

## ARBEITSZEIT

### WORKING TIME

Burghard Kref<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** Working time is subject of health and safety in the form of the Working Time Act (ArbZG) as well as of works councils' co-determination under section 87 (II) Nrs. 2 and 3 Works Constitution Act (BetrVG), (at times) section 99 BetrVG and of individual and collective contractual arrangements.

Under health and safety aspects, it is about limitation of working time to a maximum permissible threshold and its interruption through necessary repose periods in order to avoid health endangering impacts on the employees. The paper describes the baselines of the German Working Time Act's rules and the limits to flexibility possible according to it, which are to be tested constantly for their conformity with EU law in the (Working Time) directive 2003/88/EC of 4 November 2003. The question which activities constitute "work" under the German and European rules is of particular importance. There is no definitive answer to this question yet for diverse employee duties and activities for the benefit of others.

For co-determination under section 87 (II) Nr. 2 BetrVG the question is, on which weekdays and which concrete times of day employees shall work, i.e. when exactly does working time start and end? In this context as well, it is of importance which activities are "work", e. g. whether putting on protective clothing at the work place counts as work. For co-determination under section 87 (I) Nr. 3 an alteration of the usual working time volume may only be "temporary", for co-determination under section 99 BetrVG the increase of the hitherto existing volume must be "significant". The paper describes the problems in detail.

It must be resolved in individual contracts to which temporal extent the employee owes work at all. Here, section 307 Civil Code (BGB) requests sufficient clarity, in particular regarding the agreement for which temporal work extent the employer owes which reimbursement. Here as well it has to be determined what belongs to reimbursable "working time". This is not necessarily coinciding with the health and safety or the co-determination realm.

**KEYWORDS:** Working time. Labour law. Germany.

**SUMMARY:** 1 Work protection. 2 Countervention. 3 Remuneration.

**ZUSAMMENFASSUNG:** Kaum ein anderes arbeitsrechtliches Thema ist so facettenreich wie Arbeitszeit.

Sie ist idR. im Arbeitsvertrag aufgeführt, wo es z.B. heißt, der AN werde „in Vollzeit“ oder „in Teilzeit mit ... Wochenstd.“ eingestellt. Was „Vollzeit“ ist, folgt dabei häufig aus dem anzuwendenden TV. Es geht also um den vom AN geschuldeten zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung. Der entscheidet zugleich über die Höhe der Vergütung. Haben die Arbeitsvertragsparteien den Umfang der Arbeitszeit nicht ausdrücklich vereinbart, führt das nicht – ebenso wenig wie das Fehlen einer Vergütungsvereinbarung, vgl. § 612 Abs. 2 BGB – zur Unwirksamkeit des Vertrags, sondern zu Auslegungsfragen; im Zweifel gilt die betriebsübliche „Vollzeit“ als gewollt<sup>2</sup>. Ob zusätzlich zur wöchentlichen Arbeitszeit von z.B. 30 Std. wirksam vereinbart werden kann, der AN verpflichte sich, auf Aufforderung und Abruf des AG hin auch mehr als 30 Wochenstd. zu arbeiten, richtet sich insbes. nach § 12 TzBfG und § 307 Abs. 1 BGB und wurde vom Fünften Senats des BAG am 7.12.2005 entschieden.<sup>3</sup>

Arbeitszeit ist Gegenstand der Mitbestimmung des BR. Bei § 87 Abs. 1 Nrn. 2, 3 BetrVG geht es um die Fragen, an welchen (Wochen)Tagen während welcher der jeweils 24 Std. gearbeitet werden soll, um das vertraglich vereinbarte Arbeitszeitvolumen „abzuarbeiten“, und wann komplementär dazu „Freizeit“ sein soll, womit die „Arbeitszeit“ der Beschäftigten beginnt und was (noch) eine nur „vorübergehende“ Verlängerung ist.

Artigo recebido em 20/06/2018.

Artigo aprovado em 18/10/2018 e 22/10/2018.

<sup>1</sup> Burghard Kref<sup>t</sup> é Ministro Presidente do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, em Erfurt (Alemanha).

<sup>2</sup> Vgl. BAG 15.5.2013, 10 AZR 325/12, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 39 mwN.

<sup>3</sup> BAG 7.12.2005, 5 AZR 535/04, EzA TzBfG § 12 Nr. 2.

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p 99-128, Mai-Ago/2018

Nach § 99 BetrVG hat der BR einer Einstellung zuzustimmen. Liegt in der dauerhaften Erhöhung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von z.B. bisher 15 Std. auf künftig 30 Std. eine „(Neu)Einstellung“?

Das ArbZG v. 1994 schließlich will Sicherheit und Gesundheitsschutz der AN dienen und die in Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV verfassungsrechtlich verankerte Garantie umsetzen, wonach „der Sonntag und die staatlichen Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt (bleiben)“.<sup>4</sup> Es soll zugleich die eur. RL über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung v. 4.11.2003 und deren Vorläuferin v. 23.11.1993 umsetzen. Das ArbZG kann deshalb nicht ohne Prüfung seiner Vereinbarkeit mit dieser RL interpretiert und angewendet werden.

**SCHLÜSSELWÖRTER:** Arbeitszeit. Arbeitsrecht. Deutschland.

**ZUSAMMENFASSUNG:** 1 Arbeitsschutz. 2 Mitbestimmung. 3 Vergütung.

## 1 ARBEITSSCHUTZ

1. a) Zunächst zum ArbZG: Nach § 3 des Gesetzes beträgt die Grenze der werktäglichen Arbeitszeit – ohne Pausen – 8 Std.; Werktage sind alle Tage außer Sonn- und Feiertagen. Das ergibt 48 Wochenstd. Die tägliche Arbeitszeit kann auf 10 Std. verlängert werden, aber nur, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten/24 Wochen ein täglicher Durchschnitt von acht Stunden nicht überschritten wird. Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern sind nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ArbZG zusammenzurechnen. Damit ist das gesetzlich zulässige äußerste Arbeitszeitvolumen erreicht, gleichgültig ob es auf regulärer Arbeit oder auf Überstunden beruht.

b) Europarechtlich ist dies unbedenklich. Art. 3 RL 2003/88/EG schreibt keine tägliche Höchstarbeitszeit, sondern eine tägliche Mindestruhezeit von grds. 11 zusammenhängenden Std. vor. Art. 6 Buchst. b) RL verpflichtet die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die durchschnittliche Arbeitszeit pro 7-Tageszeitraum 48 Std. einschließlich der Überstunden nicht überschreitet. Nach Art. 5 der RL muss in diesem Zeitraum zusätzlich zur täglichen Mindestruhezeit eine kontinuierliche Ruhezeit von mind. 24 Std. liegen; diese muss nach dem Urteil des EuGH vom 9.11.2017 nicht notwendig am Ende eines 7-Tageszeitraums nach 6 aufeinander folgenden Arbeitstagen liegen, sondern nur innerhalb jedes 7-Tageszeitraums vorkommen<sup>5</sup>. Da passen die dt. Regelungen – mit dem weniger flexiblen grundsätzlichen Verbot der Sonntagsarbeit – ohne weiteres hinein.

c) Die Vereinbarung einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 52,5 Std. verstößt deshalb gegen § 3 ArbZG. Der Verstoß führt nach § 134 BGB zu ihrer Teilnichtigkeit.

<sup>4</sup> Dazu *BVerfG* 1.12.2009, 1 BvR 2857/07, *BVerfGE* 125, 39; *BVerfG* 9.6.2004, 1 BvR 636/02, *NJW* 2004, 2363; *BVerwG* 26.11.2014, 6 CN 1/13, *BVerwGE* 150, 327.

<sup>5</sup> *EuGH* 9.11.2017, C-306/16, *EzA EG-Vertrag* 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 19.

Die Vereinbarung ist wirksam bis zur Grenze einer Arbeitsleistung von wöchentlich 48 Std.<sup>6</sup> Der Verstoß schließt auch nicht etwa den Vergütungsanspruch des AN für tatsächlich über diese Grenze hinaus geleistete Arbeit aus. Der Sinn des § 3 ArbZG, eine Überforderung des AN zu vermeiden, gebietet es nicht, dem AN Vergütung für Arbeitsleistungen zu versagen, die der AG trotz Beschäftigungsverbots in Anspruch nimmt.<sup>7</sup>

d) Nach § 16 Abs. 2 ArbZG muss der AG die über 8 Std. hinausgehende tägliche Arbeitszeit jedes einzelnen Beschäftigten in geeigneter Weise aufzeichnen und die entspr. Nachweise für mind. 2 Jahre aufbewahren.<sup>8</sup> Die Form, in welcher das zu geschehen hat, ist gesetzlich nicht vorgegeben.

e) Der BR hat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BetrVG iVm. § 3 ArbZG, § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG – unabhängig von § 16 Abs. 2 ArbZG – Anspruch darauf, vom AG den tatsächlichen Anfang und das tatsächliche Ende der täglichen Arbeitszeit der Beschäftigten zu erfahren, auch bei Geltung sog. Vertrauensarbeitszeit.<sup>9</sup> Ein AG, der die Einhaltung des vereinbarten Umfangs der Arbeitszeit seitens der AN nicht kontrolliert – nur das bedeutet, genau genommen, „Vertrauensarbeitszeit“<sup>10</sup> –, kann weder die gesetzlichen Höchstgrenzen noch die zu deren Einhaltung vorgesehenen Kontrollmechanismen beseitigen. Auch wenn die Vertragsparteien gar keine bestimmte Dauer der Wochenarbeitszeit vereinbaren, sondern der Arbeitgeber jeweils lediglich den Endzeitpunkt für die Erledigung bestimmter Arbeitsaufgaben vorgibt, also nicht nur die Lage, sondern auch die Dauer der Arbeitszeit in das Ermessen des Arbeitnehmers stellt – so das häufig zugrunde gelegte erweiterte Verständnis von „Vertrauensarbeitszeit“<sup>11</sup> –, ändert das nichts an der Geltung der gesetzlichen Höchstarbeitszeitgrenzen Dokumentationspflichten.

aa) Der BR hat nach überwiegender Auffassung nicht das Recht, ggf. über die Einigungsstelle eine automatische Zeiterfassung durch Kontrolleinrichtungen iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG durchzusetzen. Es sei nicht seine Sache, die technische Kontrolle von AN-Verhalten gegen den Willen des AG zu verschärfen.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> BAG 24.8.2016, 5 AZR 129/16, EzA BGB 2002 § 305b Nr. 1.

<sup>7</sup> BAG 24.8.2016, 5 AZR 129/16, EzA BGB 2002 § 305b Nr. 1.

<sup>8</sup> Nach § 19 Abs. 1 AEntG trifft den AG im Bereich eines für allgemeinverbindlich erklärten TV des Bauhaupt- oder Baunebengewerbes die weitergehende Pflicht zur Aufzeichnung von Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der AN; vgl. dazu OLG Hamm 18.10.2016, III-3 RBs 277/16; zu Aufzeichnungspflichten vgl. auch Müller-Wenner, AuR 2017, 476 f.

<sup>9</sup> BAG 6.5.2003, 1 ABR 13/02, EzA BetrVG 2001 § 80 Nr. 2.

<sup>10</sup> Vgl. BAG 15.5.2013, 10 AZR 325/12, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 39 mwN; zutr. Eylert, AuR 2016, 4, 6, Rn. 37; wohl auch Günther/Böglmüller NZA 2015, 1025, 1029.

<sup>11</sup> Vgl. nur Däubler SR 2016, 2, 12; Schoof AiB 2011 721, 724; Steffan, NZA 2015, 1409, 1410.

<sup>12</sup> Vgl. BAG 28.11.1989, 1 ABR 97/88, EzA BetrVG 1972 § 87 Kontrolleinrichtung Nr. 18, mit Anm. Streckel; Fitting BetrVG 28. Aufl. § 87 Rn. 251 mwN; a.A. LAG Berlin-Brandenburg 25.1.2015, 10 TaBV 1812/14, 10 TaBV 2124/14; DKKW-Klebe BetrVG 14. Aufl. Rn. 166.

bb) Diese Argumentation erscheint verkürzt. Da ohnehin eine gesetzliche Pflicht zur Datenerhebung besteht, geht es hier – anders als dort, wo eine Datenerhebung von Gesetzes wegen auch gänzlich unterbleiben könnte – in der Sache nicht um eine Verschärfung der Kontrolle, sondern (nur) um das geeignete Kontrollmittel. Besteht Anlass zur Annahme von („selbst-ausbeutenden“) Unrichtigkeiten bei der selbst bewirkten Zeiterfassung, kann sich automatisierte Datenerhebung als allein geeignet herausstellen.

cc) Womöglich ließe sich, weil es um Gesundheitsschutz geht, ein solches Initiativrecht des BR zudem aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG herleiten, wenn denn § 16 Abs. 2 ArbZG als „Rahmenvorschrift“ iS. dieses Mitbestimmungsrechts zu verstehen sein sollte.<sup>13</sup>

dd) Gibt der AG die Art und Weise der Aufzeichnung, wie immer sie aussieht, generell vor, besteht ein Mitbestimmungsrecht des BR jedenfalls nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG; eine solche Anweisung berührt die Ordnung des Betriebs und das Verhalten der AN im Betrieb.<sup>14</sup>

f) In jedem Fall haben nach § 17 ArbZG die nach Landesrecht zust. Behörden – etwa Gewerbeaufsichtsämter – die Einhaltung des ArbZG als eines AN-Schutzgesetzes zu beachten.<sup>15</sup>

2. So also die Rechtslage, wenn nichts weiter als das Gesetz, § 3 ArbZG, gilt. Dieser recht harte gesetzliche „Käse“ hat freilich viele Löcher, manche meinen gar, die Löcher seien größer als der Käse... Den Zutritt in die Hohlräume gewährt § 7 ArbZG. Schon die Länge der Vorschrift gibt zu denken. Hier kann nur der Kern der Regelungen behandelt werden.

a) Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG „(kann) in einem TV ... zugelassen werden, abweichend von § 3 ... die Arbeitszeit über 10 Std. werktäglich zu verlängern“ – allerdings nur unter der Voraussetzung, dass in die zB. auf 12 Std. verlängerte Arbeitszeit „regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt“. In einem TV kann zudem ein anderer Ausgleichszeitraum als der von 6 Monaten gem. § 3 S. 2 ArbZG festgelegt werden. Auf die ersten drei Worte kommt es an: Ausnahmen von § 3 ArbZG können nur – jedenfalls grds. nur – „in einem TV“ zugelassen werden! Das bedeutet, eine Gewerkschaft muss es (mit)verantworten können und muss damit einverstanden sein, dass die werktägliche Arbeitszeit auf mehr als zehn Stunden erweitert wird. Im Geltungsbereich eines entspr. TV

<sup>13</sup> So wohl *Fitting* § 87 Rn. 251.

