf Art. 3 ArbZRL überträgt, bemerkt, dass Hebelpunkt der teleologischen Reduktion einzig der Arbeitszeitbegriff sein kann. Zunächst ist dort nämlich von einer „*ununterbrochenen Ruhezeit*“ keine Rede. Vielmehr spricht die Norm von einer „*Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden*“. „*Zusammenhängend*“ kennzeichnet aber lediglich das Verhältnis mehrerer voller Stunden Ruhezeit zueinander und bietet daher keinen geeigneten Ansatzpunkt zur teleologischen Reduktion. Möchte man diese vornehmen, lässt sich einzig am Begriff „*Mindestruhezeit*“ anknüpfen. Diesen definiert Art. 2 Nr. 2 ArbZRL in Abgrenzung zum Arbeitszeitbegriff. Folglich bleibt nur, vermeintlich „*nicht nennenswerte Tätigkeiten*“ aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsbegriffs auszuklammern.

Dagegen spricht in der Tat schon die Dellas-Entscheidung¹⁹⁵ des EuGH, wonach die Intensität der Arbeitsleistung nicht zu den wesentlichen Merkmalen des Arbeitsbegriffs der ArbZRL zählt.

Auch die Hausmeisterrechtsprechung des BAG lässt nicht zu, geringfügige Tätigkeiten aus dem Anwendungsbereich des Arbeitszeitrechts auszuklammern. Schon die Formulierung „*keine nennenswerte Arbeitsleistung*“ wählt das BAG unglücklich. Wie der Gesamtzusammenhang zeigt, hielt das BAG die streitgegenständlichen Tätigkeiten für einen Annex zum Bereitschaftsdienst, der sich

194 So auch Oetker, JZ 2016, 817 (818).

195 EuGH v. 01.12.2005 – C-14/04 [Dellas].

daraus ergibt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer verpflichtet, sich an einer bestimmten Stelle aufzuhalten. Vergleichbar ist das Auf- und Abschließen also lediglich mit dem Ein- und Ausschalten des Mobiltelefons, weil es ausschließlich um die Bereitstellung des Arbeitsplatzes geht. Keinesfalls meinte das BAG damit aber, geringfügige Tätigkeiten unterbrechen die Arbeitszeit generell nicht. Im Gegenteil: In der älteren Entscheidung stellt es noch ausdrücklich klar, dass – „*sofern im Einzelfall doch einmal [...] Arbeitsleistungen anfallen*“¹⁹⁶ – diese die Ruhezeit unterbrechen. Bei einem Schulhausmeister, der in den 1980er Jahren für Notfälle zur Verfügung stand, könnte eine solche Tätigkeit bspw. ein kurzes Telefonat mit dem Rettungsdienst bei Sportunfällen gewesen sein. Diese Tätigkeit hätte das BAG als Arbeitsleistung eingestuft. Nichts anderes gilt für kurze Tätigkeiten iRd mobiler Erreichbarkeit.

Im Übrigen drängt sich die Frage auf, wieso eigentlich die Dauer der Tätigkeit entscheidend sein soll und nicht deren Inhalt. Ist die Arbeitsleistung eines Börsenhändlers, der mit dem Kauf einer Option (Dauer weniger als eine Minute) ein Millionenkapital vernichtet, nicht nennenswert? Und woher wissen die Verfechter der teleologischen Reduktion eigentlich, dass jede „*nicht nennenswerte Arbeitsleistung*“ den Erholungseffekt der Ruhezeit nicht schmälert? Zweifelsohne, wer von einem Kollegen die Nachricht erhält, der erste Termin des Folgetages falle aus, erholt sich eventuell besser. Aber wie schläft ein Arbeitnehmer, den abends noch ein Großkunde mit Haftungsklagen konfrontiert oder dessen Arbeitgeber ihn zum „*Gespräch zur internen Ermittlung von Vermögensdelikten*“ lädt?

c) Ruhepausen

Mobile Arbeit während der Ruhepause ist ausgeschlossen. Damit ist der Arbeitnehmer für die Arbeitssphäre unerreichbar und schon begrifflich kein Platz für mobile Bereitschaft. Mag auch das Mobilgerät des Arbeitnehmers weiterhin Informationen empfangen, so darf er diese jedoch während der Ruhepause noch nicht einmal zur Kenntnis nehmen. Eine Aufteilung der mobilen Erreichbarkeit in mobile Bereitschaft und mobile Arbeit mit dem Ziel, mobile Bereitschaft als während der Ruhepause zulässige Phase einzuordnen, verkennt diesen Zusammenhang. Die Dauer der Pause muss zu deren Beginn feststehen.¹⁹⁷ Dieses Erfordernis verhindert eine Subsumtion der Zeiten mobiler Bereitschaft als Pause iSd § 4 ArbZG, da ja gerade nicht feststeht, ob und wann mobile Arbeit anfällt.

196 BAG v. 13.11.1986 – 6 AZR 567/83, Rn. 33.

197 HM; ausführlich *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 4 Rn. 31 ff.; *Schliemann*, ArbZG, § 4 Rn. 17 ff. S. dazu auch 7. Kapitel – II.2.g.

Sobald der Arbeitnehmer mobile Arbeit leistet, läuft die Uhr des § 4 S. 3 ArbZG. Mehr als sechs Stunden Arbeit am Stück verlangen eine mindestens fünfzehnminütige Ruhepause. Das ArbZG meint mit Ruhepause „kleine Ruhezeiten“, die sich dadurch auszeichnen, dass der Arbeitnehmer sowohl deren Lage als auch deren Dauer vorher kennt. Nur so gewährleisten sie ihren Erholungszweck. Wie ist nun mit der Situation umzugehen, wenn der Arbeitnehmer während der regulären Arbeitszeit seit der letzten Pause fünfeinhalb Stunden gearbeitet hatte und dann iRd sich anschließenden mobilen Erreichbarkeit mehr als 30 Minuten mobil arbeitet? Die gesetzliche Systematik legt nahe, dass die Zeiten mobiler Arbeit die Uhr des § 4 S. 3 ArbZG nur weiterlaufen lassen, wenn diese unmittelbar an andere Arbeitszeiten anknüpfen. Während § 4 S. 1 ArbZG nämlich auf die Gesamtarbeitszeit abstellt, verlangt der Wortlaut „*hintereinander*“, dass die einzelnen Stunden in unmittelbarer Beziehung zueinander stehen, also aufeinander folgen. Sofern der Arbeitnehmer an einem Arbeitstag schon iSd § 4 ArbZG pausiert hatte, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer grundsätzlich keine neue bzw. weitere Pause gewähren, wenn dieser mobile Arbeit leistet.

Überschreitet der Arbeitnehmer durch mobile Arbeit die Neunstundengrenze des § 4 S. 1 Var. 2 ArbZG, stehen ihm insgesamt 45 Minuten Pause zu. Hatte der Arbeitnehmer während seines regulären Arbeitstages bislang (zulässigerweise) nur 30 Minuten Ruhepause, verlangt § 4 S. 1 Var. 2 ArbZG eine weitere Pause von mindestens 15 Minuten. Auch diese Pause muss iSd § 4 S. 1 ArbZG im Voraus feststehen. Die praktische Umsetzung mobiler Erreichbarkeit stößt dadurch an Grenzen. Der Arbeitgeber müsste die Pause anordnen, bekommt aber möglicherweise die Überschreitung der Neunstundengrenze gar nicht mit. Während dieser Pause dürfte der Arbeitnehmer nicht mobil arbeiten und könnte daher auch nicht mobil erreichbar sein. Diese Probleme lassen sich nur dadurch auflösen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch bei unter neunstündiger Arbeitszeit per se mindestens 45 Minuten Ruhepause iSd § 4 ArbZG gewährt.

Die Pausenregelung steht mobiler Erreichbarkeit andererseits immer dann nicht im Weg, wenn der Arbeitnehmer schon während seiner Präsenzarbeitszeit mind. 45 Minuten iSd § 4 ArbZG pausiert hat. Gewährt der Arbeitgeber also großzügig Pausen, verursacht § 4 ArbZG für mobile Erreichbarkeit keine Einschränkungen.

d) Sonn- und Feiertage

Mit dem Sonn- und Feiertagsschutz der §§ 9–13 ArbZG lässt sich branchenübergreifende mobile Erreichbarkeit nicht vereinbaren, denn er verbietet die

Aufnahme der Arbeitstätigkeit an diesen Tagen. Ohne nachfolgende Tätigkeitsaufnahme besteht für mobile Erreichbarkeit kein Raum.

Ausnahmen vom strikten Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit erlaubt § 10 ArbZG nur für bestimmte Branchen. Eine tarifliche Öffnungsklausel, die ermöglicht, weitere Branchen von diesem Verbot auszunehmen, existiert nicht. Der Bundesregierung räumt § 13 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG die Möglichkeit ein, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates weitere Ausnahmen vom Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit zu gewähren und zwar iFv generellen Regelungen, die Betriebe bzw. Branchen nach abstrakten Kriterien umschreiben.¹⁹⁸ Soweit die Bundesregierung von dieser Ermächtigung keinen Gebrauch macht, dürfen die Landesregierungen entsprechende Bestimmungen erlassen, § 13 Abs. 2 S. 1 ArbZG. Diese Erlaubnis besteht wiederum nur für eng gefasste Ausnahmefälle, eignet sich also nicht für eine branchenübergreifende Regelung zur mobilen Erreichbarkeit. Es muss ein enger Zusammenhang zwischen den Gründen, aus denen die Sonn- und Feiertagsarbeit zugelassen wird und den anderenfalls eintretenden erheblichen Schäden bestehen.¹⁹⁹ Gleiches gilt für die aufsichtsbehördliche Bewilligung von Sonn- und Feiertagsarbeit gem. § 13 Abs. 3 Nr. 2 ArbZG. Auch über die Nutzung von Ausnahmevorschriften lässt sich mobile Erreichbarkeit nicht an Sonn- und Feiertagen etablieren.

VII. Jahresurlaub

Mit dem Anspruch auf (bezahlten) Jahresurlaub verschafft das Arbeitszeitrecht dem Arbeitnehmer eine jährliche Ruhezeit. Sie dient der umfassenden Erholung von der Arbeitsleistung und Regeneration der Arbeitskraft. Der Urlaub verfolgt aber nicht bloß das Ziel des Gesundheitsschutzes. Er ermöglicht dem Arbeitnehmer lange Zeiträume zur eigenen Verfügung und freien Zeitgestaltung, schützt also nicht nur die Gesundheit, sondern auch das Sozialleben des Arbeitnehmers.

198 BVerwG v. 26.11.2014 – 6 CN 1/13, Rn. 31. Der Bundesgesetzgeber durfte die Entscheidung dem Ordnungsgeber überlassen, weil er die Abwägungskriterien hinreichend festgelegt hat, BVerwG, aaO, Rn. 46.

199 BVerwG v. 26.11.2014 – 6 CN 1/13, Rn. 34. Diese Schäden umfassen zwar auch die Beeinträchtigung des Freizeitverhaltens. Es bezieht sich aber nicht auf alltäglich zu befriedigende Erwerbsinteressen potenzieller Kunden, BVerwG, aaO, Rn. 39.

1. Unionsrechtlicher Rahmen

Nach Art. 7 ArbZRL hat jeder Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen. Bei dieser Norm handelt es sich de facto²⁰⁰ um die einzige Norm des europäischen Urlaubsrechts, das erst durch die Rechtsprechung des *EuGH* Form gewinnt.²⁰¹ Dieser versteht Urlaub als „*tatsächliche Ruhezeit*“, im Interesse des Gesundheitsschutzes des Arbeitnehmers.²⁰²

Damit fasst der *EuGH* in Worte, was sich nicht nur aus der Systematik der ArbZRL,²⁰³ sondern schon aus dem Primärrecht²⁰⁴ ergibt: Zu täglicher und wöchentlicher Ruhezeit tritt der Urlaub als dritte Phase in Gestalt der jährlichen Ruhezeit.²⁰⁵ Die unterschiedlichen Ruhezeiten dienen alle der Erholung und Regeneration. Dieses Ziel erreicht die tägliche Ruhezeit kurzfristig, die wöchentliche Ruhezeit mittelfristig. Die jährliche Ruhezeit zielt auf die umfassende Erholung und Regeneration des Arbeitnehmers. Er erreicht einen solchen Zustand durch einen möglichst langen, ununterbrochenen Urlaubszeitraum. Daraus folgt, dass der unionsrechtliche Urlaubsanspruch dem Arbeitnehmer nicht einen Haufen freier Tage verschafft, die er beliebig über das Jahr verstreuen darf. Vielmehr enthält Art. 7 ArbZRL gleichsam als Wesen der jährlichen Ruhezeit den Grundsatz der Unteilbarkeit des Urlaubs.

Allerdings bietet der Urlaub in der Lesart des *EuGH* auch „*einen Zeitraum für [...] Freizeit*“.²⁰⁶ Darüber hinaus nennt der fünfzehnte Erwägungsgrund der ArbZRL „*gewisse Flexibilität bei der Anwendung einzelner [Richtlinien-] Bestimmungen*“. Beides spricht für eine Beschränkung des Grundsatzes der Unteilbarkeit des Urlaubs dahingehend, dass der Arbeitgeber lediglich die Hälfte des jährlichen Urlaubs zusammenhängend gewähren muss, die restlichen Urlaubstage aber nach den Wünschen des Arbeitnehmers verteilen darf.

Sowohl der ausdrückliche Bezug auf den Ruhezeitbegriff der ArbZRL, wie auch der Zweck Gewährleistung von Freizeit bzw. Gesundheitsschutz verbieten, den Arbeitnehmer während des Urlaubs zu einer Arbeitsleistung, sei sie auch

200 S. zum Mutterschaftsurlaub: Art. 8 Mutterschutz-RL; zum Elternurlaub: Art. 1 Elternzeit-RL.

201 *EuArbSoR/Rudkowski*, § 12 Urlaub Rn. 1.

202 *EuGH v. 20.01.2009 – C-350/06 [Schultz-Hoff]*, Rn. 23; *EuGH v. 16.03.2006 – C-131/04 [Robinson-Steel]*, Rn. 60; *EuGH v. 18.03.2004 – C-342/01 [Merino Gomez]*, Rn. 30; *EuGH v. 26.06.2001 – C-173/99 [BECTU]*, Rn. 44.

203 Art. 7 ArbZRL zum Jahresurlaub steht im Kapitel „Mindestruhezeiten“.

204 Art. 31 Abs. 2 EUGRC.

205 Treffend *EUArBR/Gallner*, Art. 7 ArbZRL Rn. 1: „*Ruhezeit in der Jahresarbeitszeit*“.

206 *EuGH v. 20.01.2009 – C-350/06 [Schultz-Hoff]*, Rn. 25.

noch so geringfügig, heranzuziehen. Urlaub ist die unbedingte Freistellung von der Arbeitspflicht.

2. Nationalrechtliche Bestimmungen

Regelungen zum Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers enthält nicht das ArbZG, sondern das BUrlG. Es garantiert jedem Arbeitnehmer einen unabdingbaren (§ 13 BUrlG) Anspruch auf vier Arbeitswochen Jahresurlaub. Den Grundsatz unbedingter Freistellung konkretisiert das BAG in seiner Rechtsprechung zum Rückrufrecht des Arbeitgebers.²⁰⁷ Dieses dürfe sich der Arbeitgeber weder einseitig, noch durch Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer verschaffen, da der Arbeitnehmer seine Freizeit nicht selbstbestimmt nutzen könne, wenn er ständig damit rechnen müsse, zur Arbeit abgerufen zu werden. Auch wenn es nicht zum Rückruf komme, sei die Urlaubsgewährung unwirksam.²⁰⁸

Der Arbeitgeber muss den Urlaub in vollen Tagen (Gantztagesprinzip) gewähren, eine stundenweise oder halbtägige Gewährung ist unzulässig.²⁰⁹

Erkrankt der Arbeitnehmer während des Urlaubs, zählen grundsätzlich nur die Krankheitstage nicht zum Urlaub, § 9 BUrlG. Etwas anderes gilt dann, wenn die Krankheit den Arbeitnehmer daran hindert, weniger als die Hälfte des gesetzlichen Urlaubs am Stück wahrzunehmen.²¹⁰

Sofern der Urlaub wegen einer Arbeitsanordnung unwirksam war, ist dieser nachträglich zu gewähren. Allerdings kennt das BUrlG keine weitergehenden Sanktionen, insbesondere keine Straf- und Bußgeldvorschriften. Sein Schutz ist deshalb aber nicht weniger streng, da auch er auf die ArbZRL zurückgeht.²¹¹

207 Grundlegend BAG v. 20.06.2000 – 9 AZR 405/99.

208 st. Rspr. BAG v. 10.02.2015 – 9 AZR 455/13, Rn. 19; BAG v. 19.05.2009 – 9 AZR 433/08, Rn. 17; BAG v. 14.03.2006 – 9 AZR 11/05, Rn. 17.

209 BAG v. 29.07.1965 – 5 AZR 380/64. Für einen Übergang zum Stundenprinzip plädiert *Latzel*, EuZA 2014, 80 (92).

210 NK-GA/*Düwell*, § 9 BUrlG Rn. 27; ErfK/*Gallner*, § 9 BUrlG. Das gilt indes nur dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ohnehin mindestens die Hälfte des gesetzlichen Urlaubs iSd § 7 Abs. 2 S. 2 BUrlG am Stück gewährt hatte. Zum Grundsatz der Unteilbarkeit des Urlaubs s. auch 7. Kapitel – II.1.f.

211 Anders *Falder*, NZA 2010, 1150 (1156).

3. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit

a) Mobile Bereitschaft

Der Grundsatz der unbedingten Freistellung verhindert mobile Bereitschaft im Urlaub.²¹² Er lässt weder eine Anweisung des Arbeitgebers, noch eine (konkludente) Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu, dass der Arbeitnehmer im Urlaub bspw. über ein Mobilgerät erreichbar ist. Eine solche Anweisung oder Vereinbarung ist nichts anderes als ein Rückrufrecht, da Bereitschaft darauf gerichtet ist, die Aufnahme der Arbeitstätigkeit zu ermöglichen. In diesen Fällen ist die Urlaubsgewährung – unabhängig davon, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung heranzieht – unwirksam, denn dem Arbeitnehmer fehlt die Möglichkeit, seine Freizeit uneingeschränkt zu nutzen.

Ergibt sich aus dem Abruf des Arbeitgebers, dass er davon ausgeht, der Arbeitnehmer lese und bearbeite Benachrichtigungen auch während des Urlaubs, indiziert dieses Verhalten eine konkludente Rückrufvereinbarung.²¹³ Die Urlaubsgewährleistung ist dann insgesamt unwirksam.

b) Mobile Arbeit

Sobald der Arbeitnehmer mobile Arbeit während eines Urlaubstages erbringt, darf der Arbeitgeber diesen Tag nicht auf den Mindestjahresurlaub anrechnen. Benutzt der Arbeitnehmer auf eigene Veranlassung sein Smartphone im Urlaub, muss der Arbeitgeber dies unterbinden. Er darf es insbesondere nicht hinnehmen, dass Kollegen oder Kunden den Arbeitnehmer während des Urlaubs dienstlich kontaktieren. Ein Arbeitnehmer, der trotz ausdrücklichen Verbots mobile Arbeit erbringt, handelt rechtsmissbräuchlich, wenn er für diesen Tag erneute Urlaubsgewährung verlangt. Allerdings ist der Arbeitgeber mit diesem Vortrag präkludiert, wenn er fahrlässig nicht bemerkt, dass der Arbeitnehmer sich über dieses Verbot hinwegsetzt.

aa) Bagatellgrenze

Für mobile Arbeit während des Urlaubs differenziert die überwiegende Meinung in der Literatur nach der Erheblichkeit des Arbeitseinsatzes. Sie ist der Ansicht, kurzzeitige Arbeitsaufnahmen unterbrechen den Urlaub nicht, da sie dessen Erholungszweck nicht gefährden.²¹⁴ Diese Ansicht überzeugt nicht, denn sie

212 So auch *Neumann/Fenski/Kühn*, Bundesurlaubsgesetz, § 8 Rn. 19.

213 Ebenso *Freyler*, S. 254.

214 Bis 15 Minuten: *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 56); bis 10 Minuten: *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (20); wenige Minuten über den Tag

lässt das Ganztagesprinzip des Urlaubsrechts außer Acht und räumt dem Arbeitnehmer eine systemfremde Dispositionsbefugnis während des Ruhezeitraums ein. Außerdem führt sie zu Abgrenzungsschwierigkeiten im Alltag und damit zu Beweisproblemen im arbeitsgerichtlichen Verfahren.

(1) Konflikt mit dem Ganztagesprinzip

Einem Arbeitnehmer, der – sei es auch nur wenige Minuten – arbeitet, steht kein ganzer Urlaubstag mehr zur Verfügung. Damit ist das Ganztagesprinzip durchbrochen. Dieses besagt aber: Nur ein ganzer, d.h. ungestörter, von der Arbeitssphäre unbehelligter Tag, ist ein Urlaubstag im Sinne des Urlaubsrechts. Dieser Maßgabe läuft eine auch noch so geringe Unterbrechung zuwider, denn sie zertritt das zarte Pflänzchen der Erholung. *Krauses* Beispiel der Frage des Urlaubsvertreters nach dem Verbleib eines bestimmten Dokuments²¹⁵ illustriert dies: Besonders einleuchtend sei, dass eine solche Unterbrechung den Urlaubstag nicht verbrauche, „wenn es der Arbeitnehmer vor seinem Urlaubstag aus Nachlässigkeit unterlassen hat, den Urlaubsvertreter darüber [den Verbleib des Dokumentes] zu informieren“. Im Gegenteil: Gerade die Konfrontation des Arbeitnehmers mit seinen dienstlichen Unzulänglichkeiten im Urlaub zeigt deutlich, dass auch kurze Unterbrechungen den Urlaubszweck unterlaufen. Im Sinne einer *Rühreitheorie* gilt: Ein Moment Arbeitsleistung macht die Erholung des gesamten Urlaubstags zunichte.

(2) Systemwidrige Dispositionsbefugnis

Sofern in der Argumentation der Befürworter ein Freiwilligkeitselement mitschwingt,²¹⁶ bejahen sie faktisch die Dispositionsbefugnis des Arbeitnehmers über die unbedingte Freistellung zu Urlaubszwecken. Es gibt keinen Grund, warum der Arbeitnehmer über den jährlichen Ruhezeitraum disponieren dürfen sollte, wenn der Schutzzweck der Ruhezeit dies während der täglichen und wöchentlichen Ruhezeit nicht zulässt. Zwar besteht die Möglichkeit, einen

kumuliert: *Falder*, NZA 2010, 1150 (1156); auch *Podewils*, AuR 2013, 293 (299) spricht sich, indes ohne genauere zeitliche Quantifizierung, für eine Erheblichkeitsschwelle aus. AA *Buschmann*, PersR 2011, 247 (250); *Gaul*, DB 2013, 60 (62); ablehnend auch *Freyler*, S. 277, die sich damit allerdings in gewissen Widerspruch zu der von ihr angenommenen (aaO, S. 158, vgl. oben Fn. 182) Unbeachtlichkeit geringfügiger Unterbrechungen der Ruhezeit setzt.

215 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (Fn. 258).

216 Ausdrücklich *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (20); ansatzweise auch *Falder*, NZA 2010, 1150 (1156).

einmal gewährten Urlaub einvernehmlich aufzuheben, was aber auch nur zulässig sein dürfte, wenn noch gewährleistet ist, dass der Arbeitgeber den gesamten Urlaub im laufenden Urlaubsjahr nehmen kann. Indes disponiert der Arbeitnehmer bei vermeintlich freiwilligen Tätigkeiten während des Urlaubs nicht über Bestehen oder Nichtbestehen des konkreten Urlaubstages, sondern über dessen Umfang. Warum der Arbeitnehmer über den Schutz des Urlaubsrechts, nicht aber über den Schutz des sonstigen Arbeitszeitrechts disponieren darf, ist nicht erklärbar. Folgt man dieser Einschätzung, erscheint die zeitliche Beschränkung eher willkürlich festgesetzt. Weshalb sollte der Arbeitnehmer nicht auch längere Unterbrechungen zulassen dürfen?

(3) Abgrenzungsschwierigkeiten / Beweisprobleme

Nicht zuletzt spricht gegen eine Bagatellgrenze, dass sie für den Alltag nicht praktikabel ist. Soll der Arbeitgeber ein Telefongespräch abbrechen, wenn die Grenze überschritten ist? Lässt der Arbeitnehmer das Mobilgerät wirklich nach zehn oder fünfzehn Minuten aus der Hand fallen? Im arbeitsgerichtlichen Verfahren verursachen solche Grenzen Probleme bei der Beweiserhebung.

bb) Mobile Arbeit an mehreren Urlaubstagen

Erstreckt sich die Arbeitstätigkeit über mehrere Arbeitstage, soll gleich der gesamte Resturlaub nicht erfüllt sein, und zwar unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer wirklich an jedem Tag gearbeitet hat.²¹⁷ Die Vertreter dieser Ansicht wollen den Arbeitgeber dadurch davon abhalten, den Arbeitnehmer während eines Urlaubs mehrfach zu kontaktieren. Sie setzen sich damit aber in Widerspruch zu dem Grundsatz, dass nur der Urlaubstag nicht auf den Jahresurlaub angerechnet wird, den der Arbeitnehmer nicht nutzen konnte, § 9 BUrlG. Zwar unterscheidet sich die Situation von der Krankheit, da der Grund bei mobiler Arbeit in der Arbeitssphäre liegt, während er bei Krankheit in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht. Dieses Korrektiv ist nicht notwendig, wenn man die Bagatellgrenze mit der hier vertretenen Ansicht ablehnt. Dann führt nämlich jede auch noch so geringfügige Unterbrechung zum Nichtverbrauch des konkreten Urlaubstages. Den Arbeitsvertragsparteien steht es natürlich grundsätzlich frei, einen einmal gewährten Urlaub einvernehmlich aufzuheben, sofern

²¹⁷ *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (20); *Falder*, NZA 2010, 1150 (1156); *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 57); *Oetker*, JZ 2016, 817 (819); in der Tendenz auch *Podewils*, AuR 2013, 293 (298).

gewährleistet ist, dass der Arbeitnehmer während des laufenden Urlaubsjahres den Urlaub iSd ArbZRL nehmen kann.

VIII. Nachtarbeit

Der Arbeitszeitschutz schränkt Arbeit während der Nachtzeit grundsätzlich ein. Die Vorgaben über Nachtarbeit (Art. 8–12 ArbZRL) beeinflussen die Ausgestaltung mobiler Erreichbarkeit im Arbeitsverhältnis hingegen nicht. Nachtarbeiter ist nur, wer während der Nachtzeit, eine Zeitspanne, die gem. Art. 2 Nr. 3 ArbZRL mindestens sieben Stunden betragen muss, von den Mitgliedstaaten selbst festgelegt werden darf, jedenfalls aber den Zeitraum zwischen 24.00 Uhr und 5.00 Uhr abdecken muss, mindestens drei Stunden seiner täglichen Arbeitszeit verrichtet, vgl. Art. 2 Nr. 4 lit. a ArbZRL. Das ist bei mobiler Erreichbarkeit regelmäßig nicht der Fall. Einerseits zählt nur die tatsächliche Inanspruchnahme iRd mobilen Arbeit zur Arbeitszeit und andererseits wird die Nachtzeit mit der täglichen Mindestruhezeit konfliktieren.

Das ArbZG setzt die unionsrechtlichen Vorgaben zur Nachtarbeit in § 2 Abs. 3–5 und § 6 um. Auf die Einordnung der mobilen Erreichbarkeit hat dies aus den gerade genannten Gründen keinen gesteigerten Einfluss und bedarf daher hier keiner näheren Behandlung.

IX. Ergebnis des zweiten Kapitels

Die Prämissen des Arbeitszeitrechts richten sich nach einer industriellen Arbeitsweise und berücksichtigen andere Beschäftigungsformen nicht.²¹⁸ Sie entfalten über die ArbZRL einen weiten Anwendungsbereich, dem wegen des weiten unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs Organe juristischer Personen und grundsätzlich auch Beamte unterfallen.

Mobile Erreichbarkeit verläuft in unterschiedlichen Phasen. Sobald und solange der Arbeitnehmer eine Information aus der Arbeitssphäre zur Kenntnis nimmt oder auf sie reagiert, leistet er Arbeit iSd Arbeitszeitrechts und zwar unabhängig davon, wo er sich gerade aufhält. Für diese Einordnung spielt weder der Umfang der Tätigkeit noch deren (vermeintlich) freiwillige Ausführung durch den Arbeitnehmer eine Rolle.

Die Regelungen zu Höchstarbeitszeiten beeinflussen mobile Erreichbarkeit nur dann, wenn der Arbeitgeber ohnehin den zulässigen Umfang von 48 Wochenarbeitsstunden ausreizt. Hält er sich hingegen im Rahmen einer

218 *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2617).

üblichen Vierzigstundenwoche, stehen täglich 96 Minuten für mobile Arbeit zur Verfügung.

Die eigentliche Hürde praxistauglicher Umsetzung mobiler Erreichbarkeit stellen die Ruhezeitenregelungen dar. 11/24 Stunden sperrt die tägliche Ruhezeit en bloc und unverrückbar für jede Arbeitstätigkeit. Einen Tag pro Woche – aus verfassungsrechtlichen Gründen den Sonntag – sperrt die wöchentliche Ruhezeit und vier Wochen pro Jahr die jährliche Ruhezeit. Während jeder Ruhezeit darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu keiner Arbeitsleistung, und sei sie auch noch so gering, heranziehen. Damit scheidet mobile Arbeit während jeder Ruhezeit per se aus und mit ihr mobile Bereitschaft, denn wer nicht arbeiten darf, muss dazu auch nicht bereit sein. Während der täglichen, wöchentlichen und jährlichen Ruhezeit bleibt kein Platz für mobile Erreichbarkeit.

Drittes Kapitel Abweichungsmöglichkeiten

Die ArbZRL erlaubt, jenseits der Festlegung bestimmter Bezugszeiträume, in ihrem fünften Kapitel Abweichungen von ihren Kernvorschriften²¹⁹ auch zuungunsten der Arbeitnehmer.²²⁰ Diese ermöglicht sie in einem abgestuften System sowohl den Mitgliedsstaaten unmittelbar als auch den Tarif- bzw. Sozialpartnern, soweit die Mitgliedsstaaten das vorsehen. Durch die Abweichungsmöglichkeiten schafft die ArbZRL die vom fünfzehnten Erwägungsgrund geforderte Flexibilität.

Das ArbZG vollzieht diese nach, weicht darüber hinaus auch für bestimmte Arbeitszeitformen, v.a. für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft von den Vorgaben der ArbZRL ab. Das folgende Kapitel zeigt, inwieweit dies unionsrechtskonform ist.

I. Mitgliedsstaaten

Die Mitgliedsstaaten haben drei Möglichkeiten, unmittelbar von den Vorschriften der ArbZRL abzuweichen. Zunächst erlaubt Art. 17 Abs. 1 ArbZRL, bestimmte Beschäftigtengruppen von allen Kernvorschriften (Art. 3 – 6, 8 und 16 ArbZRL) auszunehmen. Darüber hinaus ermöglicht die sog. Opt-Out-Klausel des Art. 22 ArbZRL, die Regelungen zur Höchstarbeitszeit (Art. 6 ArbZRL) unter bestimmten Voraussetzungen nicht anzuwenden. Beide Abweichungsmöglichkeiten sehen keine Ausgleichspflicht vor, sondern verpflichten den Mitgliedsstaat lediglich dazu, die allgemeinen – unter dem Schutzniveau der ArbZRL liegenden – Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zu beachten. Diese Anforderung ergibt sich bereits aus dem Primärrecht, Art. 2 EUV und hat daher für die Umsetzung der Abweichungsvorschriften keine gesteigerte Bedeutung. Die dritte Möglichkeit beschränkt die Mitgliedsstaaten auf tätigkeitsspezifische Abweichungen (Art. 17 Abs. 2 ff.

219 Die Darstellung beschränkt sich auf die für die mobile Erreichbarkeit relevanten Bereiche. Mit Blick auf das Ziel EU-weiter Harmonisierung des Arbeitszeitrechts steht *Franzen*, ZESAR 2015, 407 (409) dem komplexen Ausnahmesystem zu Recht kritisch gegenüber.

220 Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer gestattet Art. 15 ArbZRL ganz grundsätzlich.

ArbZRL), wobei sie sich nicht auf die Höchstarbeitszeiten bezieht und darüber hinaus Ausgleichspflichten begründet.²²¹

1. Beschäftigtengruppenspezifische Abweichungen, Art. 17

Abs. 1 ArbZRL

a) Unionsrechtlicher Rahmen

Art. 17 Abs. 1 ArbZRL knüpft an besondere Merkmale der Arbeitstätigkeit an. Sie müssen bedingen, dass die Arbeitszeit nicht gemessen, nicht im Voraus oder von den Arbeitnehmern selbstständig festgelegt werden kann. Die Ausnahmemöglichkeit ist nur einschlägig, wenn sich das besondere Merkmal auf die gesamte Arbeitszeit des Arbeitnehmers auswirkt.²²² Das schränkt den Kreis der Arbeitnehmer auf diejenigen ein, die umfangreiche Befugnisse zur Selbstorganisation genießen. Es reicht dazu noch nicht aus, dem Arbeitnehmer (vertraglich) einzuräumen, seine Arbeitszeit selbstständig festzulegen. Anderenfalls ließe sich das Schutzniveau der ArbZRL durch geschickte Vertragsgestaltung einfach aushebeln. Vielmehr muss sich diese Kompetenz aus der spezifischen Tätigkeit, also aus sich selbst, ergeben.

