

**„Ausgewählte Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der ständigen
Erreichbarkeit von Arbeitnehmern durch ihren Arbeitgeber“**

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

des Fachbereichs Rechtswissenschaften

der Universität Osnabrück

vorgelegt

von

Filiz Yurtseven

aus

Bünde

Weil am Rhein, 2020

Berichterstatter:

Herr Prof. Dr. Marcus Bieder

Herr Hon.-Prof. Dr. Christian Reiter

Tag der mündlichen Prüfung:

31. Januar 2020

Die vorliegende Arbeit entstand auf Anregung und unter der Leitung von Herrn Prof. Dr. M. Bieder am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück.

Herrn Prof. Dr. M. Bieder danke ich für seine freundliche Unterstützung und die zahlreichen Ratschläge bei der Durchführung und Umsetzung der gesamten Arbeit.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern sowie meinen Geschwistern Dilara und Hüseyin, die mich in der Phase der Doktorarbeit stets unterstützt haben. Dank ihnen habe ich es geschafft, diese Arbeit zu schreiben und trotz aller Höhen und Tiefen abzuschließen. Auch möchte ich mich bei allen weiteren Familienmitgliedern für ihren herzlichen Beistand, ihre Geduld, Ermutigung sowie einzelne Ratschläge bedanken.

Bei meinen Freunden und Kollegen möchte ich mich für die stete Diskussionsbereitschaft und den Erfahrungsaustausch bedanken.

Meinen Eltern und Geschwistern

in Liebe und Dankbarkeit gewidmet

Literaturverzeichnis

- Anzinger, Rudolf
Koberski, Wolfgang
Kommentar zum Arbeitszeitgesetz,
4. Auflage, Frankfurt am Main 2014.
- Ascheid, Reiner
Preis, Ulrich
Schmidt, Ingrid
Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der
Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 5. Auflage, München 2017,
zitiert: Bearbeiter, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Gesetz, Randnummer.
- Auer-Reinsdorff, Astrid
Conrad, Isabell
Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage, München 2016.
- Backmeister, Thomas
Trittin, Wolfgang
Mayer, Udo R.
Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar zum
Kündigungsschutzgesetz und weiteren wichtigen Vorschriften des
Kündigungsrechts, 4. Auflage, München 2009,
zitiert: Bearbeiter, in: Backmeister/Trittin/Mayer, Gesetz,
Randnummer.
- Baek, Ulrich
Deutsch, Markus
Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, 3. Auflage, München 2014.
- Baek, Ulrich
Lösler, Annette
„Neue Entwicklungen im Arbeitszeitrecht“,
in: NZA 2005, S. 247 – 250.
- Bauer, Jobst-Hubertus
„Betriebliche Bündnisse für Arbeit vor dem Aus?“,
in: NZA 1999, S. 957 – 962.
- Bauer, Jobst-Hubertus
Günther, Jens
Böglmüller, Matthias
„Keine entgrenzte Mitbestimmung im Arbeits- und
Gesundheitsschutz“,
in: NZA 2016, S. 1361 – 1368.
- Bauer, Jobst-Hubertus
Klebe, Thomas
Schunder, Achim
„Neujustierungen im Arbeitsrecht – Aktuelle Vorschläge“,
in: NZA 2013, S. 827 – 832.
- Baunack, Sebastian
„Einsatz mobiler Arbeitsmittel außerhalb der Arbeitszeit. Rechte des

- Betriebsrats“, in: AiB 2012, S. 500 – 504.
- Bayreuther, Frank „Rufbereitschaft als Arbeitszeit?“, in: NZA 2018, S. 348 – 351.
- Benkert, Daniel „Weisungen im Arbeitsverhältnis“, in: NJW-Spezial 2017, S. 178 – 179.
- Bepler, Klaus „Billable Hours?“, in: Moderne Arbeitswelt Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 41 – 52, zitiert: Bepler, in: Festschrift Wank, Seite.
- Bepler, Klaus „Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung der Arbeitszeit“, in: NZA-Beilage 2006, S. 45 – 56.
- Bieder, Marcus Kompensatorische Vertragsgestaltung im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2015, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Annahme im Wintersemester 2013/2014, zitiert: Bieder, Seitenzahl.
- Bissels, Alexander „BlackBerry & Co.: Was ist heute Arbeitszeit?“,
Domke, Carsten in: DB 2010, S. 2052 – 2055.
Wisskirchen, Gerlind
- Bissels, Alexander „Arbeiten 4.0 – Arbeitsrechtliche Aspekte einer zeitlich-örtlichen
Meyer-Michaelis, Isabel Entgrenzung der Tätigkeit“, in: DB 2015, S. 2331 – 2336.
- Boecken, Winfried Gesamtes Arbeitsrecht, Band 1, Band 2, Band 3, Baden-Baden 2016,
Düwell, Franz Josef zitiert: Bearbeiter, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band, Gesetz,
Diller, Martin Randnummer.
Hanau, Hans
- Boecken, Winfried Teilzeit- und Befristungsgesetz, Handkommentar,
Joussen, Jacob 4. Auflage, Baden-Baden 2016.
- Braun, Axel „Arbeits- und Sozialrecht im Koalitionsvertrag zur 19.
Sura, Stephan Legislaturperiode“, in: ZRP 2018, S. 75 – 78.
- Breinlinger, Axel „Versuch über die Besonderheiten des Arbeitsrechts“,
in: Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag,

- München 2012, S. 28 – 44,
zitiert: Breinlinger, in: Festschrift Bepler, Seite.
- Buchner, Herbert
„Der Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft - Stabilisierung oder Ende des Verbandstarifvertrages? Zum Beschluß des BAG vom 20. 4. 1999 - 1 ABR 72/98“, in: NZA 1999, S. 897 – 902.
- Buschbell, Hans
Münchener Awaltshandbuch, Straßenverkehrsrecht, 4. Auflage, München 2015,
zitiert: Bearbeiter, in: Buschbell, Straßenverkehrsrecht, Fundstelle.
- Buschmann, Rudolf
„„Bereitschaftsdienst“ als begriffliche Negation von Arbeitszeit – ein unfruchtbares Übergangsphänomen“, in: Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und in Aktion, Festschrift für Wolfhard Kohte, Baden-Baden 2016, S. 417 – 434,
zitiert: Buschmann, in: Festschrift Kohte, Seite.
- Calle Lambach, Inés
Prümper, Jochen
"Mobile Bildschirmarbeit: Auswirkungen der Bildschirmrichtlinie 90/270/EWG und der BildscharbV auf die Arbeit an mobil einsetzbaren IT-Geräten“, in: RdA 2014, S. 345 – 354.
- Canaris, Claus-Wilhelm
„Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit im fremdem Interesse“, in: RdA 1966, S. 41 - 51.
- Compensis, Ulrike
„Vertrauensarbeitszeit – arbeitnehmerbestimmte Arbeitszeit (auch) im Arbeitgeberinteresse“, in: NJW 2007, S. 3089 – 3093.
- Däubler, Wolfgang
„Delegierung von Verantwortung im Arbeitsschutzrecht“, in: Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und in Aktion, Festschrift für Wolfhard Kohte, Baden-Baden 2016, S. 435 - 451,
zitiert: Däubler, in: Festschrift Kohte, Seite.
- Däubler, Wolfgang
Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2016,
zitiert: Bearbeiter, in: Däubler, Fundstelle.

Däubler, Wolfgang	„Digitalisierung und Arbeitsrecht“, in: SR 2016, S. 2 – 44.
Däubler, Wolfgang Bonin, Birger Deinert, Olaf	AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, 4. Auflage, München 2014, zitiert: Bearbeiter, in: Däubler/Bonin/Deinert, Gesetz, Randnummer.
Däubler, Wolfgang Hjort, Jens Peter Schubert, Michael Wolmerath, Martin	Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017, zitiert: Bearbeiter, in: HK-ArbR, Gesetz, Randnummer.
Däubler, Wolfgang Kittner, Michael Klebe, Thomas Wedde, Peter	BetrVG, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, Kommentar für die Praxis, 16. Auflage, Frankfurt am Main 2018, zitiert: Bearbeiter, in: u.a. Däubler/Kittner, Gesetz, Randnummer.
Dornbusch, Gregor Fischermeier, Ernst Löwisch, Manfred	AR Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 8. Auflage, Köln 2016, zitiert: Bearbeiter, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, Gesetz, Randnummer.
Durlach, Emilie Renaud, Maud	„Das Recht auf Nichterreichbarkeit – Droit à la Déconnexion – nach der Loi Travail“, in: AuR 2017, S. 196 – 197.
Düwell, Franz Josef	Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2018, zitiert: Bearbeiter, in: Düwell, Gesetz, Randnummer.
Düwell, Franz Josef Schubert, Jens	Mindestlohngesetz, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2017.
Eberhardt, Beate	„Gute Arbeit! Mit dem DGB-Index den Arbeitsbedingungen auf der Spur“, in: AiB 2012, S. 504 – 508.
Eisemann, Hans Friedrich	„Die Beratungsverfügung“, in: Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 131 – 144, zitiert: Eisemann, in: Festschrift Bepler, Seite.

- Eisfeld, Christina „Tagungsbericht der 16. NZA-Jahrestagung 2016“,
in: NZA 2017, S. 103 – 106.
- Erbs, Georg
Kohlhaas, Max Strafrechtliche Nebengesetze mit Straf- und Bußgeldvorschriften des
Wirtschafts- und Verwaltungsrechts, Loseblattausgabe, 217.
Ergänzungslieferung, München Oktober 2017,
zitiert: Bearbeiter, in: Erbs/Kohlhaas, Gesetz, Randnummer.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 18. Auflage, München 2018,
zitiert: Bearbeiter, in: Erfurter Kommentar, Gesetz, Randnummer.
- Etzel, Gerhard
Bader, Peter
Fischermeier, Ernst KR - Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu
sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften,
11. Auflage, Köln 2016,
zitiert: Bearbeiter, in: KR, Gesetz, Randnummer.
- Eylert, Mario „Arbeitszeitschutz durch den Betriebsrat?“,
in: NZA-Beilage 2017, S. 95 – 101.
- Falder, Roland „Immer erreichbar - Arbeitszeit- und Urlaubsrecht in Zeiten des
technologischen Wandels“, in: NZA 2010, S. 1150 – 1157.
- Falter, Gernot „Schutzpflichten und Direktionsrecht des Arbeitgebers in der
Pandemie“, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65.
Geburtstag, München 2010, S. 291 – 302,
zitiert: Falter, in: Festschrift Bauer, Seite.
- Farthmann, Friedhelm „Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung der
Arbeitszeit“, in: RdA 1978, S. 65 – 72.
- Fitting, Karl Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Handkommentar,
29. Auflage, München 2018.
- Föhr, Horst „Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten unter
besonderer Berücksichtigung der außertariflichen Angestellten“,
in: AuR 1975, S. 353 – 362.

- Freyler, Carmen
Arbeitszeit- und Urlaubsrecht im Mobile Office – Eine Untersuchung der Flexibilität des Arbeitsrechts hinsichtlich technischer Entwicklungen, Inaugural-Dissertation, Tübingen 2018, Universität Augsburg, Annahme 2017.
- Freyler, Carmen
„Vergütung 4.0 – Lohnrechtliche Fragen der betrieblichen Nutzung von Mobile Devices“, in: NZA 2017, S. 1296 – 1300.
- Giesen, Richard
Kersten, Jens
Arbeit 4.0 – Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Arbeitswelt, München 2018, zitiert: Giesen/Kersten, Seitenzahl.
- Göpfert, Burkard
Wilke, Elena
„Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke“, in: NZA 2012, S. 765 – 771.
- Günther, Jens
Böglmüller, Matthias
„Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution“, in: NZA 2015, S. 1025 – 1031.
- Hackmann, Maria
„Kein Ende der Bewegung im Urlaubsrecht“, in: Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und in Aktion, Festschrift für Wolfhard Kohte, Baden-Baden 2016, S. 293 – 310, zitiert: Hackmann, in: Festschrift Kohte, Seite.
- Hahn, Frank
Pfeiffer, Gerhard
Schubert, Jens M.
Arbeitszeitrecht, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2018, zitiert: Bearbeiter, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, Gesetz, Randnummer.
- Hanau, Hans
„Schöne digitale Arbeitswelt?“, in: NJW 2016, S. 2613 - 2617.
- Hanau, Peter
„Möglichkeiten und Grenzen der Vereinbarungen zur Dauer der Arbeitszeit“, in: NZA-Beilage 2006, S. 34 – 38.
- Heinze, Meinhard
„Flexible Arbeitszeitmodelle“, in: NZA 1997, S. 681 - 689.
- Henssler, Martin
„Tarifbindung durch betriebliche Übung“, in: 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 683 – 711,

- zitiert: Henssler, in: 50 Jahre BAG, Seite.
- Henssler, Martin
Willemsen, Heinz Josef
Kalb, Heinz-Jürgen
- Hess, Harald
Worzalla, Michael
Glock, Dirk
Nicolai, Andrea
Rose, Franz-Josef
Huke, Kristina
- Hohmeister, Frank
Oppermann, Angelika
- Hromadka, Wolfgang
- Hromadka, Wolfgang
- Hromadka, Wolfgang
- Hromadka, Wolfgang
- Jacobs, Matthias
- Arbeitsrecht Kommentar, 8. Auflage, Köln 2018,
zitiert: Bearbeiter, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Gesetz,
Randnummer.
- Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz,
10. Auflage, Köln 2018,
zitiert: Bearbeiter, in: u.a. Hess/Worzalla, Gesetz, Randnummer.
- Bundesurlaubsgesetz, Handkommentar,
3. Auflage, Baden-Baden 2013,
zitiert: Hohmeister oder Oppermann, in: BURLIG-HK, Gesetz,
Randnummer.
- „Versetzung durch Weisung; Zu § 106 GewO und zu den §§ 315, 275
BGB“, in: Festschrift für Gerrick Frhr. v. Hoyningen-Huene zum 70.
Geburtstag, München 2014, S. 145 – 156,
zitiert: Hromadka, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, Seite.
- „Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung“, in: Moderne Arbeitswelt
Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 175 – 191,
zitiert: Hromadka, in: Festschrift Wank, Seite.
- „Die Änderungskündigung – Gedanken zu einer Systematik der
Änderungsinstrumente des Arbeitgebers und zu einer gesetzlichen
Neuregelung“, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65.
Geburtstag, München 2010, S. 463 – 477,
zitiert: Hromadka, in: Festschrift Bauer, Seite.
- „Zur betrieblichen Übung“, in: NZA 1984, S. 241 – 246.
- „Reformbedarf im Arbeitszeitrecht“, in: NZA 2016, S. 733 - 737.

- Jauernig, Othmar
Stürner, Rolf
Kommentar zum BGB, 16. Auflage, München 2015,
zitiert: Bearbeiter, in: Jauernig, Gesetz, Randnummer.
- Joussen, Jacob
„Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform“, in: NZA 2001, S. 745 – 751.
- Kempen, Otto Ernst
„Qualifizierte Differenzierungsklauseln und Koalitionsfreiheit“,
in: Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag,
München 2012, S. 255 – 265,
zitiert: Kempen, in: Festschrift Bepler, Seite.
- Kempen, Otto Ernst
Zachert, Ulrich
TVG Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2014,
zitiert: Bearbeiter, in: Kempen/Zachert, Gesetz, Randnummer.
- Kilian, Wolfgang
Heussen, Benno
Computerrechts-Handbuch, Informationstechnologie in der Rechts-
und Wirtschaftspraxis,
33. Ergänzungslieferung, München Februar 2017.
- Klebe, Thomas
„Betriebsrat 4.0 – Digital und global?“,
in: NZA-Beilage 2017, S. 77 – 84.
- Klose, Oliver
„“Doping“-Kontrollen bei Arbeitnehmern“, in: Festschrift für Klaus
Bepler zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 267 – 285,
zitiert: Klose, in: Festschrift Bepler, Seite.
- Kohte, Wolfhard
„Tarifdispositives Arbeitszeitrecht – zwischen respektierter
Tarifautonomie und eingeschränktem Gestaltungsspielraum“,
in: Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag,
München 2012, S. 287 – 301,
zitiert: Kohte, in: Festschrift Bepler, Seite.
- Kohte, Wolfhard
„Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt“,
in: NZA 2015, S. 1417 - 1424.
- Kohte, Wolfhard
Faber, Ulrich
Feldhoff, Kerstin
Gesamtes Arbeitsschutzrecht, Arbeitsschutz/Arbeitszeit/
Arbeitssicherheit/Arbeitswissenschaft,
Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2018.

- Kollmer, Norbert
Klindt, Thomas
Schucht, Carsten
- Arbeitsschutzgesetz, Kommentar,
3. Auflage, München 2016.
- Kopp, Reinhold
Sokoll, Karen
- „Wearables am Arbeitsplatz – Einfallstore für Alltagsüberwachung?“,
in: NZA 2015, S. 1352 - 1359.
- Kortstock, Ulf
- Nipperdey Lexikon Arbeitsrecht, 2011 München,
zitiert: Bearbeiter, in: Nipperdey Lexikon Arbeitsrecht, Stichwort.
- Kramer, Stefan
- IT-Arbeitsrecht: digitalisierte Unternehmen: Herausforderungen und
Lösungen, München 2017,
zitiert: Bearbeiter, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, Abschnitt,
Randnummer.
- Krause, Rüdiger
- „Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0“,
in: NZA-Beilage 2017, S. 53 - 59.
- Krause, Rüdiger
- „Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und
Regelungsbedarf“, in: NZA 2016, S. 1004 – 1007.
- Kreft, Burghard
- „Arbeitszeit“, in: AuR 2018, S. 56 – 67.
- Kreft, Burghard
- „Mitbestimmung bei der Änderung von Entlohnungsgrundsätzen“,
in: Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag,
München 2012, S. 318 – 333,
zitiert: Kreft, in: Festschrift Bepler, Seite.
- Kreft, Burghard
- „Einige Thesen zum Kündigungsschutz bei Bagatelldelikten“,
in: Festschrift für Herhard Etzel zum 75. Geburtstag, Köln 2011,
S. 225 – 237,
zitiert: Kreft, in: Festschrift Etzel, Seite.
- Kummert, Nils
- BetrVG“, in: Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter
Beobachtung und Aktion, Festschrift für Wolfhard Kohte, Baden-
Baden 2016, S. 453 – 473,

- zitiert: Velikova/Hummel/Kummert, in: Festschrift Kohte, Seite.
- Küttner, Wolfdieter
Personalbuch, 24. Auflage,
München 2017 (mit Aktualisierungen zum 01.01.2018),
zitiert: Bearbeiter, in: Küttner, Stichwort, Randnummer.
- v. Landmann, Robert
Rohmer, Gustav
Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Loseblatt-
Kommentar,
Band I: Gewerbeordnung,
Band II: Ergänzende Vorschriften,
76. Ergänzungslieferung, München 2017,
zitiert: Bearbeiter, in: Landmann/Rohmer, Band, Gesetz,
Randnummer.
- Leinemann, Wolfgang
Linck, Rüdiger
Urlaubsrecht, Kommentar,
2. Auflage, München 2001.
- Linck, Rüdiger
„Die Billigkeit im Spiegel der neueren Rechtsprechung des
Bundesarbeitsgerichts“,
in: Festschrift für Gerrick Frhr. v. Hoyningen-Huene zum 70.
Geburtstag, München 2014, S. 255 – 270,
zitiert: Linck, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, Seite.
- Linck, Rüdiger
Koch, Ulrich
„Die Mitbestimmung des Betriebsrats“, in: Festschrift für Klaus Bepler
zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 358 – 372,
zitiert: Linck/Koch, in: Festschrift Bepler, Seite.
- Löwisch, Manfred
Rieble, Volker
Tarifvertragsgesetz: Kommentar,
4. Auflage, München 2017.
- Lüthge, Henrik
„Arbeiten 4.0: Arbeitszeitgesetz auf dem Prüfstand“,
in: SPA 2017, S. 41 – 42.
- Meinel, Gernod
Heyn, Judith
Herms, Sascha
Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kommentar,
5. Auflage, München 2015.

- Moll, Wilhelm
Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht,
4. Auflage, München 2017,
zitiert: Bearbeiter, in: Moll, Fundstelle.
- Moll, Wilhelm
„Betriebliche Bündnisse“, in: Festschrift für Klaus Bepler zum 65.
Geburtstag, München 2012, S. 425 – 437,
zitiert: Moll, in: Festschrift Bepler, Seite.
- Möller, Lars Christian
„Das „Smartphone-Arbeitsverhältnis“ – § 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG in
digitalem Gewand“, in: ArbRAktuell 2015, S. 215 - 217.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
Band 1, Individualarbeitsrecht, 3. Auflage, München 2009,
zitiert: Bearbeiter, in: Münch-Hdb., Fundstelle.
- Münchener Kommentar
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil (§§ 241 – 432 BGB),
7. Auflage, München 2016,
Band 4: Schuldrecht – Besonderer Teil (§§ 535 – 630 BGB),
7. Auflage, München 2016,
Band 6: Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 705 – 853
Partnerschaftsgesellschaftsgesetz Produkthaftungsgesetz,
7. Auflage, München 2017,
zitiert: Bearbeiter, in: MünchKomm-BGB, Band 2, 4 oder 6, Gesetz,
Randnummer.
- Neumann, Dirk
Biebl, Josef
Arbeitszeitgesetz, Kommentar,
16. Auflage, München 2012.
- Neumann, Dirk
Fenski, Martin
Kühn, Thomas,
Bundesurlaubsgesetz: BUrlG, nebst allen anderen
Urlaubsbestimmungen des Bundes und der Länder, Kommentar,
11. Auflage, München 2016.
- Oberthür, Nathalie
„Die Arbeitssicherheit im Mobile Office“, in: NZA 2013, S. 246 – 249.
- Oberwetter, Christian
„Burn-out – Brauchen wir ein Anti-Stress-Gesetz?“

- in: ZRP 2015, S. 204 – 205.
- Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 77. Auflage, München 2018.
- Pieper, Rainer
„Neues zur Rufbereitschaft? Zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26.06.2000 (6 AZR 900/98).“,
in: ZTR 2001, S. 292–295.
- Pieper, Ralf
ArbSchR Arbeitsschutzrecht, Arbeitsschutzgesetz,
Arbeitssicherheitsgesetz und andere Arbeitsschutzvorschriften,
Kommentar, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2009.
- Pollert, Dirk
„Arbeitnehmer-Smartphone als Betriebsmittel – ein kostensparendes
Modell?“, in: NZA-Beilage 2014, S. 152–154.
- Polzer, Ulrich
„Die Mitbestimmung in Bezug auf IT-Systeme in der betrieblichen
Praxis“,
in: Festschrift für Gerrick Frhr. v. Hoyningen-Huene zum 70.
Geburtstag, München 2014, S. 363 – 373,
zitiert: Polzer, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, Seite.
- Polzer, Nikolaus
Kafka, Franz
„Verfallbare und unverfallbare Urlaubsansprüche“,
in: NJW 2015, S. 2289 – 2295.
- Preis, Ulrich
Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, 5. Auflage, Köln 2017,
zitiert: Preis, Individualarbeitsrecht, Fundstelle.
- Raif, Alexander
Nann, Philipp
„Arbeitsrecht 4.0 – Möglichkeiten und Hürden in der digitalen
Arbeitswelt“, in: GWR 2016, S. 221 – 224.
- Raif, Alexander
Swidersky, Manuel
„Arbeit 4.0 – Typische Fehler in der digitalen Arbeitswelt vermeiden“,
in: GWR 2017, S. 351 – 354.
- Reichold, Hermann
„Kommunikation ist alles? Zu Dogmatik und Struktur der
Informationspflichten des Arbeitnehmers“, in: Festschrift für Jobst-
Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, München 2010, S. 843 – 858,
zitiert: Reichold, in: Festschrift Bauer, Seite.

- Reidel, Alexandra-Isabel „Digitalisierung des Arbeitslebens: Schöne neue Welt und vergessene Verwaltung?“, in: öAT 2018, S. 73 – 76.
- Richardi, Reinhard Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 16. Auflage, München 2018.
- Richardi, Reinhard „Der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Sicherung des Arbeitsvertrages in der Betriebsverfassung“, in: 50 Jahre BAG, München 2004, S. 1041 – 1062, zitiert: Richardi, in: 50 Jahre BAG, Seite.
- Richter, Julian „Der gestörte Urlaub“, in: AuR 2011, S. 16 - 20.
- Riechert, Christian
Nimmerjahn, Lutz Mindestlohngesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2017.
- Ritschel, Andrea
Weber, Christian „Arbeitszeitsouvernität für wissenschaftliche Beschäftigte an deutschen Hochschulen – Chancen und Risiken für eine familienfreundliche Arbeitszeitgestaltung unter Berücksichtigung des Arbeitsschutzrechts“, in: Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und Aktion, Festschrift für Wolfhard Kohte, Baden-Baden 2016, S. 163 – 183, zitiert: Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, Seite.
- Rudolph, Wolf-Dieter „Erreichbarkeit mittels Smartphone. Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats“, in: AiB 2012, S. 378 – 381.
- Sasse, Stefan
Schönfeld, Julia „Rechtliche Aspekte psychischer Belastungen im Arbeitsverhältnis“, in: RdA 2016, S. 346 – 357.
- Schaub, Günter Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage, München 2017, zitiert: Bearbeiter, in: Schaub, ArbR-HdB, Fundstelle.
- Schaub, Günter
Koch, Ulrich Arbeitsrecht von A-Z, 21. Auflage, München 2017, zitiert: Bearbeiter, in: Schaub/Koch, Stichwort.

- Schirmer, Uwe „Selbstbestimmtes Arbeiten in der digitalen Arbeitswelt“,
in: NZA-Beilage 2016, S. 85 – 89.
- Schlachter, Monika „Vertrauensarbeitszeit in Deutschland und Japan: kollektive
Gestaltungsmöglichkeiten auf betrieblicher Ebene“,
in: 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 1253 – 1272,
zitiert, Schlachter, in: 50 Jahre BAG, Seite.
- Schlegel, Rainer „Grenzenlose Arbeit“, in: NZA-Beilage 2014, S. 16 – 22.
- Schliemann, Harald ArbZG, Arbeitszeitgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar,
3. Auflage, Köln 2017.
- Schliemann, Harald Das Arbeitsrecht im BGB, Kommentar, 2. Auflage, Berlin 2002,
zitiert: Bearbeiter, in: Schliemann, Das Arbeitsrecht im BGB,
Fundstelle.
- Schliemann, Harald Arbeitszeitrecht: gesetzliche, tarifliche und betriebliche Regelungen,
Förster, Gottlieb u.a. Neuwied 1997,
Meyer, Jürgen zitiert: Bearbeiter, in: Schliemann/Förster/Meyer, Fundstelle.
- Schneider, Angie „Betriebliche Übung und konkludente Vertragsanpassung“,
in: NZA 2016, S. 590 - 594.
- Schneider, Angie „Betriebliche Übung: Vertragstheorie der Fiktion von
Willenserklärungen“, in: DB 2011, S. 2718 - 2722.
- Schröder, Sebastian Das Verhältnis von Direktionsrecht und Änderungskündigung,
Frankfurt am Main 2012,
zitiert: Schröder, Seitenzahl.
- Schubert, Claudia „Der Erholungsurlaub zwischen Arbeitsschutz und Entgelt“,
in: NZA 2013, S. 1105 - 1112.
- Schuchart, Uta „Ständige Erreichbarkeit – Arbeitszeit light vs. Recht auf
Unerreichbarkeit“, in: AuR 2016, S. 341 – 343.