<sup>14</sup> So für das obligatorische Ausfüllen bestimmter Überstundennachweise *BAG* 9.12.1980, 1 ABR 1/78, *EZA* BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 5.

<sup>15</sup> Zur möglichen Sanktion einer Anordnung des Verfalls von Vermögensvorteilen, die vom Arbeitgeber durch eine Überschreitung der Höchstarbeitszeiten erzielt wurden, vgl. *Fromm*, *NZA* 2017, 693.

können dann gem. § 7 Abs. 3 ArbZG auch nicht tarifgebundene AG dessen Regelungen übernehmen; gibt es einen BR, geht dies nur im Wege der BV; gibt es keinen BR, können die fraglichen Regelungen des TV durch schriftliche Vereinbarung zwischen AG und AN übernommen werden. Der TV selbst kann im Übrigen vorsehen, dass sowohl über das „Ob“ als auch über das „Wie“ einer Abweichung die Betriebsparteien in einer BV entscheiden – vgl. die Formulierung „oder aufgrund eines Tarifvertrags...“ in § 7 Abs. 1 Satz 1 ArbZG zeigt.

b) In einem „Bereich“, in dem tarifliche Arbeitszeitregelungen üblicherweise nicht getroffen werden – etwa bei Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden... –, können Abweichungen von § 3 ArbZG gem. § 7 Abs. 5 ArbZG durch die zust. staatlichen Aufsichtsbehörden zugelassen werden, „wenn dies aus betrieblichen Gründen erforderlich ist und die Gesundheit der AN nicht gefährdet wird“. Dazu haben die Betriebsinhaber bei den zust. Stellen einen entspr. Antrag zu stellen.

c) Das Gleiche kann unter gleichen inhaltlichen Voraussetzungen und bei einem entspr. Regelungsbedürfnis durch Rechts-VO der Bundesregierung geschehen, auch wenn in der betr. Branche TV mit Arbeitszeitregelungen üblicherweise gelten, nur eben aktuell nicht, § 7 Abs. 6 ArbZG. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung wird mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz,<sup>16</sup> ihre Europarechtsgemäßheit mit Blick auf Art. 18 Abs. 2 Buchst. b) RL 2003/88/EG und die dort allein vorgesehene Möglichkeit der Erstreckung tariflicher oder betrieblicher Regelungen<sup>17</sup> bezweifelt.

d) Kirchen können nach § 7 Abs. 4 ArbZG Ausnahmen von § 3 ArbZG in ihren innerkirchlichen Regelungen vorsehen.<sup>18</sup>

3. Wollen Tarifvertragsparteien von § 3 ArbZG abweichen, sind sie, wie erwähnt, an inhaltliche Vorgaben gebunden: Die tägliche Arbeitszeit darf über 10 Std. hinaus nur verlängert werden, wenn in die verlängerte Schichtzeit „regelmäßig“ und „in erheblichem Umfang“ entweder „Arbeitsbereitschaft“ oder „Bereitschaftsdienst“ fällt. Diese inhaltlichen Vorgaben müssen gleichermaßen Kirchen, Aufsichtsbehörden und die Bundesregierung einhalten, wollen sie von § 3 ArbZG abweichende Regelungen treffen bzw. zulassen.

a) Was sind „Arbeitsbereitschaft“, „Bereitschaftsdienst“ und ein „erheblicher Umfang“?

<sup>16</sup> *Buschmann/Ulber*, Arbeitszeitgesetz, 8. Aufl. § 7 Rn. 33.

<sup>17</sup> *Schliemann*, Arbeitszeitgesetz § 7 Rn. 84.

<sup>18</sup> Zu den kircheninternen Voraussetzungen für wirksame Regelungen vgl. BAG 16.3.2004, 9 AZR 93/03, EzA ArbZG § 7 Nr. 7; BAG 29.9.2011, 2 AZR 523/10, EzA KSchG § 2 Nr. 83.

aa) Unter „Arbeitsbereitschaft“ verstand schon das *RAG* die „wache Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung“<sup>19</sup>; das *BAG* hat die Definition bis heute übernommen.<sup>20</sup> In diesem Zustand befindet sich typischerweise der Wachhabende in einer Leitstelle, der auf den Anruf zum Einsatz wartet und dann ohne Fremdaufforderung von sich aus aktiv werden muss, bis dahin aber lesen, fernsehen, seinen Gedanken nachhängen – aber nicht etwa schlafen ... – kann. Das ist, solange kein Anruf kommt, eben weniger fordernd und anstrengend als „normale“ Arbeit, die „Vollarbeit“. Dagegen rechnen etwa die Parteien des Einheitlichen MTV für die Metall- und Elektroindustrie NRW v. 18.12.2003 in § 3 Nr.10 des TV „das Beobachten von Produktionsanlagen“ zu Recht nicht zur Arbeitsbereitschaft, sondern zur „Vollarbeit“.<sup>21</sup> Hier fehlt es an der nötigen „Entspannung“.

bb) „Bereitschaftsdienst“ ist in seiner Ruhephase – die es definitionsgemäß typischerweise geben muss – noch weniger anstrengend als „Arbeitsbereitschaft“. Der AN hält sich, anders als der „Wachhabende“, in aller Regel nicht am Arbeitsplatz auf, allerdings an einem vom AG bestimmten Ort, vermutlich nahe am Arbeitsplatz, und der AN muss nicht wach und aufmerksam bleiben, solange nach ihm nicht verlangt wird. Er kann sogar schlafen, wenn es die äußeren Umstände zulassen. Dieser Umstand war das Hauptargument für die in Deutschland bis zum Jahr 2000 vorherrschende Auffassung,<sup>22</sup> dass Zeiten des Bereitschaftsdienstes, in denen der AN nicht abgerufen wurde, um dann „voll“ zu arbeiten, dass also die Zeiten der Passivität nicht zur Arbeitszeit iSd. Gesetzes, sondern zur Ruhezeit zählten.<sup>23</sup> Sie waren dann konsequenterweise bei der Frage, ob die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten eingehalten worden waren, nicht als Arbeitszeit zu veranschlagen. Darauf beruhten Schicht- und Einsatzpläne in Krankenhäusern, Rettungsdiensten, (Berufs-, Werk-)Feuerwehren etc. Mit der Entscheidung des *EuGH* in Sachen „SIMAP“ v. 3.10.2000<sup>24</sup> hat sich dies geändert. In Anwendung und unter Bejahung der Voraussetzungen von Art. 2 Nr. 1 RL hat der *EuGH* Bereitschaftsdienst, den spanische Ärzte in Form persönlicher Anwesenheit im Betrieb zu leisten hatten, in seiner zeitlichen Gesamtheit als Arbeitszeit iSd. RL angesehen; auf die

<sup>19</sup> *RAG* Arbeitsrechtssammlg. Bd. 25, S. 63, 245.

<sup>20</sup> Vgl. nur *BAG* 11.7.2006, 9 AZR 519/05, *EzA ArbZG* § 2 Nr. 1; *BAG* 9.3.2005, 5 AZR 385/02; *BAG* 18.2. 2003, 1 ABR 2/02, *EzA ArbZG* § 7 Nr. 4, mit Anm. *Streckel*.

<sup>21</sup> In diesem Sinne schon *BAG* 28.1.1981, 4 AZR 892/78, *EzA AZO* § 7 Nr. 1.

<sup>22</sup> A.A. schon seinerzeit *Buschmann/Ulber*, aaO, 1. Aufl. 1994, § 2 Rn. 18.

<sup>23</sup> *Buschmann* (FS *Kohte* 2016, 417) betont freilich zu Recht, dass diese Auffassung sich erst in den 1980er Jahren durchgesetzt hat, nachdem zuvor arbeitsschutzrechtlich zwischen Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst, mit der Konsequenz, dass beide zur Arbeitszeit nach der AZO zählten, gerade nicht unterschieden worden war.

<sup>24</sup> *EuGH* 3.10.2000, C-303/98, *EzA ArbZG* § 7 Nr. 1, mit Anm. *Streckel*.

Intensität der geleisteten Arbeit stelle die RL nicht ab.<sup>25</sup> Auf die ungläubige Vorlage des LAG *Schleswig-Holstein* hat er mit Urteil v. 9.9.2003 [„Jaeger“]<sup>26</sup> seine Auslegung bekräftigt und ausdrücklich auch Schlafenszeiten während des Bereitschaftsdienstes in vollem Umfang zur Arbeitszeit gerechnet. Die beiden Entscheidungen führten im Dezember 2003 zur Anpassung des dt. ArbZG vom Juni 1994. Es rechnet nunmehr § 7 Abs.1, Abs. 2a, Abs. 8 ArbZG Zeiten des Bereitschaftsdienstes ohne Einschränkung und in vollem Umfang eindeutig zur Arbeitszeit mit ihren Höchstgrenzen.<sup>27</sup> Dabei gilt es freilich zu bedenken: Nur ein „Federstrich“ des Richtliniengebers – den herbeizuführen sich die Kommission und einzelne Mitgliedstaaten mit bislang freilich nicht zu koordinierenden Einzel- und Sonderwünschen seit Jahren bemühen<sup>28</sup> – und der Bereitschaftsdienst ist (wieder) Ruhezeit oder kann von den Mitgliedstaaten zumindest als solche behandelt werden...<sup>29</sup>

cc) Bei bloßer Rufbereitschaft kann sich der AN an einem von ihm selbst bestimmten Ort, insbes. im eigenen Zuhause aufhalten, um ggf. von dort aus binnen einer festgelegten Zeitspanne die Arbeit aufzunehmen<sup>30</sup>. Hier zählt auch unionsrechtlich nur die Zeit ab tatsächlicher Arbeitsaufnahme zur gesetzlichen Arbeitszeit; das dürfte ebenso gelten, wenn der AN – auf welcher rechtlichen Grundlage auch immer, so es sie denn gibt<sup>31</sup> – verpflichtet ist, sich auch in seiner Freizeit für Anrufe oder für die Entgegennahme und Beantwortung von Mails bereitzuhalten.<sup>32</sup> Allerdings darf die Zeitspanne, innerhalb derer sich der Arbeitnehmer bei Abruf an der Arbeitsstelle einzufinden hat, nicht so knapp bemessen sein, dass seine Bewegungsfreiheit ähnlich eingeschränkt ist wie bei der Verpflichtung zum Aufenthalt an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort. Der EuGH hat eine Rufbereitschaft mit der Verpflichtung, bei Bedarf innerhalb von acht Minuten am Arbeitsplatz zu erscheinen, deshalb

<sup>25</sup> Vgl. insbes. dazu *EuGH* 11.1.2007, C-437/05, [Vorel].

<sup>26</sup> *EuGH* 9.9.2003, C-151/02, EzA ArbZG § 7 Nr. 5.

<sup>27</sup> Vgl. auch *BAG* 23.6.2010, 10 AZR 543/09, EzA ArbZG § 7 Nr. 8; *BAG* 16.12.2009, 5 AZR 157/09, EzA ArbZG § 4 Nr. 3.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *EUArbR/Gallner* RL 2003/88 Art. 1 Rn. 11 f.

<sup>29</sup> Höherrangiges Recht dürfte dem jedenfalls nicht entgegenstehen, weder mit Blick auf Art. 31 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta noch mit Blick auf das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2, Art. 12 GG, zu Anforderungen des letzteren an das Arbeitszeitrecht vgl. *BVerfG* 9.6.2004, 1 BvR 636/02, NJW 2004, 2363; *BVerfG* 17.11.1992, 1 BvR 168/89, DB 1993, 538; *BVerfG* 28.1.1992, 1 BvR 1025/82 u.a., NZA 1992, 270.