Die ArbZRL konkretisiert durch eine nicht abschließende Aufzählung, welche Beschäftigtengruppen in Frage kommen. Während lit. b bzw. lit. c (Familienangehörige bzw. liturgische Beschäftigte) für die Fragestellung uninteressant sind, bestätigt lit. a, dass die Abweichung auf Arbeitnehmer zielt, die ihren Arbeitsalltag selbstverantwortlich gestalten. Sie bezieht sich auf „*leitende Angestellte oder Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis*“. Die Differenzierung zwischen leitenden Angestellten und sonstigen Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis zeigt, dass die Richtlinie nicht nur den ganz engen Führungszirkel eines Unternehmens vor Augen hat.

Da der Arbeitnehmerbegriff der ArbZRL unionsrechtlich autonom auszulegen ist, gilt dies zwangsläufig auch für die Begriffe des leitenden Angestellten und der Person mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis, da es sich dabei nur um eine Kategorie bestimmter Arbeitnehmer handelt. Eine Definition iRd ArbZRL fehlt. Auch das übrige Unionsrecht kennt keine Definition des leitenden Angestellten, mehr noch, es verwendet diesen Begriff kaum. Außerhalb der ArbZRL

221 Diese deckt sich mit der Befugnis der Tarif- bzw. Sozialpartner, auf die der zweite Teil dieses Kapitels eingeht.

222 EuGH v. 7.9.2006 – C-484/04 [Kommission/Vereinigtes Königreich], Rn. 20. Kritisch zur Rolle des *EuGH*, der eine sehr restriktive Linie verfolgt, *Franzen*, ZESAR 2015, 407 (409).

und ihrer Vorgängerin kam der Terminus *leitender Angestellter* lediglich in zwei weiteren, nun aber außer Kraft getretenen Richtlinien vor, die noch nicht einmal einen arbeitsrechtlichen Bezug hatten.²²³ 15 derzeit gültige Verordnungen verwenden den Terminus, zumeist, um auf die höchste Hierarchieebene eines Unternehmens Bezug zu nehmen. Gleiches gilt für Beschlüsse, Entscheidungen und sonstige Rechtsakte der *Kommission*. Der *EuGH* hat bislang nicht zu einem unionsrechtsautonomen Begriff leitender Angestellter Stellung genommen. Soweit ersichtlich wird diese Frage in der Literatur nicht diskutiert.

Der Begriff des leitenden Angestellten ist anhand einer Auslegung der ArbZRL zu bestimmen. Wortlaut (in der englischen Fassung *managing executives*; in der französischen Fassung *de cadres dirigeant*; in der spanischen Fassung *ejecutivos dirigentes*) und Systematik sprechen für eine unternehmergleiche Verantwortung. Da Art. 17 Abs. 1 lit. a ArbZRL „sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis“ als Alternative nennt, muss sich diese unternehmergleiche Verantwortung in einer über die selbstständige Entscheidungsbefugnis hinausgehenden Kompetenz zeigen. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber darauf verzichten können, beide Gruppen nebeneinander aufzuführen. Diese unternehmergleiche Verantwortung zeigt sich einerseits in der Grundanforderung des Art. 17 Abs. 1 ArbZRL. Das gilt dann, wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt wird.

Der *EuGH* hat mehrmals klargestellt, dieses Erfordernis beziehe sich auf die gesamte Arbeitszeit.²²⁴ Diese Ansicht bekräftigt er in der Rechtssache Hälvä²²⁵ und stellt für die Bewertung des Art. 17 Abs. 1 ArbZRL weitere Anforderungen. Eine „gewisse Autonomie in der Gestaltung der Arbeitszeit insbesondere bei

223 Art. 27 Abs. 1 lit. d Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. EG, Nr. L 199 v. 09.08.1993 sah vor [zum 30.01.2006 außer Kraft getreten], dass leitende Angestellte bei der Berechnung der technischen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens berücksichtigt werden. Anhang B der Richtlinie 90/18/EWG der Kommission vom 18. Dezember 1989 zur Anpassung der Richtlinie 88/320/EWG des Rates über die Inspektion und Überprüfung der Guten Laborpraxis (GLP) an den technischen Fortschritt, ABl. EG, Nr. L 11 v. 13.01.1990 verpflichtete [zum 11.04.1999 außer Kraft getreten] Gesundheitsinspektoren, sich über die Qualität leitender Angestellter Gewissheit zu verschaffen.

224 *EuGH* v. 14.10.2010 – C-428/09 [Union syndicale Solidaires Isère], Rn. 41; *EuGH* v. 7.9.2006 – C-484/04 [Kommission/Vereinigtes Königreich], Rn. 20.

225 *EuGH* v. 26.07.2017 – C-175/16 [Hälvä], Rn. 32.

der Organisation der täglichen Arbeit und [...] Zeiten der Untätigkeit“ reicht dem *EuGH* nämlich noch nicht. Sofern der Arbeitgeber Beginn und Ende der Arbeitszeit vorgebe, müsse der Arbeitnehmer jedenfalls die Zahl der Arbeitsstunden, die er während dessen leiste „völlig frei bestimmen können“. Dies sei dann nicht der Fall, wenn den Arbeitnehmer bestimmte Rahmenbedingungen bänden. Für das Thema von besonderem Interesse sind die Ausführungen des *EuGH* in Rn. 44 zur Möglichkeit, den Arbeitsplatz zu verlassen. Diese reiche nicht zu einer Schlussfolgerung iSd Art. 17 Abs. 1 ArbZRL, wenn sie von den Gegebenheiten des Arbeitsplatzes abhinge. Fremdbestimmte Flexibilität genügt also nicht. Es fällt auf, dass der *EuGH* die alternativen Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 ArbZRL fast durchweg gemeinsam nennt, als handle es sich eigentlich um kumulative Voraussetzungen. Dies mag zwar daran liegen, dass eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Arbeitszeiten, die nicht im Voraus festgelegt werden und solchen, die der Arbeitnehmer selbstständig festlegen darf, kaum möglich ist. Anders verhält es sich aber mit der Voraussetzung, Arbeitszeiten nicht zu messen. Es ist gut denkbar, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeiten zwar selbstständig festlegen darf, der Arbeitgeber diese aber gleichwohl misst. Man könnte den *EuGH* daher so verstehen, er gehe davon aus, die Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 ArbZRL seien austauschbar. Dies würde bedeuten, dass Art. 17 Abs. 1 ArbZRL volle Arbeitszeitsouveränität verlangt.

Da diese Grundvoraussetzungen aber für beide Gruppen (leitende Angestellte und sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis) gelten, muss sich die unternehmergleiche Stellung leitender Angestellter durch eine besondere Qualität, die nur ihr innewohnt, auszeichnen. Diese kann nur in einer umfassenden Entscheidungskompetenz für das Unternehmen liegen.

Das deutsche Recht kennt für leitende Angestellte Sonderregelungen im Betriebsverfassungs- und Kündigungsschutzrecht. § 14 Abs. 2 KSchG stellt ausschließlich auf die Kompetenz selbstständiger Ein- oder Ausstellungsentscheidungen ab. Diese Beschränkungen kritisiert die Literatur zu Recht als praxisfern, weil sie nur einen geringen Teil der Führungskräfte erfassen.²²⁶ Die betriebsverfassungsrechtliche Definition erfasst hingegen einen größeren Kreis von Führungskräften,²²⁷ da § 5 Abs. 3 BetrVG mehrere Kompetenzen alternativ

226 Bayreuther, NZA 2013, 1238 (1243); Sieg, FS Etzel, S. 361 (367); Hromadka, NZA 2007, 838 (839) „infinitesimale Teilgruppe“.

227 Indes kritisiert Sieg, FS Etzel, S. 361 (387), diese Definition lasse keine praxistaugliche Differenzierung zu und regt daher eine unternehmensinterne Festlegung des Kreises der leitenden Angestellten an.

aufzählt: selbstständige Personalentscheidungen,²²⁸ Generalvollmacht bzw. bedeutende Prokura oder wesentliche unternehmerische Aufgaben, die einen besonderen Kenntnisstand erfordern und weisungsfrei getroffen werden.

Eine unternehmergleiche Stellung besteht erst dann, wenn diese Kompetenzen nicht alternativ, sondern kumulativ zusammentreffen, denn kein Unternehmer wird auf eine der genannten Befugnisse verzichten. Daraus resultiert ein sehr enger Begriff des leitenden Angestellten iSd ArbZRL. Die Differenzierung zwischen leitenden Angestellten und sonstigen Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis in Art. 17 Abs. 1 lit. a ArbZRL gebietet diesen allerdings. Anderenfalls würde sich die Richtlinie dem Vorwurf des Pleonasmus' aussetzen.

Im Gegensatz zum engen Kreis der leitenden Angestellten reicht der Begriff der Person mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis wesentlich weiter. Neben der o.g. Grundvoraussetzung der vollen Arbeitszeitouveränität bedarf es lediglich irgendeiner selbstständigen Entscheidungskompetenz. Angesichts der strengen Linie des *EuGH*, der fordert, Abweichungen iRd Art. 18 ArbZRL auf das „*unbedingt Erforderliche*“ zu begrenzen,²²⁹ muss diese für das Unternehmen besondere Relevanz haben. Bei Personalentscheidungsbefugnis ist das regelmäßig der Fall und auch dann, wenn der Arbeitnehmer eine abgeschlossene organisatorische Einheit eigenverantwortlich leitet, sofern dieser maßgebliche betriebliche Bedeutung zukommt.²³⁰ Die Bezahlung des Arbeitnehmers spielt hingegen keine Rolle, der nationale Gesetzgeber darf sie nicht zur Schutzdifferenzierung bei der Umsetzung des Art. 17 Abs. 1 ArbZRL nutzen.²³¹

228 Diese müssen – anders als bei § 14 Abs. 2 KSchG – allerdings sowohl Ein- als auch Ausstellungsentscheidungen umfassen.

229 Ausführlich s. 3. Kapitel – II.

230 Weitergehend *Bissels/Krings*, NJW 2016, 3418 (3420), die zum Kriterium erheben, dass der Arbeitnehmer in fachlicher Hinsicht weisungsfrei arbeitet. Als Leitbild dient ihnen § 54 HGB.

231 So auch *Henssler/Lunk*, NZA 2016, 1425 (1429); *Jacobs*, NZA 2016, 733 (735); *Pode-wils*, AuR 2013, 293; anders *Schuster*, AnwBl 2016, 641 (644), die vorschlägt, an die Höhe des Gehalts jedenfalls eine Zweifelsregelung zur Vermutung der Eigenschaft als leitender Angestellter zu knüpfen; zurückhaltender *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1434), der überlegt, eine hohe Vergütung erfülle die Tatbestandsvoraussetzung „*besonderes Merkmal der ausgeübten Tätigkeit*“. Daher scheidet auch die von *Bissels/Krings*, NJW 2016, 3418 (3421) erwogenen (aber verworfene) Orientierung am Status außertariflicher Angestellter aus. Für eine, am Einkommen anknüpfende, Schutzdifferenzierung im gesamten Arbeitszeitrecht plädiert *Annuß*, NZA 2017, 345 (349). Diese solle am Zweifachen der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung anknüpfen.

b) Nationalrechtliche Bestimmungen

§ 18 Abs. 1 ArbZG vollzieht die Abweichung durch Nichtanwendung des gesamten ArbZG u.a. für leitende Angestellte iSd § 5 Abs. 3 BetrVG und Leiter von öffentlichen Dienststellen, deren Vertreter und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, die selbstständige Entscheidungsbefugnis in Personalangelegenheiten haben. Hinsichtlich der leitenden Angestellten im privaten wie im öffentlichen Bereich übernimmt das ArbZG die Kategorien der ArbZRL. Für die Personalverantwortlichen des öffentlichen Dienstes fasst es diese strenger, denn die ArbZRL gibt nicht vor, dass sich die selbstständige Entscheidungsbefugnis auf Personalangelegenheiten beziehen muss.

Ob § 18 ArbZG zu weitgehend ist, weil er die Anwendung des gesamten ArbZG ausschließt, Art. 17 Abs. 1 ArbZRL hingegen nur die Abweichung von der Art. 3–6, 8 und 16 gestattet, bedarf für diese Problematik keiner Klärung. Art. 7 ArbZRL (Urlaubsrecht) ist schon gar nicht betroffen, da sich Regelungen zum Urlaubsrecht nicht im ArbZG, sondern im BUrIG finden. Art. 9–13 ArbZRL beziehen sich auf Nacht- und Schichtarbeit. Sofern § 18 ArbZG (teilweise) gegen die ArbZRL verstößt, sind die nationalen Gerichte angehalten, diesen unionsrechtskonform auszulegen. Mithin blieben die Ausnahmen von Art. 9–13 ArbZG unangewendet, was aber für diese Frage uninteressant ist.²³²

c) Anwendung auf mobile Erreichbarkeit

Die beschäftigtengruppenspezifische Abweichungsmöglichkeit hat für mobile Erreichbarkeit nur sehr eingeschränkte Bedeutung. Auch wenn § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG noch hinter dem unionsrechtlich Möglichen zurückbleibt,²³³ beschränkt sich der Anwendungsbereich auf eine recht kleine Gruppe von Führungskräften. Es reicht hinsichtlich des besonderen Merkmals der Arbeitstätigkeit nämlich nicht, auf den Umstand abzustellen, dass der Arbeitnehmer diese (auch) mobil erbringt, denn mobile Erreichbarkeit ermöglicht nur, die Arbeitstätigkeit ortsunabhängig zu erbringen. Lediglich deshalb, weil viele Arbeitstätigkeiten weiterhin ortsgebunden sind, kommt den Tätigkeiten, bei denen mobile Arbeit möglich ist, nicht zugleich als besonderes Merkmal die Ortsungebundenheit zu. Vor allem aber fordert die ArbZRL volle Arbeitszeitsouveränität und darüber hinaus selbstständige Entscheidungskompetenz. Solche findet sich noch am

232 Zum Verhältnis zu Art. 31 EUGRC: *Henssler/Lunk*, NZA 2016, 1425 (1428) mwN.

233 Ausführlich 7. Kapitel – II.2.d.

ehesten in Angestelltenverhältnissen freier Berufe, etwa bei angestellten Rechtsanwälten oder Architekten.

2. Opt-Out-Klausel, Art. 22 ArbZRL

a) Unionsrechtlicher Rahmen

Die ArbZRL hält in Art. 22 Abs. 1 eine sog. Opt-Out-Regel bereit, nach der Mitgliedsstaaten unter bestimmten Voraussetzungen die Höchstarbeitszeitregelung des Art. 6 ArbZRL nicht anzuwenden brauchen. Die Literatur kritisiert den Opt-Out zu Recht als systemfremd.²³⁴ Da Art. 22 Abs. 1 ArbZRL aber nicht von der Verpflichtung zur Gewährung der täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeit (Art. 3 bzw. Art. 5 ArbZRL) dispensiert, liegt die maximal zulässige Höchstarbeitsdauer bei täglich 13 Stunden (abzüglich Ruhepausen) in einem Sechstagezeitraum.²³⁵ Zunächst schreibt die Opt-Out-Klausel v.a. vor, dass der Arbeitnehmer sich zur Überschreitung der 48 Stunden-Grenze individuell, ausdrücklich und frei bereiterklären muss. Diese Voraussetzung schließt kollektive Zustimmungen, etwa durch Tarifvertrag aus. Nach Meinung des *EuGH* in der Rechtssache Pfeiffer genügt eine Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag diesem Erfordernis nicht, weil nicht sicher ist, dass der Arbeitnehmer beim Abschluss des Arbeitsvertrags von der Überschreitung der 48-Stunden-Grenze wusste.²³⁶

Darüber hinaus statuieren Art. 22 Abs. 1 lit. c-e ArbZRL Aufzeichnungs- und Kontrollpflichten, insbesondere verpflichten sie den Arbeitgeber, Listen aller Arbeitnehmer zu führen, mit denen er einen Opt-Out vereinbart hat. Jenseits der Unterrichtspflicht bei regelmäßiger Inanspruchnahme von Nacharbeit (Art. 11 ArbZRL) kennt die ArbZRL solche Aufzeichnungs- und Kontrollpflichten nicht.

234 *EuArbSoR/Bayreuther*, § 11 Arbeitszeit Rn. 53; *EUArbR/Gallner*, Art. 22 ArbZRL Rn. 1; *Buschmann*, FS Düwell, S. 34 (51).

235 Daher verstößt Art. 22 ArbZRL auch nicht gegen Art. 31 Abs. 2 EUGRC, denn – jedenfalls mittelbar – ist die Höchstarbeitszeit begrenzt. Zweifelnd *EUArbR/Gallner*, Art. 22 ArbZRL Rn. 15.

236 *EuGH v. 05.10.2004 – C-397/01 [Pfeiffer]*, Rn. 75 ff. Für dynamische Bezugnahmeklauseln mag diese Ansicht noch einigermaßen nachvollziehbar sein. Bei statischen Bezugnahmeklauseln besteht der in Bezug genommene Tarifvertrag aber bei Abschluss des Arbeitsvertrags schon. Es leuchtet nicht ein, warum der Arbeitnehmer hier nichts von der Beschränkung seiner Rechte hätte wissen können. Mit dieser Judikatur rückt der *EuGH* Tarifverträge in die Nähe Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Das ist aber systemwidrig, da Tarifverträge eben nicht einseitig von der (vermeintlich) stärkeren Vertragspartei diktiert werden, sondern das Verhandlungsergebnis gleich starker Sozialpartner sind.

b) Nationalrechtliche Bestimmungen

Mit § 7 Abs. 2a ArbZG macht der Gesetzgeber von der Opt-Out-Möglichkeit des Art. 22 ArbZRL beschränkt Gebrauch. Sie besteht lediglich für die Arbeitszeitformen Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst. Nach dem gesetzgeberischen Vorstellungsbild dient der Opt-Out einzig dazu, den ärztlichen 24-Stunden-Dienst weiterhin zu ermöglichen.²³⁷

Vieles spricht dafür, dass § 7 Abs. 2a ArbZG gegen Art. 22 ArbZRL verstößt, weil der Gesetzgeber die Ausgestaltung der gesundheitsschützenden Regelungen, die Art. 22 ArbZRL fordert, den Kollektivparteien überlässt.²³⁸

§ 7 Abs. 2a ArbZG ist aber aus einem anderen Grund unionsrechtswidrig. Art. 22 ArbZRL stellt den Mitgliedstaaten lediglich frei, Art. 6 ArbZRL nicht anzuwenden, lässt hingegen keinen Dispens von der Ruhezeitenregelung des Art. 3 ArbZRL zu. Damit bleibt es bei 11/24 Stunden zusammenhängender täglicher Ruhezeit. Die Opt-Out-Klausel ermöglicht also gerade nicht mehr als 13 Arbeitsstunden am Stück. Sofern § 7 Abs. 2a ArbZG auch die Möglichkeit vorsieht, von § 5 Abs. 1 ArbZG abzuweichen, widerspricht er also der Richtlinienvorgabe. Die Schwachstelle liegt im deutschen Gesetzeswortlaut („nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit“), der suggeriert, die Ruhezeit nehme keinen Einfluss auf die Höchstarbeitszeit, sondern müsse sich lediglich an die Arbeitszeit – welchen Umfang diese auch immer habe – anschließen. Dieser Vorstellung steht die ArbZRL entgegen, denn Art. 3 ArbZRL sieht eine Mindestruhezeit „pro 24-Stunden-Zeitraum“ vor. Einen abweichenden Bezugszeitraum regeln weder Art. 3 noch Art. 16 ArbZRL. Sofern die ArbZRL, wie das bei Art. 22 der Fall ist, nicht ausdrücklich erlaubt, vom Ruhezeitregime abzuweichen, begrenzt die elfstündige Mindestruhezeit des Art. 3 ArbZRL die Tageshöchstarbeitszeit auf max. 13 Stunden.

Hinsichtlich der Aufzeichnungs- und Kontrollpflichten setzt § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG die Vorgaben der ArbZRL überschießend um, denn diese fordert nicht, jede Überschreitung der werktäglichen Arbeitszeit aufzuzeichnen, was freilich daran liegt, dass die ArbZRL kein System werktäglicher, sondern nur wöchentlicher Höchstarbeitszeiten kennt, die der Arbeitnehmer innerhalb eines viermonatigen Bezugszeitraums nicht überschreiten darf.²³⁹

237 Die Beschlussempfehlung des beratenden Ausschusses bezieht sich explizit auf Arbeitszeitmodelle in Krankenhäusern, vgl. BT-Drs. 15/1587, S. 31.

238 EuArbSoR/*Bayreuther*, § 11 Arbeitszeit Rn. 57; EUArBR/*Gallner*, Art. 22 ArbZRL Rn. 3, 6; s. auch BAG v. 23.06.2010 – 10 AZR 543/09, Rn. 33.

239 S. dazu auch 7. Kapitel – II.2.c.

c) Anwendung auf mobile Erreichbarkeit

Die Opt-Out-Regel lässt eine Überschreitungen der – zuweilen als zu streng und digitalisierungsfeindlich empfundenen – Höchstarbeitszeitgrenze zu. Daher hat sie für die Regelung mobiler Arbeit auf den ersten Blick gesteigerte Relevanz. Allerdings stehen einer praxistauglichen Umsetzung mobiler Erreichbarkeit weniger die Höchstarbeitszeiten als vielmehr das Ruhezeitenregime entgegen. Auf dieses hat ein Opt-Out hingegen keine Auswirkungen.

Ganz unabhängig davon erleichtert die derzeit gültige Umsetzung des Opt-Out in nationales Recht mobile Erreichbarkeit nicht, denn sie bezieht sich lediglich auf Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst. Bei mobiler Erreichbarkeit handelt es sich indes nicht um eine dieser Arbeitszeitformen.²⁴⁰ Für flexible Handhabungen iRd mobilen Erreichbarkeit ist §7 Abs. 2a ArbZG darüber hinaus aber auch deshalb nicht geeignet, da gem. § 7 Abs. 9 ArbZG auf einen über zwölf Stunden hinaus verlängerten Arbeitstag unmittelbar eine elfstündige, also unverkürzte, Ruhezeit folgen muss. Derart kann der Arbeitgeber aber den Arbeitnehmer nicht in sein Kommunikationsnetz einbinden. Ihm ist damit allenfalls die Möglichkeit gegeben, Arbeitsspitzen abzufedern, allerdings nur auf Kosten eines gestörten Arbeitsrhythmus.

II. Tarif- bzw. Sozialpartner

1. Unionsrechtliche Rahmen

Art. 17 Abs. 2 ff. ArbZRL und Art. 18 ArbZRL²⁴¹ sehen jeweils Abweichungsmöglichkeiten im Wege von Tarifverträgen (o.ä.) vor. Beide Regelungen lassen (ausgleichspflichtige) Abweichungen vom Ruhezeitenregime des Art. 3 ArbZRL zu.²⁴² Während Art. 17 Abs. 2 ff. ArbZRL diese Abweichungen nur für bestimmte Tätigkeiten vorsieht, fehlen Art. 18 ArbZRL solche Einschränkungen. Das wirft die Frage nach dem Zusammenspiel beider Regelungen auf. Insofern wirkt es auf den ersten Blick so, als sei die Abweichungserlaubnis des Art. 17 ArbZRL

240 S. dazu 4. Kapitel.

241 Für das deutsche Rechtssystem gilt Art. 18 UAbs. 2 ArbZRL, da Tarifverträge die ArbZRL nicht direkt (d.h. mit Erga-Omnes-Wirkung) umsetzen, vgl. Preis/Sagan/*Ulber*, § 6 – Arbeitszeit Rz. 269 f.

242 Eine Sonderstellung nimmt die Befugnis zur Abweichung von Höchstarbeitszeiten des Art. 17 Abs. 5 ArbZRL ein. Er galt aber gem. UAbs. 2 nur bis zum 1.8.2004 und im Übrigen nur für Ärzte, spielt also für die hier dargestellte Problematik keine Rolle und bleibt daher bei den weiteren Ausführungen außer Betracht.

für Abweichungen durch Tarifverträge ohne Anwendungsbereich, da Art. 18 ArbZRL tarifvertragliche Abweichungen ohne jeden Branchenbezug erlaubt.²⁴³

Dieser Widerspruch bestand iRd Vorgängerrichtlinie 93/104/EG sogar verschärft, als die heute getrennten Art. 17 und Art. 18 ArbZRL in Art. 17 RL 93/104/EG zusammengefasst waren. Nun könnte man zwar erwägen, dass der europäische Gesetzgeber bei Neufassung der ArbZRL durch Aufteilung auf Art. 17 einerseits und Art. 18 andererseits diesen Widerspruch dahingehend auflösen wollte, den Tarifvertragsparteien größeren Spielraum als dem nationalen Gesetzgeber einzuräumen. Sofern Art. 17 Abs. 2 ArbZRL (weiterhin) Tarifverträge nennt, handele es sich eben um ein Redaktionsversehen.

Schon zur Vorgängerrichtlinie forderte der *EuGH* wegen des Ausnahmecharakters der Öffnungsklausel besondere Anforderungen an deren Erforderlichkeit bei der Umsetzung in nationales Recht.²⁴⁴ Dies wird man wohl auf Art. 18 ArbZRL übertragen und als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal einen Erforderlichkeitsvorbehalt hineinlesen müssen.²⁴⁵ Der nationale Gesetzgeber darf Abweichungen durch Tarifvertrag also nur zulassen, wenn und soweit diese erforderlich sind. Art. 17 Abs. 2–4 ArbZRL nimmt die Erforderlichkeitsprüfung durch seine Fallgruppen vorweg.²⁴⁶

Abweichende Betriebsvereinbarungen lässt Art. 18 ArbZRL hingegen nicht zu, da er sich lediglich auf „*Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern auf geeigneter kollektiver Ebene*“, nicht aber auf Betriebspartner bezieht.

Vor dem Hintergrund der recht strengen Rechtsprechung des *EuGH* zur Erforderlichkeit der Abweichungsklauseln zweifelt *Ulber*, ob damit unterschiedslos auch alle Firmentarifverträge erfasst sind und regt insofern eine Vorlage an

243 Art. 18 ArbZRL gilt nicht für Abweichungen durch Rechts- bzw. Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten. Diese bleiben auf die tätigkeitsspezifischen Abweichungen der Art. 17 Abs. 2 ff. ArbZRL beschränkt.

244 Zu dieser Frage iRd Vorgängerrichtlinie, Art. 17 Abs. 3 RL 93/104/EG: *EuGH* v. 09.09.2003 – C-151/02 [Jaeger], Rn. 89; *EuGH* v. 21.10.2010 – C-227/09 [Accardo], Rn. 58.

245 Das gilt umso mehr, da *EuGH* v. 26.07.2017 – C-175/16 [Hälvä], Rn. 31 die Rechtsprechung auch für Art. 17 Abs. 1 ArbZRL fortschreibt, diese Begrenzung also auf alle Ausnahmemöglichkeiten erstreckt.

246 So auch *Preis/Sagan/Ulber*, § 6 – Arbeitszeit Rz. 271. Für die von *Ulber* geforderte „*deutlich strenger[e]*“ Prüfung der Erforderlichkeit iRd Art. 18 ArbZRL sind hingegen keine Gründe ersichtlich. Der Maßstab der Erforderlichkeit ändert sich nicht. Der Begründungsaufwand ist lediglich höher, da der nationale Gesetzgeber, der den Tarifpartnern Abweichungen gestatten möchte, nicht auf vorgegebene Fallgruppen zurückgreifen kann.

den *EuGH* an.²⁴⁷ Diese Zweifel entzündeten sich seines Erachtens an der Geeignetheit der kollektiven Ebene bei kleineren Unternehmen oder Gewerkschaften mit einer niedrigen Repräsentationsquote. Ganz unberechtigt sind sie nicht. Ein systematischer Vergleich mit dem Ausschluss von Betriebsvereinbarungen bestätigt *Ulbers* Zweifel. Es erscheint widersinnig, dass ein Unternehmen mit wenigen Arbeitnehmern einen Firmentarifvertrag schließen und so von den Schutzvorschriften der ArbZRL abweichen darf, Großunternehmen diese Möglichkeit iRv (Konzern- bzw. Gesamt-) Betriebsvereinbarungen jedoch verwehrt ist.²⁴⁸ Andererseits fordert der fünfzehnte Erwägungsgrund der ArbZRL eine „gewisse Flexibilität“ für Unternehmen bei der Umsetzung der Richtlinie. Gerade Firmentarifverträge sind Instrument dieser Flexibilität. Dem nationalen Gesetzgeber steht es daher frei, auch Firmentarifverträge als geeignete Ebene iSd Art. 18 UAbs. 2 ArbZRL festzulegen.

Dieses Regelungskonstrukt ist insgesamt kritikwürdig. Einerseits erschließt sich nicht, weshalb die Richtlinie es dem nationalen Gesetzgeber (durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften) verwehrt, Ausnahmen außerhalb der vorgegebenen Fallgruppen zuzulassen. Andererseits fehlen jegliche Kriterien, nach denen der nationale Gesetzgeber die Erforderlichkeit bestimmen muss. Auch die vom *EuGH* aufgestellte Hürde, den Anwendungsbereich auf das „unbedingt Erforderliche“ zu begrenzen, schafft weniger Klarheit denn Rechtsunsicherheit.²⁴⁹ Zudem überzeugt der Ausschluss von Abweichungsbefugnissen der Betriebsparteien nicht.

2. Nationalrechtliche Bestimmungen

Die für die hier zu erörternde Frage maßgeblichen tariflichen Abweichungsmöglichkeiten des ArbZG (§ 7 Abs. 1 Nr. 1a, 3 und 4a, Abs. 2 Nr. 1 und 4) fußen auf Art. 18 ArbZRL, denn sie gelten nicht für bestimmte in Art. 17 Abs. 3 f. ArbZRL genannte Branchen, sondern für die speziellen Arbeitszeitformen Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft.

247 Preis/Sagan/*ders.*, § 6 – Arbeitszeit Rz. 276 f.

248 Dies gilt eher als Argument *de lege ferenda* gegen die fehlende Abweichungsbefugnis durch Betriebsvereinbarungen, s. dazu 7. Kapitel – II.1.c.

249 Kritisch auch *EuArbSoR/Bayreuther*, § 11 Arbeitszeit Rn. 40, der darauf hinweist, dass die Begrenzung auf das unbedingt Erforderliche nicht aus dem Richtlinientext hervorgeht.

a) Europarechtskonformität

Eine starke Meinung in der Literatur zweifelt zu Recht an der Europarechtskonformität der o.g. Regelungen des ArbZG, da es die Erforderlichkeit tariflicher Abweichungen für besondere Arbeitszeitformen lediglich behauptet, aber keine spezifischen Anforderungen statuiert.²⁵⁰

Das führt den Rechtsanwender in die Zwickmühle des Widerspruchs von nationalem Recht und Unionsrecht. Einen solchen Widerspruch aufzulösen, ist zunächst Aufgabe der unionsrechtskonformen Auslegung. Diese geht dahin, den fraglichen Regelungen des ArbZG einen ungeschriebenen Erforderlichkeitsvorbehalt beizufügen. Die Tarifparteien dürften also nur von der Abweichungsbefugnis Gebrauch machen, sofern dies für die Verwirklichung der besonderen Arbeitszeitform unbedingt erforderlich ist.²⁵¹ *Ulber* weist zutreffend darauf hin, eine derartige Inhaltskontrolle von Tarifverträgen sei im deutschen Recht systemwidrig und bringe überdies die Unwirksamkeit vieler Tarifverträge zu Tage.²⁵² Genügen die Tarifverträge nämlich dem ungeschriebenen Erforderlichkeitsvorbehalt nicht, was regelmäßig der Fall sein dürfte, sind diese (teil-)nichtig, §§ 134, 139 BGB. Nicht nur mit einem ergebnisorientierten Pragmatismus darf man an diesem Resultat zweifeln. Auch nach Lektüre der Rechtsprechung des *EuGH* in Sachen *Accardo* sprechen gute Gründe dafür, dass der Bogen unionsrechtskonformer Auslegung überspannt ist. Dort fordert dieser, dass Abweichungen mit „*Bestimmtheit und Klarheit umgesetzt werden, um den Erfordernissen* [der Rechtssicherheit] *zu genügen*“.²⁵³ Das zu prüfen sei Aufgabe der nationalen Gerichte. Diesen Anforderungen genügen die Regelungen des ArbZG nicht. Vor dem Hintergrund, dass der Richtliniengeber selbst nur wenig Wert auf die Bestimmtheit und Klarheit des Art. 18 ArbZRL gelegt und es dem *EuGH* überlassen hatte, dessen Anwendung auf das unbedingt Erforderliche zu beschränken, überzeugt diese Rechtsprechung kaum. Folgt man ihr trotzdem und überträgt sie auf diesen Fall, bleibt nur, die Richtlinienwidrigkeit der

250 *Preis/Sagan/Ulber*, § 6 – Arbeitszeit Rz. 272; *EUArbR/Gallner*, Art. 18 ArbZRL Rn. 7; zurückhaltender *EuArbSoR/Bayreuther*, § 11 Arbeitszeit Rn. 52; *Neumann/Biebl*, Arbeitszeitgesetz, § 7 Rn. 19a, die dieses Dilemma auf Ebene der Tarifverträge lösen möchten.

251 Diese Vorgabe beschränkt den Einschätzungsspielraum der Tarifvertragsparteien erheblich. Die Literaturmeinungen, die von einem großen Beurteilungsspielraum ausgehen, verkennen dies. So aber *Neumann/Biebl*, Arbeitszeitgesetz, § 7 Rn. 27 mwN.

252 *Preis/Sagan/Ulber*, § 6 – Arbeitszeit Rz. 272.