- Schulze, Reiner
Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar,
9. Auflage, Baden-Baden 2017,
zitiert: Bearbeiter, in: Schulze, Gesetz, Randnummer.
- Schwarze, Roland
„Was wird aus dem gewerkschaftlichen Unterlassungsanspruch?“,
in: RdA 2005, S. 159 – 166.
- Seebacher, Krikor R.
Silberberger, Uwe
„Immer Online. Was der Betriebsrat gegen den Morbus Blackberry
tun kann“, in: AiB 2011, S. 757 – 760.
- Soost, Stefan
„Streik für besseren Arbeitsschutz – Arbeits- und Gesundheitsschutz
als Gegenstand von Tarifverträgen und Arbeitskämpfen“,
in: Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und
Aktion, Festschrift für Wolfhard Kohte,
Baden-Baden 2016, S. 513 – 529,
zitiert: Soost, in: Festschrift Kohte, Seite.
- v. Staudinger, Julius
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse
§§ 662-675b (Auftrag und Geschäftsbesorgung), Berlin 2017.
- Stefan, Ernst
„Der Arbeitgeber, die E-Mail und das Internet“,
in: NZA 2002, S. 585 - 591.
- Steffan, Ralf
„Arbeitszeit(recht) auf dem Weg zu 4.0“, in: NZA 2015, S. 1409 – 1417.
- v. Steinau-Steinrück, Robert
„Smartphone versus Arbeitsrecht“, in: NJW-Spezial 2012, S. 178 – 179.
- Steiner, Regina
„Zehn Irrtümer in Sachen Arbeitszeit“, in: AiB 2018, S. 22 – 24.
- Stiller, Klaus-Peter
„Gestaltung der Arbeitswelt und Regelung der Arbeitsbeziehungen
durch Tarifverträge“, in: NZA Beilage 2017, S. 62 - 65.
- Stoppkotte, Eva-Maria
Stiel, Claudia
„Mitarbeiter auf Stand-by. Die jederzeitige elektronische
Erreichbarkeit und ihre Folgen“, in: AiB 2011, S. 423 – 426.
- Tettinger, Peter J.
Gewerbeordnung, Kommentar, 8. Auflage, München 2011,

Wank, Rolf Ennuschat, Jörg	zitiert: Bearbeiter, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gesetz, Randnummer.
Thannheiser, Achim	„Mobile Kommunikation und Arbeit. Mitbestimmung Mobile Endgeräte wie Smartphones, Tablet-PCs oder Notebooks sind für viele Beschäftigte zu selbstverständlichen Arbeitsmitteln geworden. Das hat Vor-, aber auch Nachteile. Was können Personalräte hier tun?“, in: AiB extra 2015, S. 33 - 37.
Thüsing, Gregor	MiLoG AEntG, Mindestlohngesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2016.
Thüsing, Gregor	Beschäftigtendatenschutz und Compliance: effektive Compliance im Spannungsfeld von BDSG, Persönlichkeitsschutz und betrieblicher Mitbestimmung, 2. Auflage, München 2014, zitiert: Thüsing/Bearbeiter, in: Beschäftigtendatenschutz und Compliance, Fundstelle.
Thüsing, Gregor	„Digitalisierung der Arbeitswelt – Impulse zur rechtlichen Bewältigung der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen“, in: SR 2016, S. 87 – 108.
Thüsing, Gregor Braun, Axel	Tarifrecht, 2. Auflage, München 2016, zitiert: Bearbeiter, in: Thüsing/Braun, Fundstelle.
Thüsing, Gregor Hütter, Gisela	„Was ist Arbeit? – Oder: Warum Bereitschaftsdienst keine Arbeitszeit im Sinne des MiLoG ist“, in: NZA 2015, S. 970 - 973.
Tonikidis, Stelios	„Unterbrechung der Ruhezeit durch geringfügige Arbeitsleistungen“, in: AuR 2018, S. 67 – 70.
Trittin, Wolfgang	„Umbruch des Arbeitsvertrags: Von der Arbeitszeit zum Arbeitsergebnis“, in: NZA 2001, S. 1003 – 1011.
Uffmann, Katharina	„Digitalisierung der Arbeitswelt, Eine kritische Analyse der Gestaltungsvorschläge befristete Teilzeit und Wahlarbeitszeit aus

- methodisch-gestalterischer Perspektive“,
in: NZA-Beilage 2017, S. 45 - 53.
- Velikova, Silvia
Hummel, Dieter „Umsetzung des Gesundheitsschutzes im Betrieb – ausgewählte
Fragestellungen zum Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7
- Vogt, Volker „Einwirkungen von Smartphones auf Arbeitsverhältnisse“,
in: StBW 2012, S. 765 – 768.
- Walter, Thorsten „Mobile Device Management – rechtliche Fragen“,
Dorschel, Joachim in: WuM 2012, S. 22 - 26.
- Waltermann, Raimund „Tarifautonomie und „Richtigkeitsgewähr“ des Tarifvertrags in der
Leiharbeit?“, in: Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag,
München 2012, S. 569 – 584,
zitiert: Waltermann, in: Festschrift Bepler, Seite.
- Wank, Rolf „Die außerordentliche Kündigung im Verhältnis zu Abmahnung und
ordentlicher Kündigung“, in: Gesellschaftliche Bewegungen – Recht
unter Beobachtung und Aktion, Festschrift für Wolfhard Kohte,
Baden-Baden 2016, S. 359 – 380,
zitiert: Wank, in: Festschrift Kohte, Seite.
- Wank, Rolf „Facetten der Arbeitszeit“, in: RdA 2014, S. 285 – 290.
- Welskop-Deffaa, Eva M. „Aufgaben für Gewerkschaften und Sozialpartner in der Arbeitswelt
4.0“, in: NZA-Beilage 2017, S. 60 – 62.
- Wiebauer, Bernd „Die Novelle der Arbeitsstättenverordnung 2016“,
in: NZA 2017, S. 220 – 224.
- Wiebauer, Bernd „Arbeitsschutz und Digitalisierung“, in: NZA 2016, S. 1430 - 1436.
- Wiebauer, Bernd „Arbeitsschutz im Fremdbetrieb“, in: ZfA 2014, S. 29 – 35.
- Wiebauer, Bernd „Auslandsarbeit und Arbeitszeitgesetz“, in: EuZA 2012, S. 485 – 495.

Wiese, Günther	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-
Kreutz, Peter	BetrVG), Band II, §§ 74 – 132 BetrVG, 11. Auflage, Köln 2018,
Oetker, Hartmut	zitiert: Bearbeiter, in: Gemeinschaftskommentar, Gesetz,
Raab, Thomas	Randnummer.
Weber, Christoph	
Franzen, Martin	
Gutzeit, Martin	
Jacobs, Matthias	
Wirtz, Andreas	„Gestaltungsmöglichkeiten bei der Verlängerung der täglichen Arbeitszeit nach dem ArbZG“, in: BB 2014, S. 1397 - 1401.
Wisskirchen, Gerlind	„Aktuelle Problemstellungen im Zusammenhang mit "Bring your own device“, in: DB 2015, S. 1163 - 1168.
Schiller, Jan Peter	
Zumkeller, Alexander R.	„Arbeitsrecht 4.0: Mittendrin statt nur dabei!“, in: BB 2015, Heft 30, I.

Internetquellen

AOK-Bundesverband GbR (AOK-BV)
BKK Dachverband e. V. (BKK DV)
Deutsche Gesetzliche
Unfallversicherung e. V. (DGUV)
Verband der Ersatzkassen e. V. (vdek)

„iga.Report 23, Auswirkungen von ständiger Erreichbarkeit und Präventionsmöglichkeiten,
Teil 2: Eine wissenschaftliche Untersuchung zu potenziellen Folgen für Erholung und Gesundheit und Gestaltungsvorschläge für Unternehmen“,
Dresden 2016,
zitiert: Bearbeiter, iga.Report 23, Teil 2, Seite.

AOK-Bundesverband GbR (AOK-BV)
BKK Dachverband e. V. (BKK DV)
Deutsche Gesetzliche
Unfallversicherung e. V. (DGUV)
Verband der Ersatzkassen e. V. (vdek)

„iga.Report 23, Auswirkungen von ständiger Erreichbarkeit und Präventionsmöglichkeiten,
Teil 1: Überblick über den Stand der Wissenschaft und Empfehlungen für einen guten Umgang in der Praxis“, Mai 2013,
zitiert: Bearbeiter, iga.Report 23, Teil 1, Seite.

Bundesanstalt für Arbeitsschutz und
Arbeitsmedizin (BAuA)

„Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, Wissenschaftliche Standortbestimmung“, Forschung Projekt F 2353“,
Dortmund/Berlin/Dresden 2017,
zitiert: Baua, in: Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, Seite.

Bundesanstalt für Arbeitsschutz und
Arbeitsmedizin (BAuA)

„Die Auswirkungen arbeitsbezogener erweiterter Erreichbarkeit auf Life-Domain-Balance und Gesundheit“,
baua Bericht, Forschung Projekt F 2353, 2. Auflage,
Dortmund/Berlin/Dresden 2016,
zitiert: Bearbeiter, in: baua Bericht, Seite.

Bundesministerium für Arbeit und
Soziales
Abteilung Grundsatzfragen des
Sozialstaats, der Arbeitswelt und der
sozialen Marktwirtschaft

Weißbuch, Arbeiten 4.0,
Berlin März 2017,
zitiert: BMAS, in: Weißbuch, Seite.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales
Abteilung Grundsatzfragen des
Sozialstaats, der Arbeitswelt und der
sozialen Marktwirtschaft

Arbeiten 4.0, Werkheft 02,
Berlin August 2016,
zitiert: Bearbeiter, in: Werkheft 02, Seite.

BITKOM
Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien
e. V.

„Arbeit 3.0, Arbeiten in der digitalen Welt“,
Berlin 2013,
zitiert: BITKOM-Studie, Seite.

Bundesvereinigung der Deutschen
Arbeitgeberverbände
BDA | DIE ARBEITGEBER

„Geltendes Arbeitsschutzrecht schützt ausreichend vor
arbeitsbedingten Gefährdungen der psychischen Gesundheit“,
Stellungnahme vom 7. Mai 2013, zitiert: BDA, Seite.

Deutsche Telekom

„One Number: Telekom bietet Festnetznummer für
unterwegs“, vom 02.09.2015,
[https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/
detail/one-number--telekom-bietet-festnetznummer-fuer-
unterwegs-349482](https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/one-number--telekom-bietet-festnetznummer-fuer-unterwegs-349482)
Stand: 07.11.2018.

IG Metall Vorstand,
Ressort Arbeitsgestaltung und
Gesundheitsschutz

„Anti-Stress-Verordnung,
Zwischenbilanz einer Initiative der IG Metall“,
Darmstadt 2014,
zitiert: IG-Metall, in: Zwischenbilanz, Seite.

IG Metall Vorstand
Funktionsbereich Arbeitsgestaltung
und Qualifizierungspolitik,
Ressort Arbeitsgestaltung und
Gesundheitsschutz

„Anti-Stress-Verordnung,
Eine Initiative der IG Metall“,
Frankfurt am Main 2012,
zitiert: Bearbeiter, in: Eine Initiative der IG Metall, Seite.

Inhaltsübersicht

1. Kapitel: Einleitung	1
2. Kapitel: Rechtliche Einordnung und Gestaltungsmöglichkeiten der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	12
3. Kapitel: Grenzen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	59
4. Kapitel: Risiken für Arbeitnehmer bei Nichtleistung oder nicht ordnungsgemäßer Leistung des Dienstes	147
5. Kapitel: Folgen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	166
6. Kapitel: Verhinderung der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	211
7. Kapitel: Fazit der Arbeit	267

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel: Einleitung	1
I. Kulturwandel im Arbeitsleben	1
II. Die ständige Erreichbarkeit	1
1. Verfügbarkeit von Arbeitnehmern für Arbeitsbelange	2
2. Ermöglichung durch neue Informations- und Kommunikationsmedien	3
3. Ursachen für die ständige Erreichbarkeit	5
III. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	6
2. Kapitel: Rechtliche Einordnung und Gestaltungsmöglichkeiten der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	11
I. Die rechtliche Einordnung des zusätzlichen Dienstes	11
1. Begriffsbestimmung der Arbeitszeit	11
2. Zeiten der Freizeittätigkeit als Arbeitszeit	12
3. Zeiten der ständigen Erreichbarkeit als Arbeitszeit	16
a) Vergleich mit der Arbeitsbereitschaft	17
b) Vergleich mit dem Bereitschaftsdienst	18
c) Vergleich mit der Rufbereitschaft	19

d) Vergleich mit der Arbeit auf Abruf	24
4. Zwischenergebnis	24
II. Gestaltungsmöglichkeiten ständiger Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	24
1. Weisungsrecht des Arbeitgebers, § 106 Gewerbeordnung (im Folgenden: GewO)	24
a) Begriffsbestimmung des Weisungsrechts	24
b) Weisungsrecht zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	25
aa) Annahme einseitiges Weisungsrecht des Arbeitgebers	25
bb) Ablehnung einseitiges Weisungsrecht des Arbeitgebers	26
cc) Zwischenergebnis	30
2. Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts	30
a) Begriffsbestimmung Leistungsbestimmungsrecht	30
b) Gestaltungsmöglichkeiten	31
aa) Vereinbarung eines Widerrufsrechts	31
bb) Vereinbarung eines Abrufarbeitsverhältnisses, § 12 TzBfG	32
cc) Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts	35
c) Wirksamkeit eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts	36
aa) Kein Verstoß gegen gesetzliches Verbot, § 134 BGB	36
bb) Keine Unwirksamkeit nach Kontrolle, §§ 305 ff. BGB	38
(1) Anwendbarkeit auf Arbeitsverträge, §§ 310 Abs. 4 S. 2, 305 Abs. 1 BGB	38
(2) Keine überraschende Klausel, § 305c BGB	38
(3) Inhaltskontrolle, §§ 307 ff. BGB	38
(a) Kontrollfähigkeit der Klausel, § 307 Abs. 3 BGB	38
(b) Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit, § 308 Nr. 4 BGB	39
(c) Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	40
(d) Transparenzkontrolle, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	44
d) Zwischenergebnis	46
3. Konkretisierung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers zum zusätzlichen Dienst	47
4. Konkludente Vereinbarung ständiger Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	48
a) Konkludente Vertragsanpassung	48
b) Betriebliche Übung	50
c) Ergebnis	51
3. Kapitel: Grenzen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	52
I. Vereinbarkeit mit dem Arbeitszeitgesetz	52

1. Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes	52
2. Verstoß gegen Höchstarbeitszeit, § 3 ArbZG	53
a) Verstoß gegen Höchstarbeitszeit durch zusätzlichen Dienst	53
b) Verlängerung der Höchstarbeitszeit, § 7 Abs. 1 Nr. 1a) ArbZG	55
aa) Voraussetzung einer solchen Regelung	55
bb) Anwendbarkeit für die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	56
(1) Freizeittätigkeit	56
(2) Ständige Erreichbarkeit	56
(a) Anwendbarkeit der Regelung zur Verlängerung der Höchstarbeitszeit	56
(b) Unanwendbarkeit der Regelung zur Verlängerung der Höchstarbeitszeit	57
(c) Zwischenergebnis	58
c) Ausnahme von Höchstarbeitszeit bei Vertrauensarbeitszeit	58
d) Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers, § 16 Abs. 2 ArbZG	59
e) Zwischenergebnis	60
3. Verstoß gegen Ruhezeit, § 5 ArbZG	60
a) Gewährung einer ununterbrochenen Ruhezeit, § 5 Abs. 1 ArbZG	60
aa) Annahme einer Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung der Ruhezeit	60
bb) Ablehnung einer Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung der Ruhezeit	63
cc) Entscheidung für die Gewährung einer ununterbrochenen Ruhezeit	66
b) Kürzung der Ruhezeit, § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG	67
c) Anpassung der Ruhezeit, § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG	68
aa) Regelungsbefugnis für die Anpassung der Ruhezeit	68
bb) Regelungsinhalt der Anpassung der Ruhezeit	69
cc) Anwendung auf die ständige Erreichbarkeit	70
d) Zwischenergebnis	73
4. Zusätzlicher Dienst als Nacht- und Schichtarbeit, § 6 ArbZG	73
a) Nachtarbeitnehmer, § 2 Abs. 5 ArbZG	73
b) Zwischenergebnis	75
5. Verstoß gegen Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen, § 9 ArbZG	76
a) Beschäftigungsverbot, § 9 Abs. 1 ArbZG	76
b) Beschäftigungsverbot für die Freizeittätigkeit	76
c) Beschäftigungsverbot für die ständige Erreichbarkeit	77
d) Erheblichkeitsschwelle für das Beschäftigungsverbot	79
e) Zwischenergebnis	80

6. Ergebnis	80
II. Vereinbarkeit mit dem Urlaubsrecht	80
1. Ständige Erreichbarkeit während des Urlaubs	80
2. Freizeittätigkeit während des Urlaubs	84
a) Annahme einer Erheblichkeitsschwelle für Unterbrechung des Urlaubs	84
b) Ablehnung einer Erheblichkeitsschwelle für Unterbrechung des Urlaubs	86
c) Entscheidung für die Ablehnung einer Erheblichkeitsschwelle	88
3. Ergebnis	88
III. Einsatz bei Arbeitsunfähigkeit	89
1. Zusätzlicher Dienst während der Arbeitsunfähigkeit	89
2. Vorzeitige Rückgewinnung der Arbeitsfähigkeit	90
3. Teilarbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers für zusätzlichen Dienst	91
4. Ergebnis	92
IV. Vereinbarkeit mit dem Arbeitsschutzgesetz	92
1. Erforderliche Maßnahmen des Arbeitsschutzes, §§ 3 Abs. 1 S. 1, 5 Abs. 1 ArbSchG	92
a) Speziellere Gefährdungsbeurteilung nach den Verordnungen, § 18 ArbSchG	93
aa) Gefährdungsbeurteilung, § 3 BildscharbV	93
bb) Gefährdungsbeurteilung, § 3 ArbStättV	96
(1) Änderungen an der Arbeitsstättenverordnung	96
(2) Sachlicher Anwendungsbereich der Arbeitsstättenverordnung	97
(a) Arbeitsstätte, § 2 Nr. 1, 2 ArbStättV	97
(b) Arbeitsstätte, § 2 Abs. 7 ArbStättV	97
(3) Zwischenergebnis	98
b) Gefährdungsbeurteilung, § 5 ArbSchG	99
aa) Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung	99
bb) Ermittlung von Schutzmaßnahmen	101
c) Zwischenergebnis	103
2. Ergebnis	103
V. Vereinbarkeit mit den Beteiligungsrechten des Betriebsrats	104
1. Arbeitszeit, § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG	104
a) Grundsatz	104
b) Rufbereitschaft	104

aa) Mitbestimmungstatbestand nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG	104
bb) Mitbestimmungstatbestand nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG	106
cc) Kollektiver Tatbestand für die Mitbestimmung des Betriebsrats	107
dd) Zwischenergebnis	107
c) Ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	108
aa) Mitbestimmungstatbestand nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG	108
bb) Mitbestimmungstatbestand nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG	109
cc) Kollektiver Tatbestand für die Mitbestimmung des Betriebsrats	110
dd) Zwischenergebnis	111
2. Fragen der Ordnung und des Verhaltens, § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	112
a) Kollektiver Tatbestand für die Mitbestimmung des Betriebsrats	112
b) Betriebsbezug der Regelung des Arbeitgebers	112
c) Angelegenheiten der Ordnung und des Verhaltens im Betrieb	114
d) Zwischenergebnis	116
3. Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	116
a) Technische Einrichtung	117
b) Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen	120
c) Kollektiver Tatbestand für die Mitbestimmung des Betriebsrats	121
d) Zwischenergebnis	121
4. Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG	122
5. Versetzung, § 99 BetrVG	125
a) Erreichen des Schwellenwertes, Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer	125
b) Mobiles Arbeiten im Rahmen des zusätzlichen Dienstes als Versetzung	125
c) Zwischenergebnis	127
6. Ergebnis	127
VI. Vereinbarkeit mit den Beteiligungsrechten der Gewerkschaften	128
4. Kapitel: Risiken für Arbeitnehmer bei Nichtleistung oder nicht ordnungsgemäßer Leistung des Dienstes	128
I. Ausspruch einer Abmahnung durch den Arbeitgeber	128
1. Sinn und Zweck der Abmahnung	129
2. Abmahnungsrelevantes Fehlverhalten des Arbeitnehmers	130
a) Ablehnung der Vornahme des zusätzlichen Dienstes	130
b) Verletzung der Rücksichtnahmepflicht	131

II. Verhaltensbedingte Kündigung	134
1. Ordentliche Kündigung, § 1 KSchG	134
a) Ablehnung der Vornahme von ständiger Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	134
b) Verletzung der Rücksichtnahmepflicht	137
2. Außerordentliche Kündigung, § 626 Abs. 1 BGB	139
a) Beharrliche Arbeitsverweigerung	139
b) Verletzung der Rücksichtnahmepflicht	143
III. Ergebnis	145
5. Kapitel: Folgen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	145
I. Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers	145
1. Vergütung der Zeiten der Freizeittätigkeit	145
a) Vertraglicher Vergütungsanspruch	145
b) Gesetzlicher Vergütungsanspruch, § 612 Abs. 1 BGB	151
c) Zwischenergebnis	154
2. Vergütung der Zeiten der ständigen Erreichbarkeit	155
a) Vertraglicher Vergütungsanspruch	155
b) Gesetzlicher Vergütungsanspruch, § 612 Abs. 1 BGB	156
c) Zwischenergebnis	160
II. Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz	161
1. Ruhezeit	161
2. Höchstarbeitszeit	161
3. Sonn- und Feiertagsarbeit	162
4. Schadensersatzansprüche, § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Schutzgesetzen	162
a) Verletzung der Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie	162
b) Verletzung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes	163
aa) Verletzung von Schutzgesetzen	163
bb) Schaden durch die Verletzung der §§ 3, 5 Abs. 1 ArbZG	164
(1) Nichteinhaltung der Mindestruhezeit, § 5 Abs. 1 ArbZG	164
(2) Überschreiten der Höchstarbeitszeit, § 3 ArbZG	165
c) Ergebnis	166
III. Nichtbeachtung der ordnungsgemäßen Urlaubsgewährung	166

1. Anspruch auf Nacherfüllung des Urlaubs	166
2. Sanktion des Arbeitgebers wegen Verstöße gegen Urlaubsgrundsätze	169
IV. Nichtbeachtung der Arbeitsunfähigkeit	169
V. Ersatzpflichten bezüglich der genutzten Kommunikationsmittel	171
1. Verlust oder Schäden an den Kommunikationsmitteln	171
a) Anwendbarkeit des § 670 BGB auf das Arbeitsverhältnis	172
b) Ersatz von Beschädigungen und Verlust nach § 670 BGB entsprechend	173
c) Verlust oder Beschädigung im Zusammenhang mit dem jeweiligen Einsatz	174
d) Mitverschulden des Arbeitnehmers hinsichtlich Beschädigung und Verlust	178
e) Pflicht zur Wiederbeschaffung des privaten Kommunikationsmittels	179
f) Zwischenergebnis	180
2. Kosten durch die Nutzung der Kommunikationsmittel	180
3. Ergebnis	183
VI. Ergebnis	183
6. Kapitel: Verhinderung der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit	184
I. Einschreiten des betroffenen Arbeitnehmers	184
1. Anzeige bei der Behörde, § 17 Abs. 2 ArbZG	184
2. Anspruch auf Erfüllung, § 618 Abs. 1 BGB	185
a) Anwendungsbereich	185
b) Erfüllung öffentlich-rechtlicher Arbeitsschutznormen	186
aa) Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes	186
bb) Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes	187
cc) Regelungen des Arbeitszeitgesetzes	188
dd) Regelungen des Arbeitsschutzgesetzes	189
ee) Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes	190
ff) Regelungen des Tarifvertragsgesetzes	191
c) Zwischenergebnis	191
3. Zurückbehaltungsrecht, § 273 BGB	191
4. Recht auf Nichterreichbarkeit	193
5. Recht zur außerordentlichen Kündigung, § 626 BGB	194
6. Ergebnis	196

II. Einschreiten des Arbeitgebers	196
1. Ausübung des Weisungsrechts, § 106 S. 1 GewO	196
2. Erlass von Unternehmensregeln für die Arbeitnehmer	197
a) Grundsatz Nichterreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit	198
b) Abweichung vom Grundsatz der Nichterreichbarkeit	200
3. Ergebnis	201
III. Einschreiten des Betriebsrats	201
1. Wahrnehmung allgemeiner Aufgaben, § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	201
2. Abschluss von Betriebsvereinbarungen, § 77 Abs. 4 BetrVG	203
3. Geltendmachung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs	204
4. Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG	206
5. Ergebnis	208
IV. Einschreiten der Gewerkschaft	208
1. Abschluss eines Tarifvertrages	208
2. Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG	211
3. Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG	212
V. Lösungen durch gesetzliche und untergesetzliche Regelungen	217
1. Verabschiedung des Wahlarbeitszeitgesetzes	217
a) Regelungsgegenstand des Wahlarbeitszeitgesetzes	217
b) Erfordernis eines Wahlarbeitszeitgesetzes	219
c) Ergebnis	222
2. Erlass einer Verordnung zum Schutz vor Gefährdungen durch psychische Belastung bei der Arbeit (im Folgenden: Anti-Stress-Verordnung)	223
a) Regelungsinhalt der Anti-Stress-Verordnung	223
b) Erfordernis einer Anti-Stress-Verordnung	225
aa) Ablehnung des Erfordernisses einer Anti-Stress-Verordnung	225
bb) Annahme des Erfordernisses einer Anti-Stress-Verordnung	227
cc) Entscheidung für Erfordernis einer Anti-Stress-Verordnung	229
3. Ergebnis	231
7. Kapitel: Fazit der Arbeit	232

1. Kapitel: Einleitung

I. Kulturwandel im Arbeitsleben

Der technologische Wandel und die damit verbundene Digitalisierung wirkt sich auch auf die Berufswelt aus. Durch die Nutzung mobiler Kommunikationsmittel im Arbeitsalltag wird den Arbeitnehmern, je nach Anforderungen der Tätigkeit, die Möglichkeit eröffnet ihre Arbeitsleistung im Home-Office, von unterwegs oder von jedem beliebigen Ort aus zu erbringen.¹ Die in vielen Unternehmen bisher herrschende Präsenzkultur, nach der die Arbeitsleistung am Arbeitsplatz erbracht werden soll, wird immer weiter verdrängt.²

Dies lässt sich auch in der Öffentlichkeit beobachten: „Und so telefonieren sie im Zug, im Taxi, im Flughafenbus, in der San Francisco Coffee Company, auf dem Weg zu einem Meeting, während der Pause und im Anschluss daran. Rufen Mails ab und beantworten sie im Minutentakt und bekommen einen Schweißausbruch, wenn unterwegs der Akku des Handys leer und keine Steckdose in Reichweite ist. Sie sind immer erreichbar – Tag und Nacht. Das sogenannte Privatleben findet über jene Kanäle statt, durch die auch die geschäftlichen Kontakte gepflegt werden: Über das Mobiltelefon, das längst zur Schaltzentrale für die Organisation des Lebens geworden ist.“³

II. Die ständige Erreichbarkeit

Die neuen Informations- und Kommunikationsmedien sind im Arbeitsleben zu unverzichtbaren Hilfsmitteln geworden. Sie gehören in nahezu allen Berufen zur Standardausstattung, denn durch ihren Einsatz kann der einzelne Arbeitnehmer auch außerhalb der regulären Arbeitszeit und des regulären Arbeitsortes Tätigkeiten vornehmen sowie Kontakt zu den Vorgesetzten, Kollegen oder Kunden herstellen oder von ihnen kontaktiert werden.⁴ Dies hat zur Folge, dass die Arbeit nicht nur räumlich, sondern auch zeitlich entgrenzt wird, indem die für die Arbeit herrschenden Strukturen aufgelöst oder aufgehoben werden und die Erwerbsarbeit mit dem Privatleben der Arbeitnehmer verschmilzt.⁵ Durch die Möglichkeiten des Arbeitens auf Abruf, Telearbeit, mobile Arbeit, Arbeit mit wechselnden Einsatzorten und die ständige Verfügbarkeit wird die Durchführung von Arbeitsaufgaben in zeitlicher und räumlicher Hinsicht flexibilisiert.⁶ Die Entgrenzung eröffnet den Arbeitnehmern neue Handlungs- und Gestaltungsspielräume, zu denen auch die Arbeitszeitflexibilisierung gehört. Gleichzeitig steigen

¹ Thüsing, SR 2016, 87; Wiebauer, NZA 2016, 1430; Steffan, NZA 2015, 1409; Oberthür, NZA 2013, 246; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

² Freyler, S. 2f.; Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 79; Wiebauer, NZA 2016, 1430; Oberthür, NZA 2013, 246; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

³ Stoppkotte/Stiel, AiB 2011, 423.