<sup>30</sup> Beträgt diese Zeitspanne nur 20 Min., wird dadurch die freie Wahl des Aufenthaltsorts so sehr eingeschränkt, dass nicht mehr von Rufbereitschaft, sondern von Bereitschaftsdienst auszugehen ist, ggf. auch mit vergütungsrechtlichen Folgen, so *BAG* 31.1.2002, 6 AZR 214/00, EzA BGB § 611 Rufbereitschaft Nr. 2; *LAG Köln* 13.8.2008, 3 Sa 1453/07, ZTR 2009, 76; andererseits ist Rufbereitschaft dadurch gekennzeichnet, dass der AN seinen Aufenthaltsort so wählen muss, dass er auf Abruf die Arbeit innerhalb einer Zeitspanne aufnehmen kann, die den Einsatz nicht gefährdet, *BAG* 20.5.2010, 6 AZR 1015/08, DB 2010, 2342.

<sup>31</sup> Dazu *Bissels/Domke/Wisskirchen*, DB 2010, 2052; *Krause*, Beilage 2/2017 zu NZA 2017, 53, 57.

<sup>32</sup> Vgl. *Däubler* SR 2016, 2, 16; *Jacobs*, NZA 2016, 733, 735; *Göpfert/Schöberle*, ZIP 2016, 1817, 1818; *Krause*, Beilage 2/2017 zu NZA 2017, 53, 57.

als „Bereitschaftsdienst“ – im Sinne des dt. Arbeitszeitrechts – und damit insgesamt als „Arbeitszeit“ im Sinne der Richtlinie angesehen.<sup>33</sup>

dd) Um in einem TV die tägliche Arbeitszeit auf mehr als 10 Std. zu erweitern, muss in die dann erweiterte Schicht regelmäßig und in „erheblichem Umfang“ „Arbeitsbereitschaft“ oder „Bereitschaftsdienst“ fallen. Wann von einem „erheblichen“ Umfang die Rede sein kann, ist strittig. Für manche bedeutet erheblich „mehr als 50 vH.“. Dies ist zu weitgehend. Schon ein Anteil von weniger als der Hälfte kann durchaus als „erheblich“ bezeichnet werden. So entschied auch das BAG, dass 3 Std. Arbeitsbereitschaft/Bereitschaftsdienst innerhalb einer Gesamtschicht von 11 Std. – das entspricht 27,3 vH. – einen „erheblichen“ Umfang iSv. § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG darstellen.<sup>34</sup>

ee) Eine ausdrücklich formulierte absolute Grenze jenseits der 10 Std., an die auch TV-Parteien gebunden wären, setzt das Gesetz nicht.<sup>35</sup> Allerdings verlangt § 5 Abs. 1 ArbZG eine ununterbrochene Ruhezeit von 11 Std., die aber ihrerseits gem. § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG in einem TV um bis zu 2 Std. gekürzt werden kann, wenn die Arbeit das erfordert und dies innerhalb eines festzulegenden Zeitraums wieder ausgeglichen wird.<sup>36</sup> D.h.: Länger als 15 Std. könnte eine Gesamtschicht auch tarifvertraglich nicht ausfallen, und sie müsste zu einem erheblichen Teil, dh. wohl im Umfang von mind. 4 bis 5 Std. aus Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst bestehen. Nach § 7 Abs. 9 ArbZG muss im unmittelbaren Anschluss an eine länger als 12 Std. dauernde Arbeitsschicht eine Ruhezeit von mind. 11 Std. gewährt werden.<sup>37</sup>

ff) Für in § 7 Abs. 2 Nrn. 2-4 ArbZG aufgeführte Branchen – zB. Landwirtschaft, Pflegeeinrichtungen, ö.D. – ist das Loch im „Käse“ noch größer, auch gilt das ArbZG nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 z.B. für häusliche Altenpfleger/innen überhaupt nicht; dies kann hier nicht im Einzelnen erörtert werden.

b) Die den Tarifvertragsparteien gesetzlich ermöglichte Flexibilität bei der Dauer der täglichen Arbeitsschichten ist also erheblich. Allerdings: Sowohl ArbZG als auch Arbeitszeit-RL ermöglichen insoweit nur Flexibilität, nicht die dauerhafte Erweiterung des Höchstvolumens von Arbeitszeit. Nach § 7 Abs. 8 ArbZG, Art. 19 Abs. 2 der RL muss spätestens innerhalb 12 Kalendermonaten die Erhöhung des täglichen und wöchentlichen

<sup>33</sup> *EuGH* 21.2.2018 – C- 518/15 [Matzak], *EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 21*; zustimmend *Bayreuther*, *NZA* 2018, 348 f.

<sup>34</sup> *BAG* 24.1.2006, 1 ABR 6/05, *EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 8*.

<sup>35</sup> *BAG* 18.2.2002, 1 ABR 2/02, *EzA ArbZG § 7 Nr. 4*, mit Anm. *Streckel*.

<sup>36</sup> Vgl. *EuGH* 23.12.2015, C-180/14, *AuR* 2016, 162.

<sup>37</sup> Zum Verstoß des griechischen Rechts gegen die gleichlautende Verpflichtung aus der RL 2003/88/EG vgl. *EuGH* 23.12.2015, C-180/14, *AuR* 2016, 162.

Arbeitszeitvolumens über 8 bzw. 48 Std. hinaus wieder ausgeglichen werden.<sup>38</sup> Daran sind auch Tarifvertragsparteien gebunden. Das Jahresarbeitszeitvolumen darf also durchschnittlich 48 Wochenstunden nicht überschreiten. Gem. Art. 16 Buchst. b) RL dürfen weder die 4 Wochen bezahlten Mindesturlaubs (Art. 7 RL) noch Krankheitszeiten bei der Berechnung des Durchschnitts berücksichtigt werden. Bei 52 Wochen im Jahr und 4 Wochen Mindesturlaub darf folglich in der gesamten EU pro Jahr von einem AN nicht mehr als 48 x 48 Std. = 2.304 Std. Arbeit gefordert und geleistet werden – dies einschließlich aller Mehrarbeit, Überstunden und Bereitschaftsdienste!

c) Allerdings: § 7 Abs. 2a, Abs. 7 ArbZG lässt auch davon Ausnahmen zu.

aa) Stellt ein von § 3, § 5 Abs. 1 oder § 6 Abs. 2 ArbZG abweichender TV „durch besondere Regelungen sicher, dass die Gesundheit der AN nicht gefährdet wird“, und fällt in die verlängerte Arbeitszeit „regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst“, kann in diesem TV die werktägliche Arbeitszeit „auch ohne Ausgleich“ über 8 Std. hinaus verlängert werden, so § 7 Abs. 2a ArbZG. Zwingend erforderlich ist aber, dass der AN in die ausgleichslose Arbeitszeitverlängerung „schriftlich eingewilligt hat“ („opt out“), § 7 Abs. 7 ArbZG. Die Einwilligung kann mit einer Frist von 6 Monaten jederzeit widerrufen werden. Mit Nichterteilung oder Widerruf dürfen für den AN keine Nachteile verbunden sein.<sup>39</sup>

bb) Ob diese Regelungen europarechtskonform sind, ist umstritten; das BAG hat die Frage offengelassen.<sup>40</sup> Gegen ihre Unionsrechtskonformität wird eingewandt, Art. 22 Abs. 1 S. 1 Buchst. a) u. b) der RL sähen Ausnahmen von der Höchstarbeitszeit in Art. 6 nur für Regelungen der Mitgliedstaaten selbst und nicht für solche von Tarifvertragsparteien vor.<sup>41</sup> Der Umstand, dass die RL die entspr. Einschränkungen an die Mitgliedstaaten und nicht an die Sozialpartner adressiert, scheint freilich unbedenklich, wenn der betr. Staat ihre Einhaltung den

<sup>38</sup> Art. 19 Abs. 2 RL verlangt für die Zulassung einer Erweiterung des Ausgleichszeitraums auf 12 Monate die „Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der AN“. Ob sich dies in § 7 Abs. 8 ArbZG oder an anderer Stelle des Gesetzes, wiederfindet, kann mit Fug gefragt werden.

<sup>39</sup> Für den Fall „absoluter Freiwilligkeit“ der ausgleichslosen Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit durch Begründung von Arbeitsverhältnissen mit mehreren, nicht demselben Konzern angehörenden AG nimmt eine einzelne Stimme im Schrifttum an, §§ 3, 2 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 ArbZG verstießen gegen Art. 12 u. Art. 3 GG, vgl. *Mylich*, BB 2016, 1717; ein Abgleich dieses Ergebnisses mit den Bestimmungen der RL und ggf. daraus resultierenden Folgen für die Verfassungsinterpretation erfolgt dabei nicht.

<sup>40</sup> BAG 23.6.2010, 10 AZR 543/09, ArbZG § 7 Nr. 8; dazu vorwurfsvoll *Herms*, BB 2011, 509; *Mayer*, AiB 2011, 711, 715.

<sup>41</sup> Vgl. EUArbR/*Gallner*, RL 2003/88 Art. 22 Rn. 2 mwN; *Buschmann*, AuR 2004, 1; *Mayer*, AiB 2011, 711, 715.

Sozialpartnern zur Auflage macht, wie in § 7 Abs. 2a ArbZG geschehen, und dies seinerseits kontinuierlich – und im Streitfall durch seine Gerichte – kontrolliert.<sup>42</sup>

cc) In einer Entscheidung zu § 5 Abschnitt II des MTV chem. Industrie West hat das BAG die dortigen Regelungen, die die Möglichkeit einer ausgleichslosen Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeitgrenzen für Mitglieder der Werkfeuerwehr flankieren, als ausreichend vorbeugend iSv. § 7 Abs. 2a ArbZG und Art. 22 Abs. 1 S. 1 der RL angesehen<sup>43</sup> – anders als die frühere Nr. 3 Abs. 1 der SR 2r BAT mit ihrer Höchstarbeitszeit für Hausmeister im Umfang von 50,5 Wochenstd. ohne Zeitausgleich.<sup>44</sup>

dd) Bei einem „hinreichend qualifizierten“ Verstoß (jedenfalls) von Behörden eines Mitgliedstaats gegen die unionsrechtliche Höchstarbeitszeitgrenze kommt ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch gegen die Behörde oder den Staat in Betracht.<sup>45</sup>

4. Für manche Tätigkeiten ist es nicht einfach zu beurteilen, ob sie zur Arbeitszeit zählen und damit für die Einhaltung der Höchstarbeitszeitgrenze und der Ruhezeiten zu beachten sind oder nicht. § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG definiert „Arbeitszeit“ – anders als Art. 2 Nr. 1 RL, aber nicht in Widerspruch zu ihm – als „Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen“. Entscheidend ist also der Begriff der Arbeit. Was ist „Arbeit“?

a) Sind zB. die Zeiten von Hin- und Rückfahrt in öff. Verkehrsmitteln bei einer Dienstreise „Arbeitszeit“ iSv. § 2 Abs. 1 ArbZG, auch wenn AN dabei keine Tätigkeiten iS. ihrer Hauptleistungspflichten ausüben müssen? Das BAG hat diese Frage 2006 verneint.<sup>46</sup> Im Unterschied zum Bereitschaftsdienst und selbst zur Rufbereitschaft müsse man während einer solchen Reise nicht jederzeit mit dem Abruf zur Arbeit rechnen. Der Umstand, dass man gleichwohl aus seinem familiären und sozialen Umfeld gerissen sei, sei angesichts der Ziele des ArbZG – Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz – unbeachtlich. Die Möglichkeit zur freien Entfaltung der Persönlichkeit sei vom Schutzzweck des Gesetzes nicht erfasst. Eine Vorlage an den EuGH hielt das BAG für entbehrlich. Der Begriff der Arbeitszeit sei europarechtlich geklärt und nurmehr im Wege der Subsumtion anzuwenden. Angesichts des

<sup>42</sup> Im Ergebnis ebenso *Hermes*, BB 2011, 509.

<sup>43</sup> BAG 23.6.2010, 10 AZR 543/09, EzA ArbZG § 7 Nr. 8.

<sup>44</sup> BAG 14.10.2004, 6 AZR 564/03, AuR 2005, 332.

<sup>45</sup> Der *EuGH* hält Art. 6 der RL 2003/88 für eine Bestimmung, die dem Einzelnen Rechte verleiht: *EuGH* 25.11.2010, C-429/09, EzA EG-Vertrag 1999 RL 2003/88 Nr. 5; für § 823 Abs. 2 BGB a.A. noch BAG 5.6.2003, 6 AZR 114/02, EzA ArbZG § 7 Nr. 6 und BAG 14.10.2004, 6 AZR 564/03, AuR 2005, 332; zu den näheren Voraussetzungen des Anspruchs *EuGH* 25.11.2010, C-429/09, aaO; *Wank*, AuR 2011, 200.

<sup>46</sup> BAG 11.7.2006, 9 AZR 519/05, EzA ArbZG § 2 Nr. 1; a.A. *Buschmann*, FS *Hanau*, S. 197, 209.

