

## Zur Anpassungsfähigkeit des Arbeitszeitgesetzes

Die Digitalisierung revolutioniert das gesamte Wirtschaftsleben. Hiervon herausgefordert ist nicht zuletzt das Arbeitsrecht. Insbesondere im Arbeitszeitrecht sehen Wissenschaft und Praxis Reformbedarf. „Flexibilisierung“ und „Entgrenzung“, „Arbeitszeitsouveränität“ und „Gesundheitsschutz“ – diese Stichworte bestimmen eine Diskussion, die von nahezu jeder erfahren werden kann durch das stilprägende Gerät unserer Zeit: dem Smartphone. Allerdings ist der Ruf nach einer Novellierung des Arbeitszeitgesetzes mitnichten ein Phänomen der Digitalisierung; schon oft setzten sich interessierte Kreise für Anpassungen im Arbeitszeitrecht ein, ohne dass der Gesetzgeber hierauf reagiert hätte. Der Beitrag beleuchtet daher, ob und wie das in Zeiten von „Arbeit 3.0“ erlassene Arbeitszeitgesetz den alltäglichen Erscheinungsformen der „Arbeit 4.0“ de lege lata begegnen kann.

*Von Robert v. Steinau-Steinrück und Marcus Bertz*

83% aller in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer arbeiten mit digitalen Informations- und Kommunikationstechnologien in ihrer Arbeitsumwelt. Je höher hierbei das Qualifikationsniveau des Mitarbeiters ist, desto wahrscheinlicher und häufiger sein Umgang mit (mobilen) Endgeräten aller Art. Zu diesen Erkenntnissen kommt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales in einer im Januar 2016 veröffentlichten Studie zur „Digitalisierung am Arbeitsplatz“. Die Ergebnisse der Studie reihen sich in eine seit circa 30 Jahren zu beobachtende Entwicklung ein, die mit der flächendeckenden Einführung des PCs am Arbeitsplatz begann und gegenwärtig durch die rasend schnelle Verbreitung des Smartphones im Berufsleben geprägt ist. Beginnend bei der Protoindustrialisierung im 18. Jahrhundert führten alle technologischen Errungenschaften der Neuzeit auch zu Umwälzungen in der Arbeitswelt, die sich unmittelbar auf die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer auswirkten. Dass sich die Arbeitswelt erneut in starkem Maße wandelt, macht also die unter dem Stichwort „Arbeit 4.0“ thematisierten Veränderungsprozesse für sich genommen nicht zu einem historischen Unikum. Vielmehr sind es die Schnelligkeit, in der sich diese Veränderungen vollziehen, und die Totalität, mit der die neuen Technologien alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens verändern und hierbei nicht zuletzt auch vormals selbstverständliche Trennlinien wie die zwischen Arbeits- und Privatleben perforieren.

Dass die Digitalisierung die Arbeitswelt verändert, belegt eine im Jahr 2013 erschienene Studie des Bundesverbands Informationswirtschaft Telekommunikation und Neue Medien e.V. (BITKOM) unter dem Namen „Arbeit 3.0 - Arbeiten in der digitalen Welt“. Danach arbeiten inzwischen 87 % aller Arbeitnehmer mit einem Computer und 67 % mit einem Handy oder Smartphone. Der Trend geht dabei eindeutig zur „mobilen Arbeit“. Bereits 79 % aller Erwerbstätigen nutzen für ihre tägliche Arbeit mobile Endgeräte. Ein Drittel der befragten Erwerbstätigen arbeitet regelmäßig von Zuhause aus, 21 % täglich und 10 % an mehreren Tagen in der Woche. Die wichtigste Folge dessen ist,

dass inzwischen rund drei Viertel aller Berufstätigen (77 %) in Deutschland außerhalb ihrer regulären Arbeitszeit für Kollegen, Vorgesetzte oder Kunden per Telefon oder E-Mail erreichbar sind: 30 % davon jederzeit, also „always on“, und 32 % jedenfalls zu bestimmten Zeiten, z.B. abends an Wochentagen oder am Wochenende. Nach den Ergebnissen der Umfrage erwarten 52 % der befragten Unternehmen, dass ihre Mitarbeiter außerhalb der regulären Arbeitszeit in jeder Zeit oder zu bestimmten Zeiten per Handy oder E-Mail erreichbar sind. 48 % verlangen keine Erreichbarkeit oder nur in dringenden Ausnahmefällen.