⁴ Freyler, S. 3f.; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (54); Stoppkotte/Stiel, AiB 2011, 423.

⁵ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9478, Antwort v. 30. 04. 2012, S. 11; Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 79; Klebe, NZA-Beilage 2017, 77 (81); Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (54); Krause, NZA 2016, 1004; Wiebauer, NZA 2016, 1430; Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

⁶ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9478, Antwort v. 30. 04. 2012, S. 11; Hanau, NJW 2016, 2613 (2617).

aber auch die Anforderungen an den Einzelnen; dessen Aufgabe ist es dann, die ehemals anderweitig gesetzten Strukturen durch neue eigene Handlungsparameter zu ersetzen, da es statt starrer detaillierter Handlungsvorgaben grobe Handlungsrahmen gibt.⁷

Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers mittels mobiler Kommunikationsmittel setzt Folgendes voraus:

1. Verfügbarkeit von Arbeitnehmern für Arbeitsbelange

Bei der ständigen Erreichbarkeit ist zwischen der Verfügbarkeit des Arbeitnehmers für Arbeitsbelange (arbeitsbezogene ständige Erreichbarkeit) und der Verfügbarkeit für private Belange (private ständige Erreichbarkeit) zu differenzieren.⁸ Die gegenständliche Untersuchung bezieht sich auf die ständige Erreichbarkeit für Arbeitsbelange.

Dabei setzt die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers nicht ein „immer und überall“ und damit eine permanente Verfügbarkeit an 24 Stunden am Tag, sieben Tage die Woche, das ganze Jahr voraus; vielmehr kann die Erreichbarkeit unterschiedliche Ausmaße haben, wie die Erreichbarkeit an Wochentagen nach der üblichen Arbeitszeit, am Wochenende oder während des Urlaubs.⁹ Die ständige Erreichbarkeit bezieht sich auf eine erweiterte Verfügbarkeit für dienstliche Belange außerhalb der regulären Arbeitszeit und dem regulären Arbeitsort, im Rahmen dessen sich der Arbeitnehmer in einem Bereitschaftszustand (Standy-By-Modus) hält, um mit den ihm zur Verfügung stehenden Kommunikationsmitteln für die Anfragen von Vorgesetzten, Kollegen oder Kunden erreichbar zu sein und die erforderliche Arbeitsleistung von unterwegs oder zu Hause aus zu erbringen.¹⁰ Somit erstreckt sich die Verfügbarkeit auf solche Lebensbereiche, die zeitlich und räumlich von der Erwerbsarbeit abgegrenzt sind.¹¹ Nimmt der Arbeitnehmer im Rahmen dieser Verfügbarkeit unter Nutzung von Kommunikationsmitteln eine dienstliche Tätigkeit vor, wird diese als Freizeittätigkeit bezeichnet.¹² Die ständige Erreichbarkeit und die damit verbundene Freizeittätigkeit stellen demnach einen zusätzlichen Dienst des Arbeitnehmers außerhalb der üblichen Arbeitszeit und des üblichen Arbeitsortes dar.

Die Veranlassung des Arbeitnehmers zur ständigen Erreichbarkeit kann auf einer ausdrücklichen Aufforderung des Vorgesetzten, einem Wunsch des Arbeitgebers unter vorgehaltener Hand oder auf einer konkludenten Forderung beruhen, aber auch von dem Arbeitgeber wahrgenommen und geduldet

⁷ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9478, Antwort v. 30. 04. 2012, S. 11; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Hanau, NJW 2016, 2613 (2617).

⁸ Pangert/Pauls/Schüpbach, in: baua Bericht, S. 8.

⁹ Pangert/Pauls/Schüpbach, in: baua Bericht, S. 8.

¹⁰ Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1432); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Wank, RdA 2014, 285 (288); Falder, NZA 2010, 1150.

¹¹ Pangert/Pauls/Schüpbach, in: baua Bericht, S. 8; Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Wank, RdA 2014, 285 (288).

¹² Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

werden, sodass die erzielten Arbeitsergebnisse ohne Bedenken verwertet werden.¹³

2. Ermöglichung durch neue Informations- und Kommunikationsmedien

Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers wird durch die Nutzung der neuen Informations- und Kommunikationsmedien ermöglicht und gefördert.¹⁴

Zwar können die früher genutzten Kommunikationsmittel, die an einen bestimmten Ort gebunden sind, wie das Standtelefon, auch eine über die übliche Arbeitszeit hinausgehende Erreichbarkeit ermöglichen.¹⁵ Dies würde aber voraussetzen, dass sich der Arbeitnehmer an demselben Ort aufhält, an dem sich das Kommunikationsmittel befindet. Der Arbeitnehmer hält sich aber in seiner Freizeit und im Urlaub nicht zwingend in seiner Wohnung oder in seinem Haus auf, an dem sich das Standtelefon befindet, weshalb eine ständige Erreichbarkeit über ein solches Kommunikationsmittel mangels Mobilität ausscheidet. Zudem können auch weitere Personen, wie Familienmitglieder oder Mitbewohner, das Standtelefon benutzen, sodass eine direkte Erreichbarkeit des gewünschten Gesprächspartners auch durch die gemeinschaftliche Nutzung des Geräts erschwert wird. Aufgrund der Unerheblichkeit der Nutzung von Standgeräten für die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers werden diese von der Untersuchung ausgenommen.

Anders ist es bei der Kontaktaufnahme über die neuen Informations- und Kommunikationsmedien, da diese mobilen Geräte vom Arbeitnehmer mitgeführt und damit standortunabhängig genutzt werden können sowie direkt dem jeweiligen Arbeitnehmer zugeordnet sind.¹⁶ Solche mobilen Kommunikationsmittel sind Geräte wie Smartphone, Blackberry, Notebook und Tablet, die zum Telefonieren, Empfangen und Versenden von E-Mails, Verwalten von Kontakten, Herstellen der Verbindung zum Internet, zur Teilnahme an sozialen Netzwerken im Internet, zum Bereithalten von Nachrichten aus aller Welt sowie zur Führung von Aufgabenlisten und Terminkalendern oder auch zur Steuerung von Projekten genutzt werden können; dabei sind die mobilen Geräte häufig über GPS jederzeit ortbar und über aufgespielte Programme jederzeit abfrag- und auswertbar.¹⁷

Bei den genutzten mobilen Kommunikationsmitteln können es sich um solche handeln, die durch den Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt worden sind oder private Kommunikationsmittel des Arbeitnehmers, die er in das Unternehmen für seine geschäftliche Tätigkeit eingebracht hat. Bringt der Arbeitnehmer im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses seine eigenen, privaten Kommunikationsmittel in den Betrieb ein, eröffnet er damit neben der privaten Nutzung des Geräts,

¹³ Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Wank, RdA 2014, 285 (288); Falder, NZA 2010, 1150.

¹⁴ Pangert/Pauls/Schüpbach, in: baua Bericht, S. 8; Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Wiebauer, NZA 2016, 1430; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); Wank, RdA 2014, 285 (288); Falder, NZA 2010, 1150.

¹⁵ Wank, RdA 2014, 285 (288).

¹⁶ Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Wiebauer, NZA 2016, 1430; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); Wank, RdA 2014, 285 (288); Falder, NZA 2010, 1150.

¹⁷ Thüsing, SR 2016, 87 (97); Thannheiser, AiB extra 2015, 33.

auch die geschäftliche Nutzung für den Arbeitsalltag.¹⁸ Die geschäftliche Nutzung bezieht sich dabei nicht nur auf das Telefonieren oder das Versenden von E-Mails mit dem mobilen Gerät, sondern auch auf die Nutzung dessen weiterer Funktionen, um für geschäftliche Belange tätig zu werden.¹⁹ Das Einbringen in den Betrieb erfolgt freiwillig durch eine ausdrückliche Entscheidung oder durch ein konkludentes Verhalten, es entsteht ein Betriebsbezug, der für die Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen maßgeblich ist.²⁰ Dabei können die einzelnen Nutzungsbedingungen im Arbeitsvertrag oder in einer einzelvertraglichen Zusatzvereinbarung mit dem einzelnen Arbeitnehmer geregelt werden, da ein Betriebsbezug des eingebrachten privaten Kommunikationsmittels entsteht, können die Nutzungsbedingungen auch im Rahmen einer Betriebsvereinbarung geregelt werden.²¹ Die geschäftliche Nutzung privater Kommunikationsmittel kann aber weder mit dem Betriebsrat vereinbart, noch durch den Arbeitgeber einseitig vorgegeben werden.²² Die privaten Kommunikationsmittel sind das Eigentum des Arbeitnehmers und unterliegen nur seiner Dispositionsbefugnis, sodass der Arbeitnehmer, der sich für eine geschäftliche Nutzung entscheidet, die damit einhergehenden zusätzlichen Pflichten freiwillig annimmt und damit auch den jeweiligen geschäftlichen Nutzungsbedingungen unterliegt.²³ Wird entgegen dem Willen des Arbeitnehmers die geschäftliche Nutzung geregelt, sind solche Regelungen unwirksam und entfalten keine Rechtswirkung für den Arbeitnehmer.²⁴

In vielen Unternehmen sind spezielle „Bring-your-own-device-Programme“ (im Folgenden: BYOD-Programme) festgelegt. Die Teilnahme an dem BYOD-Programm erfolgt regelmäßig einzelvertraglich, dabei beinhalten die vertraglichen Regelungen üblicherweise die Einzelfreigabe des Arbeitnehmer-Smartphones sowie der Software für BYOD durch die IT-Abteilung, die Definition von betrieblicher Nutzung, von privater Nutzung und von betrieblichen und privaten Daten, Fragen zur Kostenerstattung, zu Zugriffs- und Kontrollrechten, zu Datenschutz und zu den Mitteilungspflichten des Arbeitnehmers,

¹⁸ Solmecke, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, A. Digitalisierte Arbeitswelt, Rn. 18; Raif/Nann, GWR 2016, 221 (222); Pollert, NZA-Beilage 2014, 152; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765.

¹⁹ Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (766).

²⁰ Auer-Reinsdorff/Conrad, § 37, Rn. 321; Hoppe, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 622; Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163 (1165); Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (153).

²¹ Auer-Reinsdorff/Conrad, § 37, Rn. 325; Hoppe, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 623, 626; Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (153).

²² Auer-Reinsdorff/Conrad, § 37, Rn. 321, 324; Hoppe, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 622, 626; Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (153).

A.A.: Das Bundesarbeitsgerichts hat in ihrem Beschluss vom 13. Februar 2007, Aktenzeichen 1 ABR 18/06, BAGE 121, 147-158 entschieden, dass die Betriebsparteien im Rahmen einer freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG, unter Beachtung der ihnen hierbei gesetzten Binnenschranken, einvernehmlich auch Regelungen über die Tragung der Kosten einer einheitlichen Personalkleidung treffen können. Die Möglichkeit eine solche Pflicht zur Eigenfinanzierung von Arbeitskleidung durch den Arbeitnehmer über eine freiwillige Betriebsvereinbarung regeln zu können, lasse die Annahme zu, dass eine solche Regelung für die Anschaffung eines Smartphones ebenso möglich sei, sofern die diesbezügliche Kostentragungspflicht nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstieße. So: Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163 (1166).

²³ Auer-Reinsdorff/Conrad, § 37, Rn. 325, 291; Imping, in: Kilian/Heussen, Teil 7, 70.11, Rn. 65; Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163 (1166); Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (153).

²⁴ Auer-Reinsdorff/Conrad, § 37, Rn. 321; Walter/Dorschel, WuM 2012, 22 (23).

unter anderem im Falle des Verlustes.²⁵ Für den Arbeitnehmer hat die Teilnahme am BYOD-Programm den Vorteil, nur ein Kommunikationsmittel mit sich führen zu müssen, welches für private und geschäftliche Belange gleichzeitig genutzt werden kann.²⁶ Auch für den Arbeitgeber ist eine solche Entscheidung des Arbeitnehmers, nicht nur aus Kostengründen, vorteilhaft, da der Arbeitnehmer in seiner Freizeit das mobile Gerät überall mit sich führt und somit nicht nur für private Belange, sondern auch für geschäftliche Anfragen erreichbar ist.²⁷

Neben der Nutzung privater Kommunikationsmittel, kann auch der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Kommunikationsmittel zur Verfügung stellen, oft wird dabei immer weniger an das Erreichen einer bestimmten Karrierestufe angeknüpft.²⁸ In vielen Fällen erwarten dann die Arbeitgeber von ihren Mitarbeitern, dass sie selbstverständlich über die zur Verfügung gestellten Kommunikationsmittel ständig erreichbar sind, ohne eine Vereinbarung über den Umgang und die Nutzung getroffen zu haben.²⁹

Das ständige Mitsichführen der mobilen Kommunikationsmittel, unabhängig davon, ob es private oder zur Verfügung gestellte Kommunikationsmittel sind, außerhalb der betrieblichen Räumlichkeiten und der üblichen Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer, ermöglicht eine höhere Intensität der Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, sodass dessen Nutzung im Hinblick auf die ständige Erreichbarkeit zu untersuchen ist.

3. Ursachen für die ständige Erreichbarkeit

Neben dem technologischen Wandel bestehen weitere Ursachen, welche die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers verursachen. Dies sind der Abbau von Personal, die zunehmende Arbeitsverdichtung und die damit verbundene Veränderung der üblichen Arbeitszeit, die allgemeine Beschleunigung des Arbeitslebens, die Komplexität von Aufgaben sowie immer kürzer werdende Zeitpuffer im Rahmen von Pausenregelungen und anderen Zeitvergünstigungen.³⁰

Eine weitere Ursache für die ständige Erreichbarkeit ist die Globalisierung der Wirtschaft und die damit verbundene wirtschaftliche Vernetzung über die Ländergrenzen hinaus. International agierende Unternehmen müssen für die Kommunikation der Mitarbeiter im Rahmen von Absprachen oder Meetings die Zeitverschiebungen beachten, wenn solche Unternehmen Standorte in verschiedenen Ländern und kontinentalübergreifend haben sowie über internationale Kundenbeziehungen verfügen, sodass die Arbeitnehmer auch nach ihrer üblichen Arbeitszeit kontaktiert und zu extrem flexiblen, familienunfreundlichen Arbeitszeiten veranlasst werden.³¹

²⁵ Raif/Nann, GWR 2016, 221 (222); Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (153).

²⁶ Imping, in: Kilian/Heussen, Teil 7, 70.11, Rn. 63; Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163.

²⁷ Hoppe, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 619; Pollert, NZA-Beilage 2014, 152.

²⁸ So auch etwa Freyler, S. 3; Rudolph, AiB 2012, 378 (379).

²⁹ Rudolph, AiB 2012, 378 (379); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

³⁰ Eberhardt, AiB 2012, 504 (505).

³¹ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); Wank, RdA 2014, 285 (288); Eberhardt, AiB 2012, 504 (505).

III. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Durch die ständige Erreichbarkeit wird die Zugriffsmöglichkeit auf den Arbeitnehmer auf Zeiten außerhalb der üblichen Arbeitszeit, während des Urlaubs und der Arbeitsunfähigkeit sowie auf weitere andere Aufenthaltsorte des Arbeitnehmers als den Arbeitsort ausgedehnt. Der Arbeitgeber kann somit dem Arbeitnehmer jederzeit über die genutzten mobilen Kommunikationsmittel neue Aufgaben zuteilen, mit ihm Rücksprache halten oder ihm Rückfragen stellen, sodass die Arbeit und die Freizeit räumlich sowie zeitlich immer mehr miteinander verschmelzen.³² Bestehen keine Regelungen über die Modalitäten der Erreichbarkeit des Arbeitnehmers außerhalb der üblichen Arbeitszeit und die Handhabung der genutzten Kommunikationsmittel, kann dies die ständige Erreichbarkeit des einzelnen Arbeitnehmers fördern.³³

Diese Entwicklungen in der Arbeitswelt führen zu der Frage, welche Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der ständigen Erreichbarkeit von Arbeitnehmern durch ihren Arbeitgeber bestehen. Aus diesem Grund soll untersucht werden, wie die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers außerhalb der üblichen Arbeitszeit und des üblichen Arbeitsortes mittels mobiler Kommunikationsmittel rechtlich einzuordnen ist. Es sollen Grenzen der ständigen Erreichbarkeit, die durch die gesetzlichen Bestimmungen gesetzt werden, die Risiken für den Arbeitnehmer bei Nichtleistung oder nicht ordnungsgemäßer Leistung einer ständigen Erreichbarkeit sowie die Folgen des geleisteten zusätzlichen Dienstes aufgezeigt werden. Darüber hinaus sind die Möglichkeiten zur Verhinderung des zusätzlichen Dienstes durch die einzelnen Akteure des Arbeitsverhältnisses einschließlich gesetzlicher und untergesetzlicher Lösungen zu untersuchen.

Bei der Untersuchung der ständigen Erreichbarkeit und der damit verbundenen Rechtsprobleme handelt es sich nicht nur um theoretische Rechtsfragen. Der Dienst der ständigen Erreichbarkeit spielt sich inmitten der Gesellschaft ab, sodass die diesbezüglichen Rechtsprobleme von allgemeinem Interesse sind. Die ständige Erreichbarkeit und die damit verbundene geschäftliche Nutzung mobiler Kommunikationsmittel der Arbeitnehmer knüpft nicht an eine bestimmte Hierarchieebene an, die mobilen Kommunikationsmittel gehören oft bereits zur Standardausstattung im Arbeitsverhältnis.³⁴ Die benannte Relevanz der ständigen Erreichbarkeit für die Arbeitswelt wird auch nach den Ergebnissen der Studie des Bundesverbands Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien (im Folgenden: BITKOM) deutlich. Nach dieser nutzen insgesamt 87 Prozent aller befragten Berufstätigen im Rahmen ihrer Tätigkeit einen Computer sowie 67 Prozent der Befragten ein Handy oder

³² Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (56); Krause, NZA 2016, 1004; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052; Falder, NZA 2010, 1150.

³³ Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (154); Falder, NZA 2010, 1150.

³⁴ Freyler, S. 3; Krause, NZA-Beilage 2017, 53; Krause, NZA 2016, 1004f.; Rudolph, AiB 2012, 378 (379); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052; Falder, NZA 2010, 1150.

Smartphone, das ihnen von ihrem Arbeitgeber zur Verfügung gestellt oder privat angeschafft wurde.³⁵ Für ihre tägliche Arbeit nutzen 79 Prozent aller Erwerbstätigen mobile Geräte.³⁶ Insgesamt 55 Prozent der Personen, die mobile Endgeräte für die tägliche Arbeit nutzen, arbeiten auch unterwegs.³⁷ Die Befragung zur Erreichbarkeit der Arbeitnehmer für Kollegen, Vorgesetzte oder Kunden per Handy, Smartphone oder E-Mail ergab, dass 30 Prozent der befragten Beschäftigten jederzeit erreichbar sind, 16 Prozent in Ausnahmefällen außerhalb der Arbeitszeit erreichbar sind und zu den sonstigen Zeiten (Abends unter der Woche und/oder am Wochenende und/oder im Urlaub und/oder Nachts) 32 Prozent der befragten Beschäftigten erreichbar sind.³⁸ Darüber hinaus nutzen sieben Prozent der befragten Beschäftigten keine elektronischen Geräte, nicht erreichbar außerhalb der üblichen Arbeitszeit sind lediglich 15 Prozent der befragten Beschäftigten.³⁹ Die Ergebnisse bestätigen die Tendenz zur Gewährleistung einer ständigen Erreichbarkeit über die mobilen Kommunikationsmittel und die Relevanz der Lösung damit verbundener Rechtsfragen für die Gesellschaft.

Eine Tendenz zur Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit wird auch nach den Angaben der befragten Unternehmen bestätigt. Lediglich 29 Prozent der befragten Unternehmen gaben an, dass sie keine Erreichbarkeit ihrer Mitarbeiter außerhalb der Arbeitszeit erwarten.⁴⁰ Hingegen 17 Prozent der befragten Unternehmen erwarten schlicht jederzeit eine Erreichbarkeit der Arbeitnehmer, 28 Prozent der befragten Unternehmen für Ausnahmefälle, 19 Prozent der befragten Unternehmen in den Abendstunden an Werktagen, 17 Prozent der befragten Unternehmen an Wochenenden, vier Prozent der befragten Unternehmen während des Urlaubs und weitere vier Prozent der befragten Unternehmen erwarten nachts die Erreichbarkeit der Arbeitnehmer.⁴¹

Trotz dieser starken Verbreitung der ständigen Erreichbarkeit besteht im Gegenzug in den Unternehmen ein Regelungsdefizit des zusätzlichen Dienstes. Lediglich 20 Prozent der befragten Unternehmen geben an, dass mündliche Vereinbarungen zwischen Mitarbeitern und Vorgesetzten über die Erreichbarkeit außerhalb der Arbeitszeit bestehen.⁴² Bei nur knapp sechs Prozent der Unternehmen wurden Regelungen zur Erreichbarkeit individuell in die Arbeitsverträge aufgenommen; ebenfalls niedrig ist mit sechs Prozent die Anzahl der insgesamt befragten Unternehmen, die mitteilten eine Betriebsvereinbarung zur Erreichbarkeit der Arbeitnehmer außerhalb der vereinbarten Arbeitszeit abgeschlossen zu haben.⁴³ Nur zwei Prozent der Unternehmen gaben an, dass sie Regelungen zur

³⁵ BITKOM-Studie, S. 7.

³⁶ BITKOM-Studie, S. 7.

³⁷ BITKOM-Studie, S. 13.

³⁸ BITKOM-Studie, S. 28.

³⁹ BITKOM-Studie, S. 28.

⁴⁰ BITKOM-Studie, S. 26 (Mehrfachnennung möglich).

⁴¹ BITKOM-Studie, S. 26 (Mehrfachnennung möglich).

⁴² BITKOM-Studie, S. 27.

⁴³ BITKOM-Studie, S. 27.

Erreichbarkeit als Vorgabe der Unternehmensleitung getroffen haben, wohingegen weitere vier Prozent der Unternehmen hierzu keine Angaben machen konnten; die Mehrheit der Unternehmen, insgesamt 62 Prozent, gaben an, dass die Leistung eines solchen zusätzlichen Dienstes bei ihnen nicht geregelt wird.⁴⁴

Nach den Ergebnissen der Befragung wird deutlich, dass es in der Arbeitswelt oft an der Regelung eines solchen zusätzlichen Dienstes fehlt, obwohl es sich bei der ständigen Erreichbarkeit nicht um eine Randerscheinung handelt. Um sich auf der rechtlich sicheren Seite zu bewegen, ist es für alle Beteiligten des Arbeitsverhältnisses essentiell, bei Einsatz des Arbeitnehmers den Graubereich zwischen rechtlich Zulässigem und Unzulässigem sowie die Folgen der ständigen Erreichbarkeit und einzuleitende Maßnahmen sowie Regelungsmöglichkeiten hinsichtlich eines solchen zusätzlichen Dienstes zu kennen. Ein solches Bedürfnis auch zum Aufzeigen der Rechtsprobleme, die mit der ständigen Erreichbarkeit verbunden sind, besteht für die Arbeitgeber, die Arbeitnehmer und die weiteren Beteiligten der Arbeitsverhältnisse, wie die Betriebsräte und die Gewerkschaften.

Die Arbeitnehmer haben ein beachtliches Interesse an der ständigen Erreichbarkeit, da sie durch den zusätzlichen Dienst flexibler arbeiten können und ihnen die Anpassung der Tätigkeit an die Freizeit, Kinderbetreuung, Angehörigenpflege oder andere Umstände ermöglicht wird.⁴⁵ Für den Arbeitgeber besteht ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an der ständigen Erreichbarkeit seiner Arbeitnehmer, da die anfallenden Arbeiten kurzfristig und flexibel erledigt sowie Leerzeiten vermieden werden können, somit können die Reaktionszeiten auf Kundenanfragen oder Anfragen der Vorgesetzten verringert werden und die Mitarbeiter auf die immer schneller werdenden Abläufe reagieren.⁴⁶ Eine solche produktive Nutzung der Arbeitsleistung der Arbeitnehmer führt zu einer Steigerung der Leistungsfähigkeit der Unternehmen.⁴⁷ Die sich verändernde Arbeitsmoral vieler Arbeitnehmer fördert den wirtschaftlichen Wohlstand in Deutschland und die Arbeitnehmer stellen immer mehr das Rückgrat der Unternehmen dar.⁴⁸

Zu den Vorteilen der ständigen Erreichbarkeit treten aber auch Nachteile hinzu, wie der mit der Verschmelzung von Arbeit und Freizeit erhöhte, belastende psychische Druck für die Arbeitnehmer, die sich in einem „dauernden Standby-Modus“ („Always-on“-Kultur) befinden und damit eine mentale Erholungsphase verhindert wird.⁴⁹ Die Arbeitnehmer passen sich in ihrer Freizeitplanung der Arbeit an, sodass sie zu jeder Zeit auf das Brummen ihres Smartphones reagieren, unabhängig davon, ob sie

⁴⁴ BITKOM-Studie, S. 27.

⁴⁵ Reidel, öAT 2018, 73 (74); Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (54); Krause, NZA 2016, 1004; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Wank, RdA 2014, 285 (289).

⁴⁶ Reidel, öAT 2018, 73 (74); Krause, NZA 2016, 1004; Wiebauer, NZA 2016, 1430; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

⁴⁷ Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

⁴⁸ Oberwetter, ZRP 2015, 204.