253 *EuGH* v. 21.10.2010 – C-227/09 [*Accardo*], Rn. 56.

betroffenen Regelungen des ArbZG zu konstatieren. Die Tarifverträge – jedenfalls soweit keine öffentlichen Arbeitgeber betroffen sind – blieben mangels unmittelbarer Richtliniengeltung wirksam und der Arbeitnehmer auf den mühsamen staatshaftungsrechtlichen Klageweg wegen mangelhafter Richtlinienumsetzung verwiesen. Beide Ergebnisse sind gleichermaßen unbefriedigend, der Gesetzgeber ist daher dringend dazu aufgerufen, das ArbZG insoweit zu korrigieren und den Tarifpartnern eine Übergangsfrist zur Änderung einzuräumen.

Auch die Möglichkeit, abweichende Regelungen auf Grund eines Tarifvertrags durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung zu treffen, begegnet erheblichen europarechtlichen Bedenken. Da die ArbZRL gerade keine Befugnis der Betriebsparteien zur unmittelbaren Abweichung enthält, reicht eine pauschale Ermächtigungsnorm in Tarifverträgen keinesfalls. Der Mangel der nationalrechtlichen Regelungen, die keine Bestimmungen zur Erforderlichkeit treffen, schlägt hier auf die unteren Ebenen durch. Folgt man der Rechtsprechung des *EuGH*, muss man konsequenterweise fordern, dass die Tarifverträge erstens dezidierte Regelungen enthalten, für welche besonderen Fälle es gerade erforderlich ist, von den Vorschriften des ArbZG (und damit also vom Mindestschutz der ArbZRL) abzuweichen. Zweitens müssen sie den Betriebsparteien klare Vorgaben machen, aus denen sich ergibt, in welchem Rahmen diese von den Abweichungen Gebrauch machen dürfen.²⁵⁴ Diese Anforderungen beschränken die Betriebsparteien darauf, den tarifvertraglich festgesetzten Rahmen lediglich zu konkretisieren. Weitergehende Befugnisse verbieten sich, weil die ArbZRL den Betriebsparteien gerade kein Mandat zur Abweichung einräumt. Betriebsvereinbarungen, deren tarifvertragliche Grundlage dem Erforderlichkeitsmaßstab nicht standhält, die sich nicht auf die Konkretisierung der tarifvertraglichen Grundlage beschränken und v.a. solche, die überhaupt keine tarifvertragliche Grundlage haben, sind mithin unionsrechtswidrig. Sofern sich die Betriebsparteien ohne tarifvertragliche Grundlage zu einer Betriebsvereinbarung ermächtigt haben, verstoßen sie damit schon gegen die Vorschriften des ArbZG, derartige Betriebsvereinbarungen sind nichtig, § 134 BGB. In den übrigen Fällen gelten die Ausführungen zu Tarifverträgen entsprechend.

254 Weniger streng *EuArbSoR/Bayreuther*, § 11 Arbeitszeit Rn. 51, der forderte, die Tarifparteien müssten den Betriebsparteien wenigstens die Eckdaten für eine Regelung vorgeben.

b) *Erstreckung tariflicher Regelungen und tariflose Bereiche*

Die Erstreckungsbefugnis des Art. 18 UAbs. 4 lit. b ArbZRL hat der Gesetzgeber in § 7 Abs. 3 ArbZG in nationales Recht umgesetzt. Im Geltungsbereich tariflicher Regelungen haben auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber die Möglichkeit, die Abweichungen durch Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung und – wo diese mangels Betriebs- bzw. Personalrat nicht möglich sind – durch Individualvereinbarung umzusetzen.

Interessanter ist die Abweichungsmöglichkeit des § 7 Abs. 5 ArbZG für die tariflosen Bereiche. Für diese ermächtigt der Gesetzgeber die Aufsichtsbehörden, Ausnahmen iSd § 7 Abs. 1–2a ArbZG zu bewilligen, wenn sie aus betrieblichen Gründen erforderlich sind. Sofern § 7 Abs. 5 ArbZG auf die Umsetzung der Opt-Out-Regelung (§ 7 Abs. 2a ArbZG) Bezug nimmt, gelten die oben abgeführten Bedenken entsprechend. Darüber hinaus ist schleierhaft, welche unionsrechtliche Grundlage § 7 Abs. 5 ArbZG stützt. Art. 18 ArbZRL sieht jenseits der Erstreckung von Tarifverträgen nämlich keine Möglichkeit des nationalen Gesetzgebers vor, von der ArbZRL abzuweichen. Diese Kompetenz enthält lediglich Art. 17 Abs. 2 ArbZRL. Er erlaubt Abweichungen im Wege von Rechts- bzw. Verwaltungsvorschriften aber nur tätigkeitsspezifisch, s. oben. § 7 Abs. 1 und Abs. 2 ArbZG hat der nationale Gesetzgeber aber gerade nicht tätigkeitsspezifisch iSd Art. 17 Abs. 3 f. ArbZRL ausgestaltet. Auch die Opt-Out-Klausel des Art. 22 ArbZRL ermächtigt den nationalen Gesetzgeber nicht zur Abweichung vom Ruhezeitenregime und dient § 7 Abs. 5 ArbZG daher nicht als Grundlage. Mithin ist § 7 Abs. 5 ArbZG europarechtswidrig. Gleiches gilt für die Verordnungsermächtigung der Bundesregierung, § 7 Abs. 6 ArbZG.²⁵⁵

3. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit

a) *Ausgleichsruhezeiten*

Schon das einschränkende Erfordernis gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten macht die Abweichungsbefugnisse der Art. 17 f. ArbZRL für Flexibilisierungen zur Ermöglichung mobiler Erreichbarkeit uninteressant, denn der *EuGH* fordert, der Arbeitgeber müsse diese Ausgleichsruhezeiten unmittelbar im Anschluss an die ausgleichsbedürftige Arbeitszeit gewähren.²⁵⁶ Dadurch ist aber für die

255 Ähnlich zu § 7 Abs. 6 ArbZG auch *Schliemann*, ArbZG, § 7 Rn. 84, der dies indes nur mit einer mangelhaften Umsetzung der Opt-Out-Klausel begründet.

256 *EuGH v. 14.10.2010 – C-428/09 [Union syndicale Solidaires Isère]*, Rn. 50; *EuGH v. 09.09.2003 – C-151/02 [Jaeger]*, Rn. 94.

praxistaugliche Umsetzung der mobilen Erreichbarkeit nichts gewonnen. Vielmehr wechseln sich Zeiten mobiler Erreichbarkeit mit Ausgleichszeiten ab. Die kontinuierliche Durchführung mobiler Erreichbarkeit ist damit nicht möglich.

Ein anderer angemessener Schutz iSd Art. 17 Abs. 2 ArbZG kommt schon deshalb nicht in Frage, weil die Gewährung von Ausgleichsruhezeiten bei mobiler Erreichbarkeit nicht aus objektiven Gründen unmöglich ist. Insofern bedürfte es ganz außergewöhnlicher Umstände.²⁵⁷ Mobile Erreichbarkeit ist allerdings ein Alltags- und Massenphänomen, für das keine außergewöhnlichen Umstände in diesem Sinne ersichtlich sind.

b) Tätigkeitsbezug

Die tätigkeitspezifischen Ausnahmegesetze des Art. 17 Abs. 3 ArbZRL eignen sich insgesamt nicht dazu, mobile Erreichbarkeit in den Griff zu bekommen. Sofern lit. d von einem „*Fall eines vorhersehbaren übermäßigen Arbeitsanfalls*“ spricht, bezieht sie sich nicht auf die iRd Digitalisierung umfangreicher werdende Arbeitswelt, sondern ist branchenspezifisch ausgestaltet. Auch wenn Landwirtschaft, Fremdenverkehr und Postdienst nur „*insbesondere*“ genannt sind, zeigt die Regelung deutlich, es muss zumindest einen Branchenbezug zum vorhersehbaren übermäßigen Arbeitsanfall geben. Hohes Arbeitsaufkommen darf also nicht durch eine (Fehl-) Organisation des Arbeitgebers bedingt sein. Vielmehr muss der Arbeitnehmer seiner Arbeit ausschließlich während der regulären Arbeitszeit nachkommen können.

Ohne jegliche Beachtung ist bislang Art. 17 Abs. 4 lit. b ArbZRL geblieben. Er lässt Ausnahmen von der täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeit zu, sofern „*die Arbeitszeiten über den Tag verteilt sind*“. Die Vorschrift klingt wie maßgeschneidert für Veränderungen der Arbeitswelt, in der eine modularisierte Arbeitsverteilung den starren Achtstundentag ablöst. Ihrem Wortlaut nach ist sie nicht auf eine bestimmte Tätigkeit begrenzt, auch wenn sie mit dem Bezug zum Reinigungsdienst wohl nur spezielle Arbeiten vor Augen hat. Aus dem systematischen Zusammenspiel mit Art. 17 Abs. 4 lit. a ArbZRL, der auf Schichttätigkeiten rekurriert, ergibt sich aber, dass der Gesetzgeber hier eine Zersplitterung der Arbeitszeiten vor Augen hatte. Indes muss man die *EuGH*-Rechtsprechung in Sachen *Isère* und *Jaeger*²⁵⁸ wohl auch auf derartige Abweichungen übertragen und fordern, dass der Arbeitgeber Ausgleichsruhezeiten im unmittelbaren

257 EUArbR/*Gallner*, Art. 17 ArbZRL Rn. 10.

258 *EuGH* v. 14.10.2010 – C-428/09 [*Union syndicale Solidaires Isère*], Rn. 50; *EuGH* v. 09.09.2003 – C-151/02 [*Jaeger*], Rn. 94.

Anschluss gewährt. Diese Anforderung schränkt das Flexibilisierungspotential massiv ein.

c) Arbeitszeitformspezifische Abweichungen

Auf die Frage der mobilen Erreichbarkeit hat die dargestellte Problematik nach der hier vertretenen Auffassung allerdings keine Auswirkung, weil sie davon ausgeht, dass mobile Erreichbarkeit weder Arbeitsbereitschaft noch Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft ist.²⁵⁹ Die Tarifparteien dürfen daher die tariflichen Öffnungsklauseln in § 7 Abs. 1 Nr. 1a, 3 und 4a, Abs. 2 Nr. 1 und 4, Abs. 2a ArbZG per se nicht nutzen, um Regelungen zur mobilen Erreichbarkeit zu treffen, so erforderlich diese auch sein mögen. Für eine analoge Anwendung spricht zwar, dass eine Regelungslücke mit vergleichbarer Interessenlage (mobile Erreichbarkeit als besondere Arbeitszeitform) besteht. Sie steht aber wiederum in Konflikt mit der oben zitierten Rechtsprechung des *EuGH* in Sachen *Accardo*,²⁶⁰ nach der die Abweichungsregelungen bestimmt und klar gehalten sein müssen. Zudem gerät sie in Konflikt mit dem methodischen Grundsatz enger Auslegung von Ausnahmeregelungen.

Folgt man der Auffassung im Schrifttum, die mobile Erreichbarkeit einer der besonderen Arbeitszeitformen zuordnet und unterstellt, dass das ArbZG als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal einen besonderen Erforderlichkeitsvorbehalt enthält, dürfen die Tarifparteien unter engen Voraussetzungen Regelungen zur mobilen Erreichbarkeit treffen.

Die Tarifparteien müssen ausdrücklich darlegen, warum ein Abweichen von den werktäglichen Höchstarbeitszeiten bzw. den Mindestruhezeiten bei dieser Arbeitszeitform unbedingt erforderlich ist. Keinesfalls reicht aus, dass die Tarifparteien mobile Erreichbarkeit grundsätzlich ermöglichen bzw. arbeitszeitkonform ausgestalten wollen, denn die Ausnahmenvorschriften der ArbZRL dienen nicht dazu, ein Arbeitszeitregime einzuführen, das ihr Schutzniveau unterschreitet. Die ArbZRL untersagt eine Verdichtung der Arbeit jenseits ihres Schutzniveaus. Ein solcher Tarifvertrag müsste zunächst zwischen Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten unterscheiden. Eine Verlängerung der Höchstarbeitszeitgrenzen ist bei einer typischen 40-Stunden-Woche kaum begründbar, da iRv mobiler Erreichbarkeit üblicherweise nicht mehr als anderthalb Stunden

²⁵⁹ Vgl. 4. Kapitel.

²⁶⁰ *EuGH v. 21.10.2010 – C-227/09 [Accardo]*, Rn. 56.

Mehrarbeit pro Tag anfallen.²⁶¹ Tarifliche Abweichungen dürfen nicht von dem Regime des ArbZG (tägliche Höchstarbeitszeiten) auf das der ArbZRL (wöchentliche Höchstarbeitszeiten) wechseln, da sich die tariflichen Öffnungsklauseln des ArbZG ausschließlich auf dessen System beziehen. Nochmals: Abweichungen müssen immer zu anderen Zeiträumen ausgeglichen werden (Ausnahme § 7 Abs. 2a ArbZG, s. dazu 3. Kapitel – I.2), was deren Praxistauglichkeit für mobile Erreichbarkeit nahezu nivelliert.

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG sieht eine Anpassung der Ruhezeitenregelung des § 5 ArbZG vor. Hierin liegt eine mögliche Handhabe, mobile Erreichbarkeit praxistauglich umzusetzen. Insoweit gilt gleichermaßen: Mobile Erreichbarkeit darf das Mindestruhezeitenregime nicht aus Selbstzweck aushebeln. Vielmehr müssen die Tarifvertragsparteien Bereiche definieren, in denen es unbedingt erforderlich ist, Mitarbeitern die elfstündige ununterbrochene Ruhezeit vorzu-enthalten. Das ist nur schwer vorstellbar, ohne an bestimmte Arbeitsvorgänge (bspw. Kontakt mit Kunden in anderen Zeitzonen) anzuknüpfen. Andererseits wird es im Unternehmen kaum einen Arbeitnehmer geben, auf den derartige Voraussetzungen immer zutreffen. Dementsprechend dürfte der Arbeitgeber für das Gros der Arbeitnehmer nicht permanent von den Mindestruhezeitenregelungen des § 5 ArbZG abweichen. So lässt sich die gewünschte Flexibilität jedenfalls nicht erzielen, mobile Erreichbarkeit also nicht praxistauglich umsetzen. Und nochmals sei auf die Pflicht zum Zeitausgleich und die Rechtsprechung des *EuGH* in Sachen *Jaeger* und *Isère*²⁶² hingewiesen: Es ist ja keinesfalls so, dass die Anordnung von Rufbereitschaft Ruhezeiten ersatzlos entfallen lässt. Der Arbeitgeber muss diese vielmehr nachgewähren und zwar im unmittelbaren Anschluss an die auszugleichende Arbeitszeit. Diese Anforderung erstickt die praxistaugliche Umsetzung mobiler Erreichbarkeit im Keim.

Noch schwieriger gestaltet sich die Situation für Tarifregelungen, die das Mandat an die Betriebsparteien weitergeben, da sie den Betriebsparteien einen konkreten Regelungsrahmen vorgeben müssen, den diese lediglich ausfüllen dürfen. Betriebsvereinbarungen, die nicht auf einer tarifvertraglichen Grundlage geschlossen werden, verstoßen von vornherein gegen das ArbZG. Eine praxistaugliche Regelung auf Betriebsebene zu finden, ist daher noch komplizierter.

261 S. dazu ausführlich 2. Kapitel – V. Sofern mobile Erreichbarkeit nicht als Ausweg zur Verdichtung der Arbeitszeit genutzt wird, bedarf es regelmäßig keiner Verlängerung der Tageshöchstarbeitszeiten.

262 *EuGH* v. 14.10.2010 – C-428/09 [*Union syndicale Solidaires Isère*], Rn. 50; *EuGH* v. 09.09.2003 – C-151/02 [*Jaeger*], Rn. 94.

Wer mobile Erreichbarkeit als besondere Arbeitszeitform iSd Arbeitsbereitschaft, des Bereitschaftsdienstes bzw. der Rufbereitschaft versteht, verfügt daher mit den Regelungen des § 7 ArbZG nur scheinbar über ein Flexibilisierungsarsenal. Bei näherem Hinsehen entpuppt es sich wegen der hohen europarechtlichen Anforderungen aber als ungeeignet für praxistaugliche Regelungen.

Ungeachtet der mannigfachen Bedenken, ob und wie mobile Erreichbarkeit mittels Abweichungsbestimmungen praxistauglich etabliert werden kann, steht die gesetzliche Systematik einer flächendeckenden Umsetzung in jedem Fall im Weg. Gerade in tariflosen Bereichen besteht nahezu keine Möglichkeit, vom ArbZG zur Umsetzung mobiler Erreichbarkeit abzuweichen.

III. Individualvertragliche Abweichung

Die ArbZRL eröffnet keine Möglichkeit durch Individualvertrag von ihren Vorschriften abzuweichen. Unternehmensbezogene Regelungen mobiler Erreichbarkeit müssen sich daher in ihrem Rahmen bewegen.

Der Arbeitgeber darf nicht einfach Rufbereitschaft anordnen und dadurch von den Grundregeln des ArbZG abweichen. Ebenso wenig steht diese Möglichkeit den Betriebsparteien offen. Die Ausnahmeregelungen gelten nämlich nur, sofern die Tarifparteien diese vereinbart haben.²⁶³

IV. Ergebnis des dritten Kapitels

Die unterschiedlichen Abweichungsmöglichkeiten der ArbZRL eignen sich kaum zur praxistauglichen Umsetzung mobiler Erreichbarkeit. Das liegt zum einen daran, dass Abweichungen idR ausgleichspflichtig sind. Mobile Erreichbarkeit an einem Tag geht dann aber immer auf Kosten der Flexibilität eines anderen Tages. Das widerspricht dem Grundgedanken mobiler Erreichbarkeit, die Zeiten innerhalb eines Arbeitstages flexibilisieren will.

Sofern die ArbZRL Abweichungsmöglichkeiten ohne Ausgleichspflicht zulässt, gelten diese grundsätzlich nur für den engen Führungszirkel des Unternehmens und entfalten daher für die übrige Belegschaft keine Bedeutung. Zwar besteht mit der Opt-Out-Klausel eine (systemfremde) Möglichkeit, von den Höchst-arbeitszeitvorschriften auch ohne Ausgleich abzuweichen. Allerdings soll diese

263 Mindestens missverständlich daher das BYOD-Nutzungsvereinbarungsmuster, das *Monsch*, S. 178 vorschlägt: „Unberührt bleibt das Recht des Arbeitgebers, im Rahmen der gesetzlichen, arbeits- und / oder tarifvertraglichen Regelungen bei begründeter dienstlicher Notwendigkeit Rufbereitschaft anzuordnen.“

nach der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers nur für den ärztlichen Bereitschaftsdienst gelten, hat also keine Bedeutung für mobile Erreichbarkeit. Im Übrigen stellt nicht die Begrenzung der Höchstarbeitszeit die eigentliche Hürde für mobile Erreichbarkeit auf, sondern das Ruhezeitenregime, auf das die Opt-Out-Klausel sich nicht bezieht.

Sieht man davon ab, dass ausgleichspflichtige Abweichungen von den Bestimmungen der ArbZRL sich schon prinzipiell nicht zur Umsetzung mobiler Erreichbarkeit eignen, stehen deren Nutzung mehrere Bedenken entgegen. Zunächst hat der nationale Gesetzgeber § 7 ArbZG europarechtswidrig umgesetzt, da er keinen Erforderlichkeitsvorbehalt enthält. Dann handelt es sich bei mobiler Erreichbarkeit schon nicht um eine, in § 7 ArbZG genannte, besondere Arbeitszeitform. Selbst wenn man dies außer Acht lässt, müssten die Tarifpartner immer noch Bereiche definieren, in denen es unbedingt erforderlich ist, vom Höchstarbeits- bzw. Mindestruhezeitenregime abzuweichen, was – jedenfalls für die Breite der Arbeitsverhältnisse – kaum gelingen wird.

Viertes Kapitel Bereitschaft als Ausweg?

Im Graubereich zwischen Arbeit und Freizeit kennt das Arbeitszeitrecht das Flexibilisierungsinstrument *Bereitschaft*. Sie kennzeichnet, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitstätigkeit erst auf Geheiß des Arbeitgebers aufnimmt. Durch das dazu notwendige Verfügbarhalten, erfüllt der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Hauptleistungspflicht noch nicht. So verschiebt sich das Risiko der Verwertbarkeit der Arbeitsleistung vom Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer. Die daraus resultierenden arbeitszeitrechtlichen Implikationen staffeln sich danach, wie frei der Arbeitnehmer bei der Wahl des Ortes ist, an dem er sich bereithält.

Die Diskussion über Bereitschaft ist überwiegend durch die Branchen geprägt, für die Bereitschaft berufstypisch ist. Für das BAG gehört bspw. die Ableistung des Bereitschaftsdienstes zum ärztlichen Berufsbild²⁶⁴ oder ist notwendiger Teil aller Formen des Wachdienstes.²⁶⁵

Mit Bereitschaft ist mobile Erreichbarkeit strukturell vergleichbar, so dass sich diese auf den ersten Blick als Kategorie in ihr System einzufügen scheint. Eine nähere Analyse der verschiedenen Bereitschaftsformen zeigt allerdings, dass mobile Erreichbarkeit im Kern auf eine andere Form der Flexibilisierung von Arbeit gerichtet und daher weder dem Bereitschaftsdienst noch der Rufbereitschaft zuzuordnen ist. Selbst wenn man dieser Einschätzung nicht folgt und mobile Erreichbarkeit als Ausprägung herkömmlicher Bereitschaft subsumiert, stößt man schnell an Grenzen. Bedenken ergeben sich schon, ob der Gesetzgeber die Ausnahmenvorschriften des ArbZG überhaupt unionsrechtskonform gestaltet hat. Darüber hinaus eignen sich die Vorschriften des ArbZG nur bedingt zu einer interessen- und praxisgerechten Gestaltung der mobilen Erreichbarkeit.

I. Gesetzeshistorie

Die Gesetzesgeschichte zeigt, dass die Gesetzgebung Bereitschaft als Mezzanin zwischen Arbeit und Freizeit begreift, innerhalb dessen es verschiedene Unterteilungen gibt.

Erstmalig entscheidet die Reichsregierung in der Weimarer Republik, einen Teil dieses Mezzanins zu regeln: Die Arbeitsbereitschaft findet in § 2 der

264 BAG v. 16.10.2013 – 10 AZR 9/13, Rn. 21; BAG v. 22.07.2010 – 6 AZR 78/09, Rn. 21.

265 BAG v. 13.1.2016 – 10 AZR 792/14, Rn. 30.

Verordnung über die Arbeitszeit v. 21.12.1923²⁶⁶ Eingang in das Gesetz.²⁶⁷ Dort überdauert sie die Notstandsgesetzgebung²⁶⁸ der späten 1920er Jahre, die ideologische Vereinnahmung des Arbeitsrechts durch die Nationalsozialisten,²⁶⁹ galt in der Nachkriegszeit durch Anordnung der Alliierten fort²⁷⁰ und fand schließlich durch Art. 123 Abs. 1 iVm 125 Nr. 1 GG als vorkonstitutionelles²⁷¹ Recht in Form der Arbeitszeitordnung (ArbZO) Eingang in die Rechtsordnung²⁷² der Bundesrepublik. Die ArbZO blieb bis zum Erlass des Arbeitszeitgesetzes 1994 bei einigen Änderungen²⁷³ in Kraft.

Das im Juni 1994 verkündete ArbZG reformierte das Arbeitszeitrecht umfassend mit dem Ziel, die verstreuten Vorschriften des Arbeitszeitrechts²⁷⁴ für alle Arbeitnehmer²⁷⁵ unter Gesichtspunkten des Gesundheitsschutzes zu modernisieren. Darin regelt der Gesetzgeber auch die übrigen Teile²⁷⁶ des Mezzanins Bereitschaft, den Bereitschaftsdienst und die Rufbereitschaft, indem er

266 Verordnung über die Arbeitszeit vom 21.12.1923, RGBl. 1923-I, S. 1249 auf Grund § 1 Ermächtigungsgesetz vom 8.12.1923, RGBl. 1923-I, S. 1179.

267 Ausführlich zur gesetzgeberischen Entwicklung des Arbeitszeitrechts vgl. *Tietje*, S. 29–75; *Trägner*, S. 55–90. Zur terminologischen Entwicklung der unterschiedlichen Bereitschaftsformen *Bitterberg*, S. 134–161.

268 Gesetz zur Veränderung der Arbeitszeitverordnung vom 14.04.1927 (AZVO), RGBl. 1927-I, S. 109.

269 § 64 Abs. 2 Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934, RGBl. I-1934, S. 45 iVm § 5 Verordnung über die neue Fassung der Arbeitszeitverordnung vom 4.9.1934, RGBl. I-1934, S. 803 bzw. gem. § 30 Abs. 10 Gesetz über Kinderarbeit und über die Arbeitszeit der Jugendlichen vom 2.5.1938, RGBl. 1938-I, S. 437 iVm der Verordnung über die neue Fassung der Arbeitszeitverordnung und über andere arbeitszeitrechtliche Vorschriften vom 30.4.1938, RGBl. 1938-I, S. 446 als § 7 Abs. 2.

270 Direktive Nr. 26, Regelung der Arbeitszeit vom 26.1.1946, ABl. Kontrollrat 1946, Nr. 5, S. 115.

271 BVerfG v. 20.5.1952 – 1 BvL 3/51 [Ladenschluss Bremen/Baden], IV.2.

272 Obschon als „Verordnung“ bezeichnet, galt die ArbZO im Rang eines formellen Gesetz fort, weil das Arbeitszeitrechts im Jahre 1923 in diesem Rang erlassen worden war und ihn behalten hat, BVerfG v. 3.5.1967 – 2 BvR 134/63, B.I.1.

273 *Neumann/Biebl*, Arbeitszeitgesetz, Einl. Rn. 14; zu Reformbestrebungen vor 1994, *Neumann/Biebl*, Arbeitszeitgesetz, Einl. Rn. 15; *Tietje*, S. 48 f.

274 BT-Drs. 12/5888, S. 1.

275 Allerdings bestehen Sonderregelungen für verschiedene Arbeitnehmergruppen, bspw. Jugendliche oder Seeleute, ausführlich *Neumann/Biebl*, Arbeitszeitgesetz Einl. Rn. 20–26.

276 Dagegen hat sich die von *Galperin*, DB 1960, 723 (725 f.) vorgeschlagen weitere Kategorie *Wohnbereitschaft* nicht durchgesetzt.

sie (teilweise) richtlinienwidrig der Ruhezeit zuordnet, vgl. § 5 Abs. 3 ArbZG 1994. Entgegen der Forderung des Bundesrats²⁷⁷ verzichtete jener auf Legaldefinitionen der verschiedenen Bereitschaftsformen. Eine Klarstellung sei nicht erforderlich, da die Begriffe aus sich selbst verständlich oder jedenfalls durch die Rechtsprechung hinreichend konkretisiert seien.²⁷⁸ Ersichtlich lehnt sich der Gesetzgeber an die bis dato von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Begriffsbestimmungen an. Diese sind Produkt einer über Jahrzehnte kontrovers geführten Debatte.²⁷⁹

Allerdings tritt nach der SIMAP²⁸⁰ und Jaeger²⁸¹ Rechtsprechung des *EuGH* die Richtlinienwidrigkeit des ArbZG offen zu Tage. Im Jahr 1993 hatte nämlich der europäische Gesetzgeber mit Erlass der Richtlinie über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung die Bühne des Arbeitszeitrechts betreten²⁸² und einen Arbeitszeitbegriff eingeführt, unter dem auch Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit zählt.

Daraufhin ändert der Gesetzgeber Ende 2003 im Rahmen der Arbeitsmarktreformen der sog. Agenda 2010 die Zuordnung des Bereitschaftsdienstes. Fortan zählt grundsätzlich nur noch die Rufbereitschaft als Ruhezeit (§ 5 Abs. 3 ArbZG), der Bereitschaftsdienst hingegen als Arbeitszeit, vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1a ArbZG. Zwar finden Legaldefinitionen auch im Zuge dieser Gesetzesänderung keinen Eingang in das Gesetz. Allerdings geben die Gesetzesmaterialien genaueren Aufschluss über das gesetzgeberische Begriffsverständnis der Arbeitsbereitschaft und des Bereitschaftsdienstes.²⁸³ Zur Rufbereitschaft äußerte sich der Gesetzgeber wiederum nicht.

Heute findet der Gesetzesanwender für Arbeitnehmer nationale Regelungen zur Bereitschaft in §§ 5, 7, 15, 21a ArbZG, sowie in §§ 43, 45 SeeArbG und §§ 2, 6, 14, 21 2.DV LuftBO.

Der europäische Gesetzgeber hat die Arbeitszeitrichtlinie im Jahr 2003 neu gefasst und dabei die Arbeitszeitdefinition wortgleich aus der Vorgängerrichtlinie übernommen, sodass sich an der Bewertung des Bereitschaftsdienstes als

277 BT-Drs. 12/5888, S. 38.

278 BT-Drs. 12/5888, S. 50.

279 Vgl. Darstellungen bei *Gitter*, Probleme der Arbeitsbereitschaft, S. 198; *Tietje*, S. 76–103; *MüHdb-AR/Anzinger*, § 298 Rn. 21–46.

280 *EuGH* v. 03.10.2000 – C-303/98 [SIMAP].

281 *EuGH* v. 09.09.2003 – C-151/02 [Jaeger].

282 Zu Sonderregelungen vgl. *EuArbSoR/Bayreuther*, § 11 Arbeitszeit Rn. 7. Zur europarechtlichen Vorgeschichte und Entstehung der Richtlinie vgl. *Tietje*, S. 59 ff.

283 BT-Drs. 15/1587, S. 29 f.

Arbeitszeit nichts ändert. Allerdings sieht die Europäische Kommission weiterhin Reformbedarf, u.a. zur Definition des Bereitschaftsdienstes.²⁸⁴

II. Maßgebliche Begriffe

Die arbeitsrechtliche Diskussion zu mobiler Erreichbarkeit als Bereitschaft bestimmen die Begriffe „Bereitschaftsdienst“ und „Rufbereitschaft“. Diese hat sich auch der Gesetzgeber teilweise zu Eigen gemacht, ohne sie legal zu definieren. Sie liegen den Ausführungen in folgender Form zugrunde.

1. Bereitschaftsdienst

Der Arbeitnehmer muss sich für Zwecke des Betriebs an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufhalten, um bei Abruf seine volle Arbeitstätigkeit unverzüglich aufnehmen zu können.²⁸⁵

2. Rufbereitschaft

Der Arbeitnehmer muss für den Arbeitgeber erreichbar sein, um auf Abruf innerhalb einer bestimmten Frist die Arbeit aufzunehmen.²⁸⁶ Die Abruffrist bestimmt dabei den Radius ausgehend vom Arbeitsplatz, innerhalb dessen der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort frei wählen darf.

III. Mobile Erreichbarkeit als zweistufiges Bereitschaftssystem

1. Literaturmeinungen

Sofern die Literatur mobile Erreichbarkeit nicht per se dem Bereitschaftsdienst oder der Rufbereitschaft zuordnet, erhebt sie die Frage, ob bzw. wie schnell der Arbeitnehmer auf eine Kontaktaufnahme des Arbeitgebers reagieren muss, zum maßgeblichen Abgrenzungskriterium.

Nach *Bayreuthers*²⁸⁷ Ansicht besteht Bereitschaftsdienst, wenn der Arbeitnehmer erstens ständig mit einer Kontaktaufnahme rechnen muss, diese

284 Dazu EuArbSoR/*Bayreuther*, § 11 Arbeitszeit Rn. 64; pessimistisch *Jacobs*, NZA 2016, 733 (734); ebenso *Wolf*, ZAAR Bd. 39, S. 61 (64); *Czuratis/Sohn*, Was tun mit der Arbeitszeitrichtlinie, www.cep.eu/Studien/cepInput_Arbeitszeitrichtlinie/cepInput_Arbeitszeitrichtlinie.pdf; *Krause*, Jahrbuch Arbeitsrecht 2016, S. 23 (32) hält das sogar für eine „Utopie“.

285 BT-Drs. 15/1587, S. 29.

286 *Tietje*, S. 102; *ErfK/Wank*, § 2 ArbZG Rn. 30.

287 EuArbSoR/*Bayreuther*, § 11 Arbeitszeit Rn. 22.

Kontaktaufnahmen zweitens ein bestimmtes Maß überschreiten und der Arbeitnehmer drittens sofort nach Kontaktaufnahme tätig werden muss. Hingegen liege noch nicht einmal Rufbereitschaft vor, wenn der Arbeitnehmer selbstständig entscheiden dürfe, ob er Mails abrufe und wie er mit diesen verfare. *Däubler*²⁸⁸ unterscheidet danach, ob der Arbeitnehmer damit rechnen muss, sofort mit der Arbeit zu beginnen. *Groewe*²⁸⁹ ist der Meinung, mobile Erreichbarkeit zähle grundsätzlich zur Rufbereitschaft. Er tendiert allerdings dazu, Bereitschaftsdienst anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer nur wenig Zeit zur Reaktion hat. *Krause*²⁹⁰ ordnet mobile Erreichbarkeit grundsätzlich als „*besondere Variante der Rufbereitschaft*“ ein. Sie sei aber als Bereitschaftsdienst zu qualifizieren, wenn Rufbereitschaft in eine „*temporäre Verlagerung der betrieblichen Sphäre [...] in das Mobile Office umschlägt*“. *Thüsing*²⁹¹ hebt hervor, es komme auf das Verhältnis zwischen „*privat nutzbarer Zeit und Freiheiten*“ des Arbeitnehmers zu den „*Eingrenzungen durch den Arbeitgeber*“ an. Entscheidend sei dafür die Beschränkung der Ortswahl. Er plädiert für eine Einzelfallbetrachtung durch die Rechtsprechung, ohne dabei mobile Erreichbarkeit kategorial festzulegen.