## **Vor- und Nachteile**

Was sind die Vor- und Nachteile ständiger Erreichbarkeit aufgrund der Nutzung mobiler Endgeräte? Vier von fünf Berufstätigen sind laut Umfrage der Ansicht, dass sich durch das mobile Arbeiten Arbeit und Familie besser vereinbaren lassen. 56 % meinen sogar, dass sie Berufstätige zufriedener macht. Andererseits sehen 55 % das Risiko, dass sich bei der Arbeit im Homeoffice Beruf und Freizeit zu stark vermischen. Auch die Personalverantwortlichen sehen die positiven Effekte der Arbeit von Zuhause. 79 % sind der Ansicht, dass sie Arbeit flexibler macht und 59 % meinen, sie trägt dazu bei, Fachkräfte an das Unternehmen zu binden. Interessant dabei ist, dass nach dieser Erhebung nur 27 % aller Unternehmen die Arbeit im Homeoffice aktiv fördern. Vor allem aber gibt es in 62 % aller Unternehmen keinerlei Vorgaben, wann Mitarbeiter elektronisch erreichbar sein sollten und wann nicht. Bei diesen Entwicklungen darf nicht vergessen werden, dass sich gleichzeitig der sog. „Burn-Out“ zu einer neuen Modekrankheit entwickelt. Als eine der Ursachen gelten der „E-Mail-Terror“ der derzeit weltweit und täglich nach einer Erhebung eines Forschungsteams der Radicati Group versandten ca. 89 Milliarden E-Mails und das damit im Zusammenhang stehende Leben und Arbeiten im permanenten „Stand-By-Modus“. Dabei stimmt es wenig beruhigend, dass die Wissenschaftler für das Jahr 2016 mit einer Zahl von fast 144 Milliarden E-Mails pro Tag rechnen.

## **Arbeitszeitrechtliche Einordnung**

Auf diesen radikalen Umbruch unserer Arbeitswelt und die Auflösung der Grenzen zwischen dem beruflichen und dem privaten Leben ist das Arbeitszeitgesetz nicht vorbereitet. Die Frage stellt sich, ob es eigentlich noch zeitgemäß ist. Die Besinnung auf die ihm zugrundeliegenden althergebrachten Kategorien birgt aber auch die Chance, den erheblichen Risiken der „Entgrenzung“ von beruflichem und privatem Leben zu begegnen. Die vertiefte Beschäftigung mit dem Arbeitszeitgesetz ist dabei für Personalverantwortliche kein Hobby, sondern rechtliche Pflicht. Die Regelungen des öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitgesetzes sind bekanntlich zwingend, soweit es keine Abweichungen vorsieht. Wer seine Regelungen verletzt, handelt ordnungswidrig und muss mit Bußgeld rechnen. Bei vorsätzlicher bzw. wiederholter Begehung kann eine Straftat vorliegen (§ 23 ArbZG). Adressat der arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben ist der Arbeitgeber. Ihm obliegt die Verantwortung dafür, dass die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden. Sinn und Zweck des Gesetzes sind (gemäß § 1 ArbZG) die Sicherheit und der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer sowie der Schutz

der Sonn- und Feiertagsruhe. Seine Rahmenbedingungen sind klar geregelt: Die tägliche Höchstarbeitszeit liegt (nach § 3 Satz 1 ArbZG) bei acht bzw. bei entsprechendem Ausgleich höchstens bei zehn Stunden. Im Anschluss daran ist eine ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden zu gewähren. An Sonn- und gesetzlichen Feiertagen darf nicht gearbeitet werden, es sei denn, behördliche Ausnahmeregelungen liegen vor (§§ 9 Abs. 1, 10, 13 ArbZG).