Umstands, dass der *EuGH* in Sachen SIMAP (Rn. 50) und Jaeger (Rn. 63-65) für den Charakter des Bereitschaftsdienstes gerade – auch – darauf abgehoben hat, dass sich der AN, anders als bei Rufbereitschaft, „außerhalb seines familiären und sozialen Umfelds aufhalten muss“, und angesichts des Umstands, dass es arbeitszeitrechtlich jedenfalls nach Maßgabe der RL 2003/88/EG nur „Arbeitszeit“ oder „Ruhezeit“ gibt,<sup>47</sup> erscheinen diese Interpretation und der Verzicht auf eine Anrufung des Gerichtshofs eher „mutig“...

b) Verlangt der AG, die Dienstreise mit dem Pkw zu unternehmen, ist die Reisezeit zumindest für den Fahrer Arbeitszeit iSv. § 2 ArbZG.<sup>48</sup>

c) Auch eigene Fahrten vom Ort des Betriebs zu einer auswärtigen Arbeitsstelle sind „Arbeitszeit“ iSv. § 2 Abs. 1 ArbZG.<sup>49</sup>

d) Die Fahrtzeit von Kundendienst-Technikern ohne festen oder gewöhnlichen Arbeitsort, die diese für ihre täglichen Pkw-Fahrten zum ersten und vom letzten Kunden von bzw. zu ihrem Wohnort aufwenden, sieht der *EuGH*<sup>50</sup> als Arbeitszeit iSd. RL an.<sup>51</sup> Ob und wie diese Fahrtzeiten zu vergüten sind, ist, wie der ausdrücklich *EuGH* klarstellt,<sup>52</sup> nicht Gegenstand der Arbeitszeit-RL, ebenso wenig des ArbZG.<sup>53</sup>

e) Das OVG *Münster* wertet die Zeit der Teilnahme an einer Betriebsversammlung nach § 42 BetrVG ebenfalls als Arbeitszeit iSv. 2 Abs.1 ArbZG.<sup>54</sup>

f) Dagegen sind Lenkzeitunterbrechungen von mind. 8 Minuten bei Straßenbahnfahrern, während derer diese keine Arbeitsleistung zu erbringen haben und keine Arbeitsbereitschaft verlangt wird, keine Arbeitszeit iSv. § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG; sind sie

<sup>47</sup> *EuGH* 10.9.2015, C-266/14, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 16 mwN. § 21a Abs. 3 ArbZG ordnet dagegen die Zeit, die ein Kraftfahrer, der sich mit einem Kollegen beim Fahren abwechselt, während der Fahrt neben dem Fahrer oder in der Schlafkabine verbringt, in Satz 1 ausdrücklich nicht der Arbeitszeit iSv. § 2 Abs. 1 ArbZG und in Satz 2 ausdrücklich nicht der Ruhezeit iSv. § 5 ArbZG zu; über die arbeitszeitrechtliche Qualität des notwendig anzunehmenden tertium schweigt sich das Gesetz aus. Art. 3 Buchst. b) 2. Spiegelstrich der (Fahrpersonal-)RL 2002/15/EG ordnet diese Zeit der „Bereitschaftszeit“ zu, die nach Art. 3 Buchst. a) letzter Satz der Bestimmung nicht zur Arbeitszeit i.S. dieser RL gerechnet wird; vgl. *Buschmann/Ulber*, aaO, § 21a Rn. 13.

<sup>48</sup> *BAG* 23.7.1996, 1 ABR 17/96, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 55; zust. *Seeling/Kuhn*, ZArbwiss 2015, 39, 42.

<sup>49</sup> *BAG* 12.12.2012, 5 AZR 355/12, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 3.

<sup>50</sup> *EuGH* 10.9.2015, C-266/14, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 16.

<sup>51</sup> So schon *BAG* 8.12.1960, 5 AZR 304/58, EzA BGB § 611 Nr.3 für mögliche Vergütungsansprüche.

<sup>52</sup> *EuGH* 21.2.2018 – C-518/15 [Matzak], EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 21; *EuGH* 10.9.2015, C-266/14, (Rn. 47), EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 16.

<sup>53</sup> Vgl. nur *BAG* 21.12.2016, 5 AZR 362/16, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 9; *BAG* 12.3.2008, 4 AZR 616/06, EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 10; zumindest missverständlich deshalb *Seeling/Kuhn*, ZArbwiss 2015, 39, 42.

<sup>54</sup> OVG *Münster* 10.5.2011, 4 A 1403/08, AuR 2011, 311; ablehnend *Bartz/Stratmann*, NZA-RR 2013, 281.

tariflich vorgesehen, handelt es sich um Ruhepausen iSv. § 4 ArbZG, § 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG.<sup>55</sup>

g) Dem BAG lagen zwei Fälle vor, in denen es jedenfalls für die LAGe darum ging, ob BR-Tätigkeit „Arbeitszeit“ iSv. § 2 Abs. 1 ArbZG darstellt. Beide LAGe<sup>56</sup> hatten dies mangels Weisungsgebundenheit des BR verneint. Das BAG hat die Frage offengelassen. Es hat für ein Betriebsratsmitglied die Befugnis, die Nachtschicht vor einer am nächsten Tag anstehenden Betriebsratssitzung so rechtzeitig zu verlassen, dass es die gesetzliche Ruhezeit des § 5 ArbZG einhalten kann, aus einer in jedem Fall gebotenen Berücksichtigung der in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommenden Wertung im Rahmen von § 37 Abs. 2 BetrVG abgeleitet, ohne dass es ihm darauf angekommen wäre, ob das Arbeitszeitgesetz unmittelbar Anwendung findet.<sup>57</sup>

f) Wird die in Lauf gesetzte Ruhezeit iSv. § 5 ArbZG durch die Entgegennahme eines dienstlichen Anrufs von z.B. 2 Min. unterbrochen, weil dieses Gespräch „Arbeit“ ist? Sie müsste dann anschließend erneut in vollem Umfang gewährt werden – und es würden darüber hinaus möglicherweise Mitbestimmungsrechte des BR verletzt und Vergütungsansprüche begründet... Das BAG hat das Abschließen von Türen und Ausschalten des Lichts durch einen Schulhausmeister nach Dienstschluss bei Ende einer außerschulischen Veranstaltung als „keine nennenswerte Arbeitsleistung“<sup>58</sup> qualifiziert, also zwar (wohl) als „Arbeit“, aber als eine arbeitszeitrechtlich zu vernachlässigende. Das könnte auf ein kurzes Telefongespräch zu übertragen sein. Diese Rspr. ist jedoch ihrerseits problematisch: Wenn es sich bei einer Tätigkeit um „Arbeit“ handelt, unterbricht sie die Ruhezeit, und sei die Arbeit noch so kurz;<sup>59</sup> wo sollte auch die Grenze liegen und was ist mit einem zweiten kurzen Gespräch nach weiteren zwei Std.?

## 2 MITBESTIMMUNG

<sup>55</sup> BAG 13.10.2009, 9 AZR 139/08, EzA ArbZG § 4 Nr. 2.

<sup>56</sup> LAG Hamm 20.2. 2015, 13 Sa 1386/14; LAG Niedersachsen 20.4.2015, 12 TaBV 76/14.

<sup>57</sup> BAG 18.1.2017, 7 AZR 224/15, EzA BetrVG 2001 § 37 Nr. 29 mwN (Vorinstanz LAG Hamm); so im Ergebnis schon BAG 7.6.1989, 7 AZR 500/88, EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 102; vgl. auch BAG 21.3.2017, 7 ABR 17/15, EzA BetrVG 2001 § 37 Nr. 30 (Vorinstanz LAG Niedersachsen): In diesem Fall verneinte das BAG die Antragsbefugnis des Betriebsrats.

<sup>58</sup> BAG 13.11.1986, 6 AZR 567/83, EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 20; BAG 26.1.1989, 6 AZR 566/86, ZTR 1989, 318.

<sup>59</sup> Ähnlich Falder, NZA 2010, 1150, 1151; Kohte, NZA 2015, 1417, 1423; Wiebauer, NZA 2016, 1430, 1433; a.A. Giesen/Kersten, DB 2017, 2865, 2866 mwN.

Geht es dem ArbZG und der Arbeitszeit-RL um den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer und legen zu diesem Zweck beide die – noch gesundheitsverträgliche – Höchstdauer zulässiger Arbeitszeit fest, so geht es bei § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG um die Festlegung der konkreten Lage der Arbeitszeit innerhalb der 24 Stunden eines Werktags, bei § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG um die Reaktion auf vorübergehende Schwankungen des benötigten Gesamt-Arbeitszeitvolumens.

1. Die Mitbestimmung des BR gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG betrifft damit die Lage der Grenze zwischen Arbeitszeit und Freizeit.<sup>60</sup> Sie erstreckt sich auf die Bestimmung der Wochentage, an denen gearbeitet werden soll – oder, z.B. wegen eines örtlichen Festes, (ausnahmsweise) nicht –, auf Anfang und Ende und auf die Festlegung der Pausenzeiten während einer Arbeitsschicht. Die gesundheitsschützenden Vorgaben des ArbZG etwa über die Dauer zusammenhängend zu gewährender Ruhezeiten und die Länge von Pausen sind von den Betriebsparteien als zwingendes Recht zu beachten.

a) Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfasst neben der Frage, ob im Betrieb in mehreren Schichten gearbeitet werden soll, auch die Festlegung der zeitlichen Lage der einzelnen Schichten und die Abgrenzung des Personenkreises, der Schichtarbeit zu leisten hat. Mitbestimmungspflichtig sind auch der Schichtplan als solcher und dessen nähere Ausgestaltung bis hin zur Zuordnung der einzelnen AN zu den einzelnen Schichten.<sup>61</sup> Gibt es bislang nur einen Rahmendienstplan über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage und den Beginn und das Ende von Schichten, ohne dass ein Verfahren geregelt wäre, wie die einzelnen Arbeitnehmer den einzelnen Dienstplänen zugeordnet werden, ist diese Zuordnung deshalb mitbestimmungspflichtig.<sup>62</sup> Das gilt auch bei Neueinstellungen, § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG wird durch § 99 BetrVG nicht etwa verdrängt.<sup>63</sup> Der BR hat ferner darüber mitzubestimmen, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise von aufgestellten Schichtplänen abgewichen werden kann, insbes. bei Schichtumsetzungen. Die Betriebsparteien sind frei in der Entscheidung, ob sie sich auf eine Regelung über die Grundsätze der Schichtplanung beschränken, oder ob sie jeden einzelnen Schichtplan selbst aufstellen wollen.

<sup>60</sup> BAG 22.8.2017, 1 ABR 24/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 27; BAG 18.7.2017, 1 ABR 15/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 26; BAG 25.2.2015, 1 AZR 642/13, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 22 mwN.

<sup>61</sup> BAG 9.7.2013, 1 ABR 19/12, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr.17.

<sup>62</sup> BAG 22.8.2017, 1 ABR 4/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 28.

<sup>63</sup> BAG 22.8.2017, 1 ABR 4/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 28; dazu (nicht überzeugend) kritisch – kein kollektiver Tatbestand, Blockademöglichkeit des BR – *Groß ArbRAktuell* 2018, 37, 38.

Begnügen sie sich mit der Regelung von Kriterien und Grundsätzen, ist es zulässig, die Aufstellung von Einzelschichtplänen nach diesen Vorgaben dem Arbeitgeber zu überlassen<sup>64</sup>.

b) Mitbestimmungspflichtig ist gleichermaßen die Einführung von Gleitzeitmodellen, auch hier geht es um die Regelung von Beginn und Ende der Arbeitszeit. Sieht eine BV zwingend einen täglichen Gleitzeitrahmen vor, so können der BR und bei groben Verstößen auch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft vom AG verlangen, dass dieser die Überschreitung des Gleitzeitrahmens durch AN mittels geeigneter Maßnahmen verhindert.<sup>65</sup>

c) Ebenso ist mitbestimmungspflichtig die Einführung von „Vertrauensarbeitszeit“<sup>66</sup>, bei der ein bestimmter Beginn und ein bestimmtes Ende der Arbeitszeit (im Extremfall) gar nicht mehr festgelegt werden, sondern dem einzelnen Arbeitnehmer überlassen bleiben. Auch darin liegt eine zustimmungsbedürftige Regelung iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.

d) Sind AN – wie bei Personalgestellung oder AN-Überlassung – in einen anderen Betrieb als den ihres Vertrags-AG eingegliedert, begründet der Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die Zuständigkeit des im anderen Betrieb bestehenden BR.<sup>67</sup>

e) Auch mit Zustimmung des BR können vertraglich ausdrücklich als „veränderungsfest“ vereinbarte und konkret benannte feste Arbeitszeiten – insbes. von Teilzeitkräften – tageszeitlich nicht verschoben werden. Verstoßen Abreden gegen schon bestehende BV zu Arbeitszeiten oder Schichtplänen, so sind sie zwar, zumindest wenn sie auf den alleinigen Wunsch des AN zustande kamen, als günstigere Regelungen iSv. § 77 Abs. 4 BetrVG wohl nicht unwirksam; der AG handelt aber bei kollektiven Auswirkungen der getroffenen Abreden möglicherweise betriebsverfassungswidrig, was Unterlassungsansprüche des BR nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG iVm. § 2 BetrVG, § 1004 BGB oder nach § 23 Abs. 3 BetrVG auslösen könnte.<sup>68</sup> Voraussetzung für den Vorrang der Individualabrede ist in beiden Fällen die eindeutige vertragliche Fixierung.<sup>69</sup>

f) Ist arbeitsvertraglich keine bestimmte kalendertägliche Arbeitszeit vereinbart, kann der AG die Arbeitszeitlage kraft Weisungsrechts nach billigem Ermessen innerhalb des

<sup>64</sup> So wörtlich BAG 29.9.2004, 5 AZR 559/03, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 5.