Andere Stimmen lehnen sowohl Bereitschaftsdienst als auch Rufbereitschaft ab, weil der Arbeitnehmer nicht verpflichtet sei, auf eine Kontaktaufnahme des Arbeitgebers zu reagieren.

*Falder*²⁹² ist der Ansicht, es bestehe regelmäßig keine vertragliche Verpflichtung, die Tätigkeit unverzüglich aufzunehmen und lehnt Bereitschaftsdienst daher ab. Auch der Grundfall der Rufbereitschaft sei seiner Meinung nach nicht erfüllt, da der Arbeitnehmer nicht unverzüglich tätig werden müsse und seine Freizeitaktivitäten daher nicht anzupassen habe. Er charakterisiert dies als „*faktische Erreichbarkeit*“ und spricht sich für eine analoge Anwendung der Rufbereitschaftsregelungen aus. *Kock*²⁹³ nimmt an, es handle sich bei mobiler Erreichbarkeit nicht um Rufbereitschaft, da der Arbeitnehmer nicht verpflichtet sei, unverzüglich tätig zu werden. Dieser Umstand beeinträchtigt die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers nicht. Auch *Kock* wählt dafür den Begriff „*faktische Erreichbarkeit*“, aus der der Arbeitnehmer „*aus Anlass eines äußeren Anreizes*

288 *Däubler*, SR 2014, 45 (63); *ders.*, ZTR 2016, 359 (361).

289 HK-ArbR/*Groewe*, § 2 ArbZG Rn. 6.

290 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 38); zustimmend *Schuster*, AnwBl 2016, 641 (642).

291 *Thüsing*, SR 2016, 87 (98).

292 *Falder*, NZA 2010, 1150 (1151).

293 BeckOK-ArbR/*Kock*, § 2 ArbZG Rn. 11.

(Anruf, eingehende E-Mail)“ tätig werde.²⁹⁴ *Wisskirchen/Bissels/Domke*²⁹⁵ sind der Ansicht, es liege weder Bereitschaftsdienst noch Rufbereitschaft vor, da der Arbeitnehmer iRd mobilen Erreichbarkeit selbstständig entscheide, wann er tätig werde. Der grundlegende Unterschied zur Rufbereitschaft sei, dass der Arbeitnehmer nicht unverzüglich tätig werden müsse.

2. Kritik

a) Strukturelle Unterschiede

aa) Herkömmliche Bereitschaft

Den o.g. Ansichten liegt das Vorstellungsbild der herkömmlichen Bereitschaft zugrunde. Die Tätigkeitsaufnahme erfolgt beim Bereitschaftsdienst sofort, weil sich der Arbeitnehmer schon am Tätigkeitsort aufhält, bei der Rufbereitschaft hingegen zeitverzögert, weil der Arbeitnehmer den Tätigkeitsort erst aufsuchen muss. In beiden Fällen bildet der Abruf des Arbeitgebers den Ausgangspunkt der Tätigkeitsaufnahme, er löst diese automatisch aus. Dabei ist für den Arbeitnehmer von vornherein erkennbar, in welchem Zeitraum es zu einem solchen Tätigkeitsautomatismus potentiell kommen kann. Bei herkömmlicher Bereitschaft handelt es sich also um ein einstufiges System aus Arbeitsabruf und Tätigkeitsaufnahme.

bb) Mobile Erreichbarkeit

Mobile Erreichbarkeit unterscheidet sich in drei wesentlichen Punkten von herkömmlicher Bereitschaft.

(1) Kommunikationsnetz des Arbeitgebers

Der Arbeitnehmer erhält idR keine Aufforderung des Arbeitgebers, tätig zu werden, sondern bekommt über sein Mobilgerät neue Informationen zu laufenden Arbeitsprozessen. Diese Informationen sind zwar immer der Arbeitssphäre zuzurechnen und stammen auch, aber nicht nur, vom Arbeitgeber. Anders als bei herkömmlicher Bereitschaft senden iRd mobilen Erreichbarkeit vor allem Kollegen und Dritte (Kunden, Geschäftspartner etc.) die Information. Statt

294 Diese Argumentation ist nicht ganz schlüssig. Einerseits soll der Arbeitnehmer gerade nicht zur Tätigkeit verpflichtet sein, andererseits bestimmt ein „äußerer Anreiz“ den Arbeitnehmer dazu, die Tätigkeit aufzunehmen.

295 *Wisskirchen/Bissels/Domke*, DB 2010, 2052 (2053).

eines gezielten Abrufs zur Arbeitstätigkeit charakterisiert ein stetiger Informationsfluss die mobile Erreichbarkeit. Durch diesen Informationsfluss bindet der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in sein Kommunikationsnetz ein. Ob der Arbeitgeber dies anordnet, veranlasst oder ob eine Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ihm irgendwie zurechenbar sein muss, spielt erst eine Rolle, wenn es um die Rechtsfolgen der §§ 22 f. ArbZG geht.²⁹⁶

(2) Tätigkeitsautomatismus

Dieser stetige Informationsfluss löst nicht den Tätigkeitsautomatismus der herkömmlichen Bereitschaft aus. Vielmehr nimmt der Arbeitnehmer die Informationen auf erster Stufe zur Kenntnis und bewertet, ob sie sofortiges Tätigwerden, späteres Tätigwerden oder überhaupt kein Tätigwerden erfordern. Sofern der Arbeitnehmer zu dem Ergebnis kommt, eine Tätigkeit sei erforderlich, erfolgt diese erst auf der zweiten Stufe.

Dagegen ließe sich einwenden, die Bewertung, ob bzw. wann eine Tätigkeit erforderlich ist, stelle schon Arbeit iSd ArbZG dar. Insofern löse der stetige Informationsfluss eben auch einen Tätigkeitsautomatismus aus. Dieses Argument lässt sich in doppelter Hinsicht abschwächen: Erstens ist die Einbindung in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers in den seltensten Fällen so konzipiert, dass jede neue Information den Arbeitnehmer aus dem Alltag reißt. Vielmehr überprüft der Arbeitnehmer von sich aus in Abständen sein Mobilgerät auf eine neue Informationslage. Zweitens nimmt die Bewertung, ob bzw. wann eine Tätigkeit erforderlich ist, nur eine sehr kurze Zeitspanne in Anspruch. Es handelt sich dabei nur um einen kurzen gedanklichen Prozess, der weder vom quantitativen noch vom qualitativen Umfang der Tätigkeitsaufnahme iRd herkömmlichen Bereitschaft entspricht. Daher ist diese kurze Tätigkeitsaufnahme nicht mit der Aufnahme iRd herkömmlichen Bereitschaftsdienstes bzw. der herkömmlichen Rufbereitschaft vergleichbar, wenngleich sie trotzdem Arbeitszeit iSd Arbeitszeitrechts ist.

Nimmt der Arbeitnehmer auf der zweiten Stufe die Tätigkeit auf, geschieht dies zwar wegen einer externen Veranlassung, jedoch zu einem selbstgewählten Zeitpunkt.

(3) Erreichbarkeitszeitraum

Anders als bei der herkömmlichen Bereitschaft, ordnet der Arbeitgeber mobile Erreichbarkeit nicht für einen bestimmten Zeitraum an. Vielmehr bindet er den

296 S. oben 2. Kapitel – IV.3.d.bb.(2).(b).

Arbeitnehmer grundsätzlich in sein Kommunikationsnetz ein. Diese Einbindung lässt ständigen Informationsfluss zum Arbeitnehmer zu, erlaubt aber dem Arbeitnehmer auch, jeden beliebigen Zeitpunkt zur Tätigkeitsaufnahme auszuwählen.

b) Bewertung der Literaturmeinungen

Die Ansicht, nach der Rufbereitschaft in Bereitschaftsdienst umschlagen kann, führt zu arbeitszeitrechtlichen Schwebelagen. Kontaktiert der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zunächst nur selten, handele es sich danach um Rufbereitschaft. Wenn sich die Intensität dann plötzlich zu einer regen Kontaktfrequenz verdichtet, schlage mobile Erreichbarkeit in Bereitschaftsdienst um. Dann zählt allerdings die gesamte Zeitspanne als Arbeitszeit, also auch die Zeiten, in denen die Tätigkeit zunächst nur als Rufbereitschaft wirkte und damit nicht als Arbeitszeit galt. So käme es zu einer nachträglichen Umqualifizierung von Ruhezeit zu Arbeitszeit. Dieses Problem gilt ganz grundsätzlich, denn, ob die Kontaktfrequenz dem Bereitschaftsdienst entsprach, lässt sich nur aus einer *Ex-Post-Perspektive* feststellen. Zudem bleibt unklar, wann bzw. wodurch die Bereitschaftsspanne endet. Auch das ließe sich nur aus der *Ex-Post-Perspektive* feststellen. Reicht dafür schon, wenn die Kontaktfrequenz nachlässt oder muss sie auf Null zurückgehen? Andererseits ist den Meinungen, die auf die Regelungen zum Bereitschaftsdienst verweisen, die Sensibilität für den Umstand zugutezuhalten, dass der Arbeitnehmer iRd ersten Stufe durch Kenntnisnahme eine Arbeitsleistung recht unmittelbar im Anschluss an den Abruf erbringt.

Diejenigen, die Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft ablehnen, haben andererseits ein richtiges Gespür dafür, dass der Arbeitnehmer mit seiner Reaktion einen anderen Teil der Arbeitsleistung örtlich und zeitlich selbstbestimmt erbringt. Sie blenden dabei aber aus, dass schon die Kenntnisnahme Arbeitsleistung ist und der Arbeitnehmer diese regelmäßig in zeitlich engem Zusammenhang zur Information erbringt.

So treffen diese gegenteiligen Ansichten beide auf ihre Weise zu, ohne das System vollständig zu erfassen.

c) Zwischenergebnis

Mobile Erreichbarkeit ist ein zweistufiges System. Eine Einordnung in die Kategorien der herkömmlichen Bereitschaft scheitert, weil diese auf einem einstufigen System basieren. Während die erste Stufe der mobilen Erreichbarkeit noch gewisse Ähnlichkeiten mit dem Bereitschaftsdienst aufweist, fehlen auf zweiter Stufe Ähnlichkeiten mit dem herkömmlichen Bereitschaftsverständnis.

Daher ist es systemfremd, die Regelungen des Bereitschaftsdienstes oder der Rufbereitschaft auf die mobile Erreichbarkeit zu übertragen. Eine gemischte Anwendung beider Regelungsregime scheitert – ungeachtet, ob diese überhaupt sachgerecht wäre – schon daran, dass sie sich gegenseitig ausschließen, weil sie in Abgrenzung zueinander konzipiert sind.

Das *EuGH-Urteil*²⁹⁷ und v.a. auch der Schlussantrag der *Generalanwältin Sharpston*²⁹⁸ in der Rechtssache Matzak bestätigen diese Bewertung.²⁹⁹ Zu Recht löst sich der *EuGH* von einer starren Kategorisierung nach Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft und stellt auf die konkrete Beeinträchtigung im Einzelfall ab.³⁰⁰ Diese Rechtsprechung darf aber nicht die Augen davor verschließen, dass jede Tätigkeitsaufnahme Arbeit iSd Arbeitszeitrechts ist. Schließlich hatte sich der *EuGH* in der Rechtssache Matzak lediglich mit den Bereitschaftszeiten befasst. Der oben beschriebenen Gefahr von arbeitszeitrechtlichen Schwebelagen kann nur durch ein Rechtsregime begegnet werden, das auf ein zweistufiges System zugeschnitten ist.

IV. Mobile Erreichbarkeit im einstufigen Bereitschaftssystem

Die folgenden Ausführungen zeigen, dass die Einordnung mobiler Erreichbarkeit in das herkömmliche, einstufige Bereitschaftssystem aus Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft schon am Wesen der jeweiligen Bereitschaftsform scheitert. Darüber hinaus bietet aber weder der Bereitschaftsdienst noch die Rufbereitschaft ein Regelungsregime, mobile Erreichbarkeit sach- und praxisgerecht umzusetzen.

1. Wesen des Bereitschaftsdienstes

a) Struktureller Vergleich

Die Vorgabe des Aufenthaltsortes durch den Arbeitgeber bildet den Kern des Bereitschaftsdienstes. Sie beschränkt den Arbeitnehmer in der Nutzung seiner Zeit auf die Möglichkeiten des Aufenthaltsortes. Im Gegensatz dazu spielt der Aufenthaltsort des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber iRd mobiler Erreichbarkeit solange keine Rolle,³⁰¹ wie der Kommunikationsfluss zwischen ihm und dem

297 *EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak]*.

298 *Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston v. 26.07.2017 – C-518/15 [Matzak]*.

299 Ausführlich dazu s. 2. Kapitel – IV.1.b.dd.

300 *EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak]*, Rn. 63.

301 *Podewils*, AuR 2013, 293, 294; *Falder*, NZA 2010, 1150.

Arbeitnehmer möglich ist. Das bedeutet, der Arbeitnehmer darf in der Phase mobiler Bereitschaft seine Zeit frei gestalten, sofern dabei die technische Anbindung an das Informationsnetz des Arbeitgebers nicht abreißt. Der *EuGH* hat die freie Gestaltung der Bereitschaftszeit zum maßgeblichen Abgrenzungskriterium erhoben.³⁰² Schließt man sich dem unumwunden an, scheidet die Einordnung der mobilen Erreichbarkeit als Bereitschaftsdienst aus.

Betrachtet man hingegen das Wesen des Bereitschaftsdienstes, das aus der Vorgabe des Aufenthaltsortes hervorgeht, zeigen sich deutliche Parallelen zur mobilen Erreichbarkeit. Während des Bereitschaftsdienstes kann der Arbeitnehmer seine Arbeit unmittelbar nach Abruf aufnehmen, denn Bereitschaftsort und Arbeitsort fallen zusammen. Gleiches gilt für die mobile Erreichbarkeit,³⁰³ da der Arbeitnehmer die Arbeit mittels des Geräts erbringt, auf dem ihn der Arbeitgeber erreicht hat. Wesentlich ist dafür, ob aus der Möglichkeit der jederzeitigen Arbeitsaufnahme auch die Pflicht zur jederzeitigen Arbeitsaufnahme folgt. Besteht diese, kommt es dem Arbeitgeber zwar immer noch nicht darauf an, wo sich der Arbeitnehmer aufhält und die Tätigkeit aufnimmt. Trotzdem bindet der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dadurch eng an sich.³⁰⁴ Das Damoklesschwert, Freizeitaktivitäten möglicherweise zugunsten der Arbeitsaufnahmen unmittelbar unterbrechen zu müssen, schwebt dauerhaft über dem Arbeitnehmer und schränkt ihn in seiner Freizeitgestaltung stark ein. So darf er sich nicht an Orten aufhalten, an denen er unerreichbar ist. Eine solche Unerreichbarkeit kann sich rein faktisch aus der Lage des Ortes ergeben, sofern an diesem kein Mobilfunknetz verfügbar ist, bspw. im alpinen Gebiet oder in infrastrukturschwachen Regionen. Sie kann aber auch daraus resultieren, dass der Arbeitnehmer sich an einem Ort aufhält, an dem der Gebrauch des Mobilgeräts verboten (v.a.

302 Davon weicht er auch in der Entscheidung *EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak]*, Rn. 63 nicht ab.

303 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (16 f.) rekurriert auf den Zweck des ArbZG und hebt hervor, der Arbeitsort spiele dabei keine Rolle. Es komme vielmehr darauf an, ob der Arbeitnehmer damit rechnen muss, die Arbeit unmittelbar aufzunehmen. Vor dem Hintergrund der massiven arbeitszeitrechtlichen Konsequenzen neigt *Däubler* aber dann wohl doch zur Einordnung als Rufbereitschaft.

304 So *EUArbR/Gallner*, Art. 2 ArbZRL Rn. 2, die daher dazu tendiert, mobile Erreichbarkeit als Bereitschaftsdienst einzuordnen; dagegen fehlt für *Falder*, NZA 2010, 1150 (1151) das charakteristische Merkmal der Ortsvorgabe, gerade weil dem Arbeitgeber gleichgültig ist, wo der Arbeitnehmer die Tätigkeit aufnimmt; ähnlich auch *Freyler*, S. 98 f., die indes mobile Erreichbarkeit und mobile Arbeit zu stark voneinander trennt.

Flugzeug) oder verpönt (Kirche, Konzert, Kino etc.) ist. Auch die Qualität der Freizeitaktivität leidet unter der immer möglichen Heranziehung zur Arbeit.³⁰⁵

Sofern der Bereitschaftsdienst noch nicht beendet ist, kehrt der Arbeitnehmer nach Abschluss der Tätigkeit in die Bereitschaftsphase zurück und steht für weitere Arbeitsaufnahmen zur Verfügung. Wie häufig der Arbeitnehmer iRd Bereitschaftszeit tatsächlich tätig wird, spielt auch – jedenfalls für die arbeitszeitrechtliche Bewertung – keine Rolle, da der gesamte Zeitraum Arbeitszeit ist. Bereitschaftsdienst ist also strukturell auf viele, ebenfalls kurzzeitige, Arbeitsaufnahmen angelegt. Diesen Zweck verfolgt auch die mobile Erreichbarkeit. Sie dient weniger dazu, punktuelle Anfragen an den Arbeitnehmer zu richten, die sich auf (wenige) Bedarfsfälle beschränken. Vielmehr steht der Arbeitnehmer durch sie dauerhaft mit dem Arbeitsplatz in Verbindung und soll so weiterhin am Arbeitsprozess teilnehmen.

Anders als beim Bereitschaftsdienst ordnet der Arbeitgeber mobile Erreichbarkeit üblicherweise nicht für einen bestimmten Zeitraum an, sondern der Arbeitnehmer bleibt grundsätzlich in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers eingebunden.³⁰⁶ Das bedeutet zwar in den wenigsten Fällen ständige Erreichbarkeit. Vielmehr bestehen (ausdrücklich oder konkludent) vereinbarte Grenzen, außerhalb derer der Arbeitnehmer nicht mit einem Abruf rechnen muss. Wie eng oder weit diese auch immer liegen mögen, besteht trotzdem ein gravierender Unterschied zwischen Arbeitnehmern, die sich auf bestimmte Bereitschaftsschichten einstellen können oder aber grundsätzlich außerhalb der eigentlich vereinbarten Arbeitszeit mit einer Kontaktaufnahme rechnen müssen.

Wenn sich auch Bereitschaftsdienst und mobile Erreichbarkeit auf den ersten Blick durch die freie Wahl des Aufenthaltsortes unterscheiden, zeigt sich doch bei näherem Hinschauen, dass beide Arbeitszeitformen Wesensähnlichkeiten aufweisen. Diese sind umso größer, je unmittelbarer die Arbeitsaufnahme auf die Kontaktaufnahme folgt. Die Grundvoraussetzung des Bereitschaftsdienstes erfüllt mobile Erreichbarkeit nicht, hingegen stimmen beide Arbeitszeitformen in ihrem Wesen überein.

Mobile Erreichbarkeit ähnelt dem Bereitschaftsdienst lediglich. Die Anwendung der bereitchaftsdienstlichen Ausnahmen auf mobile Erreichbarkeit scheitert an den strengen Vorgaben des Europarechts. Sofern die Regelungen des § 7

305 Zur *Qualität der Freizeit* als Bewertungskriterium s. 2. Kapitel – IV.1.b.

306 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 37) charakterisiert mobile Erreichbarkeit als eine Arbeitszeitform „in einer Grauzone von *faktischen Erwartungen*“, die „*schleichend einsetzt*“.

ArbZG überhaupt unionsrechtskonform sind, was stark bezweifelt werden darf, verbietet schon ihr Ausnahmeharakter, sie auf andere Arbeitszeitformen zu übertragen. Sofern die ArbZRL gestattet, Ausnahmen vom Arbeitszeitschutz an bestimmte Arbeitszeitformen zu knüpfen, muss der Gesetzgeber klar benennen, für welche Arbeitszeitformen welche Ausnahmen gelten.

b) Behandlung als Bereitschaftsdienst

Geht man entgegen der hier vertretenen Ansicht davon aus, es handle sich bei mobiler Erreichbarkeit um eine Form des Bereitschaftsdienstes, stellt sich die Herausforderung, praxistaugliche Lösungen mit dem Instrumentarium des ArbZG zu finden. Dieses stößt bereits auf erhebliche unionsrechtliche Bedenken.³⁰⁷ Selbst wenn man sie außer Acht lässt, eignet es sich nicht für eine interessengerechte Handhabung mobiler Erreichbarkeit.

Der gesamte Zeitraum des Bereitschaftsdienstes zählt unabhängig von der konkreten Inanspruchnahme als Arbeitszeit iSd ArbZG.³⁰⁸ Versteht man mobile Erreichbarkeit als Bereitschaftsdienst, zählt also sowohl die Phase der mobilen Bereitschaft als auch die der mobilen Arbeit zur Arbeitszeit. Zwar sieht das ArbZG für die Arbeitszeitform Bereitschaftsdienst Ausnahmemöglichkeiten von den Mindestruhe- bzw. Höchstarbeitszeiten vor. Diese sind für eine praxistaugliche Gestaltung der mobilen Erreichbarkeit allerdings ungeeignet.

Die Verkürzungsmöglichkeit der Ruhezeit nach § 5 Abs. 2 ArbZG für die Branchen (Kranken-) Pflege, Gastgewerbe, Verkehrsbetriebe, Rundfunk und Landwirtschaft ist für mobile Erreichbarkeit nahezu irrelevant, da diese in den betroffenen Branchen kaum anfallen wird.

Im Übrigen erlaubt § 5 Abs. 2 ArbZG keine dauerhafte Verkürzung der Ruhezeit. Vielmehr muss der Arbeitgeber die Ruhezeitunterschreitung innerhalb eines Vierwochenzeitraums ausgleichen.

Den Tarifparteien gewährt § 7 Abs. 1 Nr. 1a ArbZG die Verlängerung der täglichen Höchstarbeitszeit über die von § 3 S. 2 ArbZG vorgegebene Obergrenze von zehn Stunden täglich, sofern regelmäßig ein erheblicher³⁰⁹ Zeitraum

307 S. dazu 3. Kapitel – II.2.a.

308 Statt aller ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 670.

309 Die Literatur geht von einem Anteil von 25% – 30% Bereitschaftsdienst an der verlängerten Arbeitszeit aus, vgl. Schliemann, ArbZG, § 7 Rn. 41 mwN. Dieser spielt für die hier betrachtete Form der mobilen Erreichbarkeit keine Rolle, da die Prämisse zugrunde liegt, dass diese iRe Arbeitstags stattfindet, der sich iRd Acht- bzw. jedenfalls Zehnstundengrenze des § 3 ArbZG hält. Sofern dieser darüber hinausgeht, erscheint die Untergrenze von 25% für die als Bereitschaftsdienst verstandene mobile

Bereitschaftsdienst anfällt. Allerdings gebietet § 7 Abs. 8 S. 1 ArbZG, den Arbeitnehmer innerhalb von 12 Kalendermonaten maximal acht Stunden pro Arbeitswoche (Sechstageszeitraum) zu beschäftigen. Das bedeutet, Abs. 1 Nr. 1a dient als Mittel, die Arbeitszeit über ein Jahr anders zu verteilen, als maximal acht Stunden täglich pro Arbeitswoche. Dies wirkt auf den ersten Blick wie ein Flexibilisierungsvorteil. Dieser verpufft allerdings vor dem Hintergrund, dass das Mobilgerät der tägliche Begleiter des Arbeitnehmers ist. Geht man von einer Fünftageweche aus, darf die Arbeitszeit täglich maximal 9 Stunden 40 Minuten betragen. Bei einem üblichen Achtstundentag dürfte der Arbeitnehmer dann lediglich etwas mehr als 90 Minuten nach Arbeitsende mobil erreichbar sein, da die gesamte Zeit als Arbeitszeit zählt. Eine praxistaugliche Lösung ist so nicht möglich. Die Einstufung der mobilen Erreichbarkeit als Bereitschaftsdienst führt also nicht zu einer größeren Flexibilität, sondern beschränkt deren Anwendungsbereich.

Wollte der Arbeitgeber mobile Erreichbarkeit – was allerdings realitätsfern ist – nur an bestimmten Tagen verlangen, dürfte er zwar die tägliche Höchst-arbeitszeit von zehn Stunden überschreiten, müsste aber nach einem über zwölfstündigen Arbeitstag gem. § 7 Abs. 9 ArbZG elf Stunden Ruhezeit einhalten. Auch diese Vorschrift schränkt die Nutzbarkeit mobiler Erreichbarkeit massiv ein, da der Arbeitnehmer seine Tätigkeit am nächsten Tag nicht zur gewohnten Uhrzeit, sondern erst nach der entsprechenden Verschiebung aufnehmen darf.

Prominente Stimmen in der Literatur vertreten, eine Beanspruchung sei bis zu 24 Stunden am Stück möglich und auf diesen Zeitraum nur deshalb begrenzt, da das Gesetz von „werktäglicher“ Höchst-arbeitszeit spreche.³¹⁰ Dem ist insofern zuzustimmen, als die ArbZRL in Art. 18 auch einen Dispens von den Mindestruhezeitenregelungen vorsieht und diese daher nicht gleichsam als Puffer die Tageshöchst-arbeitszeit automatisch begrenzen.³¹¹ Allerdings spricht die ArbZRL vom Abweichen von den Richtlinienvorgaben, nicht von deren Abschaffung. Eine Verlängerung auf 24 Stunden bedeutet aber, dass die von Art. 3 ArbZRL vorgegebene Mindestruhezeit in diesem Zeitraum entfällt. Ein solches *Abweichen auf Null* ist mit den Anforderungen des Gesundheitsschutzes nicht vereinbar.

Erreichbarkeit noch etwas nach unten korrigierbar, denn die Belastung durch mobile Erreichbarkeit dürfte jedenfalls als geringer eingestuft werden, als die Belastung durch „gewöhnlichen“ Bereitschaftsdienst.

310 Schliemann, ArbZG, § 47 Rn. 43; Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, § 7 Rn. 55; aA Neumann/Biebl, Arbeitszeitgesetz, § 7 Rn. 19 mwN.

311 Schliemann, ArbZG, § 47 Rn. 43.

§ 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG, der die Verkürzung der Ruhezeit um maximal zwei Stunden ermöglicht, hat für als Bereitschaftsdienst verstandene mobile Erreichbarkeit keine Relevanz. Da der gesamte Bereitschaftsdienst zur Arbeitszeit zählt, liegt das Problem in dieser Konstellation in der täglichen Höchstarbeitszeit.

Die Abweichungsmöglichkeiten des § 7 Abs. 1 ArbZG lassen keine praxis-taugliche Regelung der mobilen Erreichbarkeit zu.

Dagegen eröffnet § 7 Abs. 2a ArbZG den Tarifpartnern die Möglichkeit, das Regelungsregime des ArbZG zu verlassen. Er ermöglicht die Verlängerung der täglichen Arbeitszeit über acht Stunden ohne Zeitausgleich. Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit darf 48 Stunden überschreiten, denn die entsprechende Grenze des § 7 Abs. 8 S. 1 ArbZG gilt ausweislich dessen Wortlaut gerade nicht für die *Opt-Out-Klausel* des § 7 Abs. 2a ArbZG. Dennoch steht sie unter strengen Voraussetzungen. Die Tarifpartner müssen zusätzlich gesonderte Regelungen vereinbaren, die den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer sicherstellen. Selbst wenn eine derartige Tarifregelung besteht, liegt es immer noch in der Hand des einzelnen Arbeitnehmers, ob er seine tägliche Arbeitszeit dergestalt verlängern möchte: Nach § 7 Abs. 7 S. 1 ArbZG ist die Verlängerung der Arbeitszeit von dessen schriftlicher, widerruflicher (§ 7 Abs. 7 S. 2 ArbZG), sanktionsfreier (§ 7 Abs. 7 S. 3 ArbZG) Einwilligung abhängig. Für die als Bereitschaftsdienst verstandene mobile Erreichbarkeit ließen sich diese Voraussetzungen zwar erfüllen. Indes dient die *Opt-Out-Klausel* einzig dazu, den ärztlichen 24-Stunden-Dienst weiterhin zu ermöglichen.³¹² Sie ist zur Regelung der mobilen Erreichbarkeit nur sehr bedingt geeignet, da § 7 Abs. 9 ArbZG den Beginn der elfstündigen Mindestruhezeit im unmittelbaren Anschluss an die Beendigung der Arbeitszeit vorschreibt. Die Situation ist hinsichtlich der Mindestruhezeit nicht anders, als oben³¹³ beschrieben: Möchte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer morgens um 8.00 Uhr beschäftigen, muss die elfstündige Mindestruhezeit am Vorabend um 21.00 Uhr beginnen. Diesen darf der Arbeitgeber voll für mobile Erreichbarkeit (verstanden als Bereitschaftsdienst) nutzen, da die *Opt-Out-Klausel* die Überschreitung der täglichen Höchstarbeitszeit zulässt.

§ 7 Abs. 2a ArbZG bestätigt die hier vertretene Auffassung, wonach mobile Erreichbarkeit zwar bereitchaftsdienstliche Elemente enthält, das Regelungsregime des Bereitschaftsdienstes dennoch nicht zu ihr passt, da iRd

312 Die Beschlussempfehlung des beratenden Ausschusses bezieht sich explizit auf Arbeitszeitmodelle in Krankenhäusern, vgl. BT-Drs. 15/1587, S. 31.

313 S. 2. Kapitel – VI.

Bereitschaftsdienstes die Arbeit für einen längeren Zeitraum aufgenommen wird und der Arbeitnehmer deshalb hohen körperlichen Belastungen ausgesetzt ist, von denen er vor Wiederbeginn der Arbeit regenerieren muss.

c) *Zwischenergebnis*

Das Arbeitszeitrecht lässt als Bereitschaftsdienst verstandene mobile Erreichbarkeit nicht zu. Wenn jede Minute mobiler Erreichbarkeit als Arbeitszeit zählt, steht v.a. die tägliche Höchstarbeitszeit einer praxisgerechten Gestaltung mobiler Erreichbarkeit entgegen. Zwar ließe sich der Zeitraum, innerhalb dessen der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Ruhezeiten mobil erreichbar sein dürfte mit den Sonderregelungen des Bereitschaftsdienstes interessengerecht bis zum Beginn der Nachtzeit ausdehnen. Indes verbietet das Arbeitszeitrecht, diesen voll mit mobiler Erreichbarkeit auszufüllen.

2. Mobile Erreichbarkeit als Rufbereitschaft

a) *Wesen der Rufbereitschaft*

Die Freigabe des Aufenthaltsortes durch den Arbeitgeber bildet den Kern der Rufbereitschaft. Dem Arbeitnehmer steht die Nutzung der Zeit während der Rufbereitschaftsphase grundsätzlich offen, lediglich seine Erreichbarkeit muss er sicherstellen. Genauso spielt der Aufenthaltsort des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber iRd mobiler Erreichbarkeit solange keine Rolle, wie der Kommunikationsfluss zwischen diesem und jenem möglich ist. Die freie Gestaltung der Rufbereitschaftszeit bildet für den *EuGH* den Dreh- und Angelpunkt der arbeitszeitrechtlichen Bewertung. Auf den ersten Blick lässt sich diese eins-zu-eins auf die mobile Erreichbarkeit übertragen. Mit diesem Argument ordnen viele Stimmen in der Literatur mobile Erreichbarkeit als Rufbereitschaft ein.³¹⁴

Betrachtet man hingegen das Wesen der Rufbereitschaft, das aus der Freigabe des Aufenthaltsortes hervorgeht, zeigen sich deutliche Unterschiede zur mobilen

314 *Gaul*, DB 2013, 60 (61); *Maier*, DB 2016, 2723 (2725); *Monsch*, S. 51; *Neumann/Biebl*, Arbeitszeitgesetz, § 7 Rn. 13b; *Schuchart*, in: *Neue Arbeitswelt*, S. 175 (200 ff.); *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2012, 178; NK-GA/*Wichert*, § 2 ArbZG Rn. 18; *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1433); schwächer *Kohte*, NZA 2015, 1417 (1423); ähnlich auch *Jacobs*, NZA 2016, 733 (735), der aber die Frage, ob der Bereitschaftszeitraum arbeitszeitrechtliche Ruhezeit ist, davon gesondert behandeln möchte; etwas anderes nuanciert *Freyler*, S. 100 ff., die zwischen „bloßer faktischer Erreichbarkeit“ und „konkretisierter Erreichbarkeit“ unterscheidet, ohne allerdings deutlich zu machen, wie sich diese Unterscheidung auswirkt, s. dazu auch die Kritik in Fn. 304.

Erreichbarkeit. Die Rufbereitschaft folgt – jedenfalls typisierend – dem Konzept der Alarmierung. Nach Abruf muss der Arbeitnehmer innerhalb eines gewissen Zeitraums am Arbeitsort erscheinen und dort die Arbeit aufnehmen, Aufenthaltsort und Arbeitsort sind nicht identisch.³¹⁵ Für mobile Erreichbarkeit gilt das Gegenteil: Weil Aufenthalts- und Arbeitsort identisch sind, gibt es keinen Ortswechsel.³¹⁶

Der notwendige Ortswechsel führt zu einem weiteren gravierenden Unterschied zur mobilen Erreichbarkeit: Zwischen Abruf und Arbeitsaufnahme liegt eine vom Arbeitgeber bestimmte Zeitspanne, die sog. Abruffrist. Dieser misst das BAG die entscheidende Abgrenzungsfunktion zwischen Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst zu. Erst ab einer bestimmten Abruffrist ist der Arbeitnehmer in der Zeitgestaltung während der Rufbereitschaftsphase hinreichend frei.³¹⁷ Rufbereitschaft ist ein einstufiges System aus Abruf und Arbeitsaufnahme. Das System „mobile Erreichbarkeit“ besteht hingegen aus zwei Stufen. Während der Arbeitnehmer auf der ersten Stufe regelmäßig schnell reagieren muss (Kenntnisnahme), liegt die Entscheidung, wann er die Arbeit erbringt (zweite Stufe) in seinem eigenen Ermessen. Schon deshalb passen die Regeln des Systems „Rufbereitschaft“ nicht zur mobilen Erreichbarkeit.