Wie lässt sich nun das Phänomen der ständigen Erreichbarkeit aufgrund mobiler Endgeräte in das durch die Begriffe „Arbeitszeit“ und „Ruhezeit“ geprägte zweipolige System des Arbeitszeitgesetzes integrieren? Das Arbeitszeitgesetz definiert „Arbeitszeit“ als die „Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen“ (§ 2 Abs. 1 ArbZG). Der Begriff der „Arbeit“ selbst ist dabei gesetzlich nicht definiert. Entweder ist es die Zeit, in der der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitet oder in der er die geschuldete Arbeitsleistung dem Arbeitgeber vertragsgemäß anbietet. Neben der „Arbeitszeit“ und der „Ruhezeit“ kennt das Arbeitszeitgesetz auch Zeiten, die weder als Arbeitszeit noch als arbeitsfreie Zeit zu betrachten sind, allerdings verzichtet das Gesetz auf eine eigene Definition derselben. Die herrschende Meinung hat deshalb Definitionen zu den Begriffen Arbeitsbereitschaft (§ 7 ArbZG), „Bereitschaftsdienst“ (§§ 7, 15 ArbZG) und „Rufbereitschaft“ (§§ 5, 7, 15 ArbZG) entwickelt. Arbeitsbereitschaft ist gegeben, wenn sich der Arbeitnehmer am Arbeitsort für die Ausübung seiner Tätigkeit bereithält, aber im Unterschied zur Vollarbeit geringer beansprucht wird. Bereitschaftsdienst liegt vor, wenn sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort innerhalb oder außerhalb des Betriebes aufhalten muss, um erforderlichenfalls unverzüglich seine volle Arbeitstätigkeit beginnen zu können. Im Grunde handelt es sich um eine bloße Aufenthaltsbeschränkung, verbunden mit der Pflicht, sofort tätig zu werden. Schließlich liegt „Rufbereitschaft“ in den Fällen vor, in denen sich der Arbeitnehmer verpflichtet, jederzeit für den Arbeitgeber erreichbar zu sein, um auf Abruf die Arbeit aufnehmen zu können. Arbeitsbereitschaft – und inzwischen auch der Bereitschaftsdienst – werden grundsätzlich der Arbeitszeit zugerechnet. Zeiten der Rufbereitschaft gelten dagegen nicht als Arbeitszeit. Wird der Arbeitnehmer allerdings im Rahmen der Rufbereitschaft tatsächlich zur Arbeit herangezogen, gilt die Zeit der tatsächlichen Inanspruchnahme als Arbeitszeit.

Auf das Phänomen der ständigen Erreichbarkeit der Arbeitnehmer passt nach überwiegender Meinung in der Literatur die arbeitszeitrechtliche Kategorie der „Rufbereitschaft“ am besten. Entsprechendes hat das Bundesarbeitsgericht einmal für einen Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes in einem Fall entschieden, in dem es um die Rufbereitschaftsvergütung nach dem TVÖD ging (BAG, NZA 2001, 165). Die (etwas formale) Begründung lautete, der Arbeitnehmer sei während der „Erreichbarkeit per Handy“ in der Wahl seines Aufenthaltsortes beschränkt. Er müsse schließlich einen Platz wählen, an dem er über ständig betriebs- und empfangsbereite Handy erreicht werden könne.

### **Wann sind Tätigkeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit zurechenbar?**

Das Phänomen der ständigen Erreichbarkeit („always on“) ist somit arbeitszeitrechtlich als Rufbereitschaft zu werten. Folge davon ist, dass die ständige Erreichbarkeit an sich nicht als Arbeitszeit

gilt. Dagegen sind die Zeiten der tatsächlichen Inanspruchnahme des Arbeitnehmers als Arbeitszeit zu werten, wenn sie vom Arbeitgeber veranlasst sind. Ruft der Chef also nach Feierabend an, wäre dieses Gespräch eindeutig als Arbeitszeit zu werten. Gleichzeitig wäre dies auch eine arbeitsvertraglich erbrachte Arbeitsleistung, die entsprechend zu vergüten ist.