<sup>65</sup> BAG 29.4.2004, 1 ABR 30/02, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 8.

<sup>66</sup> Zum Begriffsverständnis vgl. oben I.1.e).

<sup>67</sup> BAG 18.7.2017, 1 ABR 15/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 26; BAG 19.6.2001, 1 ABR 43/00, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 63, mit Anm. Hamann.

<sup>68</sup> Zur ähnlichen Problematik im Zusammenhang mit einem Wunsch auf Reduzierung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG vgl. BAG 16.12.2008, 9 AZR 893/07, EzA TzBfG § 8 Nr. 23; BAG 24.6.2008, 9 AZR 313/07, EzA TzBfG § 8 Nr. 21; BAG 16.3.2004, 9 AZR 323/03, EzA TzBfG § 8 Nr. 8; dazu Zwanziger, AuR 2014, 216, 220; ausführlich Hamann, NZA 2010, 785; Schliemann, FS Picker 2010, 1131, 1154.

<sup>69</sup> Vgl. BAG 23.6.1992, 1 AZR 57/92, NZA 1993, 89.

geltenden Zeitrahmens gem. § 106 S. 1 GewO bestimmen<sup>70</sup> – bis hin zur Anweisung, nach 30 Jahren Betriebszugehörigkeit erstmals Sonntagsarbeit zu leisten, wenn diese behördlich erlaubt und vertraglich nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde.<sup>71</sup> Der AG kann dies bei Existenz eines BR nur mit dessen Zustimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG<sup>72</sup>. Auch die behördliche Erlaubnis der Sonn- oder Feiertagsarbeit ersetzt die Zustimmung des BR zu einer entspr. Arbeitsanordnung nicht.<sup>73</sup> Die Grenzen billigen Ermessens bei der Festlegung der Lage der Arbeitszeit sind nur gewahrt, wenn der AG die berechtigten Interessen des AN, insbes. dessen schutzwürdige familiäre Belange angemessen berücksichtigt hat.<sup>74</sup>

2. Auch betriebsverfassungsrechtlich stellt sich die Frage: Was ist „Arbeitszeit“?

a) Sind Zeiten, die für das Anlegen von Dienstkleidung im Betrieb benötigt werden, Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG? Wenn ja, müssen AN bei einem in einer BV z.B. auf 9.00 Uhr festgelegten Dienstbeginn zu dieser Zeit nicht schon umgezogen in Dienstkleidung am Arbeitsplatz erscheinen, sondern brauchen um 9.00 Uhr erst mit dem Umkleiden zu beginnen.

aa) Die Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG beginnt mit Aufnahme der Arbeit. „Arbeit“ iSd. BetrVG ist ein Tätigsein, welches einem fremden Bedürfnis dient und nicht zugleich ein eigenes Bedürfnis erfüllt. AN „arbeiten“, wenn sie im ganz überwiegenden Interesse des AG tätig sind. Das Anlegen von Kleidung liegt zwar durchaus im Eigeninteresse der Beschäftigten, aber nicht das Anlegen auffälliger Dienstkleidung. Deren Tragen dient (fast) allein dem AG-Interesse. Wenn die betreffende Dienstkleidung den Beschäftigten im öff. Raum ohne Weiteres als AN seines AG ausweist, liegt eine „auffällige“ Dienstkleidung vor. Sie im Betrieb anzulegen ist deshalb „Arbeit“, mit deren Aufnahme die Arbeitszeit beginnt.<sup>75</sup> Mit Blick auf regelrechte Schutzkleidung gilt dies erst recht. Legt der AN die auffällige Dienstkleidung schon zu Hause an, beginnt damit die Arbeitszeit allerdings noch nicht.

<sup>70</sup> BAG 18.4.2012, 5 AZR 195/11, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 13 mwN.

<sup>71</sup> BAG 15.9.2009, 9 AZR 757/08, EzA GewO § 106 Nr. 4; krit. *Preis/Ulber*, NZA 2010, 729; zugleich haben AN, die individualrechtlich an Sonn- und Feiertagen beschäftigt werden dürfen, öffentlich-rechtlich die Befugnis, gegen die auf Antrag des AG ergangene behördliche Feststellung zu klagen, dass eine Beschäftigung von AN an Sonn- und Feiertagen nach dem ArbZG zulässig ist, *BVerwG* 19.9.2000, 1 C 17/99, AuR 2000, 468.

<sup>72</sup> Speziell zur Arbeit an Sonntagen BAG 25.2.1997, 1 ABR 69/96, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 57; *Kühn* AuR 2010, 299, 302; *Schoof*, AiB 2011, 721, 727.

<sup>73</sup> Zutreffend *Schoof*, AiB 721, 727.

<sup>74</sup> BAG 23.9.2004, 6 AZR 567/03, EzA GewO § 106 Nr. 1.

<sup>75</sup> BAG 10.11.2009, 1 ABR 54/08, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 14; BAG 17.11.2015, 1 ABR 76/13, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 23; zu den praktischen Auswirkungen ferner *Springer/Wrieske*, AuR 2010, 303, 305.

bb) Mit dieser Zuordnung von Umkleidezeiten zur Arbeit im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn ist nicht notwendig ihre Zuordnung zur Arbeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn von § 2 Abs. 1 ArbZG und vergütungsrechtlichen Sinn von § 611 BGB verbunden. Es bedarf insoweit einer eigenständigen Prüfung, auch wenn vieles dafür spricht, auch unter diesem Aspekt „Arbeit“ anzunehmen. Schon hier sei angemerkt, dass nicht jede Arbeit überhaupt,<sup>76</sup> und selbst wenn doch, in gleicher Höhe zu vergüten ist;<sup>77</sup> ist die fragliche Arbeit vergütungspflichtig, ist sie zumindest mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten.<sup>78</sup>

b) Das BAG hat den vor Beginn der regulären Arbeitsschicht liegenden Beginn einer Dienstreise mit öff. Verkehrsmitteln, während derer der AN keinerlei Arbeitsaufgaben nachkommen muss, nicht mit dem Beginn der Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gleichgesetzt.<sup>79</sup> Der Umstand, dass eine Dienstreise im Interesse des AG unternommen werde, mache die dafür aufgewendete Zeit nicht automatisch zu einer solchen, während derer Arbeit geleistet werde. Mit dem Reisen als solchem seien keine Tätigkeiten verbunden, die im Interesse des AG ausgeübt würden. Das könne zwar auch bei Mitarbeitern ohne Außendienstaufgaben anders zu beurteilen sein, wenn für die Dienstreise die Benutzung eines PKW und dessen Steuerung durch den AN angeordnet würden, weil der AG auf diese Weise vom AN auch während der Reise bestimmte Tätigkeiten verlange. Bloßes Reisen sei aber keine Arbeitsleistung, die dafür benötigte Zeit Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Der Umstand, dass der AN mit dem Antritt einer Dienstreise in der Gestaltung seiner Freizeit auch dann beschränkt sei, wenn er ein Fahrzeug nicht selbst steuern müsse und während der Fahrt keine Arbeitsaufgaben zu erledigen habe, rechtfertige keine andere Beurteilung. Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG betreffe die Lage der Grenze zwischen Freizeit und „Arbeitszeit“. Ihm unterlägen nicht Einschränkungen der Freizeit durch ein Verhalten des AN, das keine Arbeitsleistung zum Gegenstand habe.<sup>80</sup> Das BAG hatte in letzter Zeit keine Gelegenheit, diese Ansicht zu überprüfen.

3. Nach § 87 Abs.1 Nr. 3 BetrVG ist mitbestimmungspflichtig die vorübergehende Verlängerung und Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit.

<sup>76</sup> Vgl. § 612 Abs. 1 BGB; dazu BAG 23.9.2015, 5 AZR 626/13, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 18.

<sup>77</sup> BAG 20.4.2011, 5 AZR 200/10, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 3.

<sup>78</sup> BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15, EzA MiLoG § 1 Nr. 2; BAG 19.11.2014, 5 AZR 1101/12, EzA BGB 2002 § 611 Arbeitsbereitschaft Nr.5.

<sup>79</sup> BAG 14.11.2006, 1 ABR 5/06, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 10.

<sup>80</sup> BAG 14.11.2006, 1 ABR 5/06, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 10; zust. *Kleinebrink*, ArbRB 2011, 26, 28.

a) Die dauerhafte, unbefr. Verkürzung oder Verlängerung (des Volumens) der Arbeitszeit unterliegt nach geltender Rechtslage keiner zwingenden Mitbestimmung des BR nach § 87 Abs. 1 BetrVG. Sie ist allein Gegenstand arbeits- oder tarifvertraglicher Regelungen. Auch §§ 8, 9 TzBfG handeln nur vom individualrechtlichen Anspruch auf Verkürzung bzw. (Wieder-)Aufstockung der Arbeitszeit. Hier setzen Überlegungen der Kommission für Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht im Dt. Juristinnenbund zu einem „Wahlarbeitszeitgesetz“<sup>81</sup> an, die ein Mitbestimmungsrecht des BR bei der Entscheidung über individuelle Wünsche zum Umfang der Arbeitszeit – wie nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG bei Streitigkeiten über die zeitliche Lage des Urlaubs – favorisieren. Sie sind allerdings (noch) kein geltendes Recht.

b) Die vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit – etwa zwecks Einführung (zeitlich befr.) Kurzarbeit – bedarf wegen des erheblichen Eingriffs in die bestehenden Vertragsabsprachen zwingend einer förmlichen BV iSv. § 77 Abs. 2 BetrVG. Diese muss den Bestimmtheitsanforderungen an normative Regelungen genügen. Erforderlich ist deshalb, dass sie die sich aus ihr ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regelt, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Es müssen zumindest Beginn und Ende der fraglichen Zeitspanne, die Lage und Verteilung der gekürzten Arbeitszeit und die von Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter zweifelsfrei bestimmt sein.<sup>82</sup> Der Betriebsrat hat in diesem Zusammenhang ein Initiativrecht, so dass er die Einführung von Kurzarbeit verlangen und gegebenenfalls über einen Spruch der Einigungsstelle erzwingen kann.<sup>83</sup>

c) Bei einer vorübergehenden Verlängerung der Arbeitszeit ist Inhalt der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Frage, ob zusätzlicher Arbeitsbedarf durch eine vorübergehende Erhöhung der betriebsüblichen, d.h. typischerweise der regelmäßigen Arbeitszeit abgedeckt werden soll – oder eben nicht – und welche AN in welchem Umfang diese Arbeit leisten sollen.<sup>84</sup> Für Teilzeitbeschäftigte ist die betriebsübliche Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ihre regelmäßige individuelle Arbeitszeit. Auch deren vorübergehende Verlängerung ist mitbestimmungspflichtig. Die Mitbestimmung entfällt nicht dadurch, dass Überstunden eilbedürftig sind.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Dort unter II.

<sup>82</sup> BAG 18.11.2015, 5 AZR 491/14, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 24; BAG 14.2.1991, 2 AZR 415/90, EzA BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 1.

<sup>83</sup> BAG 4.3.1986, 1 ABR 15/84, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 17.

<sup>84</sup> BAG 22.8.2017, 1 ABR 24/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 27.

<sup>85</sup> BAG 17.11.1998, 1 ABR 12/98, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 59.

aa) Entscheidend für ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG 2001 ist der Umstand, dass die Arbeitszeit der Betroffenen nur „vorübergehend“ verlängert werden soll. Die auf Dauer angelegte vertragliche Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit durch die Parteien des Arbeitsvertrags bedarf keiner Zustimmung des BR nach dieser Bestimmung.

bb) Vorübergehend iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist eine Verlängerung, wenn für einen überschaubaren Zeitraum vom ansonsten maßgeblichen Zeitvolumen abgewichen wird, um anschließend zur betriebsüblichen Dauer zurückzukehren. Ob eine Verlängerung der Arbeitszeit vorübergehend oder dauerhaft erfolgt, hängt damit davon ab, ob sie die regelmäßige betriebliche Arbeitszeit in ihrer Regelmäßigkeit und als „normale“ betriebliche Arbeitszeit der betreffenden AN unverändert lässt oder gerade diese Normalität ändert und zu einer neuen regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit führt. Maßgeblich ist, ob die bisherige betriebsübliche Arbeitszeit nach der Planung des AG die „übliche“ bleibt und die Arbeitszeitverteilung bzgl. der einzelnen AN weiterhin prägt.<sup>86</sup> Das tut sie auch dann noch, wenn die Erhöhung der Arbeitszeit immerhin ein Jahr andauern soll.<sup>87</sup> Für das Mitbestimmungsrecht ist es ohne Bedeutung, ob die Arbeitszeit durch (wirksame) einseitige Anordnung des Arbeitgebers oder durch vertragliche Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien vorübergehend verlängert werden soll.

d) Individualrechtlich ist die Anordnung von Überstunden gegen den Willen des Arbeitnehmers selbst bei Zustimmung des Betriebsrats dann nicht wirksam, wenn vertraglich eindeutig ein Freiwilligkeitsvorbehalt zugunsten des Arbeitnehmers vereinbart wurde. Auch mit Zustimmung des Betriebsrats vermag der Arbeitgeber grundsätzlich keine günstigeren vertraglichen Positionen des Arbeitnehmers zu beseitigen.

e) Die Befugnis zur Anordnung von Überstunden ist auch nicht Teil des Direktionsrechts des AG.<sup>88</sup> Hat sich der AN also vertraglich nicht ausdrücklich zur Leistung von Überstunden bereit erklärt, besteht eine solche Pflicht grds. nicht.<sup>89</sup> Sie kann sich im Einzelfall als Nebenpflicht des AN aus § 241 Abs. 2 BGB ergeben. Die für diesen Fall bestehende Befugnis des AG, die Leistung zu verlangen, muss aber billigem Ermessen iSv. § 106 S. 1 GewO § 315 Abs. 1 BGB entsprechen.