⁴⁹ Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (54); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

ausdrücklich oder konkludent hierzu verpflichtet wurden oder aus Eigeninitiative tätig werden.⁵⁰ Der Arbeitnehmer kann sich durch die Digitalisierung des Arbeitsumfeldes einem Überwachungsdruck ausgesetzt fühlen, dass sich auf die Produktivität und die Erholungsphasen des Arbeitnehmers auswirken kann.⁵¹ Die psychische Belastung des Arbeitnehmers kann zu Erkrankungen führen, sodass die Anzahl von Krankheitstagen des Arbeitnehmers ansteigen und auch die Frühverrentung gefördert werden kann.⁵² Bislang lassen sich kausale Beziehungen zwischen der psychischen Belastung und den Krankheitstagen sowie der Frühverrentung anhand der vorhandenen Daten nur schwer herausarbeiten.⁵³

Gerade aufgrund der möglichen Nachteile, die durch die Leistung von ständiger Erreichbarkeit eintreten können, ist die Klärung der mit einem solchen zusätzlichen Dienst verbundenen Rechtsfragen erforderlich. Durch die sorgfältige Untersuchung der Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen der ständigen Erreichbarkeit kann vor allem der Arbeitgeber im Hinblick auf Verstöße gegen die Schutzvorschriften, wie unter anderem die §§ 22, 23 Arbeitszeitgesetz (im Folgenden: ArbZG) und die §§ 25, 26 Arbeitsschutzgesetz (im Folgenden: ArbSchG), aufgeklärt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der technologische Fortschritt und die damit verbundene zunehmende Nutzung internetfähiger Geräte für die tägliche Arbeit nicht nur für die Arbeitsvertragsparteien zu komplexen rechtlichen Fragestellungen und Gestaltungsspielräumen führt, sondern auch für die Ordnungsbehörden, die Betriebsräte sowie die Gewerkschaften.⁵⁴

Eine weitere Unsicherheit besteht darin, dass die ständige Erreichbarkeit in den einschlägigen Gesetzen, wie das Arbeitszeitgesetz, das Bundesurlaubsgesetz oder das Entgeltfortzahlungsgesetz, nicht erwähnt wird. Dies hängt damit zusammen, dass die ständige Erreichbarkeit durch mobile Kommunikationsmittel ermöglicht wird, die es zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der gesetzlichen Regelungen nicht gab. Die Gesetze stammen aus einer Zeit, in der die technischen Möglichkeiten weit von dem entfernt waren, was heute mit den modernen Kommunikationsmitteln in der Arbeitswelt möglich ist.⁵⁵ Das Arbeitszeitgesetz beispielsweise trat zum 1. Juli 1994 in Kraft. Zu dieser Zeit gab es keine mobilen internetfähigen Geräte mit denen der Arbeitnehmer in der Freizeit unter anderem im Park oder im Theater E-Mails abrufen oder versenden konnte, sodass Regelungen zur ständigen Erreichbarkeit im Gesetz nicht zu treffen waren. Somit könnten die derzeitigen gesetzlichen Regelungen veraltet sowie deren Änderung und Erweiterung erforderlich sein. In der Politik bestehen Zweifel, ob die geltenden Vorschriften den Anforderungen der sich wandelnden Arbeitswelt entsprechen. Um eine vermeintliche Anpassung zu ermöglichen, werden unter anderem die Regelung eines Wahlarbeitszeitgesetzes sowie der Erlass einer Anti-Stress Verordnung diskutiert. Aus diesem

⁵⁰ V. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178.

⁵¹ Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (55); Krause, NZA 2016, 1004 (1006); Oberwetter, ZRP 2015, 204; Stoppkotte/Stiel, AiB 2011, 423 (424).

⁵² Oberwetter, ZRP 2015, 204.

⁵³ Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20).

⁵⁴ Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1031).

⁵⁵ Zumkeller, BB 2015, I; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16.

Grund ist auch zu untersuchen, ob für die Vornahme des zusätzlichen Dienstes und die dafür erforderliche Flexibilität die bestehenden gesetzlichen Regelungen ausreichend sind oder es tatsächlich zusätzlicher gesetzlicher Regulierungen bedarf. Es bestehen bereits zahlreiche gesetzliche Regelungen, die den Arbeitnehmer vor Überforderung schützen und das Machtungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis ausgleichen sollen, zudem den Arbeitgeber auch Nebenpflichten treffen. Darüber hinaus bestehen umfassende kollektivrechtliche Vorschriften, um die Interessen der Arbeitnehmer wahrzunehmen.

Bisher gibt es auch keine Rechtsprechung zu dem Thema der ständigen Erreichbarkeit von Arbeitnehmern außerhalb ihrer üblichen Arbeitszeit und ihres üblichen Arbeitsortes.⁵⁶ Im Rahmen von juristischen Aufsätzen werden nur einzelne Problembereiche der ständigen Erreichbarkeit, zum Teil nur cursorisch, besprochen und keine umfassende Prüfung der mit der ständigen Erreichbarkeit verbundenen Rechtsprobleme vorgenommen. Die Diskussionen bieten weder für die Wissenschaft, noch für die Praxis oder Politik umfassende Auswertungen für die mit der ständigen Erreichbarkeit von Arbeitnehmern verbundenen Rechtsprobleme.

Darüber hinaus wurde eine Dissertation zu dem Thema „Arbeitszeit- und Urlaubsrecht im Mobile Office“ von Frau Freyler verfasst. Diese fokussiert sich auf die arbeitszeitrechtlichen und urlaubsrechtlichen Auswirkungen des Einsatzes im Mobile Office, es wird somit die Zulässigkeit der Erreichbarkeit und des Tätigwerdens im Mobile Office außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit und während des Urlaubs geprüft. Dabei wird auch die Zeitgemäßheit und Anpassungsfähigkeit der arbeitsrechtlichen Vorschriften am Arbeitszeit- und Urlaubsrecht untersucht sowie Änderungsvorschläge für die bestehenden gesetzlichen Regelungen unterbreitet. Es wird auch hier die arbeitszeitrechtliche Einordnung der ständigen Erreichbarkeit und die Vereinbarkeit des zusätzlichen Dienstes mit dem Urlaubsrecht geprüft.

Anders als in der benannten Arbeit, soll im Rahmen der gegenständlichen Arbeit neben der Vereinbarkeit des zusätzlichen Dienstes mit den Gesetzen zur Arbeitszeit und dem Urlaub, die Vereinbarkeit mit weiteren gesetzlichen Regelungen und die durch diese gesetzten Grenzen untersucht werden. Ausgenommen ist dabei die Untersuchung möglicher rechtlicher Probleme der ständigen Erreichbarkeit im Hinblick auf das Datenschutzrecht. Untersucht werden auch die Risiken für den Arbeitnehmer, sofern er sich nicht erreichbar hält oder halten kann. Sofern sich der Arbeitnehmer ständig erreichbar hält und die Freizeittätigkeit vornimmt, ergeben sich hieraus Folgen für den Arbeitnehmer, die auch der gegenständlichen Untersuchung unterliegen sollen. Zudem sollen die einzelnen Optionen sowie Möglichkeiten zur Vermeidung einer unzulässigen ständigen Erreichbarkeit und der damit verbundenen Freizeittätigkeit durch die einzelnen Beteiligten des Arbeitsverhältnisses aufgezeigt werden. Zuletzt soll auch der gesetzliche Handlungsbedarf für die in der Diskussion stehenden Gesetzesvorschläge des Wahlarbeitszeitgesetzes und der Anti-Stress-Verordnung im Hinblick auf die ständige Erreichbarkeit untersucht werden. Aus den dargestellten Gründen ist durch

⁵⁶ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19).

die Arbeit von Frau Freyler das Thema „Ausgewählte Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der ständigen Erreichbarkeit von Arbeitnehmern durch ihren Arbeitgeber“ nicht bereits erschöpfend behandelt worden. Es besteht weiterhin das Bedürfnis einer eingehenden Untersuchung für die Gesellschaft, Wirtschaft und Wissenschaft, um die komplexen Rechtsprobleme im Hinblick auf die ständige Erreichbarkeit von Arbeitnehmern außerhalb der üblichen Arbeitszeit und des üblichen Arbeitsortes durch den Arbeitgeber zu klären. Durch die Ergebnisse der gegenständlichen Untersuchung sollen die bestehenden Unsicherheiten über die Zulässigkeit der ständigen Erreichbarkeit, die im Berufsalltag die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern bzw. Vorgesetzten und dem einzelnen Arbeitnehmer beeinflussen, behoben werden.

2. Kapitel: Rechtliche Einordnung und Gestaltungsmöglichkeiten der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit

I. Die rechtliche Einordnung des zusätzlichen Dienstes

Die Zeiten der ständigen Erreichbarkeit und die sich daraus ergebende Freizeittätigkeit sind als Arbeitsform arbeitszeitrechtlich zu untersuchen.

1. Begriffsbestimmung der Arbeitszeit

Nach der Bestimmung des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG gelten als Arbeitszeit die Zeiten vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen, sodass die Zeiträume der Ruhezeit und der Ruhepausen nicht als Arbeitszeit im Sinne der Vorschrift zu werten sind.

Um den Begriff der Arbeitszeit näher zu bestimmen, ist die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG (ABl. Nr. L 299 S. 9) heranzuziehen, welche die europarechtliche Grundlage für das Arbeitszeitrecht ist und durch die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes in das nationale Recht umgesetzt werden sollte. Für die Bestimmung der Arbeitszeit ist die in Art. 2 Nr. 1 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG aufgeführte Definition als Grundlage des umgesetzten Arbeitszeitgesetzes heranzuziehen, nach dieser ist die Arbeitszeit „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“.⁵⁷ Als Arbeitszeit sind somit nicht nur die Zeiten anzusehen, in denen der Arbeitnehmer tatsächlich seine Arbeitsleistung vornimmt, sondern auch solche Zeiten, während derer der Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz verfügbar ist.⁵⁸ Eine bestimmte Intensität der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit oder dessen Leistung wird nicht als wesentliches Merkmal des Begriffs der Arbeitszeit im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 2003/88

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Az. C-266/14, NZA 2015, 1177 (1178), Rn. 25; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 9; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 3; Vogelsang, in: Schaub, ArbR-HdB, § 156, Rn. 14.

⁵⁸ BAG, Urt. v. 21.12.2016, Az. 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233 (236f.), Rn. 31; Urt. v. 29.06.2016, Az. 5 AZR 716/15, NJW 2016, 3675 (3677), Rn. 28; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 9; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 4, 6; Gäntgen, in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbZG, § 2, Rn. 4; Vogelsang, in: Schaub, ArbR-HdB, § 156, Rn. 14.

vorausgesetzt.⁵⁹ Denn grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das veranlasste Risiko der Untätigkeit, während derer der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz anwesend sein muss und nicht, wie beispielsweise während einer Pause, frei über die Nutzung der Zeit bestimmen kann.⁶⁰ Somit gelten als Arbeitszeit solche Zeiten, in denen der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitet und fremdbestimmte Dienste leistet oder dem Arbeitgeber die geschuldete Arbeitsleistung vertragsgemäß anbietet.⁶¹

2. Zeiten der Freizeittätigkeit als Arbeitszeit

Nimmt der Arbeitnehmer im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit eine Freizeittätigkeit unter Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel vor, ist zu prüfen, ob diese Zeiten Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG sind. Die Schwierigkeit der Einordnung einer solchen Freizeitarbeit liegt darin, dass diese keinen bestimmten Rahmen, also Beginn und Ende der Arbeiten, hat, sondern zwischendurch und immer wieder für eine unbestimmte Zeit während der Freizeit vorgenommen werden kann.

Für die Einordnung als Arbeitszeit ist es erforderlich, dass der Arbeitnehmer neben dem Arbeiten als solcher, einen fremdbestimmten Dienst erbringt und der Arbeitgeber ihn zum Tätigwerden veranlasst hat.⁶² Die Fremdbestimmtheit der Tätigkeit und die damit verbundene Veranlassung des Arbeitgebers zu dieser setzt voraus, dass der Arbeitgeber in irgendeiner Weise das Tätigwerden des Arbeitnehmers gefordert und damit einen nach den Gesamtumständen ihm zurechenbaren Impuls zur Arbeitsleistung gegeben hat.⁶³ Nimmt der Arbeitnehmer nicht aufgrund einer Anordnung oder sonstigen Veranlassung des Arbeitgebers eine Tätigkeit vor, sondern wird er nur aufgrund eines inneren Drangs und damit freiwillig zum Tätigwerden motiviert, fehlt es an einem dem Arbeitgeber zurechenbaren Impuls und damit der Fremdbestimmtheit des Dienstes, sodass diese Zeiten, in denen er in seiner Freizeit unter anderem E-Mails auf dem Smartphone liest und beantwortet, nicht als Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG einzustufen sind.⁶⁴ Der Arbeitnehmer soll nicht aus Eigeninitiative vermeintliche Arbeitsleistungen vornehmen können, um sie dann dem Arbeitgeber aufzuzwingen.⁶⁵

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 21.02.2018, Az. C-518/15, NJW 2018, 1073 (1075); Urt. v. 01.12.2005, Az. C-14/04, NZA 2006, 89 (90); Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 3; Gäntgen, in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbZG, § 2, Rn. 4.

⁶⁰ BAG, Urt. v. 21.12.2016, Az. 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233 (236f.); Urt. v. 29.06.2016, Az. 5 AZR 716/15, NJW 2016, 3675 (3677), Rn. 28; Urt. v. 20.04.2011, Az. 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 (918f.); Vogelsang, in: Schaub, ArbR-HdB, § 156, Rn. 14.

⁶¹ BAG, Beschl. v. 23.01.2001, Az. 1 ABR 36/00, NZA 2001, 741 (742); Urt. v. 25.04.1962, Az. 4 AZR 213/61, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 6, Rn. 28; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 13.03.2017, Az. 3 Sa 499/16, BeckRS 2017, 152240, Rn. 37ff.; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 20.04.2015, Az. 12 TaBV 76/14, NZA-RR 2015, 476 (478f.); Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 9; Schreiber, in: Schulze, BGB, § 611, Rn. 4; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19).

⁶² BAG, Beschl. v. 23.01.2001, Az. 1 ABR 36/00, NZA 2001, 741 (742); LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 13.03.2017, Az. 3 Sa 499/16, BeckRS 2017, 152240, Rn. 37ff.; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 20.04.2015, Az. 12 TaBV 76/14, NZA-RR 2015, 476 (478f.); Schreiber, in: Schulze, BGB, § 611, Rn. 4; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19).

⁶³ LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 13.03.2017, Az. 3 Sa 499/16, BeckRS 2017, 152240, Rn. 37ff.; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 20.04.2015, Az. 12 TaBV 76/14, NZA-RR 2015, 476 (478f.); v. Steinau-Steinrück, NJW Spezial 2012, 178.

⁶⁴ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 7, Rn. 13; Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346 (355); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178f.

A.A.: Die Freiwilligkeit des Tätigwerdens steht der Annahme als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG nicht entgegen, da dies einem Verzicht des Schutzes des Arbeitszeitgesetzes gleichkäme und der Arbeitnehmer auf diesen Schutz nicht verzichten kann, somit sich auch mit der Nichteinhaltung des Arbeitszeitgesetzes nicht einverstanden erklären kann. So: Freyler, 127f. Im Ergebnis so auch etwa: Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (56); Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (768); Falder, NZA 2010, 1150 (1151f.).

⁶⁵ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178f.

Somit kann die Fremdbestimmtheit des Dienstes für die Einordnung des Tätigwerdens als Arbeitszeit für solche Fälle unproblematisch angenommen werden, in denen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit ausdrücklich angewiesen hat, für dienstliche Belange tätig zu werden. Wird der Arbeitnehmer dann tätig, liegt eine dem Arbeitgeber zurechenbare Veranlassung zur Freizeittätigkeit vor, deren Zeiten Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG sind.⁶⁶

Aufgrund eines solchen Erfordernisses der Fremdbestimmtheit des Tätigwerdens ist die arbeitszeitrechtliche Einordnung solcher Fälle schwierig, in denen der Arbeitnehmer außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit die Arbeitsleitung vornimmt, ohne dass der Arbeitgeber ihn dazu direkt aufgefordert hat.⁶⁷ In diesen Fällen ist eine sorgfältige Prüfung vorzunehmen, ob eine indirekte oder konkludente Anweisung des Arbeitgebers zum Tätigwerden vorliegt. Konnte der Arbeitnehmer aufgrund des Verhaltens des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der Umstände annehmen, dass eine Freizeittätigkeit von ihm verlangt wird, ist von einer konkludenten Weisung des Arbeitgebers und damit einem fremdbestimmten Dienst auszugehen, sodass die aufgewandte Zeit Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG ist.⁶⁸

Eine solche konkludente Anweisung des Arbeitgebers, Freizeittätigkeiten vorzunehmen, kann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Aufgabe zuteilt oder von ihm Informationen einfordert, die der Arbeitnehmer nur unter Verwendung seiner Freizeit durch die Nutzung mobiler Kommunikationsmittel vornehmen kann.

Beispiele hierzu:

Dem Arbeitnehmer wird am Freitagabend vom Management per E-Mail an seine geschäftliche E-Mail-Adresse die Information zugeleitet, dass er an einem Meeting am Montag um 9 Uhr teilnehmen und zur Vorbereitung dieses Meetings die mitgesandten Dokumente zu lesen hat. Der Vorgesetzte macht durch diese Mitteilung dem Arbeitnehmer deutlich, dass er zum einen von ihm die Kontrolle des Eingangs von E-Mails auch außerhalb seiner betriebsüblichen Arbeitszeit erwartet und zum anderen, dass er erwartet, dass der Arbeitnehmer auch am Wochenende und damit in seiner Freizeit tätig wird. Die ihm erteilte Aufgabe kann der Arbeitnehmer nicht im Rahmen seiner üblichen Arbeitszeit in seinem Büro bearbeiten. Der Arbeitgeber weist den Arbeitnehmer konkludent zum Tätigwerden außerhalb der üblichen Arbeitszeit an, indem er dem Arbeitnehmer einen zurechenbaren Impuls zum Tätigwerden in der Freizeit gibt.

Nicht anders ist es dann, wenn dem Arbeitgeber der erhebliche Arbeitsanfall bekannt ist und er bereits am Montagabend dem Arbeitnehmer eine E-Mail zur Vorbereitung eines Meetings am Montag der

⁶⁶ So auch etwa: Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19).

⁶⁷ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19).

⁶⁸ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); Freyler, S. 108.

A.A. Für die Annahme als Arbeitszeit ist eine ausdrückliche Anordnung oder Weisung des Arbeitgebers verantwortlich. So: Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

folgenden Woche zuschickt, obwohl der Arbeitnehmer diese nicht im Rahmen seiner Arbeitszeit vornehmen kann. Den Arbeitgeber trifft die betriebliche Organisations- und Leitungsmacht, sodass er seinen Betrieb so zu organisieren hat, dass der Arbeitnehmer innerhalb der vertraglichen Arbeitszeit seine Arbeitsleistung erbringen kann, oder er im Nachhinein Maßnahmen zu ergreifen hat, um den Arbeitnehmer zu entlasten.⁶⁹ Der Arbeitgeber nimmt diese Pflichten nicht wahr, wenn er aufgrund der Art und des Umfangs der Aufgabe erwartet, dass der Arbeitnehmer außerhalb seiner Arbeitszeit seine E-Mails abrufen und damit für dienstliche Belange erreichbar ist sowie auch gleichzeitig sich so organisiert, dass er die ihm aufgetragenen Aufgaben vornimmt.⁷⁰ Damit ordnet er dem Arbeitnehmer eine Tätigkeit an, die dieser aufgrund des Arbeitsanfalls und der Priorität der Aufgaben nur am Wochenende oder abends nach der Arbeit von zu Hause aus vornehmen kann, sodass durch das Verschicken der E-Mail eine dem Arbeitgeber zurechenbare Veranlassung zur Freizeittätigkeit besteht. Wird der Arbeitnehmer nun tätig und bereitet sich auf das Meeting vor, handelt es sich um ein fremdbestimmtes Tätigwerden mit der Folge, dass die aufgewandte Zeit Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG ist. Der Arbeitgeber kann sich dann auch nicht darauf berufen, dass er den Arbeitnehmer formal nicht verpflichtet hat, seine E-Mails zu lesen und auf den Inhalt der E-Mails zu reagieren.

Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber eine unausgesprochene Erwartung gegenüber dem Arbeitnehmer hat und der Arbeitnehmer diese kennt. Eine solche Erwartungshaltung des Arbeitgebers kann eine „weichere Form“ der Druckausübung sein, wenn der Arbeitgeber, statt der formalen Anweisung zum tätig werden, dem Arbeitnehmer deutlich macht, dass er sein Tätigwerden auch außerhalb der üblichen Arbeitszeit erwartet und bei einer Kontaktaufnahme durch Anruf oder E-Mail zwingend eine Reaktion des Arbeitnehmers voraussetzt.⁷¹ Der Arbeitgeber veranlasst den Arbeitnehmer durch eine dem Arbeitnehmer bekannte Erwartung dazu, dass der Arbeitnehmer außerhalb der üblichen Arbeitszeit fremdbestimmt tätig wird und damit nicht freiwillig.⁷² Eine solche Erwartung kann der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer unter anderem deutlich machen, indem er im Rahmen von Gesprächen einen Vergleich mit den Kollegen des Arbeitnehmers vornimmt, die auch außerhalb ihrer Arbeitszeit tätig werden, sodass er einen Gruppendruck durch den Hinweis auf andere Kollegen für den einzelnen Arbeitnehmer erzeugt. Des Weiteren kann der Arbeitgeber seine Erwartungshaltung durch das Loben des Einsatzes der Mitarbeiter außerhalb der üblichen Arbeitszeit zum Ausdruck bringen. Wird der Arbeitnehmer aufgrund einer solchen Erwartung tätig, setzt der Arbeitgeber einen ihm zurechenbaren Impuls und der Arbeitnehmer wird durch den Arbeitgeber zur Freizeittätigkeit zurechenbar veranlasst.

⁶⁹ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52); Beschl. v. 06.05.2003, Az. 1 ABR 13/02, BAGE 106, 111-123, Rn. 65; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 08.11.2004, Az. 5 TaBV 36/04, NZA-RR 2005, 424 (425); Schuchart, in: iga.Report 23, Teil 2, S. 16; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16.

⁷⁰ So auch im Ergebnis: Freyler, S. 123.

⁷¹ Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346 (355); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

⁷² Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346 (355); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

Der Arbeitgeber kann sich dann auch nicht darauf berufen, der Arbeitnehmer habe ihm nicht angezeigt, dass er aufgrund des Verhaltens des Arbeitgebers zur Freizeittätigkeit veranlasst wurde. Denn der Arbeitgeber ist grundsätzlich aufgrund seiner Verantwortung sowie der Organisations- und Leitungsmacht dazu verpflichtet, seinen Betrieb so zu gestalten, dass die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer eingehalten wird und der Arbeitnehmer nicht ständig zu zusätzlicher Arbeit angehalten wird; unabhängig davon, ob diese am Arbeitsplatz vorgenommen wird oder als Freizeittätigkeit stattfindet.⁷³ Somit kann er diese Verantwortung nicht auf den Arbeitnehmer übertragen und von ihm eine Anzeige oder eine vorherige Absprache mit ihm erwarten. Demnach hat der Vorgesetzte des Arbeitnehmers das Arbeitspensum der einzelnen Arbeitnehmer im Blick zu haben. Dabei ist der Vorgesetzte der Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers nach § 278 S. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (im Folgenden: BGB),⁷⁴ sodass er die Organisations- und Leitungsmacht des Arbeitgebers für ihn ausführt. Aus dieser Verantwortung des Arbeitgebers ergibt sich auch, dass die Kenntnis oder das Kennen Müssen des Arbeitgebers von einer nicht angeordneten Freizeittätigkeit des Arbeitnehmers und damit ein Dulden bereits ausreicht, um eine vom Arbeitgeber veranlasste, fremdbestimmte Tätigkeit anzunehmen.⁷⁵ Im Rahmen der Duldung von Überstunden wird für diese vorausgesetzt, dass der Arbeitgeber in Kenntnis der Überstunden des Arbeitnehmers diese hinnimmt und keine Vorkehrungen trifft, um sie zu unterbinden und damit die Überstunden verwertet.⁷⁶ Nicht anders ist es im Rahmen der Freizeittätigkeit geleisteten Arbeit, die der Arbeitgeber duldet, wenn er diese kennt oder kennen müsste und ohne Widerspruch hinnimmt. Der Arbeitgeber macht sich die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers durch das Dulden ausdrücklich oder konkludent zu eigen, indem er diese verwertet. Somit liegt auch in solchen Fällen eine fremdbestimmte Tätigkeit vor, da der Arbeitnehmer tatsächlich für den Arbeitgeber arbeitet und er dies duldet, diese Zeiten sind dann als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG zu werten.⁷⁷ Da die ständige Erreichbarkeit im Interesse des Arbeitgebers erfolgt, sollte dieser, sofern er tatsächlich die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer nicht wünscht, diese auch nicht annehmen bzw. den Arbeitnehmer darauf verweisen, die Arbeitsleistung innerhalb der regulären Arbeitszeit vorzunehmen.⁷⁸ Aufgrund dieser Organisations- und Leitungsmacht des Arbeitgebers gehen auch bei der Beurteilung der Fremdbestimmtheit Unklarheiten hinsichtlich freiwilligem oder angeordnetem und durch den Arbeitgeber zurechenbar veranlasstem Tätigwerden des Arbeitnehmers zu dessen Lasten, sodass die aufgewandte Zeit Arbeitszeit gemäß § 2

⁷³ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52); Beschl. v. 06.05.2003, Az. 1 ABR 13/02, BAGE 106, 111-123, Rn. 65; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 08.11.2004, Az. 5 TaBV 36/04, NZA-RR 2005, 424 (425); Schuchart, in: iga.Report 23, Teil 2, S. 16; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16.

⁷⁴ BAG, Urt. v. 15.09.2016, 8 AZR 351/15, BeckRS 2016, 113588, Rn. 32; Urt. v. 28.04.2011, Az. 8 AZR 769/09, NZA-RR 2012, 290 (293); Urt. v. 25.10.2007, Az. 8 AZR 593/06, BAGE 124, 295-313, Rn. 79; Stadler, in: Jauernig, BGB, § 278, Rn. 7, 16.

⁷⁵ Klebe, NZA-Beilage 2017, 77 (81); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); Wank, RdA 2014, 285 (288); Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757.

⁷⁶ BAG, Urt. v. 10.04.2013, Az. 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100 (1102); LArbG Berlin-Brandenburg, Teilurt. v. 28.06.2017, Az. 15 Sa 66/17, BeckRS 2017, 129570, Rn. 20; Duden online, Stichwort: dulden, auf: <https://www.duden.de/rechtschreibung/dulden>.

⁷⁷ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 4; Schuchart, AuR 2016, 341 (342); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); Wank, RdA 2014, 285 (288).

⁷⁸ Schuchart, in: iga.Report 23, Teil 2, S. 17; Wank, RdA 2014, 285 (288).

Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG ist, sofern der Arbeitgeber hierzu nicht gegenteiliges vortragen, und im Verfahren beweisen kann.⁷⁹ Der Arbeitnehmer soll somit vor einer übermäßigen Selbstausschöpfung seiner Arbeitskraft geschützt werden und der Schutzzweck des Arbeitszeitgesetzes soll gewahrt werden. Dem Arbeitgeber bleibt es freigestellt, vertraglich Regelungen über die Freizeittätigkeit und die Nutzung von Kommunikationsmitteln zu vereinbaren und damit für Rechtssicherheit zu sorgen, diese Möglichkeit steht dem Arbeitnehmer hingegen nicht zu, sodass er aufgrund seiner Unterlegenheit geschützt werden muss.⁸⁰

Im Ergebnis ist die Vornahme von Freizeittätigkeit durch den Arbeitnehmer, die vom Arbeitgeber zurechenbar veranlasst wurde durch eine ausdrückliche oder konkludente Anordnung oder von ihm geduldet wurde, als Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG einzuordnen.⁸¹ Dabei ist zu beachten, dass das Vorliegen von Arbeitszeit immer nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist.⁸²

3. Zeiten der ständigen Erreichbarkeit als Arbeitszeit

Nimmt der Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit vor, setzt dies voraus, dass der Arbeitgeber einen Impuls zum Tätigwerden gesetzt hat und der Arbeitnehmer diesen Impuls außerhalb der üblichen Arbeitszeit sowie des üblichen Arbeitsortes empfangen konnte. Diese Möglichkeit der Kenntnisnahme setzt die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers für Arbeitsbelange und damit eine ständige Erreichbarkeit voraus, indem das mobile Kommunikationsmittel empfangsbereit in der Freizeit mitgeführt sowie der Empfang von E-Mails außerhalb der üblichen Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer kontrolliert wird. Der Wertung der Zeiten der ständigen Erreichbarkeit als Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG könnte die Intensität der Beanspruchung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers entgegenstehen.

Nach der Definition der Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG wird nicht nach der Intensität der Arbeitsleistung differenziert, sondern die Arbeitszeit als die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen definiert. Somit kann diese Definition für die Beurteilung der ständigen Erreichbarkeit als Arbeitszeit nicht herangezogen werden. Auch die Heranziehung der Definition in Art. 2 Nr. 1 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG ist für die Beurteilung der ständigen Erreichbarkeit als Arbeitszeit nicht hilfreich. Nach dieser Definition ist für die Bewertung als Arbeitszeit, neben der Verfügbarkeit des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber, die Ausübung der Tätigkeit oder die Wahrnehmung von Aufgaben erforderlich. Hält sich der Arbeitnehmer ständig erreichbar, übt er weder

⁷⁹ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19).

⁸⁰ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19).

⁸¹ Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346 (355); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178f.

A.A.: Die Freiwilligkeit des Tätigwerdens steht der Annahme als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG nicht entgegen, da dies einem Verzicht des Schutzes des Arbeitszeitgesetzes gleichkäme und der Arbeitnehmer auf diesen Schutz nicht verzichten kann, somit sich auch mit der Nichteinhaltung des Arbeitszeitgesetzes nicht einverstanden erklären kann. So: Freyler, 127f. Im Ergebnis auch so etwa: Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (56); Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (768); Falder, NZA 2010, 1150 (1151f.).

⁸² Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 11; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19).

eine solche Tätigkeit aus, noch nimmt er eine Aufgabe wahr. Er hält sich lediglich für Kontaktaufnahmen durch den Arbeitgeber erreichbar. Nach dieser Definition könnten aber auch solche Zeiten des Bereitschaftsdienstes, in denen der Arbeitnehmer nicht tätig wird, nicht als Arbeitszeit gewertet werden. Dem steht allerdings die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) entgegen, nach der die Zeiten des Bereitschaftsdienstes einschließlich der Zeiten, in denen sich der Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz ausruht Arbeitszeit sind.⁸³

Darüber hinaus besteht eine Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaft zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments am gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, diese enthält gesetzliche Definitionen zum Bereitschaftsdienst und unterscheidet zwischen verschiedenen Arten von Bereitschaftsdiensten.⁸⁴ Demnach sind solche Arbeitsformen zwischen der Vollarbeit und der arbeitsfreien Zeit, in denen der Arbeitnehmer sich verfügbar hält, nicht pauschal als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG abzulehnen. In den gesetzlichen Regelungen des Arbeitszeitgesetzes werden als Zwischenformen die Arbeitsbereitschaft, der Bereitschaftsdienst und die Rufbereitschaft ohne eine nähere Begriffsbestimmung benannt, sodass zu deren näherer Bestimmung die Rechtsprechung heranzuziehen ist. Diese einzelnen Arbeitsformen stellen keine Vollarbeit dar, da der Arbeitnehmer während dieser tatsächlich keine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt, sich aber für den Arbeitgeber bereithält, um seine Arbeit aufzunehmen.⁸⁵ Auch die ständige Erreichbarkeit zeichnet sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer keine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt, sondern sich vielmehr für Anfragen erreichbar hält. Demnach ist ein Vergleich zwischen den einzelnen Arbeitszeitformen und der ständigen Erreichbarkeit vorzunehmen, um diese als Arbeitszeit oder Freizeit bewerten zu können.

a) Vergleich mit der Arbeitsbereitschaft

Die ständige Erreichbarkeit könnte mit der Arbeitsbereitschaft vergleichbar sein. Die Arbeitsbereitschaft ist die Zeit wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung, während derer sich der Arbeitnehmer am Arbeitsort zur Arbeitstätigkeit bereithalten muss, um gegebenenfalls von

⁸³ EuGH, Urt. v. 25.11.2010, Az. C-429/09, NZA 2011, 53 (56); Urt. v. 14.10.2010, Az. C-428/09, BeckRS 2010, 91197, Rn. 51; Beschl. v. 11.01.2007, Az. C-437/05, BeckRS 2007, 146402, Rn. 31; Urt. v. 3.10.2000, Az. C-303/98, EuZW 2001, 53 (56).

⁸⁴ Stellungnahme der Kommission v. 04.02.2009, 2004/0209 (COD) S. 3.

⁸⁵ BAG, Urt. v. 11.07.2006, Az. 9 AZR 519/05, BAGE 119, 41-52, Rn. 40; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 28; Wirtz, BB 2014, 1397 (1398).

sich aus tätig zu werden.⁸⁶ Diese Zeiten gelten als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG.⁸⁷

Die Arbeitsbereitschaft und die ständige Erreichbarkeit sind dahingehend vergleichbar, dass die Beanspruchung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers im Verhältnis zu der vertraglich vereinbarten Vollarbeit geringer ist, da der Arbeitnehmer im Rahmen beider Arbeitsformen nicht die vertraglich vereinbarte Tätigkeit vornimmt und sich entspannen kann.

Der Arbeitnehmer kann aber im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit unter Nutzung moderner Kommunikationsmittel von seinem jeweiligen Aufenthaltsort aus tätig werden und diesen nach Belieben auswählen. Im Vergleich zur Arbeitsbereitschaft hält sich der Arbeitnehmer für die Aufnahme seiner Tätigkeit nicht an seinem Arbeitsort bereit.⁸⁸ In diesem Punkt ist die ständige Erreichbarkeit mit der Arbeitsform der Arbeitsbereitschaft nicht vergleichbar, sodass eine Bewertung der Zeiten der ständigen Erreichbarkeit insgesamt, mangels Vergleichbarkeit mit der Arbeitsbereitschaft, als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG abzulehnen ist.

b) Vergleich mit dem Bereitschaftsdienst

Die ständige Erreichbarkeit könnte aber mit dem Bereitschaftsdienst vergleichbar sein. Der Bereitschaftsdienst setzt voraus, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, sich innerhalb oder außerhalb des Betriebs an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten, um sich bereitzuhalten und auf Aufforderung des Arbeitgebers die Arbeit aufzunehmen.⁸⁹ Dabei ist der Bereitschaftsdienst weniger belastungsintensiv als die Arbeitsbereitschaft.⁹⁰

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind neben den Aktivzeiten des Bereitschaftsdienstes, in denen der Arbeitnehmer fremdbestimmte Arbeitsleistungen erbringt, auch die Passivzeiten, während derer der Arbeitnehmer nicht tätig wird, Arbeitszeit.⁹¹ Damit sind solche

⁸⁶ BAG, Urt. v. 17.07.2008, Az. 6 AZR 505/07, NJOZ 2008, 4607 (4610); Urt. v. 11.07.2006, Az. 9 AZR 519/05, BAGE 119, 41-52, Rn. 41; Urt. v. 09.03.2005, Az. 5 AZR 385/02, NJOZ 2005, 3554 (3556); Urt. v. 29.10.2002, Az. 1 AZR 603/01, BAGE 103, 197-205, Rn. 35; Urt. v. 12.02.1986, Az. 7 AZR 358/84, BAGE 51, 131-143, Rn. 30; Buschmann, in: Festschrift Kohte, 417 (422).

Nach der Literatur ist die Abgrenzung der Arbeitsbereitschaft zur Vollarbeit und zum Bereitschaftsdienst nicht immer eindeutig möglich, sodass für die Zuordnung zu der Arbeitsform zusätzlich auf die Intensität der Belastung des Arbeitnehmers durch den Einsatz abzustellen sei (Beanspruchungstheorie). Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird hingegen die Dienstleistungstheorie für eine Abgrenzung der Arbeitsbereitschaft von anderen Arbeitsformen herangezogen. Diese stellt für das Vorliegen der Arbeitsbereitschaft auf die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung ab, sodass Arbeitsbereitschaft dann anzunehmen wäre, wenn der Einsatz den Arbeitnehmer weniger als die vertraglich geschuldete Leistung beanspruche. Nach der Literatur sei die Dienstleistungstheorie für die arbeitszeitrechtliche Beurteilung des Einsatzes des Arbeitnehmers nicht hilfreich, sondern für die vergütungsrechtliche Einordnung des Dienstes heranzuziehen, sodass die Bewertung nach der Beanspruchungstheorie zu erfolgen habe. So: Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2 Rn. 33ff.; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 2, Rn. 21; Freyler, S. 86; Baeck/Lösler, NZA 2005, 247f.

⁸⁷ BAG, Urt. v. 19.11.2014, Az. 5 AZR 1101/12, BAGE 150, 82, Rn. 16; Urt. v. 11.07.2006, Az. 9 AZR 519/05, BAGE 119, 41-52, Rn. 42.

⁸⁸ Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 03.10.2000, Az. C-303/98, EuZW 2001, 53 (56); BAG, Urt. v. 25.04.2007, Az. 6 AZR 799/06, NZA 2007, 1108 (1109), Rn. 15; Beschl. v. 18.02.2003, Az. 1 ABR 2/02, BAGE 105, 32-58, Rn. 54; Urt. v. 31.05.2001, Az. 6 AZR 171/00, NJOZ 2002, 654 (655), Rn. 17; Urt. v. 04.08.1988, Az. 6 AZR 48/86, BeckRS 1988, 30727344; Buschmann, in: Festschrift Kohte, 417 (418); Growe, in: HK-ArbR, ArbZG, § 2, Rn. 4.

⁹⁰ Poeche, in: Küttner, Bereitschaftsdienst, Rn. 1; Baeck/Lösler, NZA 2005, 248.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 21.02.2018, Az. C-518/15, NJW 2018, 1073 (1075), Rn. 58; Urt. v. 01.12.2005, Az. C-14/04, NZA 2006, 89 (90), Rn. 46; Urt. v. 05.10.2004, Az. C-397/01 bis C-403/01, NJW 2004, 3547 (3548), Rn. 93; Urt. v. 09.09.2003, C-151/02, NZA 2003, 1019 (1023), Rn. 75; Urt. v. 03.10.2000, C-303/98, EuZW 2001, 53 (56), Rn. 52; BAG, Urt. v. 23.06.2010, Az. 10 AZR 543/09, NZA 2010, 1081 (1084), Rn. 20 ff.; Buschmann, in: Festschrift Kohte, 417 (418f.); Vogelsang, in: Schaub, ArbR-HdB, § 156, Rn. 23.

Zeiten, während derer sich der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz bzw. in dessen Nähe aufhält und dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG.⁹² Dem steht auch nicht entgegen, dass der Arbeitnehmer in den Passivzeiten in der Verwendung seiner Zeit frei ist und sich auch ausruhen kann.⁹³

Im Vergleich zwischen der ständigen Erreichbarkeit und dem Bereitschaftsdienst besteht die Gemeinsamkeit dieser Dienste darin, dass der Arbeitnehmer während dieser Arbeitsformen nicht tätig wird. Für die Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit ist aber seitens des Arbeitgebers kein, wie für den Bereitschaftsdienst vorausgesetzter, bestimmter Aufenthaltsort für das Bereithalten zur Tätigkeitsaufnahme vorgegeben.⁹⁴ Dem Arbeitgeber ist durch die Nutzung externer Kommunikationsmittel der Arbeitsort oft sogar gleichgültig.⁹⁵ Die örtliche Einschränkung durch die Gewährleistung des Empfangs des mobilen Kommunikationsmittels ist auch nicht vergleichbar mit der örtlichen Einschränkung des Arbeitnehmers, der Bereitschaftsdienst leistet. Es fehlt im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit auch an der vertraglichen Verpflichtung des Arbeitnehmers, bei Bedarf die Arbeitstätigkeit an einem vom Arbeitgeber vorgeschriebenen Ort unverzüglich aufzunehmen.⁹⁶

Somit bestehen erhebliche Unterschiede zwischen den Arbeitsformen der ständigen Erreichbarkeit und dem Bereitschaftsdienst. Demnach können die Zeiten der ständigen Erreichbarkeit mangels einer Vergleichbarkeit mit dem Bereitschaftsdienst nicht als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG gewertet werden.

c) Vergleich mit der Rufbereitschaft

Zuletzt ist eine Gegenüberstellung der ständigen Erreichbarkeit mit der Rufbereitschaft als weitere Arbeitsform vorzunehmen.

Bei der Rufbereitschaft wird zwischen den Passiv- und Aktivzeiten des Arbeitnehmers unterschieden. Während der Passivzeiten steht der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber abrufbereit zur Verfügung, er befindet sich demnach in seiner Freizeit; diese Zeiten stellen anders als bei der Arbeitsbereitschaft und dem Bereitschaftsdienst keine Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG dar und gehören somit zur Ruhezeit.⁹⁷ Die Aktivzeiten hingegen, in denen der Arbeitnehmer durch den Abruf tätig wird,

⁹² BAG, Urt. v. 23.06.2010, Az. 10 AZR 543/09, NZA 2010, 1081 (1083), Rn. 18; Urt. v. 16.03.2004, Az. 9 AZR 93/03, BAGE 110, 60-71, Rn. 93; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 2, Rn. 28.

⁹³ BAG, Urt. v. 23.06.2010, Az. 10 AZR 543/09, NZA 2010, 1081 (1083), Rn. 18; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 48; Wirtz, BB 2014, 1397 (1398).

⁹⁴ Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163, (1167); Wank, RdA 2014, 285 (288).

⁹⁵ Thüsing, SR 2016, 87 (94); Wank, RdA 2014, 285 (288).

⁹⁶ Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 21.02.2018, Az. C-518/15, NJW 2018, 1073 (1075f.), Rn. 60; Urt. v. 03.10.2000, Az. C-303/98, EuZW 2001, 53 (56); BAG, Urt. v. 29.6.2000, Az. 6 AZR 900/98, NZA 2001, 165 (166); Urt. v. 12.02.1969, Az. 4 AZR 308/68, BAGE 21, 348, Rn. 38; LAG Saarland, Urt. v. 30.11.2016, Az. 2 Sa 72/15, BeckRS 2016, 111631, Rn. 42; Reichold, in: Festschrift Bauer, 843 (857); Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 55; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 2, Rn. 31; Thüsing, MiLoG, § 1, Rn. 50; Wirtz, BB 2014, 1397 (1398).

sind Arbeitszeit im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG.⁹⁸ Diese arbeitszeitrechtliche Beurteilung der Aktiv- und Passivzeiten der Rufbereitschaft könnte für die ständige Erreichbarkeit herangezogen werden.

Die Rufbereitschaft ist die schwächste Form des Einsatzes des Arbeitnehmers und verpflichtet ihn, sich zu Hause oder an einem von ihm frei gewählten Ort bereitzuhalten, um die Arbeit, sofern erforderlich, alsbald aufnehmen zu können.⁹⁹ Dabei muss der Arbeitnehmer gewährleisten, dass er die Arbeit rechtzeitig aufnehmen kann. Er muss sich im Rahmen der Rufbereitschaft erreichbar halten, ohne sich, wie beim Bereitschaftsdienst, an einem vom Arbeitgeber vorgegebenen Ort aufzuhalten.¹⁰⁰ Den Aufenthaltsort kann der Arbeitnehmer grundsätzlich frei bestimmen. Er muss aber gewährleisten, dass er trotz der räumlichen Distanz zwischen dem jeweiligen Aufenthaltsort und dem Arbeitsort die Arbeit rechtzeitig aufnehmen kann.¹⁰¹ Somit darf zwischen dem Abruf und der Arbeitsaufnahme nur eine bestimmte Zeitspanne liegen, die den Einsatz nicht gefährdet und die rechtzeitige Arbeitsaufnahme im Bedarfsfall gewährleistet. Der Sinn und Zweck der Rufbereitschaft, einen flexiblen und kurzfristigen Arbeitseinsatz zu ermöglichen, muss also gewahrt bleiben.¹⁰² Dabei darf der Arbeitgeber weder den Aufenthaltsort vorgeben, noch eine zeitlich kurze Frist zwischen der Kontaktaufnahme und der Arbeitsaufnahme setzen, da es dann an der, für die Rufbereitschaft typischen, freien Ortswahl fehlen würde und somit der Arbeitgeber einen Bereitschaftsdienst erwarten würde.¹⁰³ Die Vorgabe einer kurzen Zeit für die Arbeitsaufnahme würde den Arbeitnehmer faktisch dazu zwingen, sich in unmittelbarer Nähe des Arbeitsplatzes aufzuhalten, um die Arbeit bei Bedarf fristgerecht aufnehmen zu können.¹⁰⁴ Eine solche Vorgabe des Faktors Zeit führt dann zu der Bestimmung des Aufenthaltsortes des Arbeitnehmers.¹⁰⁵ Die Rufbereitschaft soll aber dem Arbeitnehmer die freie Ortswahl ermöglichen,

⁹⁸ EuGH, Urt. v. 21.02.2018, Az. C-518/15, NJW 2018, 1073 (1075f.); Urt. v. 03.10.2000, Az. C-303/98, EuZW 2001, 53 (56); BAG, Urt. v. 29.6.2000, Az. 6 AZR 900/98, NZA 2001, 165 (166); Urt. v. 12.02.1969, Az. 4 AZR 308/68, BAGE 21, 348, Rn. 38; LAG Saarland, Urt. v. 30.11.2016, Az. 2 Sa 72/15, BeckRS 2016, 111631, Rn. 42; Reichold, in: Festschrift Bauer, 843 (857); Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 55; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 2, Rn. 31; Wirtz, BB 2014, 1397 (1398).

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 03.10.2000, Az. C-303/98, EuZW 2001, 53 (56); BAG, Urt. v. 19.11.2014, Az. 5 AZR 1101/12, BAGE 150, 82-87, Rn. 18; Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); Urt. v. 31.05.2001, Az. 6 AZR 171/00, NJOZ 2002, 654 (655); Urt. v. 19.12.1991, Az. 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560; Urt. v. 12.02.1969, Az. 4 AZR 308/68, BAGE 21, 348, Rn. 38; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 52f.; Düwell/Schubert, MiLoG, § 1, Rn. 39; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 2, Rn. 31; Thüsing, MiLoG, § 1, Rn. 50; Baeck/Lösler, NZA 2005, 249.

¹⁰⁰ BAG, Urt. v. 19.11.2014, Az. 5 AZR 1101/12, BAGE 150, 82-87, Rn. 18; Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); Urt. v. 31.05.2001, Az. 6 AZR 171/00, NJOZ 2002, 654 (655); Urt. v. 19.12.1991, Az. 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560; Urt. v. 03.12.1986, Az. 4 AZR 7/86, RdA 1987, 127; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.02.2016, Az. 2 Sa 378/15, BeckRS 2016, 68326, Rn. 21; Growe, in: HK-ArbR, ArbZG, § 2, Rn. 5; Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, § 1, Rn. 67.

¹⁰¹ BAG, Urt. v. 19.11.2014, Az. 5 AZR 1101/12, BAGE 150, 82-87, Rn. 18; Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); Urt. v. 19.12.1991, Az. 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560; Urt. v. 03.12.1986, Az. 4 AZR 7/86, RdA 1987, 127; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.02.2016, Az. 2 Sa 378/15, BeckRS 2016, 68326, Rn. 21; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 50.

¹⁰² BAG, Urt. v. 20.05.2010, Az. 6 AZR 1015/08, NJOZ 2010, 1942; Urt. v. 11.07.2006, Az. 9 AZR 519/05, BAGE 119, 41-52, Rn. 41; Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); Urt. v. 24.10.2000, Az. 9 AZR 634/99, NZA 2001, 449; Urt. v. 19.12.1991, Az. 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560; Urt. v. 03.12.1986, Az. 4 AZR 7/86, RdA 1987, 127; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 50; Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, § 1, Rn. 67.

¹⁰³ BAG, Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); Urt. v. 19.12.1991, Az. 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560; Bayreuther, NZA 2018, 348 (349).

¹⁰⁴ BAG, Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); Urt. v. 19.12.1991, Az. 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 2, Rn. 31.

¹⁰⁵ BAG, Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); Urt. v. 19.12.1991, Az. 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560.

um die arbeitsfreie Zeit frei zu gestalten und sich um persönliche sowie familiäre Angelegenheiten zu kümmern, an sportlichen oder kulturellen Veranstaltungen teilzunehmen oder sich mit Freunden zu treffen.¹⁰⁶

Zur Rufbereitschaft wird der Arbeitnehmer aufgrund einer Bestimmung auf individualvertraglicher oder kollektivrechtlicher Grundlage verpflichtet.¹⁰⁷ Dabei wird für den jeweiligen Dienst zur Rufbereitschaft ein bestimmtes, im Voraus festgelegtes Zeitfenster vorgegeben, für die Einteilung zur Rufbereitschaft werden oft auch Rufbereitschaftspläne in den Betrieben erstellt.¹⁰⁸

Die ständige Erreichbarkeit und die Rufbereitschaft sind dahingehend vergleichbar, dass sich der Arbeitnehmer im Rahmen dieser Zeiten verfügbar hält, um auf Abruf des Arbeitgebers tätig zu werden.¹⁰⁹ Somit sind beide Arbeitsformen durch die bedarfsorientierte, zeitweise Tätigkeitsaufnahme geprägt.¹¹⁰ Die Kontaktaufnahme mit dem Arbeitnehmer wird über betriebs- und empfangsbereite Kommunikationsmittel gewährleistet.¹¹¹ Somit wird der Arbeitnehmer bei beiden Diensten in der Wahl des Aufenthaltsortes dahingehend eingeschränkt, dass die Erreichbarkeit und damit auch die Funktionstüchtigkeit der Kommunikationsmittel gewährleistet werden.¹¹² Im Übrigen ist der Arbeitnehmer in der Wahl seines Aufenthaltsortes frei. Im Rahmen der Rufbereitschaft ist aber zu beachten, dass der Einsatz durch die Wahl des Aufenthaltsortes nicht gefährdet werden sollte und der Arbeitnehmer eine rechtzeitige Arbeitsaufnahme gewährleisten kann, indem er an seinen Arbeitsplatz oder einen anderen bestimmten Ort ohne erhebliche Zeitverzögerungen zurückzukehren kann.¹¹³ Bei der Rufbereitschaft tritt die Wahl des Aufenthaltsortes immer mehr in den Hintergrund, wenn das Erscheinen des Arbeitnehmers am Arbeitsort für die Leistung nicht erforderlich ist und über mobile Kommunikationsmittel vorgenommen werden kann.¹¹⁴ Der Arbeitnehmer kann somit, wie bei der ständigen Erreichbarkeit, unabhängig von seinem Aufenthaltsort seine Arbeit mobil vornehmen. Zu beachten ist aber, dass die ständige Erreichbarkeit und die daraus hervorgehende Freizeittätigkeit ausschließlich über die mobilen Kommunikationsmittel vorgenommen wird, sodass hier unabhängig von der Tätigkeit immer die Flexibilität hinsichtlich des Aufenthaltsortes besteht. Nach Stimmen der Literatur handelt es sich bereits um Rufbereitschaft, sofern eine arbeitgeberseitige Weisung zur

¹⁰⁶ BAG, Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928).

¹⁰⁷ BAG, Urt. v. 29.06.2000, Az. 6 AZR 900/98, NZA 2001, 165 (166); Poeche, in: Küttner, Rufbereitschaft, Rn. 4; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

¹⁰⁸ BAG, Beschl. v. 23.01.2001, Az. 1 ABR 36/00, NZA 2001, 741 (742); LAG Hamm, Beschl. v. 22.08.2008, Az. 10 TaBVGa 11/08, BeckRS 2008, 57382, Rn. 44; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 51.

¹⁰⁹ Falder, NZA 2010, 1150 (1151); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433).

¹¹⁰ Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

¹¹¹ Reichold, in: Festschrift Bauer, 843 (857); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1432); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178.

¹¹² Wank, RdA 2014, 285 (288).

¹¹³ BAG, Urt. v. 20.05.2010, Az. 6 AZR 1015/08, NJOZ 2010, 1942; Urt. v. 11.07.2006, Az. 9 AZR 519/05, BAGE 119, 41-52, Rn. 41; Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); Urt. v. 24.10.2000, Az. 9 AZR 634/99, NZA 2001, 449; Urt. v. 19.12.1991, Az. 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560; Urt. v. 03.12.1986, Az. 4 AZR 7/86, RdA 1987, 127; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 50; Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, § 1, Rn. 67.

¹¹⁴ Freyler, S. 99; Reichold, in: Festschrift Bauer, 843 (857); Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 48; Bayreuther, NZA 2018, 348 (349); Pieper, ZTR 2001, 292 (295).

ständigen Erreichbarkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit besteht.¹¹⁵

Dem steht aber entgegen, dass es sich bei der Rufbereitschaft um einen geregelten zusätzlichen Dienst handelt, zu dem der Arbeitnehmer auf individualvertraglicher oder kollektivrechtlicher Grundlage verpflichtet ist.¹¹⁶ Der Arbeitnehmer leistet die Rufbereitschaft im Rahmen bestimmter Zeitfenster und wird oft in Rufbereitschaftspläne eingeteilt, sodass eine abwechselnde Zuordnung erfolgt. Auch setzt die Rufbereitschaft eine alsbaldige Arbeitsaufnahme voraus. Die ständige Erreichbarkeit hingegen ist eine unregulierte Form eines zusätzlichen Dienstes, da es an einer individualvertraglichen oder kollektivrechtlichen Grundlage für die ständige Erreichbarkeit oft fehlt.¹¹⁷ Der Arbeitnehmer wird für die ständige Erreichbarkeit auch nicht in einen Erreichbarkeits-Plan eingeteilt, es wird auch kein bestimmtes Zeitfenster für dessen Gewährleistung oder eine Reaktionszeit auf Anfragen des Arbeitgebers vorgegeben.¹¹⁸ Der Arbeitnehmer kann umgehend mit der Kontaktaufnahme die Freizeittätigkeit vornehmen oder auch später, es gibt keinen festgelegten Grundsatz.¹¹⁹ Für die ständige Erreichbarkeit wird auch keine bestimmte Form der Kontaktaufnahme festgelegt, sodass der Arbeitnehmer sich für Anrufe, aber auch E-Mails erreichbar zu halten hat.