Weniger eindeutig und in der Literatur kontrovers beurteilt, ist die Frage, ob auch das freiwillige Kontrollieren der E-Mails abends oder am Wochenende als Arbeitszeit zu bewerten ist. Die entscheidende Frage lautet, ob das freiwillige Abhören von Nachrichten, Versenden von E-Mails, etc. außerhalb der regulären Arbeitszeit dann auch arbeitszeitrechtlich als Arbeitszeit zu sehen ist. Überzeugend erscheint hierbei folgender Ansatz: In Fällen, in denen der Arbeitnehmer ohne Weisung des Arbeitgebers tätig wird, fehlt es an einer Zurechenbarkeit zum Arbeitgeber. Für die Beurteilung wird auch der Grad der Beanspruchung in zeitlicher Hinsicht eine Rolle spielen. Unerhebliche Splitterzeiten, in denen schnell eine E-Mail geschrieben wird, dürften unproblematisch sein. Anders kann sich das verhalten, wenn der Arbeitnehmer abends oder am Wochenende stundenlang „freiwillig“ tätig wird. Grundsätzlich gilt aber, dass der Arbeitgeber durch eine entsprechende ausdrückliche oder konkludente Weisung einen zurechenbaren Umstand gesetzt haben muss. Auch aus den Gesamtumständen kann sich dabei ergeben, dass der Arbeitnehmer annehmen durfte, dass entsprechende Arbeit während der Freizeit von ihm verlangt wird. Insofern gehen alle Unklarheiten, ob eine Weisung vorliegt oder nicht, zu Lasten des Arbeitgebers. Arbeitszeitrechtlich kann das eine erhebliche Rolle spielen, wenn es um die Frage geht, ob Verstöße gegen die Wochenendarbeit oder die Ruhezeit vorliegen. Das ist der Zeitraum nach dem Ende der täglichen Arbeitszeit, der ununterbrochen elf Stunden betragen muss (§ 5 Abs. 1 ArbZG). Während dieser Zeit darf der Arbeitnehmer nicht in einer Weise beansprucht werden, die eine Einstufung als Arbeitszeit nahelegt.

## **Schlussfolgerungen**

Die Arbeitgeber müssen hier – in viel größerem Umfang als bisher – tätig werden. Zum einen gebietet schon die bloße Fürsorgepflicht, die Mitarbeiter „vor sich selbst“, d.h. vor den Risiken beim Umgang mit mobilen Endgeräten zu schützen. Auch die „gut gemeinte“ Selbstaussbeutung schädigt den Arbeitnehmer und damit auch den Arbeitgeber. Dazu gehören Trainings für Regeln zum Umgang mit mobilen Endgeräten.

Zum anderen besteht aus arbeitszeitrechtlichen Gründen dringender Handlungsbedarf. Zur arbeitsrechtlichen „Compliance“ gehört es auch, Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz zu unterbinden. Mit Ausnahme der leitenden Angestellten, für die das Arbeitszeitgesetz nicht gilt (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG), ist es bußgeld- und sogar strafbewehrt. Entsprechend müssen klare Regelungen her. Ihr Gegenstand sollte im Wesentlichen sein: Der Arbeitgeber erwartet außerhalb der regulären Arbeitszeit grundsätzlich nicht von den Arbeitnehmern, dass sie ihre mobilen Endgeräte eingeschaltet lassen und benutzen. Jegliche Tätigkeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit sind nach

dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs auf das Notwendige zu begrenzen. Es besteht insbesondere keine grundsätzliche Erwartungshaltung außerhalb der regulären Arbeitszeit, dass Anrufe oder E-Mails umgehend erwidert werden. Im Urlaub soll auf die dienstliche Nutzung der mobilen Endgeräte verzichtet werden. Auf den Punkt brachte es ein Sprecher von Siemens: „Niemand verlangt, E-Mails unter dem Weihnachtsbaum zu checken.“ In jedem Fall sind Ruhezeiten einzuhalten. Vorgesetzte sollen in ihrer Vorbildfunktion einen angemessenen Umgang mit mobilen Endgeräten vorleben. Für derartige Regelungen bieten sich insbesondere Betriebsvereinbarungen an, zumal ohnehin Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu wahren sind (§ 87 Abs. 1 Nr. 2, 3, 6 BetrVG).