---

<sup>86</sup> BAG 9.7.2013, 1 ABR 19/12, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 17; BAG 3.6.2003, 1 AZR 349/02, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 5.

<sup>87</sup> BAG 24.4.2007, 1 ABR 47/06, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 11.

<sup>88</sup> BAG 3.6.2003, 1 AZR 349/02, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 5; BAG 25.3.1987, 5 AZR 691/85.

<sup>89</sup> Vgl. nur Schliemann, FS Picker 2010, S. 1131, 1138.

f) Ohne dass es eine (tarif)vertragliche Vereinbarung zur Leistung von Überstunden gäbe, kann sich das Recht des AG, sie zu verlangen, aus einer entspr. BV ergeben.<sup>90</sup> Gem. § 77 Abs. 4 BetrVG sind BV in der Lage, gegenseitige Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien zu begründen, soweit auf diese Weise nicht zu Lasten der AN in gerade dagegen gesicherte individualrechtliche Positionen und Ansprüche eingegriffen wird. In diesen Grenzen vermag eine BV deshalb die Dauer der Arbeitszeit ohne Rücksicht auf den Willen der AN vorübergehend zu ändern. Die dazu erforderliche rechtliche Ermächtigung folgt aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG selbst<sup>91</sup>.

g) Nicht mitbestimmungspflichtig ist die Regelung, ob geleistete Überstunden als solche finanziell vergütet oder durch Freizeitausgleich abgegolten werden sollen.<sup>92</sup> Hierbei geht es nicht um die Lage oder die (vorübergehende) Dauer der Arbeitszeit.

h) Entsendet der Verleiher bei ihm vollzeitbeschäftigte Leih-AN in Betriebe, in denen die betriebsübliche Arbeitszeit länger ist als im eigenen Verleiherbetrieb, ordnet der Verleiher auf Grund der im Leiharbeitsvertrag vereinbarten Befugnis gegenüber dem Leih-AN Mehrarbeit an. Das führt zu einer vorübergehenden Erhöhung der betriebsüblichen Arbeitszeit im Verleiherbetrieb. Damit stellt sich allein dort die dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zugrundeliegende Frage, wie dieser Mehrbedarf gedeckt werden und welche AN oder AN-Gruppen ggf. zur Ableistung von Mehrarbeit herangezogen werden sollen. Aus diesem Grund ist der BR des Verleiherbetriebs für die Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts zuständig.<sup>93</sup> Etwas Anderes gilt, wenn für (Stamm- und) Leih-AN im Entleiherbetrieb auf Grund einer späteren Entscheidung des Entleihers Mehrarbeit angeordnet wird und diese Anordnung die betriebsübliche Arbeitszeit im Entleiherbetrieb vorübergehend verlängert. In diesem Fall stellt sich die mitbestimmungspflichtige Frage im Entleiherbetrieb, in dem nur dessen Betriebsrat zuständig ist. Das schließt eine Doppelzuständigkeit eines der Betriebsräte aus<sup>94</sup>.

i) Die Einführung von Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit bedeutet mitbestimmungsrechtlich in beiden Fällen die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit und bedarf deshalb der

<sup>90</sup> BAG 3.6.2003, 1 AZR 349/02, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 5; freilich nur aus einer förmlichen BV als unmittelbar geltender Norm, nicht aus einer bloßen Zustimmung des BR im Einzelfall, so zu Recht *Schoof* AiB 2011 721, 727.

<sup>91</sup> BAG 3.6.2003, 1 AZR 349/02, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 5.

<sup>92</sup> BAG 22.8.2017, 1 ABR 24/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 27.

<sup>93</sup> BAG 19.6.2001, 1 ABR 43/00, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 63, mit Anm. *Hamann*.

<sup>94</sup> BAG 19.6.2001, 1 ABR 43/00, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 63, mit Anm. *Hamann*.

Zustimmung des BR nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.<sup>95</sup> Das könnte auch für das Verlangen des AG nach Erreichbarkeit in der „Freizeit“ gelten.<sup>96</sup> Die individualrechtliche Lage ist die Gleiche wie bei der Anordnung „normaler“ Überstunden.<sup>97</sup>

4. Zwar muss der Betriebsrat der einvernehmlichen dauerhaften Erhöhung der Arbeitszeit – ebensowenig wie der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung des Umfangs der Arbeitszeit – nicht nach § 87 Abs.1 Nr. 3 BetrVG zustimmen. In der Erhöhung des Umfangs der Wochenarbeitszeit kann aber eine Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG liegen.

a) Mit Blick auf Sinn und Zweck der Mitbestimmung nach § 99 Abs. 1, Abs. 2 BetrVG hat das BAG diese Bestimmung dahin ausgelegt, dass in der nicht unerheblichen Erhöhung des bisherigen Arbeitszeitvolumens für eine Dauer von mehr als einem Monat (erneut) eine „Einstellung“ liege, die eine (erneute) Beteiligung des BR erforderlich mache.<sup>98</sup> Für § 99 Abs. 1 BetrVG wiederum kommt es nicht darauf an, ob diese Erhöhung der regelmäßigen, betriebsüblichen Arbeitszeit dauerhaft, also unbefr. erfolgen soll, oder nur befr. für länger als einen Monat. Es liegt in beiden Fällen eine (abermalige) „Einstellung“ vor.<sup>99</sup>

b) Das BAG ist dafür unter dem Vorwurf der Überschreitung des Sinns des Wortes „Einstellung“ und damit unter dem Vorwurf eines Verstoßes gegen die Bindung an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG kritisiert worden. Selbst wenn der Vorwurf zuträfe, müsste jedenfalls über eine analoge Anwendung von § 99 Abs. 1 BetrVG nachgedacht werden – mit letztlich wohl gleichem Ergebnis. Der Wortsinn ist zwar Grenze der Gesetzesauslegung, nicht aber der Rechtsanwendung schlechthin;<sup>100</sup> eben das besagt die Bindung an Gesetz „und Recht“. Die für den Analogieschluss verfassungsrechtlich und methodisch erforderliche „Ähnlichkeit“ der Sachverhalte von (Erst-)Einstellung und erheblicher Erhöhung der Wochenarbeitszeit eines schon Beschäftigten läge jedenfalls vor.

c) Als in diesem Sinne erhebliche Erhöhung des bisherigen Arbeitszeitvolumens hat das BAG eine Erhöhung um zehn oder mehr Wochenstd. angesehen. Aus § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber ein solches Wochenarbeitszeitvolumen als typische

<sup>95</sup> BAG 29.2.2000, 1 ABR 15/99, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 61; BAG 21.12.1982, 1 ABR 14/81, EzA BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 16.

<sup>96</sup> Vgl. dazu *Däubler*, SR 2016, 2, 17; *Bissels/Domke/Wisskirchen*, DB 2010, 2052, 2055.

<sup>97</sup> Vgl. *HessLAG* 6.11.2007, 12 Sa 1606/06.

<sup>98</sup> BAG 25.1.2005, 1 ABR 59/03, EzA BetrVG 2001 § 99 Einstellung Nr. 3.

<sup>99</sup> Bei der vorübergehenden Verlängerung der Arbeitszeit kann bei entspr. erheblichem Umfang der Erhöhung neben § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auch § 99 Abs.1 BetrVG zu beachten sein; vgl. unten c).

<sup>100</sup> Vgl. nur *BVerfG* 14.2.1973, 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 287.

Untergrenze für die Dauer der Arbeitszeit und gleichzeitig typisierend als ausreichend für einen eigenständigen Teilzeit-Arbeitsplatz ansieht.<sup>101</sup>

d) Wenn die Erhöhung sukzessive erfolgt, löst diejenige (Teil-)Erhöhung das Erfordernis einer neuerlichen Zustimmung des BR aus, aufgrund derer sich das Arbeitszeitvolumen nunmehr insg. um zehn oder mehr Wochenstd. über dasjenige Volumen hinaus erhöht, das bei der zuletzt vom BR mitbestimmten – also idR. bei der ursprünglichen – Einstellung vereinbart worden war.

### 3 VERGÜTUNG

Der dritte Aspekt von „Arbeitszeit“ betrifft den schuldrechtlichen, insbesondere den vergütungsrechtlichen Bereich.

1. Vereinbaren die Parteien im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich ein Teilzeit-Arbeitsverhältnis, wollen sie im Zweifel ein Vollzeit-Arbeitsverhältnis mit der für Vollzeitkräfte betriebsüblichen Arbeitszeit begründen.<sup>102</sup>

a) Heißt es im Arbeitsvertrag, der AN werde „in Vollzeit beschäftigt“ und gibt es – etwa in einem Betrieb des priv. Omnibusgewerbes – keine klar erkennbare betriebsübliche Vollarbeitszeit, darf der AN die Vertragsabrede dahin verstehen, dass er mit einer Wochenarbeitszeit von 40 Std. – errechnet auf Basis einer 5-Tage-Woche mit täglich 8 Std. Höchstarbeitszeit – eingestellt werde.<sup>103</sup>

b) Heißt es im Arbeitsvertrag unter „Entgelt und Arbeitszeit“, es sei „eine Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen vereinbart“, so ist der Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit nicht bestimmt. Mangels jeglichen entgegenstehenden Anhaltspunkts kann der AN in diesem Fall nicht annehmen, es solle ein Vollzeit-Arbeitsverhältnis begründet werden. Es gilt vielmehr § 12 Abs. 1 TzBfG.<sup>104</sup> Die Regel, wonach bei Fehlen einer Teilzeitvereinbarung im Zweifel ein Vollzeitarbeitsverhältnis begründet wird, greift erst dann ein, wenn es nicht nur an einer ausdrücklichen Vereinbarung über ein Teilzeitarbeitsverhältnis fehlt, sondern sich auch durch Auslegung eine Teilzeitvereinbarung nicht ermitteln lässt.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> BAG 9.12.2008, 1 ABR 74/07, EzA BetrVG 2001 § 99 Einstellung Nr. 11; LAG *Rh.-Pf.* 6.8.2015, 5 TaBV 11/15.

<sup>102</sup> Vgl. BAG 15.5.2013, 10 AZR 325/12, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 39 mwN.

<sup>103</sup> BAG 25.3.2015, 5 AZR 602/13, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 16.

<sup>104</sup> BAG 24.9.2014, 5 AZR 1024/12, EzA TzBfG § 12 Nr. 3

<sup>105</sup> BAG 24.9.2014, 5 AZR 1024/12, EzA TzBfG § 12 Nr. 3; zur Kritik wegen Missachtung des Transparenzgebots *Preis*, RdA 2015, 244.

c) Gibt es keinen schriftlichen Arbeitsvertrag oder Nachweis der Vertragsbedingungen, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nachträglich auf die gelebte Vertragspraxis zurückgegriffen werden, um den Umfang der regelmäßig geschuldeten Arbeitszeit festzustellen. Dabei ist auf einen aussagekräftigen Referenzzeitraum abzustellen, der Zufälligkeiten möglichst ausschließt.<sup>106</sup>

2. Fraglich ist, ob zusätzlich zur festgelegten Wochenarbeitszeit wirksam vereinbart werden kann, der AN verpflichte sich auf Abruf zu noch weiterer Arbeit, ohne dass deren zeitlicher Umfang exakt feststünde. In dem vom Fünften Senat des *BAG* entschiedenen Fall<sup>107</sup> hatten die Parteien Folgendes vereinbart:

„4.1 Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 30 Std. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der AN keinen Anspruch gegen den AG hat, ihn wöchentlich mehr als 30 Std. zu beschäftigen. Die Arbeitswoche beginnt am Montag und endet am Samstag. Der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit sowie die Pausenregelung richten sich nach den individuellen Vereinbarungen zwischen dem AN und dem AG. ... Der AG teilt dem AN den Beginn und das Ende der Arbeitszeit jeweils eine Woche vorher mit.

4.2 Der AN erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden und verpflichtet sich, auf eine Aufforderung des AG mehr als 30 Std. zu arbeiten. Die Arbeit wird je nach Arbeitsanfall jeweils eine Woche vorher eingeteilt. Für die geleisteten Arbeitsstunden von der 30. Std. bis einschließlich der 40. Std. erhält der AN dieselbe Stundenvergütung je geleisteter Arbeitsstunde wie für die Arbeitsstunden innerhalb der Regelarbeitszeit.“

Nach Auffassung des *BAG* verstößt eine Regelung wie in Nr. 4.2 nicht gegen § 12 Abs. 1 TzBfG, wohl aber gegen § 307 Abs. 1 BGB.

a) Danach haben die Parteien „Arbeit auf Abruf“ vereinbart und deren Umfang offengelassen. Für § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG reicht es aus, dass eine Mindestdauer der wöchentlichen Arbeitszeit – wie in Nr. 4.1 geschehen – vereinbart worden ist. Weiter reicht der Schutzzweck der Vorschrift nicht. Sie will nur ausschließen, dass der Arbeitgeber den

<sup>106</sup> *BAG* 2.11.2016, 10 AZR 419/15, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 7.