Demnach handelt es sich bei der ständigen Erreichbarkeit grundsätzlich nicht um Rufbereitschaft. Dieser Annahme steht auch nicht die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts entgegen, nach welcher der zusätzliche Dienst Rufbereitschaft darstellt, wenn sich der Arbeitnehmer über ein vom Arbeitgeber zur Verfügung gestelltes und vom Arbeitnehmer empfangsbereit zu haltendes Funktelefon jederzeit erreichbar zu halten hat.¹²⁰ Der Entscheidung lag der Sachverhalt zu Grunde, dass der Einsatz des Arbeitnehmers im Rahmen eines Rufbereitschaftsplans geplant und die Rufbereitschaft für einen bestimmten Zeitraum zu leisten war.¹²¹ Dies setzt auch eine bestimmte Reaktionszeit des Arbeitnehmers voraus, die bei der ständigen Erreichbarkeit grundsätzlich nicht besteht. Die Besonderheit an dem Fall war, dass der Arbeitnehmer beim Abruf seine Tätigkeit über das Funktelefon vorzunehmen hatte, statt im Betrieb oder einen sonstigen Einsatzort zu erscheinen.¹²² Somit bestanden nach dem Sachverhalt der Entscheidung erhebliche Unterschiede zu der Situation während der Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit.

Diese Unterschiede zwischen der ständigen Erreichbarkeit und der Rufbereitschaft führen auch nicht zur Annahme, dass es sich bei der ständigen Erreichbarkeit um ein Aliud zur Rufbereitschaft handelt. Ein Aliud setzt vielmehr voraus, dass es sich um etwas anderes als den vereinbarten Gegenstand, als

¹¹⁵ Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (154); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

¹¹⁶ BAG, Urt. v. 29.06.2000, Az. 6 AZR 900/98, NZA 2001, 165 (166); Poeche, in: Küttner, Rufbereitschaft, Rn. 4; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

¹¹⁷ So etwa auch: Freyler, S. 103; Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163 (1167); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

¹¹⁸ So auch: Freyler, S. 100.

¹¹⁹ So auch: Freyler, S. 101.

¹²⁰ BAG, Urt. v. 29.06.2000, Az. 6 AZR 900/98, NZA 2001, 165 (166).

¹²¹ So auch: Freyler, S. 100.

¹²² BAG, Urt. v. 29.06.2000, Az. 6 AZR 900/98, NZA 2001, 165 (166).

die vertraglich festgelegte Leistung handelt.¹²³ Die ständige Erreichbarkeit ist aber nicht etwas anderes als die Rufbereitschaft. Es handelt sich bei dieser auch um einen zusätzlichen Dienst, den der Arbeitnehmer außerhalb der Arbeitsstätte und der üblichen Arbeitszeit erbringt. Der Fokus liegt dabei auf der Ermöglichung der Kontaktaufnahme für betriebliche Belange bei Bedarf. Die ständige Erreichbarkeit stellt im Verhältnis zur Rufbereitschaft eine weitestgehend unregulierte Verfügbarkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit für dienstliche Belange dar.¹²⁴ Fehlen Regulierungen der ständigen Erreichbarkeit könnte dieser Dienst als Minus zur Rufbereitschaft angesehen werden.¹²⁵ Andererseits könnte die ständige Erreichbarkeit aufgrund eines fehlenden Zeitfensters für dessen Gewährleistung ein Mehr zur Rufbereitschaft sein, da der Arbeitnehmer quantitativ im Rahmen seiner Freizeit stärker beansprucht wird und sich die Gewährleistung auf einen längeren Zeitraum ausdehnen kann. Sofern die ständige Erreichbarkeit vertraglich geregelt wird, könnten solche Unterschiede zwischen der ständigen Erreichbarkeit und der Rufbereitschaft aufgehoben werden.¹²⁶ Aufgrund der grundsätzlichen Parallelen zwischen der ständigen Erreichbarkeit und der Rufbereitschaft kann demnach eine Vergleichbarkeit dieser Dienste angenommen werden, sodass die ständige Erreichbarkeit kein Aliud zur Rufbereitschaft ist. Ein solches Aliud kann die ständige Erreichbarkeit allenfalls im Hinblick auf den Bereitschaftsdienst sein, da die Einsatzmodalitäten grundsätzlich unterschiedlich sind und damit die ständige Erreichbarkeit etwas anderes als der Bereitschaftsdienst ist. Demnach kann als Aliud zum Bereitschaftsdienst die arbeitszeitrechtliche Wertung des Bereitschaftsdienstes für die ständige Erreichbarkeit nicht herangezogen werden.

Aufgrund der Vergleichbarkeit der ständigen Erreichbarkeit mit der Rufbereitschaft sind die bestehenden Grundsätze für die Rufbereitschaft auch für die ständige Erreichbarkeit anwendbar. Demnach sind die Zeiten der ständigen Erreichbarkeit, wie bei der Rufbereitschaft, nicht Arbeitszeit im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG, sondern Ruhezeit.¹²⁷ Lediglich die Aktivzeiten, in denen der Arbeitnehmer aus der ständigen Erreichbarkeit heraus tätig wird und die Freizeittätigkeit vornimmt, sind als Arbeitszeit im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG einzustufen.¹²⁸

¹²³ Duden online, Stichwort: aliud, auf: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Aliud>.

¹²⁴ Schuchart, in: iga.Report, Teil 2, S. 15; kursorisch: Thüsing, SR 2016, 87 (88); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1435).

¹²⁵ Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163 (1167); Vogt, StBW 2012, 765 (766). Bei Weisung des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit liege Rufbereitschaft vor; so etwa: Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (154); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052. Die ständige Erreichbarkeit sei eine besondere Art der Rufbereitschaft, die sich in Einzelfällen zum Bereitschaftsdienst verdichten könne, wenn der Arbeitnehmer für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung stehen muss, wie im Rahmen der Online-Überwachung des Produktionsablaufs oder der regelmäßigen Durchführung einer Fernwartung; so: Krause, NZA 2016, 1004 (1005). Die ständige Erreichbarkeit sei eine „Rufbereitschaft neuer Art“; so: Wank, RdA 2014, 285 (289).

¹²⁶ So im Ansatz auch: Freyler, S. 133; Krause, NZA 2016, 1004 (1005).

¹²⁷ So etwa auch im Ergebnis: Freyler, S. 103; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (56f.); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Wank, RdA 2014, 285 (289); Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

¹²⁸ So etwa auch im Ergebnis: Freyler, S. 128, dabei ohne nach einer zurechenbaren Veranlassung zum Tätigwerden des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber zu differenzieren; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (56f.); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Wank, RdA 2014, 285 (289); Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

d) Vergleich mit der Arbeit auf Abruf

Der Annahme, dass es sich bei den Zeiten der ständigen Erreichbarkeit nicht um Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG handelt, kann auch nicht entgegenstehen, dass es sich bei einem solchen zusätzlichen Dienst um ein Abrufarbeitsverhältnis nach § 12 Abs. 1 S. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (im Folgenden: TzBfG) handeln könnte. Für die Arbeit auf Abruf, auch kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit (KAPOVAZ) genannt, ist maßgebend, dass der Arbeitnehmer aus der unbezahlten Freizeit zum Arbeitseinsatz gerufen wird.¹²⁹ Somit stellen die Zeiten vor dem Abruf des Arbeitnehmers keine Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG dar, dies gilt auch für die Zeiten der ständigen Erreichbarkeit.

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die Vornahme von Freizeittätigkeit durch den Arbeitnehmer, sofern diese durch den Arbeitgeber zurechenbar veranlasst wurde durch eine ausdrückliche oder konkludente Anordnung oder von ihm geduldet wird, Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG. Die Zeiten der ständigen Erreichbarkeit, in denen der Arbeitnehmer nicht tätig wird, sind keine Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG.

II. Gestaltungsmöglichkeiten ständiger Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit

Den Arbeitsvertragsparteien könnten Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit zustehen.

1. Weisungsrecht des Arbeitgebers, § 106 Gewerbeordnung (im Folgenden: GewO)

Der Arbeitgeber könnte den Arbeitnehmer anweisen, außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit erreichbar zu sein und Freizeittätigkeiten vorzunehmen.

a) Begriffsbestimmung des Weisungsrechts

Der Arbeitnehmer ist nach § 611 a Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag im Dienste des Arbeitgebers zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Dabei steht dem Arbeitgeber ein Weisungsrecht hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit zu, sodass er die Arbeitsbedingungen einseitig nach billigem Ermessen bestimmen kann.¹³⁰ Dieses Weisungsrecht des Arbeitgebers wird in § 106 GewO bestimmt, das nach § 6 Abs. 2 GewO für alle Arbeitnehmer Anwendung findet. Die Weisungen des Arbeitgebers als einseitiges Weisungsrecht (auch Direktionsrecht genannt) konkretisieren die arbeitsvertraglichen Leistungspflichten des Arbeitnehmers, die hinsichtlich Art, Ort und Umfang unter anderem durch den

¹²⁹ Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 15; Preis, in: Erfurter Kommentar, TzBfG, § 12, Rn. 6.

¹³⁰ Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 3; Griese, in: Küttner, Weisungsrecht, Rn. 1; Gragert, in: Moll, § 12 Art der Tätigkeit, Rn. 39.

Arbeitsvertrag bestimmt werden (§ 106 S. 1 GewO).¹³¹ Dabei gilt: „Je enger die Leistungspflicht im Arbeitsvertrag festgelegt ist, desto enger sind die Grenzen des Weisungsrechts“.¹³² Somit wird der Gestaltungsspielraum des Arbeitgebers durch die Bestimmungen im Arbeitsvertrag zur Arbeitsleistung des Arbeitnehmers eingeschränkt. Dabei ist das Weisungsrecht die schwächste Rechtsquelle im Arbeitsverhältnis, da es in der Ausübung durch das höherrangige Recht, damit durch den Arbeitsvertrag, die Betriebsvereinbarung, den Tarifvertrag, das Gesetz und die Verfassung, beschränkt wird (§ 106 S. 1 GewO).¹³³

b) Weisungsrecht zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit

Für die Anordnung der ständigen Erreichbarkeit und die damit einhergehende Freizeittätigkeit müsste dem Arbeitgeber ein Weisungsrecht nach § 106 GewO zustehen.

aa) Annahme einseitiges Weisungsrecht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber soll den Arbeitnehmer zur ständigen Erreichbarkeit und zur Aufnahme der Freizeittätigkeit anweisen können, sofern keine Vereinbarung hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit getroffen wurde.¹³⁴ Der Arbeitgeber konkretisiert durch die Ausübung des Weisungsrechts nach § 106 S. 1 GewO die Zeit und damit auch die Lage der Arbeitszeit, ohne eine solche Anweisung und die damit verbundene Regelung der Lage der Arbeitszeit wäre dem Arbeitnehmer die Erbringung seiner Arbeitsleistung nicht möglich. Demnach solle dem Arbeitgeber die Befugnis zur Anweisung des Arbeitnehmers, sich nach Büroschluss über mobile Arbeitsmittel für Arbeitsbelange verfügbar zu halten, zur Bestimmung der Lage der Arbeitszeit zustehen.¹³⁵ Insbesondere bei variablen Arbeitszeitmodellen, denen permanent abwandelbare, anpassungsfähige Arbeitszeiten immanent sind, sei es möglich, dass die Arbeitsvertragsparteien dem Arbeitgeber ein einseitiges Weisungsrecht hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit einräumen, sodass der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer anordnen könne, dass dieser sich am Wochenende oder nach Büroschluss über das Mobiltelefon oder Smartphone erreichbar halten sowie eingehende E-Mails lesen und beantworten solle.¹³⁶ Dabei könne das Weisungsrecht des Arbeitgebers aufgrund tariflicher, gesetzlicher oder betriebsverfassungsrechtlicher Regelungen beschränkt sein, wie unter anderem durch das Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen nach § 9 ArbZG.¹³⁷

¹³¹ Hromadka, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 145 (151); Linck, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 255 (258); Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 5; Griese, in: Küttner, Weisungsrecht, Rn. 1; Gragert, in: Moll, § 12 Art der Tätigkeit, Rn. 21; Wank, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 106, Rn. 4; Schirmer, NZA-Beilage 2016, 85.

¹³² Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 12; Gragert, in: Moll, § 12 Art der Tätigkeit, Rn. 14; Wank, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 106, Rn. 5.

¹³³ Griese, in: Küttner, Weisungsrecht, Rn. 6; Gragert, in: Moll, § 12 Art der Tätigkeit, Rn. 29; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (17).

¹³⁴ Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

¹³⁵ Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052f.

¹³⁶ Heinze, NZA 1997, 681.

¹³⁷ Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

bb) Ablehnung einseitiges Weisungsrecht des Arbeitgebers

Ein solches Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO, nach dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit anweisen können soll, ist abzulehnen.¹³⁸

Nach § 106 S. 1 GewO betrifft das Weisungsrecht im Rahmen des billigen Ermessens den Inhalt, den Ort und die Zeit der Arbeitsleistung. Nach der obigen Prüfung handelt es sich bei den Zeiten der ständigen Erreichbarkeit nicht um Arbeitszeit im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG, sondern um die Freizeit des Arbeitnehmers. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers bezieht sich aber lediglich auf die Arbeitssphäre und gilt damit nur für die betrieblichen Zeiten.¹³⁹ Die Freizeit des Arbeitnehmers, als Gegenteil zur Arbeitszeit, ist vom Weisungsrecht des Arbeitgebers nicht erfasst, da die Zeiten der Freizeit zur persönlichen Lebensführung gehören und damit außerhalb der arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers stehen; den Arbeitnehmer treffen, abgesehen von vermeintlichen Unterlassungspflichten (wie Wettbewerbsverbot), keine vertraglichen Pflichten, die Handlungsfreiheit des Arbeitnehmers unterliegt nicht der Disposition des Arbeitgebers.¹⁴⁰ Dem Arbeitnehmer soll somit die Möglichkeit zustehen, diese Zeiten frei und zur Entfaltung der Persönlichkeit, geschützt in Art. 1, 2 Abs. 1 Grundgesetz (im Folgenden: GG), zu nutzen und sich von der Arbeit regenerieren zu können.¹⁴¹

Der Arbeitgeber, der die ständige Erreichbarkeit über die mobilen Kommunikationsmittel vom Arbeitnehmer verlangt, weist ihn an, sich außerhalb der Betriebsstätte und der üblichen Arbeitszeit in seiner Freizeit für betriebliche Belange erreichbar zu halten. Demnach zielt die Anweisung des Arbeitgebers auf die Freizeit des Arbeitnehmers ab, sei sie ausdrücklich oder konkludent erklärt. Ein solches Weisungsrecht steht dem Arbeitgeber nach § 106 S. 1 GewO nicht zu, da der Arbeitgeber nicht in das außerbetriebliche Verhalten des Arbeitnehmers eingreifen und damit auch nicht den Arbeitnehmer anweisen kann, außerhalb der üblichen Arbeitszeit mobile Kommunikationsmittel mit sich zu führen und sich erreichbar zu halten.¹⁴²

Anders wäre es dann, wenn der Arbeitgeber die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers über mobile Kommunikationsmittel während der Arbeitszeit anordnet, da eine solche Weisung, unter Beachtung des billigen Ermessens, die vertraglich zu erbringende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers auf diese Art und Weise konkretisiert und sich auf die Arbeitszeit bezieht.¹⁴³ Somit kann der Arbeitgeber den

¹³⁸ So auch im Ergebnis: Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 101; Wank, RdA 2014, 285 (288); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

¹³⁹ Wank, in: Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank, GewO, § 106, Rn. 39; Wank, RdA 2014, 285 (288); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

¹⁴⁰ BAG, Urt. v. 23.08.2012, Az. 8 AZR 804/11, BAGE 143, 62-76, Rn. 24; Urt. v. 17.03.2010, Az. 5 AZR 296/09, NJOZ 2010, 1710 (1712); Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 55; Poeche, in: Küttner, Freizeitbeschäftigung, Rn. 1f.; Wank, RdA 2014, 285 (288); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

¹⁴¹ Poeche, in: Küttner, Freizeitbeschäftigung, Rn. 3.

¹⁴² BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52f.); so auch im Ergebnis: Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 101; Wank, RdA 2014, 285 (288); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

¹⁴³ Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

Arbeitnehmer zur ständigen Erreichbarkeit nur während seiner Arbeitszeit nach § 106 S. 1 GewO anweisen.

Die Anordnung zur ständigen Erreichbarkeit des Arbeitnehmers über die übliche Arbeitszeit hinaus, stellt auch nicht die Bestimmung der Ordnung und des Verhaltens des Arbeitnehmers im Betrieb nach § 106 S. 2 GewO dar. Dies setzt ein Verhalten des Arbeitnehmers „im Betrieb“ voraus, denn der Arbeitgeber kann solche Weisungen nur zum Verhalten des Arbeitnehmers „im Betrieb“ erteilen.¹⁴⁴ Dabei ist der Betriebsbegriff, wie nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (im Folgenden: BetrVG), nicht räumlich zu verstehen, sondern funktional und bezieht sich auf das betriebliche Verhalten der Arbeitnehmer, welches nicht nur Verhaltensweisen der Arbeitnehmer innerhalb der Betriebsstätte meint, sondern auch außerhalb der Betriebsstätte.¹⁴⁵ Die ständige Erreichbarkeit zeichnet sich aber gerade dadurch aus, dass sich der Arbeitnehmer währenddessen nicht im Betrieb befindet, sondern an einem von ihm zu bestimmenden Aufenthaltsort und nicht mit betrieblichen Belangen konfrontiert wird, sondern seiner Freizeitgestaltung. Somit betrifft die Weisung des Arbeitgebers zum zusätzlichen Dienst nicht die Ordnung und das Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb im Sinne von § 106 S. 2 GewO, sondern die Freizeitgestaltung und ist damit nicht vom Weisungsrecht des Arbeitgebers gedeckt.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO ist nicht nur für die Anweisung zur ständigen Erreichbarkeit des Arbeitnehmers abzulehnen, sondern auch für die sich aus der ständigen Erreichbarkeit ergebende Freizeittätigkeit. Zwar sind die Zeiten, in denen der Arbeitnehmer eine angeordnete Freizeittätigkeit vornimmt, Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG und könnten aus diesem Grund dem Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO hinsichtlich der Zeit der Arbeitsleistung unterliegen. Die Ausübung der Freizeittätigkeit kann aber dazu führen, dass die Arbeitsleistung über die ursprüngliche Arbeitszeit hinaus vorgenommen wird und damit ein über die eigentliche Arbeitsleistung hinaus zusätzlicher Dienst geleistet wird. Dieses Tätigwerden kann zur Verlängerung der Dauer und Veränderung der Lage der Arbeitszeit des Arbeitnehmers führen. Die Dauer der Arbeitszeit betrifft die Hauptleistungspflicht des Arbeitsverhältnisses, nach welcher der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine vereinbarte Vergütung leistet.¹⁴⁶ Diese beiderseitigen Hauptleistungspflichten (Vergütungs- und Arbeitspflicht) werden von den Parteien als Kernbereich des Arbeitsverhältnisses vereinbart, sodass kein Raum für eine einseitige Disposition des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers besteht.¹⁴⁷ Dies gilt insbesondere auch dann, wenn sich die Vergütung des Arbeitnehmers nach dem

¹⁴⁴ BAG, Urt. v. 23.08.2012, Az. 8 AZR 804/11, BAGE 143, 62-76, Rn. 23f.; Urt. v. 18.07.2006, Az. 1 AZR 578/05, BAGE 119, 122-131, Rn. 24.

¹⁴⁵ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52f.); Beschl. v. 22.07.2008, Az. 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248 (1254); Urt. v. 18.07.2006, Az. 1 AZR 578/05, BAGE 119, 122-131, Rn. 24; Beschl. v. 27.01.2004, Az. 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (557); Preis, in: Erfurter Kommentar, GewO, § 106, Rn. 3.

¹⁴⁶ Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 34; Poeche, in: Küttner, Arbeitszeit, Rn. 28; Trittin, NZA 2001, 1003 (1005).

¹⁴⁷ BAG, Urt. v. 21.04.1993, Az. 7 AZR 297/92, NZA 1994, 476f.; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 53; LAG Nürnberg, Urt. v. 17.02.2004, Az. 6 Sa 325/02, BeckRS 2004, 41194; Urt. v. 08.03.1999, Az. 6 Sa 259/97, NZA 2000, 263; Linck, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 255 (266); Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, 163 (165); Schröder, S. 101; Preis, in: Erfurter Kommentar, GewO, § 106, Rn. 3; Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 13; Wank, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 106, Rn. 9; Hanau, NZA-Beilage 2006, 34 (35, 38).

Umfang der geleisteten Arbeitszeit bemisst, sodass sich eine quantitative Veränderung der Arbeitszeit nicht nur auf die Arbeitspflicht, sondern auch auf die Vergütungspflicht auswirken würde.¹⁴⁸ Der Arbeitgeber könnte durch die einseitige Anweisung der Arbeitszeit neben dem Umfang der dem Arbeitnehmer obliegenden Arbeitspflicht, auch die Höhe einer nach Zeiteinheiten zu bemessenden Vergütung bestimmen.¹⁴⁹ Aus diesem Grund wird die Dauer der Arbeitszeit bereits in den Arbeitsverträgen vereinbart, da neben dem Interesse der Arbeitsvertragsparteien an der Regelung des Umfangs der Arbeitszeit, der Arbeitgeber so seiner Nachweispflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 Nachweisgesetz (im Folgenden: NachwG) hinsichtlich der vereinbarten Arbeitszeit nachkommt.¹⁵⁰ Fehlt eine Vereinbarung über die Dauer der Arbeitszeit im Arbeitsvertrag, so ist dieser so auszulegen, dass die betriebsübliche Arbeitszeit vergleichbarer Arbeitnehmer zu erbringen ist und somit auch dann eine einseitige Veränderung der Dauer der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber ausgeschlossen ist.¹⁵¹ Demnach kann der Arbeitgeber den Wert von Leistung und Gegenleistung durch die Ausübung seines einseitigen Weisungsrechts nach § 106 S. 1 GewO nicht nachhaltig beeinträchtigen.¹⁵² Möchte der Arbeitgeber nach Vertragsschluss die Dauer der Arbeitszeit ändern, könnte er eine Änderungskündigung, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, aussprechen oder eine Änderungsvereinbarung mit dem Arbeitnehmer treffen.¹⁵³ Der Arbeitgeber kann demnach durch die Anweisung der Freizeittätigkeit, deren Zeiten aufgrund der zurechenbaren Veranlassung des Arbeitgebers als Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG zu werten sind, nicht einseitig über die Dauer der Arbeitszeit nach § 106 S. 1 GewO disponieren, ein solches Weisungsrecht steht dem Arbeitgeber nicht zu.

Neben der Dauer der Arbeitszeit wird auch die Lage der Arbeitszeit durch die Freizeittätigkeit betroffen. Die Lage der Arbeitszeit ist nicht zwingend zwischen den Arbeitsvertragsparteien zu regeln, da sich die Nachweispflicht für die Hauptleistungspflichten nur auf die Dauer der Arbeitszeit bezieht und sich Veränderungen der Lage der Arbeitszeit grundsätzlich nicht auf die Vergütungspflicht sowie den Umfang der Arbeitspflicht auswirken. Durch eine ausgebliebene Regelung der Lage der Arbeitszeit kann die Flexibilität des Einsatzes des Arbeitnehmers gewahrt werden, sodass der Arbeitgeber nach § 106 S. 1 GewO die Lage der Arbeitszeit nach billigem Ermessen näher bestimmen könnte. Dabei ist für die Ausübung des Weisungsrechts im Rahmen des billigen Ermessens im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB

¹⁴⁸ BAG, Urt. v. 21.04.1993, Az. 7 AZR 297/92, NZA 1994, 476f.; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 54; LAG Nürnberg, Urt. v. 17.02.2004, Az. 6 Sa 325/02, BeckRS 2004, 41194.

¹⁴⁹ BAG, Urt. v. 21.04.1993, Az. 7 AZR 297/92, NZA 1994, 476f.; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 54; LAG Nürnberg, Urt. v. 17.02.2004, Az. 6 Sa 325/02, BeckRS 2004, 41194.

¹⁵⁰ BAG, Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 54; Schröder, S. 94; Breinlinger, in: Festschrift Bepler, 27 (32); Lembke, in: Hensler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 77; Poeche, in: Küttner, Arbeitszeit, Rn. 29; Trittin, NZA 2001, 1003 (1005).

¹⁵¹ BAG, Urt. v. 25.02.2015, Az. 5 AZR 481/13, BAGE 151, 56-65, Rn. 25; Urt. v. 15.05.2013, Az. 10 AZR 325/12, NZA-RR 2014, 519 (520f.); Urt. v. 09.12.1987, Az. 4 AZR 584/87, BAGE 57, 130-136, Rn. 13; Schröder, S. 94; Kolbe, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, GewO, § 106, Rn. 27; Poeche, in: Küttner, Arbeitszeit, Rn. 29.

¹⁵² BAG, Urt. v. 21.04.1993, Az. 7 AZR 297/92, NZA 1994, 476f.; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 54; LAG Nürnberg, Urt. v. 17.02.2004, Az. 6 Sa 325/02, BeckRS 2004, 41194; Schröder, S. 101; Preis, in: Erfurter Kommentar, GewO, § 106, Rn. 3.

¹⁵³ BAG, Urt. v. 21.04.1993, Az. 7 AZR 297/92, NZA 1994, 476f.; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 54; LAG Nürnberg, Urt. v. 17.02.2004, Az. 6 Sa 325/02, BeckRS 2004, 41194; Hromadka, in: Festschrift Bauer, 463 (464f.); Poeche, in: Küttner, Arbeitszeit, Rn. 29.

erforderlich, dass die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer angemessen berücksichtigt werden.¹⁵⁴ Somit kann der Arbeitgeber über sein Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO die Lage der Arbeitszeit konkretisieren, indem er die wöchentliche Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage verteilt, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie Pausen festlegt.¹⁵⁵ Sofern keine ausdrückliche Regelung im Arbeitsvertrag zur Lage der Arbeitszeit getroffen wurde, kann angenommen werden, dass die Tätigkeit zu den jeweils wirksam bestimmten betrieblichen Arbeitszeiten vorzunehmen ist, die durch die Weisung des Arbeitgebers festgelegt und damit auch einseitig geändert werden können.¹⁵⁶ Der Arbeitgeber ist nicht an die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende betriebsübliche Arbeitszeit gebunden, da eine solche Beschränkung des Weisungsrechts einer Vereinbarung im Arbeitsvertrag bedarf.¹⁵⁷ Somit kann dem Arbeitgeber ein einseitiges Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit zustehen, wenn diese nicht vereinbart ist. Demnach könnte für die Anweisung der Freizeittätigkeit ein Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit bestehen, sodass der Arbeitgeber über diese einseitig disponieren könnte. Ordnet der Arbeitgeber die Freizeittätigkeit an, wirkt sich diese aber nicht nur auf die Lage der Arbeitszeit, sondern auch die Dauer der Arbeitszeit aus. Die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit stellen oftmals einen zusätzlichen Dienst dar, der über die übliche Arbeitszeit hinaus im Rahmen der Freizeit vorgenommen wird, sodass die vereinbarte Dauer der Arbeitszeit überschritten wird. Die Anweisung des Arbeitgebers muss sich aber im Rahmen der gesetzlichen Regelungen, unter anderem des Arbeitszeitgesetzes und der darin geregelten Ruhezeit, aber auch der kollektiv- und einzelarbeitsvertraglichen Regelungen halten (§ 106 S. 1 GewO). Schon aus diesem Grund kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Freizeittätigkeit nicht einseitig anweisen, obwohl ihm hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit ein Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO zustünde. Die vertraglichen Bestimmungen über die Dauer der Arbeitszeit schränken demnach das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO ein und belassen ihm keinen Gestaltungsspielraum zur Anweisung der Freizeittätigkeit.