Sie lassen sich aber auch nicht auf die einzelnen Stufen übertragen. Auf der ersten Stufe genügt die regelmäßig kurze Abruffrist den Anforderungen der o.g. BAG Rechtsprechung nicht. Dagegen meint *Krause*,³¹⁸ man dürfe sich nicht auf die Rechtsprechung des BAG berufen, weil es durch die Abruffrist lediglich den

315 Dem Argument der sog. ärztliche Hintergrunddienst, d.h. ein Arzt steht für telefonische Rückfragen zur Verfügung, diene als Schablone, verdient in zweierlei Hinsicht Kritik: Einerseits handelt es sich schon nicht um den typischen Fall der Rufbereitschaft. Möchte man ein neues Phänomen (mobile Erreichbarkeit) mit bestehenden Phänomenen (Rufbereitschaft) vergleichen, muss man vom Regel-, nicht aber vom Ausnahmefall ausgehen. Darüber hinaus bindet der Arbeitgeber den ärztlichen Hintergrunddienst eng an seine Interessen. Zudem beschränkt eine solche Vereinbarung den Arzt nicht nur auf Orte, an denen er sicher erreichbar ist, sondern – nicht zuletzt wegen der hohen Bedeutung der ärztlichen Schweigepflicht und des Patientengeheimnisses – auf solche Orte, an denen er ungestört ist. Ob es sich wirklich noch um einen Fall der Rufbereitschaft handelt, darf daher angezweifelt werden.

316 So auch *Wank*, RdA 2014, 285 (288 f.) Indes hält er die Entwicklung einer neuen Arbeitszeitform nicht für erforderlich, sondern unterwirft die mobile Erreichbarkeit als „*Rufbereitschaft neuer Art*“ dem Regelungsregime der Rufbereitschaft.

317 BAG v. 31.01.2002 – 6 AZR 214/00; BAG v. 22.01.2004 – 6 AZR 543/02. So nun auch der EuGH v. 21.02.2018 – C-518/15 [Matzak], s. oben 2. Kapitel – IV.1.b.cc.

318 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 37).

Radius zum betrieblichen Arbeitsplatz bestimme, hingegen könne der mobil erreichbare Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort frei wählen.³¹⁹ Hinter der Rechtsprechung des BAG steht aber der Gedanke der offenen Freizeitgestaltung, die sich im Abstand zum Arbeitsort ausdrückt. Wer bei jeder Kontaktaufnahme reagiert, verhält sich wie jemand, der am Arbeitsplatz anwesend ist und ist in seiner Freizeitgestaltung dadurch stärker eingeschränkt, als ein Arbeitnehmer, der erst den Arbeitsplatz aufsuchen muss.³²⁰ Die Frist der zweiten Stufe hängt vom Inhalt der Kontaktaufnahme ab. Typischerweise entscheidet der Arbeitnehmer selbstständig, wann und wie er reagiert. Diese Entscheidungsfreiheit genießt er iRd Rufbereitschaft nicht.

Auch mittels eines Erst-Recht-Schlusses gelangt das System Rufbereitschaft nicht zur Geltung. Zwar ließe sich vertreten, bei mobiler Erreichbarkeit komme es überhaupt nicht auf die Abruffrist an, da der Arbeitnehmer nicht die Strapazen des Ortswechsels auf sich nehmen müsse und daher in der Zeitgestaltung während der mobilen Bereitschaft wesentlich freier sei. Eine solche Ansicht übersieht aber, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch mobile Erreichbarkeit eng an seine Interessen bindet. Die Abruffrist der Rufbereitschaft hat eine Pufferfunktion, die dem Arbeitnehmer nicht nur räumlichen, sondern auch gedanklichen Abstand zum Arbeitsplatz verschafft. Dieser fehlt bei mobiler Erreichbarkeit, denn der Arbeitnehmer trägt seinen Arbeitsplatz – das Mobilgerät – unentwegt mit sich herum.

Weitere Aspekte verstärken den Unterschied zwischen Rufbereitschaft und mobiler Erreichbarkeit, der es verwehrt, mobile Erreichbarkeit als Rufbereitschaft einzuordnen. Die Rufbereitschaft ist wegen des Wechsels von Aufenthalts- und Arbeitsort und der Mindestabruffrist nicht auf viele Arbeitsabrufe pro Rufbereitschaftszeitraum angelegt. Sofern der Arbeitnehmer die Tätigkeit aufnimmt, wird er diese regelmäßig für einen längeren Zeitraum ausüben. Für den Arbeitgeber lohnt es sich schlicht nicht, den Arbeitnehmer zu einer kurzen Tätigkeit abzurufen.³²¹ Typisch für mobile Erreichbarkeit ist hingegen die kontinuierliche Einbindung in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers, die aber nur zu kurzen Arbeitseinsätzen führt.

319 Anders *Podewils*, AuR 2013, 293 (295), der deshalb mobile Erreichbarkeit als Bereitschaftsdienst einordnet, wenn Arbeitnehmer innerhalb von 30 Minuten zu reagieren haben. Offen bleibt allerdings, worin die Reaktion besteht, ob also insbesondere das Lesen einer E-Mail schon Reaktion in diesem Sinne ist.

320 Daher greift auch das Argument von *Schuchart*, in: *Neue Arbeitswelt*, S. 175 (201), ein Ortswechsel sei iRd Rufbereitschaft nicht zwingend, daher nicht erforderlich, zu kurz.

321 In diese Richtung auch BAG v. 23.09.2010 – 6 AZR 330/09, Rn. 23.

Anders als bei der Rufbereitschaft ordnet der Arbeitgeber mobile Erreichbarkeit auch nicht nur für bestimmte Zeiträume an.³²² Insofern gelten die entsprechenden Ausführungen zum Bereitschaftsdienst auch für das Verhältnis von Rufbereitschaft und mobiler Erreichbarkeit.

Wenn sich auch Rufbereitschaft und mobile Erreichbarkeit auf den ersten Blick durch die freie Wahl des Aufenthaltsortes gleichen, zeigt sich doch bei näherem Hinsehen, dass beide Arbeitszeitformen Wesensunterschiede aufweisen. Entscheidend ist, dass die Systeme Rufbereitschaft (einstufig) und mobile Erreichbarkeit (zweistufig) nicht kompatibel sind. Rufbereitschaft folgt dem Konzept der Alarmierung, dessen Regeln nicht zu den Besonderheiten der mobilen Erreichbarkeit passen.

Gegen die hier vertretene Meinung spricht auch nicht eine Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2000.³²³ Damals hatte es über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Beschäftigter des THW über Funktelefon kontaktiert wurde und für telefonische Auskünfte zur Verfügung stehen musste. Das BAG entschied seinerzeit, es handle sich um vergütungspflichtige Rufbereitschaft, da sich der Kläger „nicht außer Hörweite“ vom Funktelefon entfernen durfte. Das Verfahren begann im Februar 1998 vor dem ArbG Kiel, bezieht sich also auf einen Tatbestand, der spätestens im Jahr 1997 datiert. Führt man sich die Abmessungen und das Gewicht von Funktelefonen aus dieser Zeit vor Augen, dürfte schnell klar sein, dass diese Entscheidung schon deshalb nicht als Präjudiz taugt, weil sie mit der technischen Wirklichkeit mobiler Erreichbarkeit nichts zu tun hat. Darüber hinaus erging sie in einer vergütungsrechtlichen und nicht in einer arbeitszeitrechtlichen Streitigkeit. Außerdem liegt sie noch vor der SIMAP-Rechtsprechung des *EuGH*,³²⁴ also vor der Neujustierung der Arbeitszeitformen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft. Zwangsläufig fehlt ihr die für diese Problematik entscheidende Abgrenzung zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft.³²⁵

322 So auch *Krause*, NZA-Beilage 2017, 53 (56), der daraus indes keinen Wesensunterschied zur Rufbereitschaft, sondern nur eine „besondere Form von Rufbereitschaft“ folgert.

323 BAG v. 29.06.2000 – 6 AZR 900/98.

324 *EuGH* v. 03.10.2000 – C-303/98 [SIMAP].

325 Vergleiche auch *Däubler*, ZTR 2016, 359 (361), dessen Kritik, das BAG habe die „Grundsatzdimension des Problems ersichtlich nicht gesehen“ vor dem Hintergrund der technischen Möglichkeiten im Jahr 2000 recht streng ausfällt; gegen Präjudizcharakter auch *Monsch*, S. 51; einschränkend *Freyler*, S. 101.

b) *Behandlung als Rufbereitschaft*

Geht man entgegen der hier vertretenen Ansicht davon aus, es handle sich bei mobiler Erreichbarkeit um eine Form der Rufbereitschaft, stellt sich die Herausforderung, praxistaugliche Lösungen mit dem Instrumentarium des ArbZG zu finden. Dieses stößt bereits auf erhebliche unionsrechtliche Bedenken.³²⁶ Selbst wenn man sie außer Acht lässt, eignet es sich nicht für eine interessengerechte Handhabung mobiler Erreichbarkeit.

Der fundamentale Unterschied zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft liegt darin, dass die Zeiträume der Rufbereitschaft nicht als Arbeitszeit iSd ArbZG zählen.³²⁷ Diese beginnt erst, wenn der Arbeitnehmer seine Tätigkeit tatsächlich aufnimmt. Damit spielen die Regelungen zur Tageshöchstleistungszeit nur dann eine Rolle, wenn der Arbeitgeber sie ohnehin schon ausreizt. Der Fokus liegt vielmehr auf der ununterbrochenen Mindestruhezeit. Die zentrale Abweichungsvorschrift enthält § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG.³²⁸ Er lässt Anpassungen der Ruhezeit, also sowohl die Kürzung der Mindestdauer als auch die Unterbrechung der Ruhezeit, zu.³²⁹ Dies schafft einen entscheidenden Flexibilisierungsvorteil, denn grundsätzlich verschiebt sich der Arbeitsbeginn am Folgetag, wenn der Arbeitnehmer innerhalb der elfstündigen Ruhezeit – und sei es nur wenige Minuten – für den Arbeitgeber tätig wird. Durch Verkürzung der Ruhezeit und der Möglichkeit, diese zu unterbrechen, ohne dass sie von neuem beginnt, wirkt man diesem Problem gleich doppelt entgegen. Freilich gelten auch hier Untergrenzen. So fordert das BAG in einer älteren Rechtsprechung eine Mindestruhezeit von sechs ununterbrochenen Stunden.³³⁰ Diese wird idR bei mobiler Erreichbarkeit ohnehin nicht unterschritten.

Die Kehrseite der Medaille liegt in der Ausgleichspflicht. Es ist nämlich nicht etwa so, dass die Ruhezeit dauerhaft reduziert oder ständig unterbrochen

326 Ausführlich 3. Kapitel – II.2.a.

327 AllgM, s. nur *Neumann/Biebl*, Arbeitszeitgesetz, § 7 Rn. 14.

328 § 5 Abs. 2 und Abs. 3 ArbZG ist wegen der Beschränkung auf wenige Branchen für eine allgemeine Regelung mobiler Erreichbarkeit untauglich. § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG lässt nur eine Kürzung, hingegen keine Unterbrechung der Ruhezeit zu. Darüber hinaus braucht es festgelegte Ausgleichszeiträume, die einer praxisnahen Regelung im Weg stehen.

329 *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 7 Rn. 87.

330 BAG v. 24.02.1982 – 4 AZR 223/80, Rn. 27 f. Die Rechtsprechung ist nur eingeschränkt anwendbar, weil sie zum ärztlichen Bereitschaftsdienst ergangen ist, allerdings zu einem Zeitpunkt, als Bereitschaftsdienst noch nicht als Arbeitszeit galt. Insofern liegt ein Vergleich mit dem heutigen Verständnis der Rufbereitschaft nah.

werden dürfte. Vielmehr muss der Arbeitgeber diese zu einem anderen Zeitpunkt nachgewähren. Den Umfang zu regeln, obliegt den Tarifparteien, wobei sie sich am Zweck des Arbeitszeitschutzes orientieren müssen.³³¹ Mit anderen Worten: Für den Zeitraum der Rufbereitschaft lässt der Gesetzgeber Abweichungen vom strengen Schutz des § 5 Abs. 3 ArbZG zu, weil dieser zu einem späteren Zeitpunkt ausgeglichen wird. Daraus folgt zwangsläufig die Voraussetzung, Rufbereitschaftsschichten und entsprechende Ausgleichszeiträume nach Zeitpunkt und Länge festzulegen. Sie lässt sich auf mobile Erreichbarkeit zwar übertragen. Insbesondere wäre eine Regelung denkbar, die mobile Erreichbarkeit außerhalb der Nachtzeit vorsieht. Problematisch sind aber die Ausgleichszeiten. Sie setzen das Regelungsregime des Arbeitszeitrechts nämlich nicht nur auf seinen Standard zurück, sondern verlängern die Mindestruhezeit, die der Arbeitgeber jedenfalls dann nicht unterbrechen darf. So käme es zu einer Teilung des Arbeitsalltags in solche Phasen, in denen der Arbeitnehmer mobil erreichbar, also in das Kommunikationsnetzwerk des Arbeitgebers eingebunden ist und solche, in denen der Arbeitnehmer über das vom ArbZG vorgeschriebene Maß hinaus nicht tätig werden, also nicht mobil erreichbar sein darf. Eine derartige Teilung lässt sich nur schwer in den Arbeitsalltag integrieren. Das gilt umso mehr, wenn man die Anforderungen des *EuGH* in den Rechtssachen *Isère* bzw. *Jaeger*³³² einbezieht. Berücksichtigt man dabei, dass die Tarifparteien solche Regelungen, zumindest aber ihre Rahmenbedingungen festlegen müssen, ist eine praxisgerechte Umsetzung kaum vorstellbar.

c) Zwischenergebnis

Struktur und Wesen der Rufbereitschaft verbieten eine Einordnung mobiler Erreichbarkeit als Rufbereitschaft. Selbst wenn man die mobile Erreichbarkeit als Rufbereitschaft einstuft und die gewichtigen europarechtlichen Bedenken an der Regelung des § 7 ArbZG außer Acht lässt, bietet diese nur unter großen Schwierigkeiten praxistaugliche Lösungen.³³³

331 *Schliemann*, ArbZG, § 7 Rn. 65 weist zutreffend darauf hin, es bedürfe keines Ausgleichs im Verhältnis eins zu eins.

332 *EuGH* v. 14.10.2010 – C-428/09 [*Union syndicale Solidaires Isère*], Rn. 50; *EuGH* v. 09.09.2003 – C-151/02 [*Jaeger*], Rn. 94.

333 Pointiert *Wank*, RdA 2014, 285 (290) „*juristische Zeitbombe*“.

V. Ergebnis des vierten Kapitels

Die Besonderheit mobiler Erreichbarkeit liegt darin, dass Abrufort und Arbeitsort zusammenfallen. Der Arbeitnehmer nimmt mithilfe seines Mobilgeräts unmittelbar die Arbeit auf. Der Arbeitsort spielt für den Arbeitgeber dabei keine Rolle. Daher stellt sich die mobile Erreichbarkeit als Zwitter zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft dar. Schon die strengen Vorgaben des Europarechts verhindern, das Regelungsregime des § 7 ArbZG – sofern dieses an sich überhaupt unionsrechtskonform ist, was stark bezweifelt werden darf – auf die Arbeitszeitform mobile Erreichbarkeit anzuwenden. Ordnet man diese dessen ungeachtet als Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft ein, stoßen die Ausnahmevorschriften schnell an ihre Grenzen und ermöglichen keine praktikable Gestaltung mobiler Erreichbarkeit. Das Gesetz erlaubt Abweichungen nur unter der Voraussetzung, dass der Arbeitgeber sie zu anderen Zeiten wieder ausgleicht. Mobile Erreichbarkeit dient aber dazu, den jeweiligen Arbeitstag als solchen zu flexibilisieren und nicht die Arbeitsbelastung über bestimmte Tage aufzuteilen. Bereitschaft bietet demnach keinen Ausweg zur Erfassung mobiler Erreichbarkeit.

Fünftes Kapitel Flexible Arbeitszeiten als Ausweg?

Nachdem die vorherigen Kapitel gezeigt haben, dass der Arbeitgeber mobile Erreichbarkeit unter dem Regime des ArbZG nicht rechtssicher gestalten kann, überprüft dieses Kapitel, ob bzw. in welchem Umfang bestimmte Flexibilisierungen der Arbeitszeit einen Ausweg aus diesem Dilemma ermöglichen.

I. Gleitzeit

Gleitzeitvereinbarungen erlauben dem Arbeitnehmer, Lage bzw. Umfang der Arbeitszeit (eingeschränkt) selbst zu bestimmen. Nach dem klassischen Verständnis bestimmt der Arbeitnehmer Beginn bzw. Ende der täglichen Arbeit frei und ist nur an bestimmte Kernarbeitszeiten gebunden.³³⁴ Außerhalb dieser hat der Arbeitgeber daher keinen Zugriff auf die Arbeitskraft des Arbeitnehmers: Wer frei entscheiden darf, wann bzw. wie lange er arbeitet, kann von seinem Arbeitgeber nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. für einen bestimmten Zeitraum zur Arbeit abgerufen werden. Damit ist der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber außerhalb der Kernarbeitszeit unerreichbar.

Im Rahmen der Funktionszeit legt der Arbeitgeber einen Zeitraum fest, innerhalb dessen eine bestimmte Arbeitseinheit aktiv, also funktionsfähig sein muss. Wie die einzelnen Arbeitnehmer, die Teil der betroffenen Arbeitseinheit sind, diese Funktionsfähigkeit sicherstellen, bleibt ihnen überlassen. Es handelt sich um ein Mezzanin zwischen einfacher und qualifizierter Gleitzeit.³³⁵ Hinsichtlich der Erreichbarkeit außerhalb der Funktionszeit ergeben sich keine Unterschiede zur einfachen Gleitzeit. Allerdings sind die Arbeitnehmer auch schon während der Funktionszeit für den Arbeitgeber unerreichbar, denn durch die Vereinbarung von Funktionszeit stellt er ihnen die Selbstorganisation frei und verzichtet damit auf die Möglichkeit, diese zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Arbeit abzurufen.

334 *Heuschmid*, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, § 1 TVG Rn. 673; sog. einfache Gleitzeit, vgl. *ErfK/Wank*, § 3 ArbZG Rn. 18.

335 Zutreffend als spezifisches Gleitzeitmodell ordnet dies *Heuschmid*, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, § 1 TVG Rn. 673 ein; dagegen begreifen *Pletke/Schrader/Siebert u.a.*, Kap. B Rn. 757 sie als gesondertes Arbeitszeitmodell.

Bei der qualifizierten Gleitzeit fehlt sogar eine Vereinbarung über Kernarbeitszeiten. Der Arbeitnehmer ist also in der Bestimmung der Lage und des Umfangs der Arbeitszeit völlig frei; dem Arbeitgeber fehlt jede Möglichkeit, den Arbeitnehmer zur Arbeit abzurufen.

Eine Gleitzeitvereinbarung setzt nicht die Vorschriften des ArbZG außer Kraft. Weder ermöglicht eine qualifizierte Gleitzeit die Verlängerung der täglichen Höchstarbeitszeit, noch die Verkürzung der Mindestruhezeit. Hat der Arbeitnehmer die tägliche Arbeit beendet, schreibt das ArbZG unweigerlich elf zusammenhängende Stunden Ruhezeit vor.

Allerdings eröffnen Gleitzeitvereinbarungen die Möglichkeit der Zersplitterung von Arbeit über den ganzen Tag. Dieses Ziel steckt strukturell auch hinter der mobilen Erreichbarkeit, weshalb es sich lohnt, einen genaueren Blick auf Gleitzeitvereinbarungen zu werfen. Dazu müssen sich die Arbeitsvertragsparteien auf zwei kurze Kernarbeitszeiten einigen.

Beispiel: Sie vereinbaren einen Achtstundentag in einfacher Gleitzeit. Die erste Kernarbeitszeit liegt morgens im Zeitraum von 8.00 bis 9.00 Uhr, die zweite Kernarbeitszeit abends zwischen 20.00 und 21.00 Uhr. Die übrigen sechs Arbeitsstunden darf der Arbeitnehmer frei über den Tag verteilen.

Die Regelungen zur Mindestruhezeit verhindern zwar eine Gleitzeit im klassischen Sinne, bei der Beginn bzw. Ende der täglichen Arbeit flexibel sind. Hat der Arbeitnehmer am Vortag bis zum Ende der zweiten Kernarbeitszeit um 21.00 Uhr gearbeitet, verbietet § 5 Abs. 1 ArbZG, die Arbeit am Folgetag vor 8.00 Uhr aufzunehmen. Ebenso steht die Norm der (Weiter-) Arbeit länger als bis 21.00 Uhr entgegen. Der Arbeitnehmer muss am Folgetag die Arbeit zur ersten Kernarbeitszeit um 8.00 Uhr wieder aufnehmen und vorher elf Stunden (also von 21.00 Uhr an) ruhen. Daher ist er nur nach der ersten oder vor der zweiten Kernarbeitszeit in der Lage, von seiner Gleitzeitmöglichkeit Gebrauch machen. Er ist aber weitgehend frei darin, die übrigen sechs Arbeitsstunden innerhalb des Zeitraums von 9.00 bis 20.00 Uhr zu verteilen:

- (1) En bloc unmittelbar im Anschluss an die erste Kernarbeitszeit: 09.00 Uhr zuzüglich 6,5 Stunden (Arbeitszeit inkl. einer Ruhepause, da § 4 S. 3 iVm S. 1 Var. 1 ArbZG eine mindestens 30-minütige Ruhepause bei Arbeit von mehr als sechs Stunden hintereinander vorschreibt) = 15.30 Uhr; dann eine 4,5 stündige Ruhepause, bis er die Arbeit zur zweiten Kernarbeitszeit um 20.00 Uhr wiederaufnehmen muss.
- (2) En bloc unmittelbar vor dem Beginn der zweiten Kernarbeitszeit: 20.00 Uhr abzüglich 6,5 Stunden (inkl. Ruhepause, ebd.) = 13.30 Uhr. In dieser

Variante schliesse sich an das Ende der ersten Kernarbeitszeit eine 4,5 stündige Ruhepause an.

- (3) Der Arbeitnehmer verteilt im Zeitraum zwischen 9.00 und 20.00 Uhr die übrigen 6 Stunden nach eigenem Gusto über den Tag. Er hat wegen § 4 S. 3 ArbZG lediglich darauf zu achten, dass er eine mind. 30-minütige Ruhepause einlegt, wenn er die Arbeit so verteilt, dass er länger als sechs zusammenhängende Stunden arbeitet. Das ist rechnerisch nur dann möglich, wenn er im Anschluss an die erste Kernarbeitszeit bzw. vor Beginn der zweiten Kernarbeitszeit mehr als fünf zusammenhängende Stunden arbeitet.

Eine derartige Gleitzeitvereinbarung verwirklicht den in § 1 Nr. 1 aE ArbZG niedergelegten Gesetzeszweck, die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten zu verbessern. Gegen sie spricht weder die Regelung zur Tageshöchst- noch zur Mindestruhezeit, denn beide bleiben gewahrt. Insbesondere beginnt die Mindestruhezeit nicht nach Ende der ersten Kernarbeitszeit, da sie nicht die Beendigung der täglichen Arbeit iSd § 5 Abs. 1 ArbZG, sondern lediglich deren Unterbrechung markiert.

Hinsichtlich der Ruhepausen sieht § 4 ArbZG zwar eine Mindest-, allerdings keine Höchstdauer vor. Daher ist es unproblematisch, dass der Arbeitnehmer je nach (eigener!) Ausgestaltung eine bis zu 4,5 stündige Ruhepause hat. Das Erfordernis der im Voraus feststehenden Ruhepausen dient lediglich dazu, dem Arbeitnehmer Planungssicherheit zu garantieren. Diese hat er in viel höherem Maße, wenn er über die Lage der Arbeitszeit im Wege der Gleitzeit frei disponieren kann.

Nochmals: Zwar ist der Arbeitnehmer außerhalb der Kernarbeitszeiten für den Arbeitgeber unerreichbar. Das bedeutet, dass auch die Vereinbarung zweier Kernarbeitszeiten mobile Erreichbarkeit iFd ständigen Erreichbarkeit nicht ermöglicht. Allerdings hat der Arbeitgeber so bei Beginn und Beendigung des Tages Zugriff auf die Arbeitskraft des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer darf seinerseits den weit überwiegenden Teil der täglichen Arbeitszeit (im Beispiel 75 %) frei bestimmen. Sofern der Arbeitgeber den Arbeitnehmer außerhalb der Kernarbeitszeiten kontaktiert, liegt darin kein Abruf zur Arbeit, denn dieser ist dem Arbeitgeber in Gleitphasen gar nicht möglich. Eine derartige Gleitzeitvereinbarung bietet sich also an, wenn es dem Arbeitgeber gar nicht darauf ankommt, den Arbeitnehmer unmittelbar auf eine Kontaktaufnahme hin zu erreichen, sondern, dass sich dieser mit den ihm mitgeteilten Inhalten im Laufe des Tages auseinandersetzt. Problematisch wird es allerdings, wenn der Arbeitgeber erwartet, der Arbeitnehmer nehme umgehend oder zumindest in

zeitlich nahe Zusammenhang die Arbeit auf, indem er ihm bspw. antwortet. Diese Erwartung ist mit einer Gleitzeitvereinbarung nicht kompatibel.

Das strukturelle Ziel mobiler Erreichbarkeit, dem Arbeitnehmer flexiblere Gestaltungsmöglichkeiten seiner Zeit einzuräumen, ohne dessen Arbeitskraft dem Zugriff des Arbeitgebers völlig zu entziehen, erleichtert eine derartige Gleitzeitvereinbarung in Grenzen. Diese Grenzen ziehen Beginn der ersten und Ende der zweiten Kernarbeitszeit. Sie müssen gem. § 5 Abs. 1 ArbZG elf zusammenhängende Stunden auseinanderliegen. Zudem darf die zweite Kernarbeitszeit unter Berücksichtigung der Regelungen zur Nachtarbeitszeiten des § 2 Abs. 3 u. Abs. 4 ArbZG nicht nach 1.00 Uhr enden.

Diese Ausgestaltung der Gleitzeit birgt auch Nachteile für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber muss die Arbeit so organisieren, dass sie die Kernarbeitszeit ausfüllt, ansonsten droht ihm Annahmeverzug, § 615 S. 1 BGB. Hinsichtlich der abendlichen Kernarbeitszeit könnte dieser aus betrieblichen Gründen nicht immer zu vermeiden sein. Das wirft die Frage auf, ob sich die Arbeitsvertragsparteien auch auf eine sehr kurze abendliche Kernarbeitszeit einigen dürfen, die bspw. nur fünf Minuten beträgt. Dadurch ändert sich zwar das Annahmeverzugsrisiko nicht, allerdings hat dessen Eintreten weit geringere betriebswirtschaftliche Auswirkungen.³³⁶ Gleichzeitig müsste der Arbeitgeber dann die Möglichkeit einer zumindest konkludenten Überstundenanordnung haben. Diese gerät aber schnell in Konflikt mit der Tageshöchstleistungs- bzw. der Mindestruhezeit. Insgesamt erscheint es daher zwar rechnerisch möglich, die abendliche Kernarbeitszeit auf einen sehr kurzen Zeitraum zu verkürzen, praktikabel ist es jedoch nicht. Volle Flexibilität lässt sich so jedenfalls nicht erzielen, vielmehr ist der Arbeitgeber darauf verwiesen, den abendlichen Arbeitsanfall so genau wie möglich zu pauschalieren, damit das Annahmeverzugsrisiko möglichst gering bleibt.

Das alles darf aber den Blick nicht vom zwingenden Charakter des Arbeitzeitschutzes lenken. Er zwingt den Arbeitgeber, dessen Schutzbestimmungen auch dann zu beachten, wenn er dem Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung freie Hand lässt. Insbesondere hat er durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer die Tageshöchstleistungszeit nicht überschreitet und die Mindestruhezeit einhält. Darüber hinaus bleibt der Arbeitgeber zur

336 Im Beispiel verliert der Arbeitgeber, wenn er während der 60-minütigen abendlichen Kernarbeitszeit in Annahmeverzug gerät, 12,5 % der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Beträgt die abendliche Kernarbeitszeit nur fünf Minuten, verliert er lediglich ca. 1 % seiner Arbeitsleistung.

Dokumentation von Überschreitungen der Tageshöchst Arbeitszeit verpflichtet. Die Kontrolle der arbeitnehmerseitigen Arbeitszeitdokumentation ist dazu ebenso unersetzlich wie regelmäßige Hinweise, die den Arbeitnehmer an die Einhaltung des ArbZG erinnern.

Gleitzeitvereinbarungen ermöglichen je nach Ausgestaltung die Flexibilisierung von Arbeit nach den Vorstellungen, die auch mobiler Erreichbarkeit zugrunde liegen. Indes sind sie zur Regelung mobiler Erreichbarkeit im umfassenden Sinn nicht geeignet.

II. Vertrauensarbeitszeit

Bei Vertrauensarbeitszeit verzichtet der Arbeitgeber auf die Kontrolle, ob der Arbeitnehmer die vereinbarte Arbeitszeit tatsächlich geleistet hat. Eine Zeiterfassung findet nicht statt. Das bedeutet nicht, dass dem Arbeitnehmer freisteht, die Lage seiner Arbeitszeit selbst zu bestimmen. Sofern er auch dazu die Möglichkeit hat, spricht man von amorpher Arbeitszeit.³³⁷

Die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit bzw. amorpher Arbeitszeit setzt nicht die zwingenden Vorschriften des ArbZG außer Kraft,³³⁸ wenngleich sie Verstöße gegen das Arbeitszeitrecht kaschiert.³³⁹ Es bleibt bei den oben beschriebenen schwelenden Brandherden. Insofern können die Arbeitsvertragsparteien dadurch keinen Flexibilisierungsgewinn für mobile Erreichbarkeit erzielen. Die Vereinbarung amorpher Arbeitszeit schließt mobile Erreichbarkeit sogar aus, denn der Arbeitnehmer, der selbstständig die Lage seiner Arbeitszeit bestimmen darf, ist für den Arbeitgeber unerreichbar. Schließlich kann er selbst entscheiden, ob und wann er die Arbeit aufnimmt. Insofern steht die amorphe Arbeitszeit der qualifizierten Gleitzeit gleich.

Die Einführung von Vertrauensarbeitszeit birgt zusätzlich die Gefahr, arbeitszeitwidrige Strukturen zu verstärken. In diesem Zusammenhang ist oft von der „Selbstausbeutung“ der Arbeitnehmer die Rede.³⁴⁰ Klare Regelungen der mobilen Erreichbarkeit liegen aber nicht nur im Interesse des Arbeitnehmers, denn der Arbeitgeber bleibt für die Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften verantwortlich.³⁴¹

337 Pletke/Schrader/Siebert u.a., Kap. B Rn. 762.

338 Statt vieler Däubler, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (12); entsprechende gesetzgeberische Bestrebungen haben sich nicht verwirklicht, vgl. Krause, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 34).

339 Gaul, DB 2013, 60 (62).

340 Pletke/Schrader/Siebert u.a., Kap. B Rn. 764.

341 Däubler, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (13).

III. Arbeit auf Abruf (KAPOVAZ³⁴²), § 12 TzBfG

Bei der Arbeit auf Abruf vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung abhängig vom konkreten Arbeitsanfall auf Abruf durch den Arbeitgeber erbringt, § 12 Abs. 1 S. 1 TzBfG. Während die Arbeitszeitsouveränität bei Gleitzeit- bzw. Vertrauensarbeitszeitvereinbarungen (teilweise) auf den Arbeitnehmer übergeht, hängt bei der KAPOVAZ vom Abruf des Arbeitgebers ab, wann bzw. ob der Arbeitnehmer überhaupt arbeitet.

Dabei bedarf gem. S. 2 sowohl der tägliche wie auch der wöchentliche Arbeitsumfang der Festlegung durch die Arbeitsvertragsparteien, anderenfalls bestimmt S. 3 eine wöchentliche Arbeitsdauer von zehn Stunden und S. 4, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mindestens drei Stunden am Stück zu beschäftigen hat. Der typische Fall der KAPOVAZ-Abrede flexibilisiert also nur die Lage der Arbeitszeit iRE festgelegten Bezugszeitraums.³⁴³ Allerdings lässt das BAG auch Vereinbarungen zu variablem Umfang der Arbeitszeit zu.³⁴⁴

Darüber hinaus enthält § 12 Abs. 2 TzBfG eine weitere Einschränkung der im System der KAPOVAZ angelegten Flexibilität: eine viertägige Mindestabruffrist. Diese ist gem. Abs. 3 S. 1 lediglich tarifdispositiv.

Diese Einschränkungen sichern Mindestbedingungen im Interesse des Arbeitnehmers³⁴⁵ und gestalten die Abrufarbeit als Instrument zur Handhabung eines absehbar schwankenden Arbeitsbedarfs. Der Arbeitgeber darf beim Arbeitnehmer ein bestimmtes Kontingent kontinuierliche Arbeit abrufen. Mobile Erreichbarkeit zielt hingegen darauf, kurze, ungeplante Arbeitsaufnahmen zu ermöglichen.