<sup>107</sup> *BAG* 7.12.2005, 5 AZR 535/04, EzA TzBfG § 12 Nr. 2.

Arbeitnehmer gar nicht zur Arbeit heranzieht. Mit einem auch nach oben fixen Volumen hätte die ersichtlich gewünschte Flexibilisierung im Übrigen nicht erreicht werden können<sup>108</sup>

b) Hinreichenden Schutz gewährt die Inhaltskontrolle nach §§ 307 f. BGB. Sie ergibt, dass eine Klausel wie in Nr. 4.2 des Vertrags zugunsten eines einseitigen Bestimmungsrechts des AG von dem Rechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“ und damit von „Rechtsvorschriften“ iSv. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB abweicht und den AN unangemessen benachteiligt. Sie verlagert das Wirtschaftsrisiko iSv. § 615 BGB teilweise auf den AN. Ein Flexibilitätsinteresse des Arbeitgebers ist zwar legitim. Die angemessene Grenze der Flexibilität „nach oben“ sieht das BAG aber bei 25 v.H. des vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeitvolumens, die einer Flexibilität „nach unten“ – also der einseitigen Absenkung der regulären Arbeitszeit – bei 20 v.H. des vereinbarten Volumens erreicht.<sup>109</sup> Ein flexibles Plus-Volumen von (mind.) 10 Std. bei einer fest vereinbarten Wochenarbeitszeit von 30 Std. überschreitet diese Grenze.

c) Die gegen diese Entscheidung des BAG gerichtete Verfassungsbeschwerde des AG wurde zurückgewiesen.<sup>110</sup>

3. Gemäß einer Klausel in AGB, der zufolge die „ersten 20 Überstunden des Monats“ in der Monatsvergütung „mit drin“ sind, hat der AN für monatlich bis zu 20 Überstunden keinen Anspruch auf gesonderte Vergütung. Die Parteien haben auf diese Weise ausschließlich die Vergütung von Überstunden, nicht aber die Befugnis zur einseitigen Anordnung von Überstunden geregelt. Darin hat das BAG eine Hauptleistungsabrede gesehen, die mangels Abweichung von Rechtsvorschriften von einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ausgenommen ist.<sup>111</sup>

4. Eine Klausel, der zufolge der AN „bei betrieblicher Erfordernis zur Mehrarbeit verpflichtet“ ist, die nicht gesondert vergütet werde, ist dagegen gem. § 307 Abs. 3 S. 2 iVm. Abs. 1 S. 2 BGB wegen Verstoßes gegen das Transparenz- und das aus diesem abzuleitende Bestimmtheitsgebot unwirksam. Eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Der AN muss bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche

<sup>108</sup> BAG 7.12.2005, 5 AZR 535/04, EzA TzBfG § 12 Nr. 2.

<sup>109</sup> BAG 7.12.2005, 5 AZR 535/04, EzA TzBfG § 12 Nr. 2.

<sup>110</sup> BVerfG 23.11.2006, 1 BvR 1909/06.

<sup>111</sup> BAG 16.5.2012, 5 AZR 331/11, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 5; dazu Kock EWiR § 612 BGB 3/12.

Leistung er für die vereinbarte Vergütung max. erbringen muss.<sup>112</sup> Das ist hier – anders als im vorerwähnten Beispiel – nicht der Fall. Das Gleiche gilt für Vertragsklauseln, denen zufolge „durch die zu zahlende Bruttovergütung ... eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten (ist)“<sup>113</sup>, „mit der vorstehenden Vergütung ... erforderliche Überstunden des AN mit abgegolten (sind)“<sup>114</sup> oder „Reisezeiten (eines Kraftfahrers), die außerhalb der normalen Arbeitszeit anfallen, ... mit der ... zu zahlenden Vergütung abgegolten (sind)“.<sup>115</sup>

5. Ob angefallene Überstunden auch vergütet werden müssen, richtet sich nach § 612 Abs. 1 BGB. Entscheidend ist danach, ob insoweit eine obj. Vergütungserwartung besteht. Deren Bestehen hat der AN darzulegen und ggf. zu beweisen.<sup>116</sup>

a) Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche – objektive – Vergütungserwartung wird zwar in vielen Bereichen des Arbeitslebens gegeben sein. Einen allg. Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es jedoch nicht. Die Vergütungserwartung ist deshalb stets anhand eines obj. Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme.<sup>117</sup>

b) Sie kann bei Diensten höherer Art – etwa bei denen eines angestellten RA – und/oder einer „herausgehobenen“ regulären Vergütung fehlen. In diesem Sinne „herausgehoben“ ist eine Vergütung, die die Beitragsbemessungsgrenzen in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet.<sup>118</sup>

c) Auch für Reisezeiten, die ein AN über den Umfang seiner regelmäßigen Arbeitszeit hinaus im Interesse des AG aufwendet, besteht ein Vergütungsanspruch nur, wenn das (tarif)vertraglich vereinbart oder Vergütung „den Umständen nach“ (§ 612 Abs. 1 BGB) zu erwarten ist.<sup>119</sup>

<sup>112</sup> BAG 22.2.2012, 5 AZR 765/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 12.

<sup>113</sup> BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 10.

<sup>114</sup> BAG 1.9.2010, 5 AZR 517/09, EzA BGB 2002 § 307 Nr. 50.

<sup>115</sup> BAG 20.4.2011, 5 AZR 200/10, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 3.

<sup>116</sup> BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 11.

<sup>117</sup> BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 11.

<sup>118</sup> Vgl. 22.2.2012, 5 AZR 765/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 12; BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 10.

<sup>119</sup> BAG 3.9.1997, 5 AZR 428/96, EzA BGB § 612 Nr. 20, mit Anm. *Bernstein*; das BAG hat in dieser Entscheidung eine Vergütungserwartung für die ersten 2 Reisestunden eines herausgehoben vergüteten angestellten Wirtschaftsprüfers verneint.

6. AN, die auf Vergütung von Überstunden klagen, tragen die – abgestufte – Darlegungs- und letztlich Beweislast dafür, dass Überstunden – vom AG angeordnet oder geduldet – geleistet wurden.<sup>120</sup>

a) Der AN genügt seiner Darlegungslast zunächst dadurch, dass er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des AG zur Arbeit bereit gehalten hat.<sup>121</sup> Es ist sodann Sache des AG, dazu substantiiert Stellung zu nehmen; andernfalls gilt das Vorbringen des AN nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

b) Steht zwar als unstr. oder nach § 286 Abs. 1 ZPO fest, dass tatsächlich Überstunden geleistet wurden, weil die dem AN vom AG zugewiesene Arbeit nicht ohne Überstunden zu erbringen war, kann aber der AN nicht jede einzelne Überstunde belegen, können und müssen die Tatsachengerichte nach pflichtgemäßem Ermessen das Mindestmaß geleisteter Überstunden nach § 287 Abs. 2 iVm. Abs.1 S. 1, Satz 2 ZPO schätzen, sofern dafür ausreichende Anknüpfungstatsachen vorliegen.<sup>122</sup>

7. Auch vergütungsrechtlich ist zu fragen: Was ist – vergütungspflichtige – Arbeitszeit?

a) Zeiten, die ein AN zum Anlegen einer vom AG vorgeschriebenen (Krankenhaus-)Kleidung benötigt, die erst im Betrieb getragen werden darf, rechnet das BAG – mittlerweile – zu den vergütungspflichtigen „versprochenen Diensten“ iSv. § 611 BGB.<sup>123</sup>

aa) Der AG verspricht regelmäßig die Vergütung für alle Dienste, die er dem AN abverlangt. Ordnet er das Umkleiden im Betrieb an, macht er das Umkleiden und Zurücklegen des Wegs von der Umkleide- zur Arbeitsstelle zur arbeitsvertraglichen Verpflichtung.<sup>124</sup> Die für „Arbeit“ nötige Fremdnützigkeit ergibt sich aus der Weisung, die Arbeitskleidung erst im Betrieb anzulegen und sich dort an einer zwingend vorgegebenen, vom Arbeitsplatz getrennten Umkleidestelle umzuziehen.<sup>125</sup> Für den Fall, dass der AG das Anlegen auffälliger (weißer) Dienstkleidung eines Krankenpflegers zu Hause gestattet, der AN sich aber erst im Krankenhaus umzieht, hat das LAG *Niedersachsen* einen Vergütungsanspruch für die dazu

<sup>120</sup> Vgl. dazu *Müller-Wenner*, AuR 2015, 4.

<sup>121</sup> BAG 21.12.2016, 5 AZR 362/16, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 9.

<sup>122</sup> BAG 25.3.2015, 5 AZR 602/13, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 16.

<sup>123</sup> BAG 26.10.2016, 5 AZR 168/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 8; BAG 19.9.2012, 5 AZR 678/11, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 2.

<sup>124</sup> BAG 26.10.2016, 5 AZR 168/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 8; BAG 19.9.2012, 5 AZR 678/11, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 2; anders noch BAG 11.10.2000, 5 AZR 122/99, EzA BGB § 611 Nr. 30, wo zwar auch das Vorliegen von „Arbeit“ angenommen, wenn auch nicht aus § 611 BGB, sondern aus § 612 Abs. 1 BGB („Dienstleistung“) abgeleitet, aber sodann eine Vergütungserwartung verneint wurde.

<sup>125</sup> BAG 26.10.2016, 5 AZR 168/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 8.

benötigte Zeit verneint; die Revision hat es zugelassen.<sup>126</sup> Das hat das BAG – im dazu ergangenen Revisionsurteil – anders gesehen<sup>127</sup>: An der ausschließlichen Fremdnützigkeit fehlt es zwar auch, wenn es dem Arbeitnehmer gestattet ist, eine an sich besonders auffällige Dienstkleidung außerhalb der Arbeitszeit zu tragen, und er sich dazu entscheidet, diese nicht erst im Betrieb an- und abzulegen. Dann dient das Umkleiden außerhalb des Betriebs nicht nur einem fremden Bedürfnis, weil der Arbeitnehmer keine eigenen Kleidungsstücke auf dem Arbeitsweg einsetzen muss oder sich aus anderen, selbstbestimmten Gründen gegen das An- und Ablegen der Dienstkleidung im Betrieb entscheidet. Legt der AN die auffällige Dienstkleidung aber erst im Betrieb an, ist die dafür benötigte Zeit auch dann Arbeitszeit, wenn die Dienstkleidung auch außerhalb des Betriebs getragen werden darf. Dabei kann auch eine ausschließlich in weißer Farbe gehaltene Kleidung „besonders auffällig“ sein. Zwar kann der AN angesichts ihrer nicht ohne weiteres einem bestimmten Arbeitgeber zugeordnet werden. Um eine besonders auffällige Dienstkleidung handelt es sich jedoch auch dann, wenn der AN aufgrund der Ausgestaltung seiner Kleidungsstücke in der Öffentlichkeit jedenfalls mit einem bestimmten Berufszweig oder einer bestimmten Branche in Verbindung gebracht wird. An einer solchen Offenlegung seiner beruflichen Tätigkeit gegenüber Dritten hat der AN regelmäßig kein eigenes Interesse. Für die Zuordnung zu einer Branche bzw. einem Berufszweig ist ohne Bedeutung, ob die Dienstkleidung in dezenten oder auffälligen Farben gehalten ist.<sup>128</sup>

bb) Verlangen arbeitsschutzrechtliche Vorschriften das Anlegen von Schutzkleidung, wird die Vergütungspflicht des AG für diese Zeiten von einigen Stimmen zudem aus § 3 Abs. 3 ArbSchG hergeleitet; die „Kosten für Maßnahmen nach diesem Gesetz“ – dem ArbSchG – dürfe der AG nicht den Beschäftigten auferlegen.<sup>129</sup> Deshalb könnten auch TVE – anders als bei „normaler“ Dienstkleidung – nicht wirksam die Unentgeltlichkeit der für das An- und Ablegen von Schutzkleidung erforderlichen Zeiten vorsehen.<sup>130</sup> Das BAG ist dem nicht gefolgt. Durch die Verpflichtung zum Anlegen von Schutzkleidung würden dem AN weder „Kosten“ auferlegt, noch könne man jemandem Kosten „auferlegen“, wenn diese nicht zuvor entstanden seien. § 3 Abs. 3 ArbSchG erfasse keine zeitlichen Dispositionen des AG.<sup>131</sup>

<sup>126</sup> LAG *Niedersachsen* 3.5.2016, 11 Sa 1007/15, NZA 2016, 10.

<sup>127</sup> BAG 6.9.2017, 5 AZR 382/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 9.

<sup>128</sup> BAG 6.9.2017, 5 AZR 382/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 9.

<sup>129</sup> Vgl. *Kohte*, AuR 2016, 404 mwN. auch zur Gegenmeinung; a.A. *Gaul/Hofelich*, NZA 2016, 149, 151.