Zudem ist auch zu beachten, dass der Arbeitnehmer, der zur Freizeittätigkeit herangezogen werden soll, die Kontaktaufnahme in seiner Freizeit gewährleisten muss, sodass seine Erreichbarkeit in der Freizeit für das Tätigwerden vorausgesetzt wird. Dem Arbeitgeber steht aber kein Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer zur ständigen Erreichbarkeit in der Freizeit zu,¹⁵⁸ sodass es an einer für

¹⁵⁴ BAG, Urt. v. 17.07.2007, Az. 9 AZR 819/06, NZA 2008, 118 (119); Urt. v. 23.09.2004, Az. 6 AZR 567/03, BAGE 112, 80-86, Rn. 19; Urt. v. 13.03.2003, Az. 6 AZR 557/01, BeckRS 2003, 41136, Rn. 41; Urt. v. 25.10.1989, Az. 2 AZR 633/88, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 36, Rn. 32; Hromadka, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 145 (150f., 154); Linck, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 255 (258); Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band I, GewO, § 106, Rn. 12.

¹⁵⁵ BAG, Urt. v. 16.04.2014, Az. 5 AZR 483/12, NZA 2014, 1262 (1263); Urt. v. 18.04.2012, Az. 5 AZR 195/11, NJW 2012, 2461 (2462); Urt. v. 17.07.2007, Az. 9 AZR 819/06, NZA 2008, 118 (119); Urt. v. 23.09.2004, Az. 6 AZR 567/03, BAGE 112, 80-86, Leitsatz; Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, 163 (165); Hanau, NZA-Beilage 2006, 34.

¹⁵⁶ BAG, Urt. v. 15.09.2009, Az. 9 AZR 757/08, BAGE 132, 88-99, Rn. 49; Urt. v. 23.06.1992, Az. 1 AZR 57/92, NZA 1993, 89 (90); Poeche, in: Küttner, Arbeitszeit, Rn. 33; Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, BGB, § 611a, Rn. 81, 85.

¹⁵⁷ BAG, Urt. v. 15.09.2009, Az. 9 AZR 757/08, BAGE 132, 88-99, Rn. 49; Urt. v. 23.06.1992, Az. 1 AZR 57/92, NZA 1993, 89 (90); Poeche, in: Küttner, Arbeitszeit, Rn. 33; Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, BGB, § 611a, Rn. 81, 85; Benkert, NJW-Spezial 2017, 178.

¹⁵⁸ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52f.); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

die Freizeittätigkeit erforderlichen Kontaktaufnahme im Rahmen der Freizeit mangels ständiger Erreichbarkeit des Arbeitnehmers fehlen würde. Der Arbeitgeber könnte dem Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit jedoch während der Arbeitszeit zuweisen, da ihm in dieser Zeit ein Weisungsrecht zusteht. Ordnet der Arbeitgeber wegen des Umfangs der Tätigkeit bewusst oder unbewusst ein Tätigwerden in der Freizeit an, würde sich diese Weisung, wenn auch während der Arbeitszeit ausgesprochen, aber auf die Freizeit beziehen und auch die Dauer der Arbeitszeit tangieren. Ein Weisungsrecht für die Freizeit steht dem Arbeitgeber aber gerade nicht zu,¹⁵⁹ sodass er den Arbeitnehmer auch nicht innerhalb der üblichen Arbeitszeit anweisen kann, im Rahmen seiner Freizeit die Tätigkeit vorzunehmen, die er während seiner Arbeitszeit nicht vornehmen konnte.

cc) Zwischenergebnis

Demnach kann der Arbeitgeber durch das Weisungsrecht nach § 106 S. 1, 2 GewO nicht in die Freizeit des Arbeitnehmers eingreifen, sondern nur das Arbeitsverhältnis und die damit verbundene Arbeitsleistung konkretisieren. Dem Arbeitgeber steht kein Weisungsrecht zu, um den Arbeitnehmer zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit nach § 106 S. 1 GewO anzuweisen.¹⁶⁰ Eine solche Weisung, die nicht den gesetzlichen, arbeitsvertraglichen oder kollektivrechtlichen Regelungen entspricht, ist unwirksam, sodass der Arbeitnehmer sie nicht befolgen muss.¹⁶¹ Dies gilt aber nicht für die Erbringung von Arbeitsleistungen in Ausnahme- oder Notfällen zum Schutz betrieblicher Interessen (§ 14 ArbZG), in solchen Fällen kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Dauer und die vereinbarte Lage der Arbeitszeit hinaus zur Leistung heranziehen.¹⁶²

2. Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts

Die Arbeitsvertragsparteien könnten ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers bezüglich der Anordnung der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit im Arbeitsvertrag vereinbaren, da der Arbeitgeber einen solchen zusätzlichen Dienst nicht nach § 106 S. 1, 2 GewO anweisen kann. Durch ein solches einseitiges Leistungsbestimmungsrecht könnte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, unter Einhaltung der Bestimmungen der Vereinbarung, zur Vornahme eines solchen Dienstes heranziehen.

a) Begriffsbestimmung Leistungsbestimmungsrecht

Bei einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers wird diesem durch vertragliche Bestimmungen die Möglichkeit eingeräumt, einseitig die arbeitsvertragliche Leistungspflicht des

¹⁵⁹ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52f.); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

¹⁶⁰ So auch im Ergebnis: Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 101.

¹⁶¹ Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 64; Preis, in: Erfurter Kommentar, GewO, § 106, Rn. 5; Wank, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 106, Rn. 33; Benkert, NJW-Spezial 2017, 178.

¹⁶² BAG, Urt. v. 03.12.1980, Az. 5 AZR 477/78, AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 4, Rn. 11; Falter, in: Festschrift Bauer, 291 (299f.); Wank, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 106, Rn. 30; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

Arbeitnehmers und damit, je nach Vereinbarung, auch die Vergütungspflicht zu gestalten.¹⁶³ Dieses Recht würde ihm allein auf der Grundlage des gesetzlichen Weisungsrechts nach § 106 S. 1 GewO nicht zustehen.¹⁶⁴ Das Weisungsrecht nach § 106 GewO ist auf den tatsächlichen Erfolg, die Erfüllung der vertraglich festgelegten Arbeitspflicht gerichtet und soll somit die im Arbeitsvertrag enthaltenen Rahmen-Arbeitsbedingungen konkretisieren.¹⁶⁵ Das Leistungsbestimmungsrecht hingegen stellt die Ausübung eines vertraglich eingeräumten Rechts dar, mit welchem der Arbeitgeber einseitig die vertragliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers gestaltet und damit kraft Willensäußerung einen rechtlichen Erfolg herbeiführt.¹⁶⁶ Dabei ist dieses Recht nach § 315 BGB im Zweifel nach billigem Ermessen zu treffen, sofern weitere Bestimmungen für dessen Ausübung nicht getroffen wurden.

Wird dem Arbeitgeber im Arbeitsvertrag ein Recht eingeräumt, dem Arbeitnehmer die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit anzuordnen, handelt es sich um ein Recht des Arbeitgebers einseitig durch seine Willensäußerung die Leistungspflicht des Arbeitnehmers und damit dessen Umfang zu gestalten, sodass die Regelung ein Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers darstellt.

b) Gestaltungsmöglichkeiten

Für die Regelung eines solchen einseitigen Leistungsbestimmungsrecht zur Anordnung des zusätzlichen Dienstes im Sinne des § 315 BGB, nach welchem dem Arbeitgeber das Bestimmungsrecht über die Dauer und Lage der Arbeitszeit zustehen soll, kommen verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht.

aa) Vereinbarung eines Widerrufsrechts

Die Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts könnte ein Widerrufsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich des Umfangs der Arbeitszeit darstellen. Grundsätzlich soll ein vertraglich vereinbarter Widerrufsvorbehalt den Arbeitgeber dazu berechtigen, bestimmte dem Arbeitnehmer gewährte Leistungen (beispielsweise Gratifikationen) unter bestimmten Voraussetzungen einseitig mittels eines Widerrufs zu mindern oder gar zum Fortfall bringen zu können.¹⁶⁷ Wird zwischen den Arbeitsvertragsparteien ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der Vornahme eines zusätzlichen Dienstes geregelt, stellt dies jedoch kein einseitiges Änderungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der von ihm gewährten Leistungen dar. Der Umfang der Arbeitspflicht und damit die Arbeitszeit ist keine Leistung, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gewährt, sondern ein

¹⁶³ BAG, Urt. v. 15.02.2012, Az. 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733 (735); Urt. v. 16.04.2003, Az. 7 AZR 187/02, BAGE 106, 79-86, Rn. 26; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 57f.; Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 44.

¹⁶⁴ BAG, Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 54; Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 43; Löwisch, in: Dornbusch/ Fischermeier/Löwisch, BGB, § 315, Rn. 4.

¹⁶⁵ Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 44; Löwisch, in: Dornbusch/ Fischermeier/Löwisch, BGB, § 315, Rn. 4; Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 5; Gragert, in: Moll, § 12 Art der Tätigkeit, Rn. 21; Schirmer, NZA-Beilage 2016, 85.

¹⁶⁶ BAG, Urt. v. 15.02.2012, Az. 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733 (735); Urt. v. 16.04.2003, Az. 7 AZR 187/02, BAGE 106, 79-86, Rn. 26; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 57f.; Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 44.

¹⁶⁷ BAG, Urt. v. 21.03.2012, Az. 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; Urt. v. 20.04.2011, Az. 5 AZR 191/10, BAGE 137, 383-387, Rn. 10; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 56; Kreft, in: KR, KSchG, § 2, Rn. 75.

quantitativer Bemessungsfaktor für die beiderseitigen Hauptleistungspflichten.¹⁶⁸ Dies gilt auch für den zusätzlichen Dienst, der sich auf den Umfang der Arbeitspflicht bezieht und damit keine Leistung darstellt, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gewährt, sondern als quantitativer Bemessungsfaktor für die beiderseitigen Hauptleistungspflichten herangezogen werden kann.

Somit kann kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers für die Anordnung des zusätzlichen Dienstes im Rahmen eines Widerrufsrechts des Arbeitgebers vereinbart werden.

bb) Vereinbarung eines Abrufarbeitsverhältnisses, § 12 TzBfG

Es könnte ein Abrufarbeitsverhältnis nach § 12 TzBfG vereinbart werden, sodass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer abrufen und ihm zum zusätzlichen Dienst heranziehen könnte.

Nach § 12 Abs. 1 S. 1 TzBfG wird ein Abrufarbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer vereinbart, wenn festgelegt wird, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf) und dem Arbeitgeber das Recht zusteht, entsprechend dem Arbeitsanfall die Lage und die Dauer der Arbeit bestimmen zu können.¹⁶⁹ Demnach wird dem Arbeitgeber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit eingeräumt, dass ihm ohne eine Vereinbarung aus dem Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO nicht zustehen würde.¹⁷⁰ Die Regelung des § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG fordert die Festlegung einer bestimmten Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit für das Abrufarbeitsverhältnis, dazu reicht bereits eine Einigung über die Mindestdauer der Arbeit aus, da auch diese eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit ist.¹⁷¹ Sofern eine Vereinbarung über die Mindestdauer der Arbeitszeit fehlt, wird diese nach § 12 Abs. 1 S. 3, 4 TzBfG fingiert. Durch das Erfordernis der Vereinbarung einer Mindestdauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit soll eine mit dem Abrufarbeitsverhältnis nach § 12 Abs. 1 S. 1 TzBfG bezweckte Flexibilisierung der Arbeitszeit erreicht werden.¹⁷²

Im Hinblick auf die Anwendung des § 12 TzBfG ist zu beachten, dass der Schutz des Arbeitnehmers nach dieser Vorschrift lediglich für Teilzeitarbeitsverhältnisse gilt und nicht auf Vollzeitarbeitsverhältnisse Anwendung findet.¹⁷³ Für das Vollzeitarbeitsverhältnis ist bereits eine bestimmte Dauer der Arbeit

¹⁶⁸ BAG, Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 56; LAG München, Urt. v. 26.06.2014, Az. 3 Sa 30/14, BeckRS 2015, 72845, Rn. 40.

¹⁶⁹ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 26; Worzalla, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TzBfG, § 12, Rn. 1; Boecken, in: Boecken/Joussen, TzBfG, § 12, Rn. 1; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 2; Müller-Glöße, in: MünchKomm-BGB, Band 4, TzBfG, § 12, Rn. 1.

¹⁷⁰ BAG, Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 54; Boecken, in: Boecken/Joussen, TzBfG, § 12, Rn. 5; Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 43; Löwisch, in: Dornbusch/ Fischermeier/Löwisch, BGB, § 315, Rn. 4.

¹⁷¹ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 29; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 28a; Müller-Glöße, in: MünchKomm-BGB, Band 4, TzBfG, § 12, Rn. 9; Kreft, AuR 2018, 56 (64).

¹⁷² BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 30; Worzalla, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TzBfG, § 12, Rn. 4; Boecken, in: Boecken/Joussen, TzBfG, § 12, Rn. 9; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 28a; Müller-Glöße, in: MünchKomm-BGB, Band 4, TzBfG, § 12, Rn. 9.

¹⁷³ Worzalla, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TzBfG, § 12, Rn. 2; Preis, in: Erfurter Kommentar, TzBfG, § 12, Rn. 4; Müller-Glöße, in: MünchKomm-BGB, Band 4, TzBfG, § 12, Rn. 3.

A.A. Anwendbarkeit des § 12 TzBfG auch auf Vollzeitarbeitsverhältnisse, da nach dem Begriff der Arbeit auf Abruf in § 12 Abs. 1 S. 1 TzBfG nicht auf das Teilzeitarbeitsverhältnis beschränkt wird, die Regelungen des §§ 7 Abs. 2, 11, 13 TzBfG auch das Vollzeitarbeitsverhältnis

vereinbart, sodass diese ein Vollzeitarbeitsverhältnis ist. Es fehlt an einer dem Teilzeitarbeitsverhältnis entsprechenden Flexibilität und der damit verbundenen Erhöhung der abzurufenden Arbeitszeit, da diese durch die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG eingeschränkt wird. Sofern eine Flexibilität hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit geregelt werden soll, bestehen im Rahmen des Vollzeitarbeitsverhältnisses ebenfalls Grenzen durch die Arbeitsschutzvorschriften, unter anderem durch die einzuhaltende Mindestruhezeit nach § 5 ArbZG, die einem flexiblen Abruf der Arbeit entgegensteht. Darüber hinaus ist die Anwendung der Regelung des § 12 TzBfG auf Vollzeitarbeitsverhältnisse angesichts des eindeutigen Wortlauts der Abschnittsüberschrift und der systematischen Stellung der Norm im Normengefüge abzulehnen.¹⁷⁴ Durch die fehlende Anwendung der Regelung des § 12 TzBfG auf das Vollzeitarbeitsverhältnis wird der Arbeitnehmer auch nicht schlechter gestellt, da der Schutz im Rahmen der Regelungen des § 12 TzBfG einen speziellen Schutz für das Teilzeitarbeitsverhältnis zur Verhinderung von Benachteiligungen darstellt. Für das Vollzeitarbeitsverhältnis besteht ein umfassender Schutz der Arbeitnehmer im Rahmen der allgemeinen Regelungen der §§ 134, 138, 242, 307 ff. BGB, § 106 GewO hinsichtlich der Vereinbarung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte.¹⁷⁵

Die Vorschrift des § 12 TzBfG könnte aber Anwendung finden, indem die Arbeitsvertragsparteien neben dem Vollzeitarbeitsverhältnis zusätzlich ein Teilzeitarbeitsverhältnis vereinbaren. Das zusätzliche Teilzeitarbeitsverhältnis würde den zusätzlichen Dienst in der Freizeit erfassen, dass nach § 12 TzBfG als Abrufarbeitsverhältnis vereinbart werden könnte. Somit könnte der zusätzliche Dienst nach Abruf und Bedarf im Sinne des § 12 TzBfG angeordnet werden. Einer solchen Regelung würde dann zumindest nicht entgegenstehen, dass es sich um ein Vollzeitarbeitsverhältnis handelt, auf welches die Vorschrift des § 12 TzBfG keine Anwendung findet.

Einer solchen Konstruktion steht bereits aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht entgegen, dass ein Mehrfachbeschäftigungsverhältnis abzulehnen ist, wenn ein Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber gleichzeitig mehrere Beschäftigungen ausübt und damit ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis anzunehmen ist.¹⁷⁶ Die Aufspaltung einer einheitlichen Vertragsbeziehung in eine Haupt- und eine geringfügige Nebenbeschäftigung würde dazu führen, dass Teile der Arbeitsleistung für den Arbeitnehmer beitragsfrei und für den Arbeitgeber beitragsgünstiger werden.¹⁷⁷ Eine solche Aufteilung des Arbeitsverhältnisses wäre neben den sozialversicherungsrechtlichen Gründen auch aus arbeitsrechtlichen Gründen abzulehnen, da es sich weiterhin um dieselbe Tätigkeit handelt und lediglich eine Aufspaltung zwischen der Vollarbeit und dem zusätzlichen Dienst stattfinden soll. Die

einbeziehen und der Arbeitnehmer bei Flexibilisierung der Arbeitszeit bei Vollzeit auch schutzbedürftig ist. So etwa: Boecken, in: Boecken/Joussen, TzBfG, § 12, Rn. 12.

¹⁷⁴ LAG Köln, Urt. v.14.12.2011, Az. 9 Sa 798/11, BeckRS 2012, 70845, Rn. 30; Worzalla, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TzBfG, § 12, Rn. 2; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, TzBfG, § 12, Rn. 3; Linck, in: Schaub ArbR-HdB, § 43, Rn. 10.

¹⁷⁵ LAG Köln, Urt. v.14.12.2011, Az. 9 Sa 798/11, BeckRS 2012, 70845, Rn. 30; Worzalla, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TzBfG, § 12, Rn. 2; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, TzBfG, § 12, Rn. 3; Linck, in: Schaub ArbR-HdB, § 43, Rn. 10.

¹⁷⁶ Schlegel, in: Küttner, Mehrfachbeschäftigung, Rn. 26.

¹⁷⁷ Schlegel, in: Küttner, Mehrfachbeschäftigung, Rn. 26.

Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses wäre künstlich, da der Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit auch zur Fortsetzung der im Rahmen der üblichen Arbeitszeit vorgenommenen Tätigkeit vornehmen kann und es sich damit um dieselbe Tätigkeit, sogar dieselbe Arbeitsaufgabe handeln würde. Daher wäre auch die Abgrenzung zwischen diesen Beschäftigungsverhältnissen nicht immer eindeutig möglich. Zudem ist eine solche Aufspaltung nicht erforderlich, da eine zusätzliche Tätigkeit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus durch andere vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten geregelt werden könnte, wie unter anderem durch Änderungsvorbehalte oder Überstundenklauseln. Sofern keine Regelungsmöglichkeiten eines zusätzlichen Dienstes bestehen, würde die Aufspaltung in zwei Arbeitsverhältnisse lediglich der Umgehung der arbeitsrechtlichen Grenzen dienen. Somit ist die Vereinbarung eines Teilzeitarbeitsverhältnisses als Abrufarbeitsverhältnis für den zusätzlichen Dienst nach § 12 TzBfG abzulehnen.

Demnach könnte ein Abrufarbeitsverhältnis nach § 12 TzBfG lediglich für ein Teilzeitarbeitsverhältnis vereinbart werden. Für dieses könnten die Arbeitsvertragsparteien eine Vereinbarung über die Mindestdauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit treffen, sodass der Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst entsprechend dem zusätzlichen Arbeitsanfall vornehmen würde. Der Arbeitgeber könnte somit nach dem Arbeitsanfall die Lage und Dauer der Arbeit bestimmen. Dies würde aber voraussetzen, dass der zusätzliche Dienst eine Abrufarbeit nach § 12 TzBfG wäre. Die Abrufarbeit ist von der Leistung von Überstunden abzugrenzen, da die Regelung des § 12 TzBfG keine Anwendung auf Überstunden findet.¹⁷⁸ Zwar ist die Möglichkeit der Anordnung von Überstunden ebenfalls eine Form variabler Arbeitszeitgestaltung des Arbeitgebers, nach dem Gesetzeswortlaut des § 12 TzBfG bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür, dass die Leistung von Überstunden von der Norm erfasst werden soll, zudem die Anordnung von Überstunden nicht zu einer Veränderung der regelmäßigen Dauer der Arbeitszeit führt.¹⁷⁹ Der Arbeitnehmer leistet Überstunden, wenn er bei einem vorübergehenden zusätzlichen Arbeitsbedarf länger als vertraglich vereinbart arbeitet.¹⁸⁰ Sofern eine für den Arbeitnehmer selbstständige, nicht auf den Kriterien der Unregelmäßigkeit und Dringlichkeit beschränkte Verpflichtung zur Leistung überplanmäßiger nach Dauer und/oder Lage nicht fixierter Arbeit besteht, liegt eine Abrufabrede nach § 12 TzBfG vor.¹⁸¹ Somit setzt die Abrufarbeit voraus, dass für den Arbeitnehmer auf Aufforderung des Arbeitgebers mehr zu arbeiten, eine selbstständige Verpflichtung besteht, ohne dass die vorübergehend zu erbringende Arbeitsleistung auf besonderen, unvorhergesehenen Umständen, sondern auf einem planbaren und vorhersehbaren, jedoch unter Umständen schwankenden Personalbedarf des Arbeitgebers beruht.¹⁸²

¹⁷⁸ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 24ff.; Preis, in: Erfurter Kommentar, TzBfG, § 12, Rn. 11; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 17; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, TzBfG, § 12, Rn. 7.

¹⁷⁹ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 24; Preis, in: Erfurter Kommentar, TzBfG, § 12, Rn. 11; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 28a.

¹⁸⁰ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 24; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, TzBfG, § 12, Rn. 7; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 28a.

¹⁸¹ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 23; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 17; Boecken, in: Boecken/Joussen, TzBfG, § 12, Rn. 18.

¹⁸² BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 24; Boecken, in: Boecken/Joussen, TzBfG, § 12, Rn. 18.

Durch die Vornahme der Freizeittätigkeit wird der Arbeitnehmer in der Regel über seine übliche Arbeitszeit hinaus tätig. Die Tätigkeit hängt von einem vorübergehenden zusätzlichen Arbeitsbedarf und der Dringlichkeit der Arbeitsleistung ab, die auf unvorhergesehenen Umständen beruht. Es handelt sich dabei nicht, wie beim Abrufarbeitsverhältnis, um die Konkretisierung der Arbeitspflicht durch den Abruf, der planbar und auch vorhersehbar wäre. Der Einsatz kann somit auch nicht mit einer Ankündigungsfrist von mindestens vier Tagen nach § 12 Abs. 2 TzBfG geplant werden. Dies ist nicht unerheblich, da die gesetzliche Mindestankündigungsfrist nicht durch eine einzelvertragliche Vereinbarung gekürzt werden kann, sodass die Abrufarbeit schon nicht geeignet wäre, um eine schnelle Verfügbarkeit der Arbeitskraft zu erreichen.¹⁸³ Der zusätzliche Dienst beruht nicht auf einer selbständigen Verpflichtung, sondern auf einer auf Unregelmäßigkeit und Dringlichkeit beschränkten Verpflichtung zur Leistung überplanmäßiger nach Dauer und/oder Lage nicht fixierter Arbeit. Demnach handelt es sich im Rahmen der Freizeittätigkeit vorgenommener Tätigkeit nicht um Abrufarbeit im Sinne des § 12 TzBfG, sondern allenfalls um Überstunden.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass das Abrufarbeitsverhältnis nach § 12 TzBfG nicht für den Rufbereitschaftsdienst vereinbart werden kann, der zwar einen Einsatz des Arbeitnehmers nach Bedarf voraussetzt, aber einen unselbständigen Teil eines im Übrigen nach Lage und Dauer fest bestimmten Arbeitsverhältnisses darstellt.¹⁸⁴ Dies gilt auch für die ständige Erreichbarkeit, die mit der Rufbereitschaft vergleichbar ist, und ebenfalls einen zusätzlichen Dienst zum im Übrigen nach Lage und Dauer fest bestimmten Arbeitsverhältnis darstellt. Somit sind auch aus diesem Grund die Regelungen des § 12 TzBfG für den zusätzlichen Dienst nicht anzuwenden.

Demnach kann ein Abrufarbeitsverhältnis nach § 12 TzBfG nicht vereinbart werden, das als Leistungsbestimmungsrecht den Arbeitgeber dazu ermächtigt, den zusätzlichen Dienst dem Arbeitnehmer durch Abruf einseitig anzuordnen.

cc) Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts

Der zusätzliche Dienst könnte als einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers im Sinne von § 315 BGB dahingehend vereinbart werden, dass dem Arbeitgeber ein Änderungsvorbehalt hinsichtlich der Lage und Dauer der Arbeitszeit sowie der Anordnung der ständigen Erreichbarkeit über die genutzten mobilen Kommunikationsmittel in der Freizeit zusteht.

Die Freizeittätigkeit kann zu einer Überschreitung der vereinbarten Arbeitszeit führen, sodass sich die Dauer der Arbeitszeit erhöht und auch die eigentliche Lage der Arbeitszeit zusätzlich verändert wird. Es bedarf bereits hinsichtlich der sich aus diesem zusätzlichen Dienst ergebenden Überstunden für deren Anordnung durch den Arbeitgeber eines Verpflichtungstatbestands, da die Überstunden eine

¹⁸³ Worzalla, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TzBfG, § 12, Rn. 12ff.; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 46; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, TzBfG, § 12, Rn. 15; Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1028).

¹⁸⁴ Boecken, in: Boecken/Joussen, TzBfG, § 12, Rn. 18; Worzalla, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TzBfG, § 12, Rn. 2; Preis, in: Erfurter Kommentar, TzBfG, § 12, Rn. 10; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 15; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, TzBfG, § 12, Rn. 7.