Folgt man einer überwiegenden Ansicht in der Literatur, scheidet die Ausgestaltung mobiler Erreichbarkeit mittels KAPOVAZ, weil § 12 TzBfG nur auf Teil-, nicht aber auf Vollzeitbeschäftigte anwendbar ist.³⁴⁶

Geht man ungeachtet dessen davon aus, dass § 12 TzBfG auch für Vollzeitbeschäftigte anwendbar ist, wirken gerade sog. Bandbreitenregelungen, als ließe sich

342 Kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit.

343 ErfK/Preis, § 12 TzBfG Rn. 6; Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12 Rn. 3; aA BeckOK-ArbR/Bayreuther, § 12 TzBfG Rn. 1.

344 Kritisch zur Entwicklung der Rechtsprechung, insbesondere zu Vereinbarungen ohne Dauer einer Arbeitszeit Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, Rn. 28 ff. Zu sog. Bandbreitenregelungen sogleich.

345 ErfK/Preis, § 12 TzBfG Rn. 3.

346 Für diese Ansicht s. nur Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, Rn. 7 mwN. Diese Ansicht überzeugt kaum, weil die Interessenlage Vollzeitbeschäftigter sich nicht von der Teilzeitbeschäftigter unterscheidet, BeckOK-ArbR/Bayreuther, § 12 TzBfG Rn. 2 f. mwN.

mobile Erreichbarkeit mit ihnen praxistauglich umsetzen. Dies sind aber Vereinbarungen, die den Umfang der Arbeitszeit flexibilisieren und so v.a. unmittelbaren Einfluss auf die Entgelthöhe nehmen. Nach der Rechtsprechung des BAG³⁴⁷ darf die in AGB vereinbarte Bandbreite bis zu 25 %³⁴⁸ der wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen. Mobiler Erreichbarkeit geht es aber überhaupt nicht um die Flexibilisierung des Arbeitsentgelts, weshalb Bandbreitenregelungen als die Hauptform der Abrufarbeit zu deren Regelung ungeeignet sind.

Kaum einer Erwähnung bedarf, dass die viertägige Ankündigungsfrist des § 12 Abs. 2 TzBfG die Vereinbarkeit von KAPOVAZ und mobiler Erreichbarkeit verhindert. Zwar steht dem Arbeitnehmer frei, die Tätigkeit auch früher aufzunehmen, denn § 12 Abs. 2 TzBfG schützt die Dispositionsmöglichkeit des Arbeitnehmers über die eigene Zeit.³⁴⁹ Darauf darf sich der Arbeitgeber aber nicht verlassen.

Die Arbeitsvertragsparteien können mobile Erreichbarkeit nicht als Arbeit auf Abruf iSd § 12 TzBfG ausgestalten.

IV. Arbeitszeitkonten

Arbeitszeitkonten kommen zum Einsatz, sofern vergütete und tatsächlich geleistete Arbeitszeit voneinander abweichen. Es handelt sich eigentlich um vergütungsrechtliche Fragen, die jedoch an der Schnittstelle der Arbeitszeitvereinbarung relevant werden.

347 Grundlegend BAG v. 07.12.2005 – 5 AZR 535/04. Ob das BAG diese Grundsätze mit seinem Urteil BAG v. 24.09.2014 – 5 AZR 1024/12 aufgegeben hat, ist ungewiss (BeckOK-ArbR/Bayreuther, § 12 TzBfG Rn. 10; Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12 Rn. 29a), spielt aber für die mobile Erreichbarkeit schon deshalb keine Rolle, weil ihr Anteil an der wöchentlichen Mindestarbeitszeit nicht außerhalb der 25 %-Bandbreite liegen wird. Im Übrigen beabsichtigt die Bundesregierung, die 25%-Rechtsprechung gesetzlich zu verankern, vgl. CDU, CSU, SPD, Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode, Rn. 2368.

348 Die Bandbreite kann dabei sowohl in der Erhöhung, wie in der Absenkung der Gesamtarbeitszeit, aber auch in einer Kombination aus Erhöhung und Absenkung bestehen; Rechenbeispiel bei BeckOK-ArbR/Bayreuther, § 12 TzBfG Rn. 10.

349 ErfK/Preis, § 12 TzBfG Rn. 30.

1. Begriffe

a) Ansparkonto

Als Ansparkonto firmiert ein eigenständiges Arbeitszeitmodell. Sein Sinn liegt darin, dem Arbeitnehmer (lange) Phasen vergüteter Freizeit zu ermöglichen. Dazu bezahlt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in der Ansparphase bereits erarbeitetes Arbeitsentgelt nicht aus, sondern bucht es als Wertguthaben auf ein Ansparkonto. In der Freizeitphase erhält der Arbeitnehmer entsprechend dem angesparten Betrag Arbeitsentgelt bei gleichzeitiger Befreiung von seiner Arbeitspflicht. Gesetzliche Regelungen enthält das Sozialversicherungsrecht in §§ 7b ff. SGB IV.

b) Flexikonto

Andererseits kann sich die Existenz eines Arbeitszeitkontos aber auch erst als Konsequenz eines bestimmten Arbeitszeitmodells ergeben,³⁵⁰ bei dem die Arbeitsvertragsparteien den Umfang der täglichen oder monatlichen Arbeitszeit flexibilisiert haben. Bei verstetigtem Arbeitsentgelt zeichnet ein Flexikonto³⁵¹ das Verhältnis von tatsächlich geleisteter zu vergüteter Stundenzahl nach. Damit der Arbeitgeber dadurch nicht sein Betriebsrisiko entgegen § 615 S. 1 BGB auf den Arbeitnehmer verlagert, bedarf es einer Regelung, die festlegt, wann das Flexikonto abgerechnet und dadurch ausgeglichen wird.³⁵² Eine solche Regelung ist individual- oder tarifvertraglich möglich. Die Länge des Ausgleichszeitraums dürfen die Vertragsparteien grundsätzlich frei vereinbaren.³⁵³ Sofern das verstetigte Arbeitsentgelt allerdings nicht bereits den Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG erfüllt, schreibt § 2 Abs. 2 MiLoG einen zwölfmonatigen Ausgleichszeitraum vor. Darüber hinaus dürfen im mindestlohnrelevanten Bereich gem. § 2 Abs. 2 S. 3 MiLoG maximal 50 % der monatlichen vertraglichen Arbeitszeit auf das Arbeitszeitkonto gebucht werden.³⁵⁴

350 Zutreffend *Hanau/Veit/Hoff*, Kap. D Rn. 2; ungenau *ErfK/Wank*, § 3 ArbZG Rn. 19; *Vogelsang*, S. 70.

351 Zur Terminologie vgl. *Hanau/Veit/Hoff*, Kap. A Rn. 3.

352 *Hanau/Hoff*, NZA 2015, 1169; *Hanau/Veit/Hoff*, Kap. D Rn. 5; zu den Sonderproblemen der Arbeitnehmerüberlassung *Bayreuther*, BB 2016, 957; *Thüsing/Pötters*, BB 2012, 317.

353 Lange Ausgleichszeiträume verringern allerdings die Möglichkeit einer betriebsbedingten Kündigung, vgl. *MüKo-BGB/Müller-Glöge*, 2016, § 611 BGB Rn. 1056.

354 Die 50 %-Regelung ist in doppelter Hinsicht unglücklich. Einerseits geht aus deren Wortlaut nicht eindeutig hervor, dass sie – wie vom Gesetzgeber gewollt, vgl. BT-Drs. 18/2010 (neu), S. 22 – nur für mindestlohnrelevante Arbeitszeitkonten gilt.

2. Anwendung auf mobile Erreichbarkeit

a) Ansparkonto

Zunächst ist denkbar, mobile Erreichbarkeit als spezifisches Arbeitszeitmodell iFd Ansparkonto auszugestalten. In Betracht kommt, dass der Arbeitnehmer so v.a. Möglichkeiten zur vertraglich vereinbarten vollständigen Freistellung von der Arbeitsleistung iSd § 7c Abs. 1 Nr. 2 SGB IV erhält.

Hinsichtlich des iSd § 7b Nr. 3 SGB IV eingebrachten Arbeitsentgelts ist zwischen der Vergütung für mobile Bereitschaft und für mobile Arbeit zu unterscheiden. Da der Arbeitnehmer die mobile Arbeit in aller Regel nur während einer sehr kurzen Zeitspanne aufnimmt, darf er keine allzu großen Erwartungen daran hegen, das Ansparkonto fülle sich allein durch mobile Arbeit schnell an. Andererseits handelt es sich bei mobiler Erreichbarkeit um ein täglich auftretendes Phänomen, so dass sich das Ansparkonto vielleicht nicht schnell, aber immerhin stetig füllt. Hinzu kommt der Entgeltteil, den der Arbeitgeber für die mobile Erreichbarkeit gewährt. Taxiert man den Entgeltanteil, der für mobile Erreichbarkeit und Arbeit täglich anfällt, auf einen halben Stundenlohn, so erwirtschaftet der Arbeitnehmer wöchentlich Lohn für zweieinhalb Arbeitsstunden, monatlich also für zehn Stunden und damit jährlich Lohn für dreizehn dreiviertel Arbeitstage.³⁵⁵

Insgesamt eignet sich ein Ansparmodell wohl am ehesten, zusätzliche Urlaubstage für kürzere Auszeiten anzusparen. Hingegen wird der Arbeitnehmer mit mobiler Arbeit allein kein Sabbatical oder Vorruhestandszeiten ansparen können.

b) Flexikonto

Bei der Vereinbarung von Flexikonten ergeben sich keine Besonderheiten hinsichtlich mobiler Erreichbarkeit, da es sich bei Flexikonten nicht um ein eigenständiges Arbeitszeitmodell, sondern lediglich um dessen Umsetzung handelt.

Andererseits ließe sich der Wortlaut so verstehen, als reiche es aus, wenn der Arbeitgeber nur die Hälfte des Arbeitslohns ausbezahlt. Das ist mit dem Telos des MiLoG allerdings unvereinbar, weshalb sich die 50 % Grenze wohl nur auf zusätzlich geleistete Arbeitsstunden (Plusstunden) bezieht, vgl. *Bayreuther*, NZA 2014, 865 (870); *Lembke*, NZA 2015, 70 (77).

355 $0,5 \text{ Arbeitsstunden} \cdot \text{fünf Tage/Woche} = 2,5 \text{ Arbeitsstunden/Woche} \cdot \text{vier Wochen/Monat} = 10 \text{ Stunden/Monat} \cdot \text{elf Monate (dabei ist berücksichtigt, dass der Arbeitnehmer einen Kalendermonat Jahresurlaub wahrnimmt)} = 110 \text{ Stunden/Jahr. [110 Stunden/Jahr]: [8 Stunden/Tag]} = 13,75 \text{ Arbeitstage.}$

Insofern sei auf die Ausführungen zur Ermöglichung mobiler Erreichbarkeit iRd Gleitzeit verwiesen. IRv Vertrauensarbeitszeitregelungen stellen sich Fragen von Arbeitszeitkonten gar nicht erst, denn die Vertrauensarbeitszeit verzichtet ja gerade auf die Zeiterfassung.

3. Zwischenergebnis

Arbeitszeitkonten heben nicht die Grenzen des ArbZG auf und erleichtern daher nicht unmittelbar die Nutzung mobiler Erreichbarkeit bzw. Arbeit. Allerdings unterstützen sie diese, indem sie dem Arbeitnehmer Möglichkeiten eröffnen, die Zeiten der mobilen Erreichbarkeit nicht einfach verpuffen zu lassen.

V. Ergebnis des fünften Kapitels

Flexible Arbeitszeitgestaltungen bieten nur sehr bedingt einen Ausweg zur praxistauglichen Ausgestaltung mobiler Erreichbarkeit. Insbesondere setzen sie nicht das zwingende öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzrecht außer Kraft. Der Arbeitgeber bleibt – ungeachtet, ob bzw. wie er die Arbeitszeit strukturiert – für die Einhaltung des ArbZG verantwortlich.³⁵⁶

Sofern der Arbeitgeber ohnehin ein laxes Verhältnis zu den Vorschriften des ArbZG pflegt, begünstigen vom Arbeitnehmer bestimmte Arbeitszeiten Verstöße eher. Dann erwiese sich diese Art der Flexibilisierung als trojanisches Pferd und es wäre nur eine Frage der Zeit, bis sie den Arbeitgeber mit ernsthaften Sanktionen³⁵⁷ konfrontieren würde.

³⁵⁶ Zur Delegation der Aufzeichnungspflichten aus § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG s. 6. Kapitel – I.
³⁵⁷ S. dazu 6. Kapitel.

Sechstes Kapitel Sanktionen

Verstöße gegen das Arbeitszeitrecht bedroht der Gesetzgeber mit unterschiedlichen Sanktionen. Diese richten sich grundsätzlich gegen den Arbeitgeber, können unter Umständen aber auch auf den Arbeitnehmer zurückfallen. Solche Sanktionen enthält zunächst das ArbZG. Darüber hinaus beleuchtet dieses Kapitel auch gewerberechtliche, strafrechtliche, vergaberechtliche, standesrechtliche und wettbewerbsrechtliche Konsequenzen arbeitszeitrechtlicher Verstöße.

I. Ordnungswidrigkeiten, § 22 ArbZG

Verstöße gegen die Höchstarbeitszeit, Pausenregelung, Mindestruhezeit und gegen das Sonntagsarbeitsverbot ziehen Bußgelder nach sich, § 22 Abs. 1 Nr. 1–3, 5–6 ArbZG.

Die Bußgeldandrohung richtet sich an den Arbeitgeber und beträgt gem. § 22 Abs. 2 Var. 1 ArbZG zunächst max. 15.000 Euro. § 9 Abs. 1 OWiG konkretisiert die Haftung, sofern jemand als Organ o.ä. für einen anderen handelt, wie das immer dann der Fall ist, wenn der Arbeitgeber keine natürliche, sondern eine juristische Person oder Personengesellschaft ist. Für das Arbeitsrecht ist darüber hinaus § 9 Abs. 2 OWiG relevant, der die ordnungswidrigkeitenrechtliche Haftung auf gewillkürte Vertreter (Betriebsleiter) erstreckt.

Zudem zieht das OWiG über § 130 Abs. 1 S. 1 den Betriebsinhaber auch dann zur Rechenschaft, wenn er mindestens fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die ihn treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße geahndet wird. Dies trifft auch auf die von §§ 22 f. ArbZG geschützten Rechtsvorschriften des ArbZG zu.³⁵⁸ Die Obergrenze für Bußgelder liegt gem. § 130 Abs. 3 S. 1 OWiG bei einer Million Euro.

Zusätzlich droht auch dem Unternehmen Ungemach, denn § 30 Abs. 1 OWiG erlaubt, eine Geldbuße gegen dieses selbst festzulegen. Obwohl dem deutschen Strafrecht eine Unternehmensstrafbarkeit fremd ist,³⁵⁹ knüpft § 30 Abs. 1 OWiG sowohl an ordnungswidrigkeitenbewehrte Handlungen als auch an die Verletzung von Straftatbeständen, durch die Pflichten, die das Unternehmen treffen, verletzt worden sind. Im Fall einer vorsätzlichen Straftat darf die

358 *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 22 Rn. 17 ff.

359 *Böhm*, S. 69.

Verwaltungsbehörde dem Unternehmen gem. § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 OWiG eine Geldbuße iHv maximal zehn Millionen Euro auferlegen; bei fahrlässigen Straftaten bis zu fünf Millionen Euro, § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 OWiG. Sofern es zu Ordnungswidrigkeiten kommt, gilt für die Bußgeldhöhe gem. § 30 Abs. 2 S. 2 ArbZG höchstens das für die jeweilige Ordnungswidrigkeit angedrohte Bußgeld, hier also maximal fünfzehntausend Euro, § 22 Abs. 2 ArbZG.

Neben dem Bußgeld dräut dem Arbeitgeber auch die Verfallsanordnung nach § 29a OWiG. Schwierigkeiten bereitet dabei zwar die Ermittlung des durch die bebußte Handlung erlangten Werts.³⁶⁰ Allerdings steht der Verwaltungsbehörde offen, diesen gem. § 29a Abs. 3 S. 1 OWiG zu schätzen.

Wie oben gezeigt, kann der Arbeitgeber mobile Erreichbarkeit ohne Verstoß gegen die Regelungen zur Mindestruhezeit de facto nicht umsetzen. Auch Höchstarbeitszeiten und das Arbeitsverbot an Sonn- und Feiertagen bieten großes Konfliktpotential. Die technischen Gegebenheiten und die Vielzahl unterschiedlicher Arbeitszeitgestaltungen begünstigen rechtswidriges Handeln ebenso wie das Interesse der Arbeitnehmer an flexiblen Arbeitszeiten. Eine Einwilligung der betroffenen Arbeitnehmer kommt mangels Dispositivität des öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschutzes nicht in Betracht.³⁶¹

Damit bleibt als Korrektiv nur der Verschuldensmaßstab. Allerdings reicht schon ein fahrlässiger Verstoß. Fahrlässig handelt, wer unbewusst oder ungewollt, aber pflichtwidrig den Tatbestand verwirklicht.³⁶² Verstöße iRd mobilen Erreichbarkeit kommen in Form bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit in Betracht. Bewusst fahrlässig handelt der Arbeitgeber, der die Möglichkeit des Arbeitszeitverstoßes erkennt, aber pflichtwidrig darauf vertraut, er bleibe aus.³⁶³ Unbewusst fahrlässig handelt, wer die Möglichkeit des Arbeitszeitverstoßes schon gar nicht voraussieht, aber hätte erkennen müssen.

Hat der Arbeitgeber die Möglichkeiten mobiler Arbeit geschaffen, etwa dadurch, dass er den Arbeitnehmern Digitalgeräte zur Verfügung stellt, die sie jederzeit benutzen dürfen oder durch externe Zugriffsmöglichkeiten auf die Server des Unternehmens und führt er keine weiteren Kontrollen hinsichtlich der Nutzung dieser Infrastruktur durch, bewegt er sich schon im Bereich der unbewussten Fahrlässigkeit. Er muss nämlich damit rechnen, dass Arbeitnehmer die digitale Infrastruktur des Unternehmens zu mobiler Arbeit nutzen. Sobald der

360 Ausführlich *Fromm*, NZA 2017, 693 (694 f.).

361 Statt aller *Schliemann*, ArbZG, § 22 Rn. 8.

362 *Bohnert/Krenberger/Krumm*, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 10 Rn. 16.

363 *Schliemann*, ArbZG, § 22 Rn. 10, dazu auch im Folgenden.

Arbeitgeber Kenntnis von Arbeitstätigkeiten außerhalb der regulären Arbeitszeiten hat, etwa weil er zu später Stunde eine E-Mail des Arbeitnehmers erhält, bewegt er sich sogar im Bereich bewusster Fahrlässigkeit.

Auch ausdrückliche Anweisungen, die Vorschriften des ArbZG einzuhalten, entbinden den Arbeitgeber nicht von seinen Kontrollobligationen. Im Zweifelsfall muss er Unregelmäßigkeiten nachgehen und argwöhnisch bleiben. Nicht anders ist die Rechtslage, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zur flexiblen Gestaltung der Arbeitszeit einräumt. Solche Gestaltungsmöglichkeiten entbinden den Arbeitgeber nicht von den Pflichten des ArbZG und ändern auch den Verschuldensmaßstab nicht. Setzt sich ein Arbeitnehmer bewusst über die Anweisung des Arbeitgebers hinweg, mobile Arbeit zu unterlassen, war das Vertrauen des Arbeitgebers, der Arbeitszeitverstoß würde unterbleiben, zunächst nicht pflichtwidrig. Häufen sich die Verstöße hingegen, entziehen sie diesem Vertrauen die Grundlage. Der Arbeitgeber hat dann die Möglichkeit, dieses Vertrauen durch erneuten Hinweis wiederherzustellen. Bleibt dieser wirkungslos, muss der Arbeitgeber eine weitere Eskalationsstufe wählen und den Arbeitnehmer entsprechend abmahnen. Auch das dadurch gewonnene Vertrauen, das die Pflichtwidrigkeit entfallen lässt, zerstört der Arbeitnehmer durch erneute Verstöße. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Vorschriften des ArbZG auch gegen den erklärten Willen des Arbeitnehmers durchzusetzen.

Andererseits ist der Arbeitgeber nicht dazu verpflichtet, durch technische Maßnahmen jede Möglichkeit mobiler Arbeit von vorneherein auszuschließen, muss den Arbeitnehmer also nicht „digital aussperren“. Schließlich ist mobile Arbeit durchaus iRd ArbZG möglich, wenn auch kaum praktikabel umsetzbar.

Von den Kontrollobligationen zur Vermeidung der Fahrlässigkeitshaftung der §§ 22 f. ArbZG ist die Kontrollpflicht des § 16 Abs. 2 ArbZG, also die Pflicht des Arbeitgebers zur Überstundendokumentation, zu unterscheiden. Ob der Arbeitgeber diese Pflicht auf den Arbeitnehmer delegieren darf, ist umstritten.³⁶⁴ Dieser Streit hat aber für die Pflicht des Arbeitgebers, die Vorgaben des Arbeitzeitschutzes einzuhalten, keine Relevanz. Auch ändert eine Delegation der Aufzeichnungspflichten des § 16 Abs. 2 ArbZG nichts am Fahrlässigkeitsmaßstab der §§ 22 f. ArbZG. Im Gegenteil: Ignoriert der Arbeitgeber, dass die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers sich nicht mit dessen tatsächlichem Arbeitsverhalten decken oder einfach immer nach demselben Schema ausgefüllt sind, begibt er sich in den Bereich bewusster Fahrlässigkeit.

364 Zum Streitstand Krause, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 49); Rieble/Picker, ZfA 2013, 383 (419). S. dazu auch 3. Kapitel – I.2.a bzw. 7. Kapitel – II.2.c.

Da sich mobile Erreichbarkeit nicht praxistauglich umsetzen lässt, befinden sich alle Arbeitgeber, in deren Unternehmen Möglichkeiten zu mobiler Arbeit bestehen, in akuter Gefahr, zumindest fahrlässig gegen § 22 ArbZG zu verstoßen. Dieser können sie nur sehr eingeschränkt durch umfassende Kontrolle entgehen. Gerade in großen Unternehmen mit ausgeprägter Mobilkultur ist dieses Unterfangen nahezu illusorisch.

II. Strafvorschrift, § 23 ArbZG

1. Allgemeines

Besonders massive Verstöße gegen § 22 Abs. 1 Nr. 1–3, 5–7 ArbZG bedroht § 23 Abs. 1 ArbZG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe. Geschädigter einer Straftat nach § 23 ArbZG ist der Arbeitnehmer. Bei § 23 ArbZG handelt es sich nicht um ein Antragsdelikt (vgl. §§ 77 ff. StGB). Es ist nicht privatklagefähig (vgl. § 374 Abs. 1 StGB). Verurteilungen wegen § 23 ArbZG finden sich bislang nicht.

2. Konkretes Gefährdungsdelikt, § 23 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG

Nr. 1 bestraft den erhöhten Unwertgehalt eines vorsätzlichen Arbeitszeitverstoßes, der die Gesundheit oder Arbeitskraft des Arbeitnehmers gefährdet. Hinsichtlich der konkreten Gefährdung reicht bei allerdings reduziertem Strafmaß (Freiheitsstrafe bis zu sechs Monate oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen) schon Fahrlässigkeit, § 23 Abs. 2 ArbZG.

Angesichts des strafrechtlichen Ultima-Ratio-Prinzips bedarf die Gefährdung zwar einer gewissen Erheblichkeit, indes ist § 23 ArbZG gerade kein Erfolgsdelikt. Eine Vielzahl arbeitsmedizinischer Untersuchungen weist auf die Gefahren für Gesundheit bzw. Arbeitskraft³⁶⁵ von Überforderung am Arbeitsplatz, gerade durch Einsatz mobiler Technologien, hin. Daher liegt die Vermutung nah, ein Strafrichter könne bei vorsätzlichen Arbeitszeitverstößen im Rahmen mobiler Erreichbarkeit die – jedenfalls fahrlässige, vielleicht sogar bedingt vorsätzliche³⁶⁶ – Gefährdung zumindest der Arbeitskraft des Arbeitnehmers annehmen.

365 Definitionen s. nur ErfK/Wank, § 23 ArbZG Rn. 2.

366 Stichwort billigende Inkaufnahme.

3. Wiederholungsdelikt, § 23 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG

Mit § 23 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG ahndet der Gesetzgeber beharrliche Wiederholungen der Ordnungswidrigkeitentatbestände, missbilligt also besondere Rechtsuntreue des Arbeitgebers. Zwar verlangt der Wortlaut wiederholte Verstöße gegen dieselbe Ordnungswidrigkeit. Daher reicht es noch nicht aus, wenn der Arbeitgeber einmal dem ganzen Katalog des § 22 Abs. 1 Nr. 1–3, 5–7 ArbZG zuwiderhandelt. Nicht erforderlich ist aber, dass sich der jeweilige Verstoß bezüglich desselben Arbeitnehmers wiederholt.

Das Beharrlichkeitserfordernis zeigt an, dass sich die rechtsfeindliche Gesinnung ausschließlich in einer stark gehäuften Zahl von Rechtsverstößen manifestiert. Dabei kommt es nicht auf die Erheblichkeit des jeweiligen Verstoßes an, denn erhebliche Verstöße hat der Gesetzgeber bereits durch das abstrakte Gefährdungsdelikt der Nr. 1 pönalisiert. Allerdings muss zwischen den Verstößen ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen, wie der Wortsinn (beharrlich = ausdauernd, zäh³⁶⁷) ergibt.

Ob in der Formulierung „beharrlich“ besondere Anforderungen an den subjektiven Tatbestand liegen, kann offenbleiben.³⁶⁸ Zwar verlangt der Wortlaut nicht ausdrücklich vorsätzliches Handeln. Auch spricht ein Gegenschluss zu Nr. 1, die ausdrücklich Vorsatz fordert, dafür, dass Vorsatz iRd Nr. 2 gerade nicht erforderlich ist. Den Gegenschluss bestätigt der systematische Vergleich mit § 15 a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AÜG, der bestraft, wenn der Arbeitgeber „*vorsätzliche Zuwiderhandlung beharrlich wiederholt*“. Jedenfalls findet sich der Arbeitgeber – sofern er über das nötige kognitive Element verfügt – bei beharrlichen Verstößen aber mit der Tatbestandsverwirklichung ab, nimmt diese also billigend in Kauf.³⁶⁹ Er handelt dann immer bedingt vorsätzlich, für Fahrlässigkeit bleibt kein Raum.

Arbeitszeitverstöße iRd mobilen Erreichbarkeit setzen den Arbeitgeber recht schnell einem Strafbarkeitsrisiko nach Nr. 2 aus, weil mobile Erreichbarkeit zum Alltagsphänomen avanciert. So perpetuieren sich arbeitszeitrechtswidrige Ausgestaltungen schon bald und bringen dem Arbeitgeber den Vorwurf beharrlichen Handelns, also besonderer Rechtsfeindlichkeit ein. Insbesondere Arbeitgeber, die eine Vielzahl von Arbeitnehmern beschäftigen, sind davon betroffen. Wie gesehen, reicht es nämlich aus, wenn der Arbeitgeber denselben Verstoß bezüglich verschiedener Arbeitnehmer beharrlich wiederholt. Keine

367 „*Etwas was jederzeit ist*“, vgl. Grimm/Grimm (Hrsg.), Deutsches Wörterbuch, 1854–1961, Bd. 1, Sp. 1329–1330.

368 Für Vorsatz Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, § 23 Rn. 4.

369 Zum Eventualvorsatz s. nur BeckOK-StGB/Kudlich, § 15 StGB 21.1.

Rolle spielt dabei, dass es sich bei Arbeitszeitverstößen iRd mobilen Erreichbarkeit iDR um ganz geringfügige Verstöße handelt, denn Nr. 2 kennt anders als Nr. 1 keine Erheblichkeitsschwelle, sondern bestraft ausschließlich eine rechtsfeindliche Gesinnung.

4. Zwischenergebnis

Die Strafvorschrift des § 23 ArbZG führt ein Schattendasein. Indes birgt sie für Arbeitgeber bei arbeitszeitrechtswidriger Ausgestaltung mobiler Erreichbarkeit erhebliche Strafbarkeitsrisiken. Für kampfeslustige Staatsanwälte besteht hier jenseits des klassischen Wirtschaftsstrafrechts große Angriffsfläche.³⁷⁰ Ein Anfangsverdacht iSd §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO kann sich aus unvorsichtigen öffentlichen Äußerungen zur (vermeintlich) modernen Gestaltung der Arbeitszeiten ergeben. Es reicht bereits, wenn ein Personalleiter sein Unternehmen für gute Work-Life-Balance rühmt, weil Mitarbeiter abends noch auf ihre E-Mails zugreifen und so einen Termin am nächsten Morgen vorbereiten. Ein hellhöriger Staatsanwalt wird regelmäßige (beharrliche) Verstöße gegen die Mindestruhezeit des § 5 Abs. 1 ArbZG wittern, die § 23 Abs. 1 Nr. 2 iVm § 22 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG unter Strafe stellt. Auch Beratungsansätze, die dahin gehen, Fragen von Erreichbarkeit mit Mitarbeitern „im guten Einvernehmen“ auszuhandeln, sollten jedenfalls vor dem Strafbarkeitsrisiko kritisch reflektiert werden. Der Arbeitnehmer hat keine Möglichkeit, auf den Schutz des ArbZG wirksam zu verzichten,³⁷¹ mithin scheiden tatbestandsausschließendes Einverständnis bzw. rechtfertigende Einwilligung von vornherein aus.

III. Gewerbeuntersagung, § 35 Abs. 1 S. 1 GewO

Wer iSd Gewerbeordnung unzuverlässig ist, dem kann die zuständige Behörde gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GewO die Ausübung des Gewerbes teilweise oder ganz untersagen. Dabei reicht schon die Unzuverlässigkeit des (angestellten) Betriebsleiters aus, denn diese wird dem Gewerbetreibenden zugerechnet.³⁷² Darüber

370 Strafbarkeit jenseits des klassischen Wirtschaftsstrafrechts rückt in den letzten Jahren verstärkt in den Fokus der Staatsanwaltschaften, s. bspw. die Vergütung von Betriebsräten, *Germis/Jung*, Staatsanwälte prüfen Gehalt des VW-Betriebsratschefs, F.A.Z. v. 13.05.2017, 24.

371 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 33 mwN).

372 *Marcks*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, § 35 GewO Rn. 66.

hinaus ermöglicht Abs. 7a auch die (teilweise) Gewerbeuntersagung gegen den unzuverlässigen (angestellten) Betriebsleiter.

Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gebietet, dass eine vollständige Gewerbeuntersagung stets Ultima-Ratio ist. Als milderer Mittel kommt zunächst eine teilweise Untersagung in Betracht, bei Verstößen gegen Arbeitnehmerschutzvorschriften insbesondere das Verbot, Arbeitnehmer zu beschäftigen.

Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß zu betreiben.³⁷³ Dieser Eindruck kann in der Verwirklichung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gründen, sich aber auch aus einer Vielzahl von Verstößen gegen betriebsbezogene Pflichten herleiten. Dabei reicht schon eine Vielzahl kleinerer Verstöße aus, sofern sie erkennen lassen, dass es dem Gewerbetreibenden nicht auf die Einhaltung seiner gesetzlichen Pflichten ankommt.³⁷⁴ Das ArbZG statuiert solche gesetzlichen Pflichten, deren Nichtbeachtung auf fehlende Zuverlässigkeit schließen lässt. Ob der Gewerbetreibende schuldhaft gegen diese Pflichten verstößt, spielt keine Rolle, da das Gewerbe recht nicht Fehlverhalten sanktionieren, sondern die Allgemeinheit bzw. die im Betrieb Beschäftigten schützen will, s. dazu sogleich.

Die Gewerbeuntersagung muss zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich sein. Gewerbeuntersagungen, die auf mangelnder Zuverlässigkeit wegen Verstößen gegen das ArbZG beruhen, dienen in aller Regel dem Beschäftigtenschutz. Anders als bei § 23 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG reicht schon eine abstrakte Gefährdung ihrer Rechtsgüter aus.³⁷⁵

Obwohl § 35 Abs. 1 GewO weder einen schuldhaften Verstoß gegen betriebliche Pflichten, noch eine konkrete Gefährdung der Beschäftigten fordert, unterliegt eine Gewerbeuntersagung nicht geringeren, sondern anderen Anforderungen als eine Bestrafung nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG. Anders als im Strafprozess findet eine Abwägung zwischen den betroffenen Grundrechtspositionen

373 StRSpr, hier wörtlich zitiert BVerwG v. 15.04.2015 – 8 C 6/14, Rn. 14, grundlegend BVerwG v. 05.08.1965 – I C 69.62.

374 VG Augsburg v. 02.10.2012 – Au 5 S 12.1022, Rn. 46 zum Widerruf einer Gaststätterlaubnis gem. § 15 Abs. 2 GastG. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GastG erhebt auch die Zuverlässigkeit zum entscheidenden Kriterium. Hier gilt derselbe Maßstab wie in § 35 GewO. Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass es sich im Gaststättenrecht um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt, weil es lediglich um die Frage des Prüfungszeitpunkts der Zuverlässigkeit geht.

375 *Marcks*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, § 35 GewO Rn. 76.

des Gewerbetreibenden (Art. 12 Abs. 1 GG – Berufsfreiheit) und dem Gesundheitsschutz der Beschäftigten (Art. 2 Abs. 2 GG – Schutz auf körperliche Unversehrtheit) statt. IRd Verhältnismäßigkeitsprüfung muss die Behörde allerdings berücksichtigen, dass die Untersagungsverfügung den Gewerbetreibenden mitunter deutlich empfindlicher zu treffen vermag als eine Geld- oder Bewährungsstrafe, denn sie nimmt ihm (jedenfalls teilweise) seine Erwerbsgrundlage. Nur eine unbedingte Freiheitsstrafe wirkt – zumindest für den Zeitraum des Strafvollzugs – gleich empfindlich. Dabei ist noch zu beachten, dass die Freiheitsstrafe maximal ein Jahr betragen darf, die Wiederaufnahme des Gewerbes aber regelmäßig vor Ablauf eines Jahres nicht in Betracht kommt, § 35 Abs. 6 S. 2 GewO.