<sup>130</sup> *Kohte*, aaO.

<sup>131</sup> BAG 13.12.2016, 9 AZR 574/15, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 7.

cc) Mit Urteil vom 19.3.2014 hat das BAG die „versprochenen Dienste“ auf das weisungsgemäße Abholen von Dienstkleidung an einer außerbetrieblichen Ausgabestelle erstreckt und auch die dafür aufgewendete Zeit als vergütungspflichtig angesehen – unbeschadet ihrer arbeitszeitrechtlichen Einordnung.<sup>132</sup>

dd) Ob zur vergütungspflichtigen Arbeit auch die für das Duschen vor dem Anlegen und/oder nach Ablegen der Dienstkleidung benötigte Zeit zählt, hängt davon ab, ob Körperpflege aus hygienischen Gründen verbindlich vorgeschrieben oder „Privatsache“ ist.<sup>133</sup>

ee) Wieder trägt der AN die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass Umkleide- und Wegezeiten tatsächlich angefallen, vom AG veranlasst worden und im geltend gemachten Umfang erforderlich gewesen sind. Steht nach § 286 ZPO fest, dass Umkleide- und Wegezeiten auf Veranlassung des AG entstanden sind, kann der AN aber seiner Darlegungs- oder Beweislast für den erforderlichen zeitlichen Umfang nicht in jeder Hinsicht genügen, darf das Gericht die erforderlichen Umkleide- und damit verbundenen Wegezeiten auch hier nach § 287 Abs. 2 iVm. Abs. 1 S. 1 und S. 2 ZPO schätzen.<sup>134</sup>

b) Dienstreisen vom Betrieb zu einer auswärtigen Arbeitsstelle sind vergütungspflichtige Arbeitszeit, die allerdings nicht notwendig in „Normalhöhe“ vergütet werden müssen.<sup>135</sup> Wurde keine anderslautende (wirksame) Regelung getroffen, ergibt sich ein Anspruch auf die „Normalvergütung“ aus § 611 BGB, wenn sich die Reiseanordnung im Rahmen des Weisungsrechts des AG aus § 106 S. 1 GewO hält. Andernfalls folgt der Anspruch auf „Normalvergütung“ zumindest aus § 615 S. 1 BGB. Der AG gerät mit seiner Reiseanordnung, auf die der AN sich einlässt, in Verzug mit der Annahme der regulär geschuldeten Arbeitsleistung.<sup>136</sup>

c) Für Dienstreisen des AN von seiner Wohnung aus und dorthin zurück gilt das Gleiche; der AN wird sich aber die Zeit anrechnen lassen müssen, die er durch Wegfall des Wegs zu und von seiner festen Arbeitsstätte erspart hat.<sup>137</sup>

d) Gibt es keine feste Betriebsstätte, in der oder von der aus die Arbeit zu leisten bzw. anzutreten ist, so sind Fahrtzeiten von Außendienstmitarbeitern von ihrem Wohnort zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zurück zum Wohnort in aller Regel vergütungspflichtige

<sup>132</sup> BAG 19.3.2014, 5 AZR 954/12, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 5.

<sup>133</sup> Vgl. dazu ArbG *Oberhausen* 4.3.2015, 3 Ca 1700/14; *Giese*, BB 2015, 2432.

<sup>134</sup> BAG 13.12.2016, 9 AZR 574/15, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 7; BAG 26.10.2016, 5 AZR 168/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 8; a.A. *Franzen*, NZA 2016, 136, 140.

<sup>135</sup> BAG 12.12.2012, 5 AZR 355/12, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 3.

<sup>136</sup> Im Ergebnis ebenso *Seeling/Kuhn*, ZArbWiss 2015, 39, 43; *Kleinebrink*, ArbRB 2011, 26, 27 mwN.

<sup>137</sup> BAG 8.12.1960, 5 AZR 304/58.

Arbeitszeit iSv. § 611 BGB, es sei denn, etwas Anderes wäre eindeutig vereinbart<sup>138</sup>. Auch einem als Fahrer bei einem Personaldienstleister beschäftigten AN, der Leih-AN von und zu den Einsatzbetrieben zu transportieren hat, sind die Fahrtzeiten von seiner Wohnung zum jeweiligen Abholort und vom Rückkehrort zu seiner Wohnung mit dem Dienstfahrzeug mangels anderslautender Absprachen zu vergüten.<sup>139</sup>

8. Folgendes gilt es sich nochmals klarzumachen:

a) Die Einordnung einer bestimmten Zeitspanne als Arbeitszeit im arbeitszeitrechtlichen, also gesundheitsschutzrechtlichen Sinne besagt nicht notwendig, dass diese Zeit auch gesondert vergütungspflichtig, und schon gar nicht, dass sie mit 100 v.H. der (tarif)vertraglichen Normalvergütung zu vergüten wäre. Vielmehr kann durch Arbeits- oder Tarifvertrag eine gesonderte Vergütungsabrede für solche anderen als die „eigentlich“ geschuldeten (Haupt-)Tätigkeiten getroffen werden.<sup>140</sup> Arbeit in ihren unterschiedlichen Ausgestaltungsformen – etwa als Vollarbeit, Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft, Dienstreisen, Wende- oder Standzeiten, Wegezeiten – kann von den Arbeits- und Tarifvertragsparteien vergütungsrechtlich unterschiedlich behandelt werden. Diese müssen lediglich den Verlust an Freizeit angemessen berücksichtigen und dürfen dem AN keine erheblichen Leistungen ohne Vergütung abverlangen.<sup>141</sup> Allerdings hat der AN, wenn eine Zeitspanne als „Arbeit“ überhaupt nach §§ 611, 612 BGB vergütungspflichtig ist, stets Anspruch auf gesetzlichen Mindestlohn – folglich z.B. für die gesamte Dauer von Bereitschaftsdienst.<sup>142</sup>

b) Umgekehrt bedeutet die Herausnahme bestimmter Zeiten aus der Arbeitszeit im arbeitszeitrechtlichen Sinne nicht, dass diese nicht doch mitbestimmungspflichtig sein könnten – so etwa Zeiten der Rufbereitschaft nach § 87 Abs.1 Nr. 3 BetrVG<sup>143</sup> und wohl auch Zeiten,

<sup>138</sup> BAG 22.4.2009, 5 AZR 292/08, DB 2009, 1602.

<sup>139</sup> LAG Hamm 1.12.2015, 14 Sa 509/15, DB 2016, 1324.

<sup>140</sup> BAG 26.10.2016, 5 AZR 168/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 8; BAG 26.10.2016, 5 AZR 226/16, EzA TVG § 4 Metallindustrie Nr. 160; BAG 12.12.2012, 5 AZR 355/12, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 3; Kleinebrink, ArbRB 2011, 26, 28; Schramm/Lodemann, NZA 2017, 624, 626.

<sup>141</sup> BAG 5.2.2009, 6 AZR 114/08, BAGE 129, 284.

<sup>142</sup> BAG 11.10.2017, 5 AZR 591/16, EzA MiLoG § 1 Nr. 8; BAG 19.6.2016, 5 AZR 716/15, EzA MiLoG § 1 Nr. 2; BAG 19.11.2014, 5 AZR 1101/12, EzA BGB 2002 § 611 Arbeitsbereitschaft Nr. 5 für Bereitschaftsdienst im Rahmen von Pflegearbeit nach der VO über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche; Bemessungszeitraum für die Frage, ob der Anspruch auf den Mindestlohn gewahrt ist, ist freilich nicht die einzelne Stunde, sondern der Monat und der für die in ihm tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden durchschnittlich gezahlte Stundenlohn, vgl. BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, EzA MiLoG § 1 Nr. 1.

<sup>143</sup> BAG 21.12.1982, 1 ABR 14/81, EzA BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 16.

in denen sich der AN für Anrufe und kurze Mailkorrespondenz bereithalten soll<sup>144</sup> – und nicht vielleicht doch, z.B. aufgrund tarifvertraglicher Regelungen, vergütet werden müssten<sup>145</sup>, wenn auch womöglich in geringerer Höhe als die Normalvergütung und – da etwa als bloße Rufbereitschaft und bloßes Erreichbar-Sein keine „Arbeit“ – sogar geringer als der Mindestlohn.

c) Das Gleiche gilt mit Blick auf die Mitbestimmung des Betriebsrats. Arbeitszeiten iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 BetrVG sind weder zwingend solche iSv. § 2 ArbZG – man denke auch insoweit an Rufbereitschaft – noch sind sie zwingend (in vollem Umfang) vergütungspflichtig. Gleichwohl dürfte die Schnittmenge aller drei Bereiche recht groß sein.<sup>146</sup>

d) Unter keinem der drei Gesichtspunkte ist aber diejenige Zeit „Arbeitszeit“, welche der AN für den Weg von seiner Wohnung zu der Stelle benötigt, an der er mit seiner „Arbeit“ – etwa dem Umkleiden im Betrieb – beginnt.<sup>147</sup> Es fehlt insoweit an der Fremdnützigkeit. Das gilt unter allen drei Aspekten auch dann, wenn sich der AN für das Anlegen auffälliger Dienstkleidung schon zu Hause entscheidet und diese auf dem Weg zur Arbeit trägt.<sup>148</sup>

9. Ein Weiteres sollte man sich zu guter Letzt ebenfalls klarmachen: Solange die *lex lata* – die geltende Rechts- und Gesetzeslage – so ist wie sie ist und sich noch nicht an den ihr vielerorts widersprechenden Fakten und an den vielbeschworenen (vermeintlichen?) Bedürfnissen von „Arbeit 4.0“ und der digitalen Arbeitswelt ausgerichtet hat, solange haben sich umgekehrt „Arbeit 4.0“, digitale Arbeitswelt und die Praxis des Arbeitslebens an der geltenden Rechts- und Gesetzeslage auszurichten! Das bedeutet: *pacta sunt servanda*, Dienstschluss ist Dienstschluss, Freizeit ist Freizeit – d.h. arbeits- und rufbereitschaftsfreie Zeit ohne die Verpflichtung, erreichbar zu sein,<sup>149</sup> – Ruhezeit ist Ruhezeit – in der durchweg und ohne noch so kurze Unterbrechung Ruhe herrscht,<sup>150</sup> – und das Sonntagsarbeitsverbot gilt auch

<sup>144</sup> Vgl. dazu *Däubler*, SR 2016, 2, 17.

<sup>145</sup> *BAG* 29.10.2002, 1 AZR 603/01, *EzA ArbZG* § 4 Nr. 1; eine Vergütungspflicht für Kurzpausen iSv. § 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG ist z.B. bestimmt in § 2 Abs. 6 MTV-Deutsches Rotes Kreuz, vgl. *BAG* 13.10.2009, 9 AZR 139/08, *EzA ArbZG* § 4 Nr. 2.

<sup>146</sup> Unberechtigt deshalb die Kritik an der Rechtsprechung durch *Andritzky/Schneedorf*, NZA 2016, 1379, 1381.

<sup>147</sup> Vgl. etwa *EuGH* 10.9.2015, C-266/14, *EzA EG-Vertrag* 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 16 für das Arbeitszeitrecht; *BAG* 26.10.2016, 5 AZR 168/16, *EzA BGB* 2002 § 611 Nr. 8 und *BAG* 22.4.2009, 5 AZR 292/08, DB 2009, 1602 für die Vergütung; *BAG* 10.11.2009, 1 ABR 54/08, *EzA BetrVG* 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 14 für Mitbestimmungsrechte des BR.

<sup>148</sup> Vgl. nur *BAG* 17.11.2015, 1 ABR 76/134, *EzA BetrVG* 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 23; *BAG* 12.11.2013, 1 ABR 59/12, *EzA BetrVG* 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 18, betr. Mitbestimmungsrechte.

<sup>149</sup> Zutreffend *Krause*, Verhandlungen des 71. DJT Essen 2016, Bd. I, Gutachten, B 48; so auch *Bissels/Domke/Wisskirchen*, DB 2010, 2052, 2053; zur (gleichen) Rechtslage in Frankreich vgl. *Durlach/Renaud*, AuR 2017, 196.

<sup>150</sup> Die von einigen Stimmen, vgl. etwa *Jacobs*, NZA 2016, 733; *Wank*, RdA 2014, 285; *Hanau*, NJW 2017, 2613; *Wirtz*, BB 2014, 1397, 1401; im Ergebnis auch *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1028, für „geringfügige

im Home-Office! Ob dies so bleibt oder nicht, entscheiden nicht Vorträge, Aufsätze, Abhandlungen, „Weißbücher“ oder Kongresse zu „Arbeit 4.0“, sondern die eur. Normgeber und das dt. Parlament!

---

Unterbrechungen“ vorgeschlagene, gegenläufige „teleologische Reduktion“ des geltenden RL- und nationalen Rechts ist methodisch und verfassungsrechtlich nicht zu begründen; so im Ergebnis auch *Krause*, NZA 2016, 1004 *drslb.* Beilage 2/2017 zu NZA 2017, 53, 57; *Schuchart*, AuR 2016, 341; *Kothe*, NZA 2015, 1417, 1423; *Falder*, NZA 2010, 1150, 1152; *Göpfert/Schöberle*, ZIP 2016, 1817, 1818; *Wiebauer*, NZA 2016, 1430, 1433.