Massenweise Verstöße gegen das ArbZG iRd mobilen Erreichbarkeit eignen sich, die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Zweifel zu ziehen. Insbesondere die Rechtsprechung des VG Augsburg³⁷⁶ zeigt, dass Arbeitgeber regelmäßige kleinere Verstöße gegen das ArbZG (bspw. kurzzeitige Unterbrechung der Mindestruhezeit, kleinere Überschreitungen der Tageshöchst Arbeitszeit etc.) nicht als gewerberechtliches Kavaliersdelikt vernachlässigen sollten. Wegen der Zurechnung der Unzuverlässigkeit des Betriebsleiters sollte dem Arbeitgeber viel daran gelegen sein, das Verhalten seiner angestellten Betriebsleiter zu überwachen und diese zur Einhaltung des ArbZG zu disziplinieren.

IV. Berufsverbot, § 70 Abs. 1 StGB

Neben Geld- und Freiheitsstrafe bestimmt das StGB weitere Rechtsfolgen einer Straftat, u.a. das Berufsverbot als Maßregel der Sicherung, vgl. § 61 Nr. 6 iVm § 70 StGB. Dieses kann der Strafrichter nach einer Verurteilung wegen einer rechtswidrigen Tat, die jemand unter grober Verletzung der mit seinem Beruf oder Gewerbe verbundenen Pflichten begangen hat, für bis zu fünf Jahre verhängen, vgl. § 70 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB. Neben der groben Pflichtverletzung fordert das Gesetz die negative Prognose, dass der Täter weiterhin erhebliche rechtswidrige Taten selber Art begehen wird. § 70 Abs. 1 S. 2 StGB lässt darüber hinaus sogar ein lebenslanges Berufsverbot zu, sofern die Wiederholungsgefahr durch fünfjährige Befristung nicht gebannt werden kann.

Die Pflicht muss berufsspezifisch sein, d.h. es braucht einen inneren Zusammenhang zwischen Pflicht und beruflicher Tätigkeit, der aber schon bei allgemeinen berufsbedingten Pflichten besteht.³⁷⁷ Die Schutzvorschriften des ArbZG

376 VG Augsburg v. 02.10.2012 – Au 5 S 12.1022.

377 MüKo-StGB/Bockemühl, § 70 StGB Rn. 10; BeckOK-StGB/Stoll, § 70 StGB Rn. 5.

sind solche berufsspezifischen Pflichten. Daher steht dem Strafrichter das Berufsverbot als Maßregel der Sicherung offen, sofern er einen Arbeitgeber gem. § 23 ArbZG verurteilt.

Da sich schon keine Verurteilungen wegen § 23 ArbZG finden, fehlt es auch an Entscheidungen, in denen ein Strafrichter ein Berufsverbot wegen Verstoßes gegen das ArbZG ausgesprochen hat. Die weit überwiegende Mehrheit der auffindbaren Berufsverbote speist sich ohnehin aus einer anderen Variante des § 70 Abs. 1 S. 1 StGB, des Missbrauchs von Beruf bzw. Gewerbe. Soweit Urteile auf einer groben Pflichtverletzung beruhen, ergingen diese zumeist gegen Angehörige der Heilberufe, Rechtsanwälte oder Finanzdienstleister.

V. Ausschluss von öffentlichen Aufträgen

Anders als in den entgeltbezogenen Arbeitsschutzgesetzen (§ 21 AEntG, § 19 MiLoG, § 21 SchwarzArbG; s. auch § 98c AufenthG) trifft das ArbZG keine Regelung zum (zeitweisen) Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Allerdings nennt das GWB in § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB als fakultativen Ausschlussgrund den Verstoß gegen u.a. arbeitsrechtliche Verpflichtungen³⁷⁸ bei der Ausführung öffentlicher Aufträge.³⁷⁹ Hierunter fallen auch Arbeitszeitverstöße im Bereich mobiler Erreichbarkeit. Die Norm eröffnet zunächst zwar lediglich das Ermessen der Vergabestelle („können [...] ausschließen“). Allerdings bietet sie Konkurrenten im Vergabeverfahren Drittschutz, der im Einzelfall sogar die Ermessensentscheidung des öffentlichen Auftraggebers „auf Null“ reduzieren kann.³⁸⁰ So entfaltet das öffentliche Vergaberecht zumindest mittelbar disziplinierende Wirkung, die Schutzvorschriften des ArbZG einzuhalten.

VI. Standesrechtliche Sanktionen

Standesrechtliche Regelungen enthalten u.a. Vorschriften hinsichtlich der Beschäftigung von Arbeitnehmern. § 19 Abs. 3 MBO-Ä und § 26 Abs. 1 S. 1 BORA schreiben Ärzten bzw. Rechtsanwälten vor, ihre Mitarbeiter zu „angemessenen Bedingungen“ zu beschäftigen. Diese Vorschriften beziehen sich

378 S. auch OLG Düsseldorf v. 30.04.2014 – VII-Verg 33/13: Die Forderung des öffentlichen Auftraggebers zur Einhaltung der Ruhezeiten nach dem Arbeitszeitgesetz ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

379 IVm §§ 42 ff. VgV bzw. § 25 Abs. 1 KonzVgV bzw. § 46 Abs. 2 SektVO.

380 *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 124 Rn. 11.

ausdrücklich nur auf vergütungsrechtliche bzw. tätigkeitsspezifische Fragen.³⁸¹ Sie stellen damit an ihren Adressaten höhere Anforderungen als für nicht standesrechtlich verpflichtete Arbeitgeber gelten. Darin sind auch alle Pflichten enthalten, die grundsätzlich an die Arbeitgeberstellung anknüpfen, also auch die hier besprochenen Verpflichtungen des ArbZG. Damit sind Verstöße gegen das ArbZG gleichzeitig standesrechtliche Verstöße, die berufsrechtliche Konsequenzen zeitigen können.

VII. Wettbewerbsrechtliche Maßnahmen

Arbeitgeber, die gegen die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes verstoßen, verschaffen sich dadurch – zumindest mittelbar – einen Wettbewerbsvorteil. Wer statt zwei Arbeitnehmer je acht Stunden nur einen Arbeitnehmer 16 Stunden täglich beschäftigt, spart Personalkosten. Infolgedessen ist er in der Lage, sein Produkt oder seine Dienstleistung günstiger anzubieten als der (arbeitszeit-) rechtstreue Konkurrent.

Dies erscheint aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch. Ziel des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb ist gem. § 1 S. 2 UWG nämlich u.a. der Schutz des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb. Andererseits kennt das Wettbewerbsrecht gerade keine „*allgemeine Rechtsaufsicht über Konkurrenten*“,³⁸² vielmehr beschränkt § 3 Abs. 1 UWG den wettbewerbsrechtlichen Anwendungsbereich auf unlautere geschäftliche Handlungen.³⁸³ Keine geschäftlichen Handlungen sind idR rein innerbetriebliche Vorgänge, denn sie haben keinen Marktbezug, es sei denn, sie wirken mittelbar auf den Wettbewerb.³⁸⁴ Allerdings fehlt dem ArbZG die nach § 3a UWG erforderliche

381 Anders Nr. 4.1. der Berufsordnung der Bayerischen Architektenkammer idF v. 20.11.2015., die den weitergehenden Wortlaut „*soziale Verpflichtungen*“ verwendet. Deren Erläuterungen legen dar, dass die Berufsordnung damit insbesondere den Abschluss von Arbeitsverträgen meint. Darüber inkorporiert sie auch die Verpflichtungen des ArbZG.

382 Rieble, § 2 Rn. 373.

383 Diese definiert § 2 Abs. 1 Nr. 1 als „*jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen*“.

384 Emmerich, § 4 Rn. 8.

lauterkeitsrechtliche Zielsetzung, denn es dient ausschließlich dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers.³⁸⁵

Mitbewerber haben daher nicht die Möglichkeit, den arbeitszeitrechtswidrig handelnden Konkurrenten klageweise gem. § 8 Abs. 1, Abs. 3 UWG zum Unterlassen der Arbeitszeitverstöße, also zu arbeitszeitrechtskonformem Handeln zu verpflichten. Ihnen bleibt nur die Möglichkeit, einen Verstoß gegen § 22 ArbZG bei der zuständigen Aufsichtsbehörde anzuzeigen, um diese zur Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens zu veranlassen. Freilich liegt die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten (lediglich) im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde, sog. Opportunitätsprinzip, vgl. § 47 Abs. 1 S. 1 OWiG. Die Vorschriften über das Klageerzwingungsverfahren gelten gem. § 46 Abs. 3 S. 3 OWiG schon ganz grundsätzlich nicht. Entschließt sich die Verfolgungsbehörde nicht dazu, Ermittlungen aufzunehmen, muss sich der anzeigende Mitbewerber mit der Möglichkeit einer Dienstaufsichtsbeschwerde begnügen. Leicht anders, aber im Ergebnis auch nicht wesentlich konkurrenzschutzfreundlicher, liegen die Dinge bei einer Strafanzeige wegen Verstoß gegen § 23 ArbZG. Das Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) verpflichtet die Staatsanwaltschaft, gegen alle verfolgbaren Straftaten einzuschreiten. Gegen Einstellungsverfügungen kann der Konkurrent sich hingegen nicht wehren, da er mangels eigener Rechtsgutsverletzung in einem Klageerzwingungsverfahren gem. § 172 Abs. 1 S. 1 StPO schon gar nicht antragsbefugt ist.

Insgesamt steht dem Konkurrenten also nur ein sehr eingeschränkter, v.a. aber kein eigener Rechtsschutz zur Verfügung. Wer arbeitszeitrechtstreu handelt und sich gegen den wettbewerblichen Vorsprung dessen wehren möchte, der die Grenzen des ArbZG – möglicherweise sogar planmäßig – überschreitet, dem weist die Rechtsordnung die Rolle des wehrlosen Denunzianten zu. Vor diesem Hintergrund bleibt dem Konkurrenten nicht selten die unbefriedigende Alternative, den wirtschaftlichen Nachteil hinzunehmen oder seinerseits arbeitszeitwidrig zu handeln.³⁸⁶

385 LG Münster v. 12.01.2017 – 22 O 93/16, Rn. 24; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 3a Rn. 1.264; jurisPK-UWG/Link, § 3a Rn. 94; Ohly, in: Ohly/Sosnitzka (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 3a Rn. 74.

386 Zu diesem Dilemma ausführlich, wenngleich zur alten Rechtslage: Sack, WRP 1998, 638.

VIII. Haftung des Arbeitnehmers

Unabhängig von § 14 Abs. 1 S. 1 OWiG, der das sog. Einheitstäterprinzip im Ordnungswidrigkeitenrecht anordnet³⁸⁷ und in S. 2 fordert, dass besondere persönliche Merkmale (hier die Arbeitgebereigenschaft) nur bei einem Beteiligten gegeben sind, schließt schon die Formulierung der Tatbestände des § 22 Abs. 1 ArbZG die ordnungswidrigkeiten- und strafrechtliche Haftung des Arbeitnehmers aus. Obschon die Vorschriften des ArbZG zwingend sind und der Arbeitnehmer nicht einseitig auf ihren Schutz verzichten darf, sanktioniert der Gesetzgeber den Arbeitnehmer nicht für Verstöße gegen das ArbZG, an denen dieser mitwirkt.

Allerdings macht sich der Arbeitnehmer bei Verstößen eventuell gem. § 280 Abs. 1 S. 1 iVm § 241 Abs. 2 BGB gegenüber dem Arbeitgeber Schadensersatzpflichtig. Als Nebenpflicht³⁸⁸ aus dem Arbeitsverhältnis besteht nämlich u.a. eine Unterlassungspflicht des Arbeitnehmers, die gebietet, von arbeitgeberschädigendem Verhalten Abstand zu nehmen. Dazu gehört insbesondere Verhalten, das gegen Rechtsnormen verstößt. Da die Regelungen des ArbZG nicht dispositiv sind, darf der Arbeitnehmer sich also auch nicht aus eigenem Entschluss darüber hinwegsetzen. Anderenfalls bringt er den Arbeitgeber mit den Sanktionsnormen §§ 22 f. ArbZG in Konflikt.³⁸⁹

Sofern der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine arbeitszeitwidrige Weisung erteilt, könnte man erwägen, ob deren Befolgung überhaupt eine Pflichtverletzung darstellt, denn in ihr könnte gleichzeitig der (konkludente) Dispens von der o.g. Rücksichtnahmepflicht liegen. Jedenfalls ist die Pflichtverletzung durch die Weisung des Arbeitgebers gerechtfertigt. Dieser sieht sich darüber hinaus dem Einwand treuwidrigen Verhaltens ausgesetzt, wenn er einerseits eine rechtswidrige Weisung erteilt und für deren Befolgen andererseits den Arbeitnehmer auf Schadensersatz in Anspruch nimmt.

IX. Ergebnis des sechsten Kapitels

Verstöße gegen das ArbZG bergen für den Arbeitgeber erhebliche wirtschaftliche Risiken. Auch die Strafandrohung des § 23 ArbZG sollte er nicht auf die leichte Schulter nehmen. Immerhin steht neben der Verurteilung aus § 23 ArbZG in Extremfällen auch die Anordnung eines Berufsverbots gem. § 70 Abs. 1 StGB

387 BeckOK-OWiG/Coen, § 14 Rn. 1.

388 Ein Unterfall der integritätswahrenden Rücksichtnahmepflichten, vgl. Böhm, S. 39 f. 389 S. auch Anzinger/Koberski, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 1 Rn. 51.

im Raum. Zudem ist eine strafrechtliche Verurteilung wegen Verletzung arbeitschutzrechtlicher Vorschriften zur Begründung der Unzuverlässigkeit iSd § 35 Abs. 1 S. 1 GewO geeignet. Je nach Fallkonstellation bedarf es dazu noch nicht einmal die Verwirklichung einer Ordnungswidrigkeit. Darüber hinaus droht unter bestimmten Voraussetzungen der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen. Hinsichtlich dieser besteht Konkurrenzschutz für den (arbeitszeit-) rechtstreuen konkurrierenden Auftragsprätendenten. Ansonsten fehlt einer privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts die Rechtsgrundlage.

Allerdings verstaubt das Schwert arbeitszeitrechtlicher Sanktionen, jedenfalls hinsichtlich mobiler Erreichbarkeit, unbeachtet in den Amtsstuben der Aufsichtsbehörden.³⁹⁰ Wen wundert da ein gewisser „*Rechts nihilismus*“³⁹¹ bezüglich des Arbeitszeitrechts? Mag das Schwert auch verstauben, es rostet nicht, sondern ist und bleibt eine scharfe Waffe, die Arbeitgebern erheblichen Schaden zufügen könnte. Dagegen schützt nicht, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich hinsichtlich der Umsetzung mobiler Erreichbarkeit absolut einig sind und der Betriebsrat diese goutiert. Arbeitszeitwidrige Strukturen sind und bleiben auf Sand gebaut.

390 *Absenger*, AiB 5/2017, 18 (20) folgert aus den Zahlen der Betriebsbesichtigungen, ein Betrieb werde im Durchschnitt alle 24 Jahre besichtigt. Ungeachtet der wenig nachvollziehbaren Berechnung und der Verallgemeinerung aller Betriebe ohne Rücksicht auf bspw. ihre Größe, ist die Vermutung *Absengers*, viele Gesetzesverstöße blieben unentdeckt, nicht völlig abwegig; *Buschmann*, PersR 2013, 351 (354) ironisiert die mangelhafte Rechtsdurchsetzung als „*vornehme Zurückhaltung der Aufsichtsbehörden*“.

391 *Buschmann*, PersR 2013, 351 (353); ähnlich *Jacobs*, NZA 2016, 733 „*totes Recht*“.

Siebentes Kapitel Umgestaltung der Rechtslage

Wer die Rechtslage gestalten möchte, steht vor der Grundentscheidung, das bestehende System beizubehalten oder es durch ein neues zu ersetzen. Die Erhaltung eines Systems ist dann sinnvoll, wenn die Prämissen, die ihm zugrunde liegen, fortgelten. Anderenfalls feilt man an Werkzeugen, die schon grundsätzlich nicht zur Problemlösung geeignet sind.

Die Lösung kann nicht darin liegen, die Probleme zu ignorieren, also kein Instrument zu deren Bewältigung zu schaffen, denn damit verliert ein rechtliches System seine Legitimität. Das Arbeitszeitrecht hat diesen Legitimitätsverlust hinsichtlich des Problems mobiler Erreichbarkeit bereits erlitten. Treffend spricht *Buschmann* von „*Rechtsnihilismus*“.³⁹² Vielen kritischen Stellungnahmen haftet indes der Unterton an, man müsse mobile Erreichbarkeit lediglich auf das arbeitszeitrechtlich zulässige Maß zurückstutzen. So ist mobile Erreichbarkeit in der Praxis aber nicht umsetzbar. Die Begrenzung auf das zulässige Maß hieße, mobile Erreichbarkeit zurückzudrängen. Völlig zu Recht bewertet *Krause* diesen Ansatz als „*aussichtslos*“.³⁹³

I. Neuausrichtung des Arbeitszeitrechts

Die Neuausrichtung des Arbeitszeitrechts, die nur auf unionsrechtlicher Ebene stattfinden kann, müsste an der monolithischen Zweiteilung des Tages in Arbeitszeit und Ruhezeit ansetzen. Sie entspringt der Prämisse der räumlichen Bindung an einen feststehenden Arbeitsplatz. Die Digitalisierung des Arbeitslebens hat diese Prämisse überholt.

Der technische Fortschritt bietet Chancen und Risiken für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Ihre Bewertung und Abwägung ist nicht Aufgabe dieser rechtswissenschaftlich-dogmatischen Arbeit. Sie beschränkt sich darauf, den Auftrag an den Gesetzgeber zu formulieren, ein neues System zu schaffen, dem nicht mehr die Prämisse der räumlichen Bindung von Arbeit an einen festen Arbeitsplatz zugrunde liegt.³⁹⁴

392 *Buschmann*, PersR 2013, 351 (353); zustimmend *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (19).

393 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 44); ebenso *Wank*, RdA 2014, 285 (289): „*illusorisch*“.

394 Zu den verschiedenen Zielkonflikten im europäischen Arbeitszeitrecht *Franzen*, ZESAR 2015, 407; für die vollständige Aufhebung der ArbZRL *Czuratis/Sohn*, Was

II. Anpassung des bestehenden Systems

Anders als die grundsätzliche Neujustierung des Arbeitszeitrechts bieten Vorschläge zur Anpassung des bestehenden Systems Potential für dogmatische Beschäftigung.

1. Unionsrechtliche Ebene

a) *Abweichungsmöglichkeiten für bestimmte Arbeitszeitformen*

Bislang erlaubt die ArbZRL keine Abweichungen ausschließlich, um bestimmte Arbeitszeitformen zu ermöglichen. Vielmehr stellt die Rechtsprechung des *EuGH* stets besondere Anforderungen an die Erforderlichkeit der Abweichung. Würde der europäische Gesetzgeber diesen Grundsatz dadurch aufheben, dass er Abweichungen per se auch für die Wahl einer bestimmten Arbeitszeitform erlaubt, käme das einer Differenzierung nach Tätigkeit gleich und widerspräche dem Grundsatz der ArbZRL, keine Schutzdifferenzierungen zuzulassen.

b) *Kurzzeitige Arbeitsaufnahme*

Der Vorschlag, geringfügige Arbeitsaufnahmen aus dem arbeitszeitrechtlichen Schutz auszuklammern,³⁹⁵ zielt darauf, ein Zeitfenster iRd Ruhezeit zu öffnen, in dem der Arbeitnehmer einmalig und kurzzeitig tätig werden darf. Er schafft nicht nur Rechtsunsicherheiten, sondern geht an der Praxis mobiler Erreichbarkeit als Einbindung des Arbeitnehmers in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers vorbei.

Wer geringfügige Arbeitsaufnahmen unabhängig von ihrer Häufigkeit aus dem Arbeitszeitschutz ausklammern möchte, hebt den Dualismus von Arbeit und Freizeit de facto auf. Das passt nicht zum derzeitigen System des Arbeitszeitschutzes. Dann avancierte mobile Erreichbarkeit – anders als unter der geltenden Rechtslage – tatsächlich zur ständigen Erreichbarkeit. Darüber hinaus wäre eine solche Regelung mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet und würde daher einer ausufernden Umsetzung mobiler Erreichbarkeit in die Hände spielen.

tun mit der Arbeitszeitrichtlinie, www.cep.eu/Studien/cepInput_Arbeitszeitrichtlinie/cepInput_Arbeitszeitrichtlinie.pdf; gegen jede Veränderung der ArbZRL stemmt sich dagegen *Buschmann*, FS Düwell, S. 34 (50 ff.).

395 *Jacobs*, NZA 2016, 733 (737.); *Lüthge*, AuA 2016, 712 (714); *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 46); *Schuster*, AnwBl 2016, 641 (643); *Thüsing*, SR 2016, 87 (98).

c) Ermöglichung betrieblicher Regelungen

Die ArbZRL sieht keine eigene Öffnungsklausel für die Betriebsparteien vor, sondern erlaubt diesen nur dann Regelungen zu schaffen, wenn ein entsprechender Tarifvertrag es gestattet. Dann setzt allerdings die strenge Rechtsprechung des *EuGH* der betrieblichen Rechtssetzung enge Grenzen. In vielen der von mobiler Erreichbarkeit betroffenen Branchen existiert hingegen überhaupt keine Tarifbindung.³⁹⁶ Angesichts der unterschiedlichen betrieblichen Anforderungen und der starken Rolle der betrieblichen Interessenvertretung spricht daher einiges dafür, den Betriebsparteien größeren Spielraum bei der Gestaltung der Arbeitszeit einzuräumen.³⁹⁷ Diese Forderung darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch den Tarifpartnern eine praxisgerechte Umsetzung mobiler Erreichbarkeit kaum möglich ist.

d) Schutzdifferenzierungen

Schutzdifferenzierungen zwischen verschiedenen Arbeitnehmern lässt die ArbZRL nur in den engen Grenzen des Art. 17 Abs. 1 zu. Nun ließe sich der Kreis betroffener Arbeitnehmer sicherlich ausweiten. Insbesondere könnte man erwägen, die Gruppen der leitenden Angestellten und der sonstigen Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis voneinander abzukoppeln. Dadurch würden die Anforderungen an die selbstständige Entscheidungsbefugnis abgesenkt. Das würde die Prämisse der grundsätzlichen arbeitszeitrechtlichen Gleichbehandlung aller Tätigkeiten und Arbeitnehmer (weiter) in Frage stellen, wäre mithin ein systemfremder Eingriff. Systemfremde Eingriffe verschärfen das Legitimitätsproblem, weil sie den Regelungskern weiter aushöhlen.

e) Änderung der Ruhezeit

Grundsätzlich beschränkt die ArbZRL die Arbeitszeit im Durchschnitt auf acht Stunden täglich. Der Arbeitnehmer hat daher durchschnittlich 16 Stunden Ruhezeit. Davon müssen elf Stunden am Stück zusammenhängen, dürfen also nicht unterbrochen werden. In Betracht kommt, die Zahl der ununterbrochenen Stunden auf bspw. neun abzusenken, wodurch sich nichts an der Höchstarbeitszeit ändern würde, die Verteilung 8/16 also unangetastet bliebe. Allerdings würde eine derartige Änderung den Zeitraum, auf den der Arbeitgeber die Arbeitszeit

396 Henssler/Lunk, NZA 2016, 1425 (1429); Schuster, AnwBl 2016, 641 (643).

397 In diese Richtung auch Maier, DB 2016, 2723 (2728) und Schlottfeldt, DRV 1/2017, 97 (100), die allerdings auf nationalrechtlicher Ebene ansetzen.

verteilen darf, von 13 auf 15 Stunden täglich erweitern. Wie oben gezeigt, steht v.a. das Erfordernis elf zusammenhängender Stunden Ruhezeit einer praxistauglichen Umsetzung mobiler Erreichbarkeit im Weg. Eine Verkürzung auf neun zusammenhängende Stunden käme den Anforderungen mobiler Erreichbarkeit daher entgegen.

Dagegen spricht, dass eine solche Verkürzung unterschiedslos alle Arbeitnehmer beträfe, also auch die Branchen, in denen elf zusammenhängende Stunden Ruhezeit sachgerecht sind. Daher bestehen gegen eine pauschale Verkürzung berechnete gesundheitspolitische Argumente.³⁹⁸

In einem arbeitszeitrechtlichen System, das nicht zwischen verschiedenen Tätigkeiten differenziert, führen günstige Regelungen für bestimmte Branchen nahezu zwangsläufig dazu, dass andere schlechter gestellt werden. Wer an der Länge der ununterbrochenen Ruhezeit schraubt, spielt Flexibilisierungsinteresse und Gesundheitsschutz gegeneinander aus. Wohlgermerkt stehen beide Aspekte sowohl im Arbeitnehmer- als auch im Arbeitgeberinteresse. Kluge Gesetzgebung sollte einen Weg finden, interessengerechte Lösungen anzubieten, die nicht auf Kosten anderer Gruppeninteressen gehen. Die Verkürzung der Ruhezeit ist dafür ungeeignet.

f) *Urlaubsrecht*

Nähme der europäische Gesetzgeber das Urlaubsrecht ernst, müsste er grundsätzlich ausführlichere Regelungen schaffen, als sie der knappe Art. 7 ArbZRL bislang bereithält und dürfte dessen Ausgestaltung nicht der kasuistischen Rechtsprechung des EuGH überantworten.

Das Urlaubsrecht mit seinem Grundsatz der unbedingten Freistellung verhindert mobile Erreichbarkeit während des Urlaubs per se. Daher schlägt *Krause*³⁹⁹ vor, eine Bagatellgrenze von 15 Minuten pro Urlaubstag zu schaffen. Unterhalb dieser Grenze gefährde eine Arbeitsaufnahme den Erholungszweck des Urlaubs nicht. Dieser Vorschlag überzeugt nicht, da er den Grundsatz der Unteilbarkeit des Urlaubs außer Acht lässt.⁴⁰⁰

398 *Kohte*, NZA 2015, 1417 (1423).

399 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 57); zustimmend *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2617).

400 Den Vorschlag § 9 BUrLG um eine Regelung zu ergänzen, die geringfügige Arbeitsaufnahmen zulässt, hat eine große Mehrheit (9 Fürstimmen, 103 Gegenstimmen, 6 Enthaltungen) auf dem 71. DJT 2016 abgelehnt, vgl. *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2017, L

Nach diesem Grundsatz, der in § 7 Abs. 2 BUrlG Eingang gefunden hat, erfüllt der Erholungsurlaub seinen Zweck nur dann, wenn der Arbeitgeber ihn am Stück gewährt.⁴⁰¹ Zugrunde liegt die Prämisse, umfassende Erholung trete erst mit größerem zeitlichen Abstand zur Arbeitstätigkeit ein. Dieser Abstand kommt aber nie zustande, wenn sich der Arbeitnehmer täglich auch nur für kurze Zeit mit der Arbeit beschäftigt.

Allerdings hat die Praxis den Grundsatz der Unteilbarkeit des Urlaubs ohnehin längst über Bord geworfen: Die Zerstückelung des Urlaubs auf viele einzelne Tage ist, obgleich unzulässig, gang und gäbe.⁴⁰² Arbeitgeber und Arbeitnehmer bilden eine Allianz, da die dem Urlaubsrecht klar widersprechende Flexibilisierung (vermeintlich) im beiderseitigen Interesse liegt. Dabei zeigen sich deutliche Parallelen zur mobilen Erreichbarkeit. Hier wie dort setzten sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam über eine klare gesetzliche Regelung hinweg, weil sie ihnen das gewünschte Maß Flexibilität verwehrt. Statt die zugrunde liegenden Prämissen auf den Prüfstand zu stellen, verschließt der Gesetzgeber davor die Augen und liefert seine Bürger dem Rechtsbruch aus.

Die Auseinandersetzung mit mobiler Erreichbarkeit gibt also nicht nur Anlass, die Prämissen des Arbeitszeitrechts (ieS), sondern auch die des Urlaubsrechts zu überdenken. Vieles spricht dabei für eine Kombination aus dem Grundsatz der Unteilbarkeit des Urlaubs und dessen derzeit praktizierter Durchbrechung. Dazu müsste der Gesetzgeber regeln, dass der Arbeitgeber nur die Hälfte des Jahresurlabs zusammenhängend gewähren muss. Hingegen sollte er dem Arbeitnehmer freistellen, die andere Hälfte nach seinen Wünschen zu zerteilen, so dass insbesondere auch eine nur tageweise Urlaubsgewährung ohne weitere Voraussetzungen zulässig ist.⁴⁰³

Während mobile Erreichbarkeit im zusammenhängenden Urlaubsteil weiterhin ausgeschlossen werden sollte, weil anderenfalls der Erholungszweck gefährdet wäre, könnte man durchaus erwägen, Sonderregelungen für die andere

74. Allerdings war die Arbeitgeberseite bei der Abstimmung de facto nicht anwesend, *NZA-Redaktion*, *NZA-Aktuell* 19/ 2016, XII.

401 S. nur Neumann/Fenski/Kühn/*Neumann*, § 7 BUrlG Rn. 55 ff. mwN. Diesen Grundsatz gebietet Art. 7 ArbZRL, s. oben 2. Kapitel – VII. Diese Ansicht bestätigt auch Art. 8 Abs. 2 des Übereinkommen Nr. 132 über den bezahlten Jahresurlaub vom 30.06.1973 der ILO mindestens zwei Wochen ununterbrochenen Jahresurlaub vor. Erwägungsgrund Nr. 6 der ArbZRL bezieht die ILO Grundsätze allerdings nur hinsichtlich der Arbeitszeitgestaltung ein, was Übk. Nr. 132 wohl nicht erfasst.

402 ErfK/*Gallner*, § 7 BUrlG Rn. 26.

403 Ähnlich *Freyler*, S. 291.

Hälfte des Urlaubsanspruchs zu schaffen. Kurzarlaube dienen nämlich häufig dazu, bestimmte Gelegenheiten (Einschulung der Kinder, Konzerte etc.) flexibel wahrzunehmen, die nicht der umfassenden Erholung von der Arbeitstätigkeit dienen. Der Arbeitnehmer hat in solchen Situationen ein Interesse daran, über laufende Arbeitsprozesse informiert zu bleiben. Anderenfalls sieht er sich mit Rückständen konfrontiert, die ihm bei Wiederaufnahme der Arbeit die Freude der kurzen Unterbrechung vergällen. Daher sollte ihm der Gesetzgeber individualrechtlich die Möglichkeit eröffnen, von Unterbrechung zu Unterbrechung zu entscheiden, ob und in welchem Maß er in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers eingebunden bleiben möchte.⁴⁰⁴

2. Nationalrechtliche Ebene

Dem nationalen Gesetzgeber bleiben unter dem geltenden Regime der ArbZRL nur wenige Möglichkeiten, mobile Erreichbarkeit zu erleichtern.

a) Wahlarbeitszeitgesetz

Der Vorschlag für ein Wahlarbeitszeitgesetz, den das *BMAS* in das Weißbuch Arbeiten 4.0 aufgenommen hat,⁴⁰⁵ stammt ursprünglich vom *Deutschen Juristinnen Bund (DJB)*⁴⁰⁶ und zielt auf die Gleichstellung der Geschlechter. Im Fokus des *DJB* steht dabei die Schaffung eines individuellen Rechts zur Veränderung der Arbeitszeit und des Arbeitsortes. Er geht dabei allerdings nicht auf konkrete Änderungen des ArbZG ein und enthält keine Bezugspunkte zur mobilen Erreichbarkeit.

Auch das Konzept des *BMAS* sieht einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers, die Dauer der Arbeitszeit selbst zu wählen, vor. Hinsichtlich Arbeitsort und Lage der Arbeitszeit möchte es dem Arbeitnehmer ein Erörterungsrecht verschaffen. Dazu sollen die Arbeitsvertragsparteien von Tageshöchstarbeitszeiten und Ruhezeiten abweichen dürfen, sofern ein Tarifvertrag diese Öffnung zulässt, eine entsprechende Betriebsvereinbarung besteht, der betroffene Arbeitnehmer individuell zustimmt und die Betriebe die Nutzung des Wahlarbeitszeitkonzepts evaluieren.

404 Ablehnend *dies.*, S. 288, die allerdings nicht (wie hier) zwischen einem zusammenhängenden Urlaubsteil und Einzeltagen differenziert.

405 *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, 124 ff., dazu auch im Folgenden.

406 *DJB*, *djbZ* 2015, 121; erläuternd *Pfarr*, *djbZ* 2015, 188 und *Aumann/Hack*, *ZESAR* 2016, 266 mit Vergleich zur norwegischen Rechtslage.

Das Konzept des *BMAS* hat in der rechtswissenschaftlichen Diskussion nur ein geringes Echo ausgelöst. Das mag einerseits am schnellen Rückzug der Bundesregierung liegen. Andererseits bieten die Ausführungen des Weißbuchs nur wenig Diskussionsstoff.⁴⁰⁷ *P. Hanau*⁴⁰⁸ deutet die sehr offenen und vagen Formulierungen gleichwohl als „verantwortungsbewussten“ Umgang mit den schwierigen Problemen arbeitszeitrechtlicher Flexibilisierung und verheißt dadurch „langsamem Erfolg“.

*Krause*⁴⁰⁹ begrüßt zwar die Trias aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und individualrechtlicher Zustimmung, kritisiert indes, das *BMAS* halte explizite gesetzgeberische Regelungen der mobilen Erreichbarkeit nicht für nötig. Zudem vermutet er unionsrechtliche Schranken, auf die er nicht näher eingeht. Aus diesem Grund verlangt *Karthaus*⁴¹⁰ „qualifizierte Öffnungsklauseln“, die Ausgleichsruhezeiten sichern sollen.

Dagegen hält *Uffmann*⁴¹¹ die Voraussetzungen des Wahlarbeitszeitgesetzes für zu streng und kritisiert insbesondere die von *Krause* befürwortete Trias. Diese nehme vielen Unternehmen, nämlich sowohl tarifgebundenen Unternehmen ohne Betriebsrat, vor allem aber tarifungebundenen Unternehmen, die Möglichkeit, vom Wahlarbeitszeitgesetz Gebrauch zu machen. Insgesamt stelle der Regelungsvorschlag Souveränitätsansprüche des Arbeitnehmers zu sehr in den Vordergrund und kehre sich dadurch von der persönlichen Abhängigkeit als Kernbestandteil des Arbeitsverhältnisses ab. *Uffmann* plädiert ganz grundsätzlich für strukturelle Änderungen des Arbeitsrechts zur Anpassung an die Digitalisierung.⁴¹²

*Buschmann*⁴¹³ lehnt das Konzept des *BMAS* wegen der Verkürzungen der Ruhezeit insgesamt ab. Auch *Zumkeller*⁴¹⁴ zeigt sich – freilich aus dem entgegengesetzten Grund, denn die „Sprengung der Ketten des Arbeitszeitrechts“ bleibe aus – vom Vorschlag enttäuscht. Er fordert statt eines Wahlarbeitszeitgesetzes die grundsätzliche Flexibilisierung der arbeitszeitrechtlichen Rahmenbedingungen.

407 In diese Richtung auch *Schulze/Ratzesberger*, AiB 5/2017, 14.

408 *Hanau*, RdA 2017, 213.

409 *Krause*, NZA-Beilage 2017, 53 (57); *ders.*, Jahrbuch Arbeitsrecht 2016, S. 23 (42).

410 *Karthaus*, AuR 2017, 154.

411 *Uffmann*, NZA-Beilage 2017, 45.

412 Grundlegend *dies.*, NZA 2016, 977.

413 *Buschmann*, PersR 6/2017, 34.

414 *Zumkeller*, BB 4/2017, Editorial.

Der Testballon Wahlarbeitszeitgesetz ist geplatzt, noch bevor die niedrige, gläserne Decke des Unionsrechts ihn aufhalten und seine geringe Flughöhe entlarven konnte. Die ArbZRL lässt Abweichungen von ihren zwingenden Vorschriften nur unter engen Voraussetzungen zu. Zur Umsetzung eines Wahlarbeitszeitgesetzes kommt einzig die Öffnungsmöglichkeit des Art. 18 ArbZRL in Betracht, da jedenfalls die personen- bzw. branchenspezifischen Ausnahmeregelungen des Art. 17 ArbZRL keine breiten „*Experimentierräume zur betrieblichen Gestaltung* [Anm. der Arbeitszeit]⁴¹⁵ zulassen. Schon die arbeitszeitformspezifischen Ausnahmeregelungen des § 7 ArbZG genügen dem Erforderlichkeitsgebot, das der *EuGH* an die Nutzung des Art. 18 ArbZRL anlegt, nicht. Wie soll diesem aber ein Wahlarbeitszeitgesetz, das lediglich zu Experimentierzwecken vom Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer abweichen will, genügen? Statt die Kontroverse über die Weiterentwicklung des Arbeitszeitrechts in die Watte „*lernender Politik*“⁴¹⁶ zu packen, wäre es höchste Zeit, sich mit der Unfähigkeit (oder -willigkeit) der Europäischen Kommission zur Reform der ArbZRL auseinanderzusetzen. Vordergründig mag man die mangelnde Bereitschaft hierzu noch als Verzicht populistischen Eindreschens auf die EU entschuldigen. Tatsächlich sind die Kommissare aber keine namenlosen Technokraten, sondern von den Regierungen der Mitgliedsstaaten bestimmte Vertreter. Damit fallen die arbeitszeitrechtlichen Versäumnisse der Kommission auch auf das *BMAS* zurück.

b) Sonntagsschutz

Der Sonntagsschutz geht nicht auf die ArbZRL zurück, sondern folgt unmittelbar aus dem Grundgesetz, Art. 140 iVm Art. 139 WRV. Die Aufhebung wäre unionsrechtlich unproblematisch, sofern Arbeitnehmer weiterhin einen freien Tag pro Siebentageszeitraum zur Verfügung haben, verstieße also insbesondere nicht gegen Art. 23 ArbZRL.⁴¹⁷ Allerdings müsste der verfassungsändernde

415 *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, S. 125.

416 *Dass.*, Weißbuch Arbeiten 4.0, S. 127.

417 Das gilt umso mehr für den Feiertagsschutz, denn die ArbZRL kennt neben der wöchentlichen und der jährlichen Ruhezeit keinen weiteren Anspruch auf (vereinzelte) Feiertage. Dem Vorschlag von *Freyler*, S. 218, bestimmte gesetzliche Feiertage vom Arbeitsverbot auszunehmen, stehen aber systematische Bedenken entgegen: § 10 ArbZG sieht Ausnahmen vom Sonn- und Feiertagsverbot nur im besonderen öffentlichen Interesse vor. An der allgemeinen Zulässigkeit mobiler Arbeit besteht ein solches Interesse hingegen nicht.

Gesetzgeber unter den hohen Hürden des Art. 79 Abs. 2 GG tätig werden.⁴¹⁸ Eine Änderung zeichnet sich derzeit nicht ab. Selbst wenn der Sonntagschutz aufgehoben würde, verlangt die ArbZRL immer noch einen Ruhetag pro Woche, an dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsleistung heranziehen darf, der Arbeitnehmer für diesen daher unerreichbar ist. Zwar würde eine Aufhebung des Sonntagschutzes die Flexibilität erhöhen. Würde man das Arbeitszeitrecht tatsächlich ernst nehmen und durchsetzen, bietet dieser indes einen verlässlichen Ankerpunkt: Wer sich an die Sonntagsruhe hält, läuft nicht Gefahr, gegen die Vorschriften des Arbeitszeitrechts – immerhin hinsichtlich der wöchentlichen Mindestruhezeit – zu verstoßen.

c) Wöchentliche Höchstarbeitszeiten

Während die ArbZRL dem System wöchentlicher Höchstarbeitszeiten folgt, stellt das ArbZG auf tägliche Höchstarbeitszeiten ab. Da der Arbeitgeber das zulässige Arbeitspensum (48 Wochenarbeitsstunden) nach dem System der ArbZRL flexibler verteilt darf, sprechen sich viele Stimmen in der Literatur dafür aus, das ArbZG in ein System wöchentlicher Höchstarbeitszeiten umzuwandeln.⁴¹⁹ Die Gegner verweisen v.a. darauf, der Acht-Stunden-Tag sei eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers auf Grund (weiterhin gültiger) arbeitsmedizinischer Erkenntnisse.⁴²⁰ Wie schon bei der Diskussion zur Verkürzungen iRd Ruhezeit läuft auch die Frage nach der Umstellung auf ein System wöchentlicher Höchstarbeitszeiten auf Interessengegensätze verschiedener Arbeitswirklichkeiten hinaus. Hier steht dem nationalen Gesetzgeber allerdings frei, das System der ArbZRL per se zu übernehmen, für bestimmte Branchen indes an Tageshöchstarbeitszeiten festzuhalten. Dadurch schüfe er wesentlich weitergehende Schutzdifferenzierungen als das ArbZG sie bislang kennt. Diese sind angesichts

418 Anders wohl *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2617), der der Meinung ist, die allgemeine Sonntagsruhe werde nicht beeinträchtigt. Ähnlich auch *Jacobs*, NZA 2016, 733 (737), der der Ansicht ist, die Möglichkeit am Sonntag zu arbeiten, um Spielräume für Werktagen zu schaffen, halte einem gewandelten Begriff der Sonn- und Feiertagsruhe stand. Diese Ansichten widersprechen dem Verfassungswortlaut „Arbeitsruhe“.

419 *Freyler*, S. 200; *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2617); *Jacobs*, NZA 2016, 733 (736); *Nölke/Stumpp*, PuR 2016, 57 (58); *Lüthge*, AuA 2016, 712 (713); *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025 (1028); *Wolf*, ZAAR Bd. 39, S. 61 (66); weitergehend *Bissels/Krings*, NJW 2016, 3418 (3420).

420 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 40 f.) mwN S. B 34, Fn. 135.

der unzureichenden arbeitszeitrechtlichen Berücksichtigung nicht industrieller Arbeitsweisen⁴²¹ dringend geboten.

Mit der Umstellung auf ein System wöchentlicher Höchstarbeitszeiten ließen sich auch die seitens der Praxis vielfach beklagten Aufzeichnungspflichten nach § 16 Abs. 2 ArbZG entschärfen, da nicht mehr jede Überschreitung der täglichen Achtstundengrenze dokumentiert werden müsste. Nichtsdestotrotz muss sich der nationale Gesetzgeber fragen, wie er seinem Schutzauftrag zugunsten des Arbeitnehmers nachkommt, wie er – mit anderen Worten – den Arbeitzeitschutz kontrolliert. Vieles spricht für Aufzeichnungspflichten hinsichtlich der Arbeitszeit. Müsste der Arbeitgeber nun nicht mehr die Überschreitung der täglichen Höchstarbeitszeit, sondern die Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit über viermonatigen Bezugszeitraums aufzeichnen, wäre damit schwerlich eine Entbürokratisierung verbunden. Allerdings könnte der Gesetzgeber den Arbeitnehmer zum Adressaten der Aufzeichnungspflicht machen, schließlich besteht der Arbeitzeitschutz maßgeblich in dessen Interesse. Der Arbeitgeber müsste die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers lediglich überwachen und kontrollieren. Eine solche Verteilung erscheint auch geeignet, überflüssige mobile Arbeit einzudämmen, schließlich könnte der Arbeitnehmer der Idee verfallen, anhand seiner Aufzeichnungen Überstundenvergütung durchzusetzen bzw. diese jedenfalls bei anstehenden Gehaltsverhandlungen für sich nutzbar zu machen.⁴²²

d) Schutzdifferenzierung

Berechtigter Kritik⁴²³ ist die Anwendungsbereichsausnahme für leitende Angestellte (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG) ausgesetzt, da sie hinter der unionsrechtlich möglichen Reichweite zurückbleibt. Dagegen spricht sich *Däubler*⁴²⁴ für eine differenzierende Regelung auf betrieblicher Ebene aus, um nicht den Arbeitzeitschutz für Arbeitnehmer in „*traditionellen Arbeitssituationen*“ aufzuweichen.

Ansatzpunkt sollte allerdings nicht der Begriff des leitenden Angestellten, sondern der einer Person mit wesentlich selbstständiger Entscheidungsbefugnis

421 *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2617); aA *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 40), der von Einzelfällen spricht, für die der Gesetzgeber nicht immer eine befriedigende Lösung bereithalten könne.

422 Zum Verhältnis von öffentlich-rechtlichem Arbeitszeitrecht und privatem Vergütungsrecht, s. oben Einführung.

423 *Henssler/Lunk*, NZA 2016, 1425; *Schuster*, AnwBl 2016, 641 (643).

424 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (19).

sein. Neben der dogmatisch klareren Zuordnung bietet ein solcher den weiteren Vorteil, dass das nationale Recht ihn noch nicht besetzt und so Abgrenzungsschwierigkeiten zu § 5 Abs. 2 f. BetrVG bzw. zu § 14 Abs. 2 KSchG unterbleiben.⁴²⁵ Dabei muss aber die neuere Rechtsprechung des *EuGH*, v.a. in der Rechtssache *Hälvä*,⁴²⁶ berücksichtigt werden, die Ausnahmen nur bei voller Arbeitszeitsouveränität zulässt.⁴²⁷ Eine Neufassung des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG sollte lauten:

„Dieses Gesetz ist nicht anzuwenden auf: Nr. 1 Arbeitnehmer, die volle Arbeitszeitsouveränität genießen und eine selbstständige, für den Betrieb wesentliche Entscheidungsbefugnis haben. [...]“

Den persönlichen Anwendungsbereich des ArbZG durch individualvertraglichen Opt-Out zu verlassen, verbietet die ArbZRL hingegen.⁴²⁸

e) Kodifizierung des Rechts auf Nichterreichbarkeit

Uneinigkeit herrscht, ob der Gesetzgeber ein Recht auf Nichterreichbarkeit⁴²⁹ kodifizieren sollte.

Pointiert wendet sich *Krause*⁴³⁰ gegen die Kodifizierung des „wenig spektakulären Grundsatz[es] [...] nur die vertraglich verlangten Leistungen zu fordern“. *Göpfert/Schöberle*⁴³¹ warnen vor der Einführung eines Rechtsunsicherheiten schaffenden „Kampfbegriffs“.

425 Diese Differenzierung ändert allerdings nichts an der Einordnung als Arbeitnehmer iSd BetrVG, hebt also insbesondere nicht das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG auf. Dessen Hintergrund ist nämlich nicht, den Schutz des ArbZG sicherzustellen. Vielmehr erfüllt der Betriebsrat dadurch seine Funktion als Interessensvertreter hinsichtlich des Ausgleichs von Arbeit und Freizeit; anders *Bissels/Krings*, NJW 2016, 3418 (3421).

426 *EuGH v. 26.07.2017 – C-175/16 [Hälvä]*.

427 Zu weitgehend daher der Vorschlag von *Henssler/Lunk*, NZA 2016, 1425 (1429), nach dem es reicht, wenn der Arbeitnehmer seine „Arbeitskraft im Wesentlichen frei bestimmen“ darf.

428 Dafür aber wohl *Schuster*, AnwBl 2016, 641 (643), die allerdings treffend darauf hinweist, dass tarifliche Lösungen in den besonders stark betroffenen Branchen mangels Tarifbindung kaum möglich sein werden.

429 S. oben 2. Kapitel – I.2.a.

430 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT 2016-I, B 1 (B 53); ähnlich auch *Schuchart*, AuR 2016, 341 (343).

431 *Göpfert/Schöberle*, ZIP 2016, 1817 (1819).

Während *Siebens*, *Welskop-Deffaa* und *Wiebauer*⁴³² für Regelungen auf betrieblicher Ebene werben, sehen *Däubler* und *Oetker*⁴³³ – jedenfalls partiell – legislativen Handlungsbedarf. Letztere vertreten die Auffassung, der Gesetzgeber müsse Rücksichtnahmepflicht für Fälle mobiler Erreichbarkeit „*ausdrücklich fest[zu]schreiben, [um ...] der bestehenden Rechtslage mehr Nachdruck [zu] verleihen*“.

Am Umstand, dass Arbeitnehmer ihr Recht auf Nichterreichbarkeit regelmäßig nicht einfordern, wird sich durch eine noch ausdrücklichere Kodifizierung nichts ändern. Im Übrigen hilft sie nicht bei der interessengerechten Gestaltung mobiler Erreichbarkeit, sondern wäre nur ein weiterer legislativer Akt des Augenverschließens vor den Herausforderungen der gewandelten Arbeitswirklichkeit.

f) Exkulpationsmöglichkeiten

*Lüthge*⁴³⁴ fordert Exkulpationsmöglichkeiten für Arbeitgeber, die ihre Arbeitnehmer über die Vorschriften des Arbeitszeitschutzes hinreichend aufgeklärt haben. Arbeiteten die Arbeitnehmer dann entgegen der Vorschriften des ArbZG, sei der Arbeitgeber von den Vorschriften des ArbZG exkulpiert. Ähnliches vertritt *Schirmer*,⁴³⁵ der eine Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für die Einhaltung der Vorschriften des ArbZG ablehnt, wenn dieser dem Arbeitnehmer keine Vorgaben zur Arbeitszeit macht.

Diese Forderung passt allerdings nicht zum öffentlich-rechtlichen Schutzcharakter des Arbeitszeitrechts, da der Arbeitnehmer gerade nicht auf den Schutz verzichten kann.

g) Festlegung der Ruhepausen

§ 4 S. 1 ArbZG ist insofern strenger als die Vorgabe des Art. 4 S. 1 ArbZRL, als die ArbZRL das Erfordernis *im Voraus feststehender Ruhepausen* nicht kennt.⁴³⁶ Nun dient die Ruhepause lediglich der kurzzeitigen Regeneration von der Arbeitsbelastung und nicht dazu, dem Arbeitnehmer Freiräume für eine

432 *Siebens*, AiB 12 2017, 43 (45 f.); *Welskop-Deffaa*, NZA-Beilage 2017, 60; *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1435).

433 *Däubler*, SR-Sonderausgabe 2016, 2 (19); *Oetker*, JZ 2016, 817 (819).

434 *Lüthge*, AuA 2016, 712 (715).

435 *Schirmer*, NZA-Beilage 2016, 85 (87).

436 Die Lage der Pause muss also am Beginn des Arbeitstages feststehen, vgl. *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 4 Rn. 24.

Freizeitgestaltung zwischen zwei Arbeitsphasen zu schaffen. Um dem Zweck der Ruhepause gerecht zu werden, muss der Arbeitnehmer deren konkrete Lage nicht zu Beginn des Arbeitstages kennen. Umgekehrt ist aber erforderlich, dass der Arbeitnehmer zu Beginn der jeweiligen Ruhepause um ihre Dauer weiß. Schwebt nämlich das Damoklesschwert des jederzeitigen Pausenabbruchs über dem Arbeitnehmer, tritt keine echte Regeneration ein.

Daher ist es europarechtlich unbedenklich, wenn der nationale Gesetzgeber das Erfordernis *im Voraus feststehender Ruhepausen* insofern umbildet, dass die Dauer der Ruhepause bei ihrem Beginn feststeht.

Thesen

Phänomen mobile Erreichbarkeit

1. Mobile Erreichbarkeit dient dazu, den Arbeitnehmer auch außerhalb seiner regulären Arbeitszeit in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers einzu binden.
2. Sie setzt sich aus mobiler Bereitschaft und mobiler Arbeit zusammen.
3. Mobile Arbeit leistet der Arbeitnehmer immer dann, wenn er ein Mobilgerät außerhalb der regulären Arbeitstätigkeit zu einer arbeitsbezogenen Tätigkeit nutzt, d.h., wenn er mit dem Mobilgerät eine Tätigkeit durchführt, die sein Arbeitgeber während der regulären Arbeitszeit von ihm verlangen könnte. Sofern der Arbeitnehmer in seiner Freizeit gerade keine mobile Arbeit erbringt, sondern sie erwartet, erahnt oder plant, befindet er sich im Zustand mobiler Bereitschaft.
4. Mobile Bereitschaft besteht nicht um ihrer selbst willen, sondern ist darauf gerichtet, mobile Arbeit zu ermöglichen. Sofern das Arbeitszeitrecht mobile Arbeit verbietet, löst sich die Frage nach mobiler Bereitschaft auf.
5. Mobile Bereitschaft besteht noch nicht, wenn der Arbeitnehmer lediglich die Möglichkeit hat, auf ein Mobilgerät zuzugreifen, dass ihm Kontakt zur Arbeitssphäre erlaubt.
6. Mobile Erreichbarkeit ist eine Arbeitszeitform, die in die Freizeit des Arbeitnehmers ragt. Der Arbeitgeber braucht eine (tarif-) vertragliche Ermächtigung, eine solche Arbeitszeitform anzuordnen. Eine Ermächtigung ergibt sich für mobile Erreichbarkeit nicht schon aus einem konkreten Berufsbild, da mobile Erreichbarkeit ein branchenübergreifendes Alltagsphänomen ist.

Arbeitszeitrechtlicher Arbeitnehmerbegriff

7. Der Arbeitnehmerbegriff der ArbZRL ist unionsrechtlich autonom auszulegen. Unter ihn fallen auch Fremd- und Minderheitengesellschaftergeschäftsführer sowie Beamte, soweit sie keine besonderen hoheitlichen Befugnisse ausüben.

Arbeitszeitrechtlicher Arbeitsbegriff

8. Der Arbeitsbegriff des *EuGH*, nach dem es auf die persönliche Anwesenheit am Arbeitsplatz ankommt, ist für mobile Erreichbarkeit unbrauchbar, da nahezu jeder Aufenthaltsort Arbeitsort sein kann. Auf einen besonderen (Aufenthalts- bzw. Arbeits-) Ort kommt es gar nicht mehr an.

9. Für die Bewertung einer Tätigkeit als mobile Arbeit spielt ihr Umfang keine Rolle. Auch „ganz geringfügige Tätigkeiten“ zählen zur Arbeitszeit.
10. Freiwillige (arbeitsbezogene) Tätigkeiten des Arbeitnehmers, die nicht zur Arbeitszeit zählen, existieren nicht.

Höchst Arbeitszeit

11. Die Regelungen zur Höchst Arbeitszeit beeinflussen die praxistaugliche Umsetzung mobiler Erreichbarkeit nur dann, wenn Arbeitgeber die zulässige Zahl von 48 Wochenarbeitsstunden ausreizen.
12. Das starre nationale System täglicher Höchst Arbeitszeiten ist für mobile Erreichbarkeit weniger günstig, als das unionsrechtliche System wöchentlicher Höchst Arbeitszeiten.

Ruhe- und Pausenzeiten

13. Das Ruhezeitenregime verhindert die Umsetzung mobiler Erreichbarkeit, da es einem flexiblen Wechsel von Arbeit und Freizeit entgegensteht und die Planbarkeit der Arbeitstätigkeit fordert.
14. Jede Arbeitstätigkeit, und sei sie auch noch so geringfügig, unterbricht die Ruhezeit, weil es nicht auf die Intensität einer Arbeitsleistung ankommt.
15. Die Pausenregelungen stehen mobiler Erreichbarkeit dann nicht entgegen, wenn der Arbeitnehmer während seiner regulären Arbeitszeit mind. 45 Minuten iSd § 4 ArbZG pausiert hatte.
16. Der verfassungsrechtlich gebotene Sonntagsschutz steht mobiler Erreichbarkeit entgegen. Er gewährleistet jedoch, dass die unionsrechtlich vorgeschriebene wöchentliche Mindestruhezeit eingehalten wird.

Jahresurlaub

17. Art. 7 ArbZRL enthält als ungeschriebenen Grundsatz die Unteilbarkeit des Urlaubs, der die umfassende Erholung des Arbeitnehmers sicherstellt. Der Grundsatz bezieht sich allerdings nur auf die Hälfte des Jahresmindesturlaubs, damit eine flexible Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers möglich bleibt, denn diese ist ebenso Zweck des Urlaubsanspruchs.
18. Der Jahresurlaub ist eine Form der Ruhezeit. Daher ist während des Urlaubs jegliche Arbeitsleistung, mithin auch mobile Arbeit, unzulässig – die Frage nach mobiler Erreichbarkeit stellt sich damit nicht.
19. Die Vereinbarung mobiler Erreichbarkeit während des Urlaubs begründet ein unzulässiges Rückrufrecht des Arbeitgebers. Auch wenn der Arbeitnehmer keine mobile Arbeit leistet, ist trotzdem die gesamte Urlaubsgewährung unwirksam.

20. Es existiert keine Bagatellgrenze, die geringfügige Arbeitsleistungen im Urlaub zulässt.
21. Erbringt der Arbeitnehmer an einem Urlaubstag mobile Arbeit, ist die Urlaubsgewährung nur für den betroffenen Tag unwirksam.

Abweichungsmöglichkeiten

22. Die Möglichkeiten, die die ArbZRL vorsieht, von ihrem (strengen) Regelungsregime abzuweichen, sind insgesamt nicht zur praxistauglichen Umsetzung mobiler Erreichbarkeit geeignet, was v.a. am einschränkenden Erfordernis gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten liegt.
23. Für beschäftigtengruppenspezifische Ausnahmen (Art. 17 Abs. 1 ArbZRL) bedarf es voller Arbeitszeitsouveränität des jeweiligen Arbeitnehmers.
24. Mit § 7 Abs. 2a ArbZG hat der Gesetzgeber die Opt-Out-Klausel des Art. 22 ArbZRL europarechtswidrig umgesetzt, weil
 - a. der Gesetzgeber die Ausgestaltung von gesundheitsschützenden Regelungen den Kollektivparteien überlässt und
 - b. § 7 Abs. 2a ArbZG auch die Möglichkeit vorsieht, vom Ruhezeitenregime des § 5 Abs. 1 ArbZG abzuweichen, obschon sich die Opt-Out-Klausel nur auf Höchstarbeitszeiten bezieht.
25. Die Abweichungsmöglichkeit der Art. 17 und Art. 18 ArbZRL enthält als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal einen Erforderlichkeitsvorbehalt.
26. IRd Abweichungsmöglichkeit des Art. 17 ArbZRL nehmen die Fallgruppen der Absätze 2–4 diese Erforderlichkeitsprüfung vorweg.
27. Art. 18 ArbZRL lässt als Grundlage für Abweichungsvereinbarungen
 - a. zwar keine Betriebsvereinbarungen, wohl aber
 - b. Firmentarifverträge zu.
28. Die Abweichungsmöglichkeiten des § 7 ArbZG für bestimmte Arbeitszeitformen sind unionsrechtswidrig, da das ArbZG den unionsrechtlich gebotenen Erforderlichkeitsvorbehalt nicht umsetzt.
29. Tarifparteien dürfen ihre Ermächtigung aus § 7 ArbZG nicht einfach an die Betriebsparteien weitergeben. Vielmehr müssen sie dezidierte Vorgaben dazu treffen,
 - a. in welchen Fällen ein Abweichen von den Schutznormen des ArbZG erforderlich ist und
 - b. wann die Betriebsparteien von der Abweichungsbefugnis Gebrauch machen dürfen; sodass
 - c. es den Betriebsparteien lediglich möglich ist, einen tarifvertraglich festgesetzten Rahmen zu konkretisieren.

30. Für eine praxistaugliche Umsetzung mobiler Erreichbarkeit ist § 7 Abs. 2a ArbZG auch jenseits der unionsrechtlichen Bedenken nicht geeignet, da gem. § 7 Abs. 9 ArbZG auf einen über zwölf Stunden hinaus verlängerten Arbeitstag unmittelbar eine elfstündige unverkürzte Ruhezeit folgen muss.
31. Die Ermächtigungsnormen des § 7 Abs. 5 ArbZG und des § 7 Abs. 6 ArbZG sind europarechtswidrig, weil sie die Aufsichtsbehörde bzw. die Bundesregierung u.a. dazu ermächtigen, vom Ruhezeitenregime des § 5 ArbZG abzuweichen, obwohl die ArbZRL eine solche Abweichungsmöglichkeit nicht vorsieht.

Mobile Erreichbarkeit im herkömmlichen Bereitschaftssystem

32. Das herkömmliche Bereitschaftssystem ist eine einstufige Kombination aus Arbeitsabruf und Tätigkeitsaufnahme.
33. Mobile Erreichbarkeit passt schon strukturell nicht zu diesem einstufigen System, da sie sich in zwei Stufen vollzieht. Auf der ersten nimmt der Arbeitnehmer eine Information aus der Arbeitssphäre zur Kenntnis und erbringt schon dadurch eine Arbeitsleistung. Auf der zweiten Stufe bearbeitet er diese Information, wodurch er wiederum eine Arbeitsleistung erbringt. Dabei steht ihm aber frei, wann er von der ersten auf die zweite Stufe wechselt.
34. Ungeachtet der strukturellen Unterschiede scheitert eine Einordnung mobiler Erreichbarkeit als besondere Form des Bereitschaftsdienstes, denn der Arbeitnehmer ist nicht an einen vorgegebenen Aufenthaltsort gebunden.
35. Eine Einordnung mobiler Erreichbarkeit als Bereitschaftsdienst bietet überdies keinen Flexibilisierungsvorteil, da jede Minute zur Arbeitszeit zählt und sie daher in Konflikt mit den Höchstarbeitszeitgrenzen gerät.
36. Ungeachtet der strukturellen Unterschiede scheitert eine Einordnung mobiler Erreichbarkeit als besondere Form der Rufbereitschaft, denn der Arbeitnehmer muss keinen Ortswechsel auf sich nehmen, bleibt hingegen kontinuierlich in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers eingebunden.
37. Eine Einordnung mobiler Erreichbarkeit als Rufbereitschaft bietet überdies keinen Flexibilisierungsvorteil, da Verkürzungen der Ruhezeit zu anderen Zeiten ausgeglichen werden müssen. So käme es zu einer Aufspaltung des Arbeitsalltags, die dem Zweck der mobilen Erreichbarkeit als Einbindung des Arbeitnehmers in das Kommunikationsnetz des Arbeitgebers entgegensteht.

Mobile Erreichbarkeit durch flexible Arbeitszeiten

38. Die Einführung flexibler Arbeitszeiten setzt die zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des ArbZG nicht außer Kraft.

39. Flexible Arbeitszeiten sind geeignet, arbeitszeitrechtswidrige Strukturen zu verstärken.
40. Flexible Arbeitszeiten ändern den Verschuldensmaßstab iRd Haftung nach §§ 22 f. ArbZG nicht.

Sanktionen

41. Neben Bußgeldern, Geld- und Freiheitsstrafen drohen bei Verstößen gegen arbeitszeitrechtliche Vorschriften Gewerbeuntersagungen (§ 35 Abs. 1 S. 1 GewO), Berufsverbote (§ 70 Abs. 1 StGB), der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen (§ 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB) und standesrechtliche Sanktionen.
42. Hingegen fehlt dem Arbeitszeitrecht eine lauterkeitsrechtliche Zielsetzung, sodass Maßnahmen nach dem UWG nicht in Betracht kommen. Ein arbeitszeitrechtstreuer Konkurrent hat daher nur die Möglichkeit, Verstöße bei den Aufsichtsbehörden anzuzeigen. Ein eigenständiger Rechtsschutz steht ihm nicht zur Verfügung.
43. Sofern der Arbeitgeber die digitale Infrastruktur des Unternehmens für externe Zugriffe durch seine Arbeitnehmer öffnet, muss er damit rechnen, dass diese sie für mobile Arbeit gebrauchen. Unterlässt er weitere Kontrollen, bewegt er sich im Bereich der unbewussten Fahrlässigkeit.
44. Sobald der Arbeitgeber von Arbeitszeitverstößen erfährt, muss er gegen diese einschreiten und den betroffenen Arbeitnehmer nötigenfalls abmahnen, anderenfalls trifft ihn jedenfalls der Vorwurf bewusster Fahrlässigkeit. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Vorschriften des Arbeitszeitschutzes auch gegen den Willen des Arbeitnehmers durchzusetzen.

Änderung der Rechtslage

45. Das Arbeitszeitrecht bedarf einer Neuausrichtung, die die monolithische Zweiteilung des Tages in Arbeit und Freizeit auf den Prüfstand stellt. Diese hat der Europäische Gesetzgeber durch eine grundlegende Reform der Arbeitszeitrichtlinie anzustoßen.
46. Insgesamt lassen sich durch punktuelle Änderungen der ArbZRL die Probleme der mobilen Erreichbarkeit abmildern, indes nicht interessengerecht lösen. Die Arbeitswirklichkeit des 21. Jahrhunderts fordert, die Prämissen des 19. Jahrhunderts auf den Prüfstand zu stellen.
47. Auf der Ebene der Arbeitszeitrichtlinie kommt v.a. die Einführung einer Öffnungsklausel für die Betriebsparteien in Betracht, damit gerade in Branchen mit geringer Tarifbindung verlässliche Regelungen getroffen werden können.

48. Der Europäische Gesetzgeber sollte das Urlaubsrecht der (einzelfallbezogenen) Rechtsprechung des *EuGH* entreißen und umfassend regeln. In diesem Zuge sollte er den Grundsatz des ungeteilten Urlaubs auf die Hälfte des Urlaubsanspruchs begrenzen und die andere Hälfte zur freien Disposition des Arbeitnehmers stellen.
49. Die pauschale Ermöglichung von Abweichungen für bestimmte Arbeitszeitformen durch den Europäischen Gesetzgeber wäre, wie auch weitere Schutzdifferenzierungen oder das Ausklammern kurzfristiger Arbeitsaufnahmen aus dem Arbeitszeitschutz, hingegen ein systemfremder Eingriff, der der ArbZRL daher eher schaden als nutzen würde. Auch sollte der Europäische Gesetzgeber von einer Änderung des Ruhezeitenregimes absehen, da er so lediglich die Interessen verschiedener Branchen gegeneinander ausspielt.
50. Der nationale Gesetzgeber hat nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten, das Arbeitszeitrecht an die Bedürfnisse der Digitalisierung anzupassen, da die ArbZRL ihm enge Grenzen zieht. Insbesondere der Erlass eines Wahlarbeitszeitgesetzes scheitert an diesen Grenzen.
51. Der nationale Gesetzgeber sollte das System täglicher Höchstarbeitszeiten für bestimmte Branchen in ein System wöchentlicher Höchstarbeitszeiten ändern.
52. Der nationale Gesetzgeber sollte die Anwendungsbereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG weiter fassen.
53. Ein Recht auf Nichterreichbarkeit folgt aus den Wertungen der Art. 2 iVm Art. 1 Abs. 1 GG, die über die Generalklauseln der §§ 241 Abs. 2, 618 BGB in das Zivilrecht einstrahlen. Es bedarf keiner weiteren Kodifizierung eines Rechts auf Nichterreichbarkeit, sondern des aufsichtsbehördlichen Einschreitens gegen Arbeitszeitrechtsverstöße.