Arbeitsleistung über die für das Beschäftigungsverhältnis geltende Arbeitszeit hinaus fordern und somit nicht vom Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO erfasst werden.¹⁸⁵ Die Leistung von Überstunden durch den Arbeitnehmer kann im Arbeitsvertrag oder in einem Tarifvertrag vereinbart werden, sofern der Arbeitsvertrag die Leistung von Überstunden nicht ausdrücklich ausschließt, kann auch die Vereinbarung in einer Betriebsvereinbarung getroffen werden, nach der die betriebliche Arbeitszeit vorübergehend verlängert wird.¹⁸⁶

Neben der mit der Freizeittätigkeit zusammenhängenden Überstunden, muss der Arbeitgeber auch die Befugnis haben, die ständige Erreichbarkeit einseitig anordnen zu können, da auch hier kein Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO für die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur ständigen Erreichbarkeit besteht.¹⁸⁷ Ein Verpflichtungstatbestand für einen zusätzlichen Dienst kann durch ein Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers begründet werden, nach dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit auf Grundlage kollektivrechtlicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen anordnen kann.¹⁸⁸

c) Wirksamkeit eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts

Die Vereinbarung eines solchen Leistungsbestimmungsrechts im Sinne von § 315 BGB für die einseitige Anordnung des zusätzlichen Dienstes durch den Arbeitgeber müsste zulässig und damit auch wirksam sein.

aa) Kein Verstoß gegen gesetzliches Verbot, § 134 BGB

Die Unwirksamkeit eines solchen einseitigen Leistungsbestimmungsrechts könnte sich nach § 134 BGB daraus ergeben, dass eine solche arbeitsvertragliche Vereinbarung, die bei arbeitszeitabhängiger Vergütung den Arbeitgeber berechtigt, die festgelegte Arbeitszeit später einseitig nach Bedarf zu ändern, was zu einer objektiven Umgehung von zwingenden Vorschriften des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts nach § 2 Kündigungsschutzgesetz (im Folgenden: KSchG) in Verbindung mit § 1 Abs. 2, 3 KSchG sowie § 622 Abs. 1, 5 BGB führen könnte sowie das Beschäftigungsrisikos auf den Arbeitnehmer überwälzen und damit gegen gesetzliche Verbote verstoßen würde.¹⁸⁹ Der Arbeitgeber könnte aufgrund einer solchen Regelung, jederzeit ohne Einhaltung von Fristen, den Umfang der Arbeitszeit ändern, dem Arbeitnehmer hingegen würde für die Änderung der Arbeitszeit nur die ordentliche Änderungskündigung nach § 2 KSchG zustehen, deren strenge Voraussetzungen einzuhalten wären.¹⁹⁰ Ein solcher Eingriff in den kündigungsschutzrechtlich geschützten Kernbereich

¹⁸⁵ BAG, Urt. v. 08.11.1989, Az. 5 AZR 642/88, BAGE 63, 221-226, Rn. 12; Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 38; Poeche, in: Küttner, Überstunden, Rn. 5; Kreft, AuR 2018, 56 (62).

¹⁸⁶ Brors, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 611, Rn. 521; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87 Rn. 34; Poeche, in: Küttner, Überstunden, Rn. 6.

¹⁸⁷ So auch im Ergebnis: Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 101; Wank, RdA 2014, 285 (288); Bissels/Domke/ Wisskirchen, DB 2010, 2052.

¹⁸⁸ Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

¹⁸⁹ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 33; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 49.

¹⁹⁰ BAG, Urt. v. 12.12. 1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 63; Hromadka, in: Festschrift Bauer, 463 (467); Elz, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 315, Rn. 19.

des Arbeitsverhältnisses durch die Vereinbarung eines derartigen Leistungsbestimmungsrechts kann auch nicht dadurch verhindert werden, dass dem Arbeitgeber dieses Recht nur unter Einhaltung der Grenzen des billigen Ermessens zustünde (§ 315 Abs. 3 BGB).¹⁹¹ Zwar setzt die Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB und die Generalklausel des § 315 BGB eine Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers voraus, sodass die betroffenen Grundrechte des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers im Rahmen der Interessenabwägung beachtet werden, zu denen das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG, das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG, die besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG, die Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG, die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG, der Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG sowie die Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gehören.¹⁹² Der gerichtliche Überprüfungsmaßstab des billigen Ermessens wäre aber im Rahmen eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB) auf eine Billigkeitskontrolle beschränkt, das heißt der Abwägung der wesentlichen Umstände des Falles und der angemessenen Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen.¹⁹³ Eine solche Billigkeitskontrolle stellt keinen dem Kündigungsschutzrecht entsprechenden gleichwertigen arbeitsrechtlichen Schutz des Arbeitnehmers dar.¹⁹⁴

Einer solchen Beurteilung der Unwirksamkeit eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des Arbeitgebers steht aber entgegen, dass sich mit In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 1. Januar 2002 die Prüfung dahingehend geändert hat, dass eine Inhaltskontrolle nach den Regelungen der §§ 305 ff. BGB durchzuführen und nicht mehr eine Wirksamkeitsprüfung nach § 134 BGB vorzunehmen ist.¹⁹⁵ Eine solche Prüfung nach § 134 BGB wäre nur ausnahmsweise dann vorzunehmen, sofern es sich bei dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht um eine individualvertragliche Abrede handelt und damit die Regelungen der §§ 305ff. BGB nicht anzuwenden wären (§ 305b BGB).¹⁹⁶ Wird das Leistungsbestimmungsrecht in einem Arbeitsvertrag vereinbart, handelt es sich bei dem Arbeitsvertrag um einen Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB, welcher der Prüfung nach §§ 305ff. BGB zu unterziehen ist.¹⁹⁷ Somit scheidet dann die Wirksamkeitsprüfung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nach § 134 BGB aus, sofern es sich somit nicht um eine individualvertragliche Abrede handelt.

¹⁹¹ BAG, Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 62; Kreitner, in: Küttner, Leistungsbestimmung, Rn. 6.

¹⁹² BAG, Urt. v. 20.12.1984, Az. 2 AZR 436/83, BAGE 47, 363-379, Rn. 44; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 62; Urt. v. 28.09.1977, Az. 4 AZR 743/76, AP TVG § 1 Tarifverträge: Rundfunk Nr. 4, Rn. 25; Elz, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 315, Rn. 12; Becker, in: HK-ArbR, GewO, § 106, Rn. 27.

¹⁹³ BAG, Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 62; Elz, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 315, Rn. 12.

¹⁹⁴ BAG, Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 62.

¹⁹⁵ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 33; Urt. v. 27.07.2005, Az. 7 AZR 486/04, BAGE 115, 274-295, Rn. 41f.; Hromadka, in: Festschrift Bauer, 463 (467); Kreitner, in: Küttner, Leistungsbestimmung, Rn. 6; Elz, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 315, Rn. 5.

¹⁹⁶ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 33.; Hromadka, in: Festschrift Bauer, 463 (467); Kreitner, in: Küttner, Leistungsbestimmung, Rn. 6.

¹⁹⁷ BAG, Urt. v. 08.08.2007, Az. 7 AZR 855/06, BAGE 123, 327-336, Rn. 11; Urt. v. 25.05.2005, Az. 5 AZR 572/04, BAGE 115, 19-33, Rn. 46; Peterhänsel, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 305, Rn. 2; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 10.

bb) Keine Unwirksamkeit nach Kontrolle, §§ 305 ff. BGB

Demnach ist die Wirksamkeit eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des Arbeitgebers zur Anordnung eines zusätzlichen Dienstes nach den §§ 305 ff. BGB zu überprüfen.

(1) Anwendbarkeit auf Arbeitsverträge, §§ 310 Abs. 4 S. 2, 305 Abs. 1 BGB

Die Überprüfbarkeit einzelner Regelungen in Arbeitsverträgen ist nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB unter Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten vorzunehmen. Bei der Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts für den Arbeitgeber handelt es sich um eine formularmäßig, im Rahmen eines Arbeitsvertrags vorformulierte Vertragsbedingung, die unter Berücksichtigung des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als allgemeine Geschäftsbedingung vom Arbeitgeber gestellt wird.¹⁹⁸

(2) Keine überraschende Klausel, § 305c BGB

Die Formulierung des Leistungsbestimmungsrechts dürfte für den Arbeitnehmer auch nicht überraschend im Sinne von § 305c BGB sein, da diese dann nicht zum Vertragsbestandteil wird.

Für das Vorliegen einer überraschenden Klausel wird vorausgesetzt, dass die Regelung so ungewöhnlich ist, dass der Arbeitnehmer mit einer solchen Regelung nicht zu rechnen braucht (§ 305c Abs. 1 BGB). Eine objektive Ungewöhnlichkeit kann sich bereits aus formalen Gesichtspunkten ergeben, indem die jeweilige Klausel an einer ungewöhnlichen Stelle im Vertrag steht oder nicht unter eine passende Überschrift gefasst wird, sodass eine Überrumpelungssituation entsteht.¹⁹⁹ Eine solche Überrumpelung des Arbeitnehmers hinsichtlich eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts für den zusätzlichen Dienst könnte vermieden werden, indem diese Regelung nach der Regelung zur Arbeitszeit in einen eigenen Punkt im Arbeitsvertrag aufgenommen wird, denn der zusätzliche Dienst wirkt sich auch auf die Arbeitszeit des Arbeitnehmers aus und ist zumindest ebenso bedeutsam. Sofern eine solche Regelung nicht besonders hervorgehoben oder sogar unter einem unbeachtlichen Abschnitt, wie beispielsweise den Schlussbestimmungen, aufgenommen wird, rechnet der Arbeitnehmer innerhalb dieses Abschnitts nicht mit der Regelung eines zusätzlichen Dienstes, sodass die Klausel für den Arbeitnehmer überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB wäre und damit nicht Vertragsbestandteil werden würde.

(3) Inhaltskontrolle, §§ 307 ff. BGB

Wurde die Klausel zum Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers Vertragsbestandteil, müsste diese auch einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhalten.

(a) Kontrollfähigkeit der Klausel, § 307 Abs. 3 BGB

Die Kontrollfähigkeit einer Klausel setzt nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB voraus, dass diese eine von den Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung enthält.

¹⁹⁸ Peterhänsel, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 305, Rn. 1; § 310, Rn. 7.

¹⁹⁹ BAG, Urt. v. 16.04.2008, Az. 7 AZR 132/07, NJW-Spezial 2008, 499; Peterhänsel, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 305c, Rn. 5; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 29; Stadler, in: Jauernig, BGB, § 305 c, Rn. 2.

Die vertragliche Bestimmung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts zur Anordnung eines zusätzlichen Dienstes des Arbeitnehmers müsste eine von den Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung vorsehen. Dabei handelt es sich bei Rechtsvorschriften nicht nur um Gesetzesbestimmungen, sondern auch um die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden ungeschriebenen, allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die auf Grund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten.²⁰⁰ Die Vereinbarung zur Anordnung von Überstunden und die damit verbundene Änderung der Dauer der Arbeitszeit stellt eine Abweichung von den kündigungsschutzrechtlichen Vorgaben des § 2 KSchG dar, da diese grundsätzlich nicht einseitig durch eine Partei geändert werden können.²⁰¹ Dies gilt auch für die Veranlassung der Arbeitnehmer zur ständigen Erreichbarkeit für Arbeitsbelange in der Freizeit durch den Arbeitgeber. Eine solche Veranlassung stellt eine Abweichung von den Pflichten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses dar, denn der Arbeitnehmer muss sich nur während der üblichen Arbeitszeit für den Arbeitgeber hinsichtlich geschäftlicher Belange verfügbar halten. Der Kontrollfähigkeit der Klausel des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts steht nicht entgegen, dass dieses die Gestaltung der Arbeitspflicht als Hauptleistungspflicht betrifft.²⁰² Einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die dem Verwender das Recht einräumen, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern, auszugestalten oder zu modifizieren weichen vom allgemeinen Grundsatz „pacta sunt servanda“ ab, nach dem Verträge einzuhalten sind und die sich aus ihnen ergebenden Verpflichtungen für jede Seite bindend sind.²⁰³ Sie unterliegen daher der Inhaltskontrolle.²⁰⁴ Demnach stellt die Regelung eines zusätzlichen Dienstes im Rahmen eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts eine Abweichung von den Rechtsvorschriften oder diese ergänzende Regelung nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB dar und ist einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zugänglich.

(b) Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit, § 308 Nr. 4 BGB

Das einseitige Leistungsbestimmungsrecht als Änderungsvorbehalt des Arbeitgebers fällt bereits nicht unter das Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit nach § 308 Nr. 4 BGB. Nach § 308 Nr. 4 BGB sind solche Änderungsvorbehalte unwirksam, nach denen sich der Verwender im Rahmen einer Vereinbarung das Recht vorbehält, eine versprochene Leistung zu ändern. Dabei beziehen sich solche Änderungsvorbehalte auf die Änderung oder Abweichung versprochener Leistungen des Verwenders

²⁰⁰ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 34; BGH, Urt. v. 14.10.1997, Az. XI ZR 167/96, BGHZ 137, 27-34, Rn. 12; Urt. v. 15.07.1997, Az. XI ZR 269/96, BGHZ 136, 261-267, Rn. 12.

²⁰¹ BAG, Urt. v. 21.04.1993, Az. 7 AZR 297/92, NZA 1994, 476f.; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 54; LAG Nürnberg, Urt. v. 17.02.2004, Az. 6 Sa 325/02, BeckRS 2004, 41194; Hromadka, in: Festschrift Bauer, 463 (465); Poeche, in: Küttner, Arbeitszeit, Rn. 29; Bocken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 46.

²⁰² BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 34; Bocken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 46.

²⁰³ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 34; Urt. v. 12.01.2005, Az. 5 AZR 364/04, BAGE 113, 140-149, Rn. 19; Linck, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 255 (266).

²⁰⁴ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 34; Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 46.

und als Änderungsvorbehalt des Arbeitgebers somit auf seine versprochenen Leistungen gegenüber dem Arbeitnehmer. Dies sind demnach solche Änderungsvorbehalte des Arbeitgebers, die sich bei unveränderter Arbeitspflicht des Arbeitnehmers auf die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers beziehen.²⁰⁵ Die Regelung des Leistungsbestimmungsrecht betrifft jedoch nicht die Leistungspflicht des Arbeitgebers, sondern den Umfang der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, sodass diese nicht unter den Änderungsvorbehalt nach § 308 Nr. 4 BGB fällt.²⁰⁶

Da es sich bei der Regelung eines Anordnungsrechts des Arbeitgebers zum zusätzlichen Dienst des Arbeitnehmers als Leistungsbestimmungsrecht nicht um einen Änderungsvorbehalt im Sinne von § 308 Nr. 4 BGB handelt, ist die Wirksamkeitsprüfung der Klausel nach § 307 Abs. 1, 2 BGB vorzunehmen.

(c) Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit den wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Von maßgeblicher Bedeutung ist insoweit, ob die dispositive gesetzliche Regelung nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, sondern eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots darstellt, sodass die Verdrängung durch arbeitsvertragliche Klauseln besonderer Gründe bedarf.²⁰⁷

Der Arbeitgeber weicht durch die Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts für die Anordnung eines zusätzlichen Dienstes von dem Rechtsgrundsatz ab, dass die einseitige Bestimmung der Arbeitspflicht unzulässig ist, da sie die Hauptleistungspflicht der Arbeitsvertragsparteien betrifft und damit nicht der einseitigen Disposition einer Partei unterliegt, sondern einer Änderungskündigung nach § 2 KSchG oder einer Änderungsvereinbarung bedarf.²⁰⁸ Diese abweichende Regelung darf nicht zu einer gegen Treu und Glauben verstoßenden, unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 307 Abs. 1 S. 1 BGB führen, sodass eine umfassende Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten vorzunehmen ist.²⁰⁹ Dabei ist das Interesse des Verwenders an der Aufrechterhaltung der Klausel gegenüber dem Interesse des Vertragspartners des

²⁰⁵ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 39; Peterhänsel, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 308, Rn. 5; Stadler, in: Jauernig, BGB, § 305c, Rn. 6.

²⁰⁶ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 39; Peterhänsel, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 308, Rn. 6; Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert, BGB, § 307, Rn. 175.

²⁰⁷ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 35; BGH, Urt. v. 09.05.1996, Az. III ZR 209/95, NVwZ-RR 1996, 625; Wurmnest, in: MünchKomm-BGB, Band 2, BGB, § 307, Rn. 66.

²⁰⁸ BAG, Urt. v. 21.04.1993, Az. 7 AZR 297/92, NZA 1994, 476f.; Urt. v. 12.12.1984, Az. 7 AZR 509/83, BAGE 47, 314-329, Rn. 54; LAG Nürnberg, Urt. v. 17.02.2004, Az. 6 Sa 325/02, BeckRS 2004, 41194; Hromadka, in: Festschrift Bauer, 463 (464f.); Poeche, in: Küttner, Arbeitszeit, Rn. 29.

²⁰⁹ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 41; Peterhänsel, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 307, Rn. 33.

Verwenders an der Ersetzung der Klausel durch dispositives Recht gegeneinander abzuwägen.²¹⁰

Dazu ist das Interesse des Arbeitgebers als Verwender an der Aufrechterhaltung der Klausel zur einseitigen Anordnung des zusätzlichen Dienstes zu untersuchen. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse an der Flexibilität der Arbeitsbedingungen, da die Erbringung von Arbeit in starren Arbeitszeitrastern aufgrund der sich kurzfristig ändernden Nachfrage heute kaum noch möglich ist und ein flexibles Arbeitszeitsystem fordert.²¹¹ Somit sollte der Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis die Möglichkeit haben, auf variierenden Arbeitsanfall schnell und angemessen reagieren zu können.²¹² Die Regelungen des Kündigungsrechts sind hierzu ungeeignet, da die betriebsbedingte Änderungskündigung einen dauerhaften Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeiten voraussetzt.²¹³ Zudem stehen auch die Kündigungsfristen einer kurzfristigen Änderung der Arbeitszeit entgegen, sodass dem Arbeitgeber die erforderliche Flexibilität verwehrt wird. Der Verweis auf die Änderungskündigung ist auch unter Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer nicht angemessen, da hierdurch der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet wird.²¹⁴ Die Änderungskündigung führt zur Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses, sofern der Arbeitnehmer das Änderungsangebot des Arbeitgebers ablehnt, sodass die rechtzeitige Erhebung einer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG erforderlich wird.²¹⁵

Dem Interesse des Arbeitgebers an einer solchen Regelung ist das Interesse des Vertragspartners des Verwenders, damit des Arbeitnehmers an der Ersetzung der Klausel durch dispositives Recht gegenüberzustellen. Für den Arbeitnehmer ist zu berücksichtigen, dass er ein berechtigtes Interesse an einer fest vereinbarten Dauer der Arbeitszeit hat, da auch regelmäßig die Höhe des von ihm erzielbaren Einkommens davon abhängt.²¹⁶ Dem Arbeitnehmer wird eine umso größere Planungssicherheit ermöglicht, wenn der Umfang der Arbeitszeit fest ausgestaltet ist.²¹⁷ Zudem kann der Arbeitnehmer im Rahmen der Freizeitgestaltung durch die feste Arbeitszeit seine Freizeit planen.²¹⁸

Somit wäre das Interesse des Arbeitgebers an einer Flexibilisierung der Dauer und Lage der Arbeitszeit,

²¹⁰ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 41; Peterhänsel, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 307, Rn. 33; Wurmnest, in: MünchKomm-BGB, Band 2, BGB, § 307, Rn. 33.

²¹¹ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 42; Urt. v. 12.01.2005, Az. 5 AZR 364/04, BAGE 113, 140-149, Rn. 23; Schröder, S. 163; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 51.

²¹² BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 42; Urt. v. 12.01.2005, Az. 5 AZR 364/04, BAGE 113, 140-149, Rn. 23; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 51.

²¹³ BAG, Urt. v. 29.09.2011, Az. 2 AZR 451/10, NZA-RR 2012, 158 (159); Urt. v. 12.08.2010, Az. 2 AZR 558/09, NJW 2011, 251; Urt. v. 10.09.2009, Az. 2 AZR 822/07, BAGE 132, 78-87, Rn. 24; Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 42; Urt. v. 27.11.2003, Az. 2 AZR 48/03, BAGE 109, 40-46, Rn. 22; Oetker, in: Erfurter Kommentar, KSchG, § 2, Rn. 47.

²¹⁴ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 42; Urt. v. 27.05.1982, Az. 2 AZR 96/80, BeckRS 2009, 58456; Oetker, in: Erfurter Kommentar, KSchG, § 2, Rn. 7.

²¹⁵ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 42; Urt. v. 27.05.1982, Az. 2 AZR 96/80, BeckRS 2009, 58456; Oetker, in: Erfurter Kommentar, KSchG, § 2, Rn. 7.

²¹⁶ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 43; Urt. v. 27.07.2005, Az. 7 AZR 486/04, BAGE 115, 274-295, Rn. 56; Schröder, S. 165; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 51.

²¹⁷ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 43; Schröder, S. 165; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 51.

²¹⁸ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 43; Schröder, S. 165.

mit dem Interesse des Arbeitnehmers an einer festen Regelung der Dauer der Arbeitszeit sowie der sich daraus ergebenden Arbeitsvergütung angemessen auszugleichen.²¹⁹

Für einen solchen angemessenen Interessenausgleich im Rahmen der Regelung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte, die sich auch auf die Arbeitszeit auswirken, sind auf die Grundsätze zur Wirksamkeit von Widerrufsvorbehalten zurückzugreifen, nachdem bei Widerrufsvorbehalten der widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst des Arbeitnehmers nicht mehr als 25 Prozent des Gesamtverdienstes ausmachen darf.²²⁰ Im Rahmen der Anwendung auf die Prüfung der Angemessenheit einer Vereinbarung über die Arbeitszeit, geht es allein um den Umfang der im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Arbeitspflicht; die vom Arbeitgeber abrufbare, über die vereinbarte Mindestarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers darf nicht mehr als 25 Prozent der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen.²²¹ Eine solche Regelung berücksichtigt die berechtigten Interessen beider Seiten in angemessener Weise, da dem Arbeitgeber ein hohes Maß an Flexibilität eingeräumt wird und er die regelmäßige, wöchentliche Arbeitszeit heraufsetzen kann.²²² Dem Interesse des Arbeitnehmers wird dadurch genügt, dass die Möglichkeit der Abweichung beschränkt wird und damit eine bessere Planbarkeit für den Arbeitnehmer besteht. Durch die Vorgabe der Höchstgrenze von 25 Prozent der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit sollen solche Vereinbarungen ausgeschlossen werden, nach denen eine geringe Mindestarbeitszeit und ein hoher variabler Arbeitszeitanteil vereinbart wird.²²³ Dieser Grundsatz eines Flexibilitätskorridors von bis zu 25 Prozent der geschuldeten Arbeitsleistung gilt für das Abrufarbeitsverhältnis mit einer Mindestarbeitszeit, sodass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht über den Flexibilitätskorridor von 25 Prozent der Mindestarbeitszeit variabel einsetzen können soll.²²⁴ Ein solcher Grundsatz könnte aber auch auf die Regelung des zusätzlichen Dienstes Anwendung finden, da eine bestimmte Arbeitszeit vereinbart wird und zusätzlich dem Arbeitgeber durch die arbeitsvertragliche Regelung ein Anordnungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer zustehen soll, um den Arbeitnehmer zu weiteren Leistungen heranzuziehen. Anders als im Rahmen des Abrufarbeitsverhältnisses werden aber keine Mindestarbeitszeiten vereinbart, sodass die vereinbarte Arbeitszeit den Arbeitgeber bereits bindet. Kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht im Rahmen dieser vereinbarten Arbeitszeit einsetzen, trägt er dieses Risiko und muss den Arbeitnehmer auch ohne

²¹⁹ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 44; Peterhänsel, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 307, Rn. 33.

²²⁰ BAG, Urt. v. 11.10.2006, Az. 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 (89); Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 44; Urt. v. 12.01.2005, Az. 5 AZR 364/04, BAGE 113, 140-149, Rn. 23; Linck, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 255 (266f.); Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 59.

²²¹ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 44; Kolbe, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, GewO, § 106, Rn. 28; Roloff, in: Henssler/Willemsen/Kalb, BGB, Anhang §§ 305-310, Rn. 5.

²²² BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 45; Roloff, Henssler/Willemsen/Kalb, BGB, Anhang §§ 305 - 310, Rn. 5.

²²³ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 45; Roloff, in: Henssler/Willemsen/Kalb, BGB, Anhang §§ 305 - 310, Rn. 5.

²²⁴ BAG, Urt. v. 07.12.2005, Az. 5 AZR 535/04, BAGE 116, 267-284, Rn. 44f.; Roloff, in: Henssler/Willemsen/Kalb, BGB, Anhang §§ 305 - 310, Rn. 5; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 29.

Erbringung einer Arbeitsleistung vergüten (§ 615 S. 1 BGB). Die Möglichkeit der Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit nach § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG stellt eine Abweichung von diesem Grundsatz dar, indem der Arbeitnehmer nach Bedarf abgerufen wird. Somit soll durch die Vorgabe eines Flexibilitätskorridors von bis zu 25 Prozent der geschuldeten Arbeitsleistung dem höheren Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers im Rahmen des Abrufarbeitsverhältnisses nach § 12 TzBfG genügt werden. Das Interesse und damit das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers im Rahmen eines Abrufarbeitsverhältnisses ist nicht mit dem des Arbeitnehmers vergleichbar, der über die eigentliche Arbeitszeit hinaus einen zusätzlichen Dienst zu erbringen hat. Im Rahmen des Abrufarbeitsverhältnisses unterliegt die Vergütung entsprechend der erbrachten Arbeitszeit erheblichen Schwankungen, sodass eine Mindestdauer der Arbeitszeit zum Schutz des Arbeitnehmers nach § 12 TzBfG festzulegen ist.²²⁵ Im Rahmen der Leistung zusätzlicher Arbeit kann der Arbeitnehmer eine zu dem gesicherten Grundlohn zusätzliche Vergütung erhalten. Für viele Arbeitsverhältnisse wird auch die Vereinbarung getroffen, dass zusätzliche Leistungen als Überstunden in Freizeit abzugelten sind, sodass diese keinen Einfluss auf die Höhe der Vergütung haben. Demnach hat der Arbeitnehmer, der einen zusätzlichen Dienst vornimmt, nicht ein dem Arbeitnehmer, der Abrufarbeit leistet, entsprechendes schützenswertes Interesse an der Beschränkung der variabel erbrachten Arbeitszeit. Somit bedarf es zur Wahrung und zum Ausgleich der Interessen des Arbeitnehmers nicht, wie im Rahmen des Abrufarbeitsverhältnisses, eines Flexibilitätskorridors für die mit dem zusätzlichen Dienst verbundenen variabel erbrachten Arbeitszeit.

Vielmehr ist das Interesse des Arbeitnehmers an einer freien Freizeitgestaltung zu berücksichtigen. Dieses Interesse kann durch die Ausgestaltung des Anordnungsrechts zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit berücksichtigt werden, indem solche Regelungen vorgesehen werden, wie die abwechselnde Gewährleistung des zusätzlichen Dienstes unter den Arbeitnehmern und die damit verbundene vorzeitige Einteilung in einen Erreichbarkeitsplan. Durch solche Regelungen hat sich der einzelne Arbeitnehmer nicht immer ständig erreichbar zu halten und kann im Voraus den zusätzlichen Dienst für die Freizeitgestaltung berücksichtigen. Diese Regelungen gewähren dem Arbeitnehmer Planungssicherheit im Hinblick auf seine Freizeitgestaltung und genügen damit auch seinem Interesse an einem geordneten Arbeits- und Freizeitalltag. Um den Freizeitverlust zu kompensieren, wäre die Vergütung des zusätzlichen Dienstes zu überlegen. Somit werden den Interessen des Arbeitgebers an einem flexiblen Arbeitseinsatz und des Arbeitnehmers an dem vorhersehbaren Arbeitsanfall genügt, sofern die Voraussetzungen und die einzelnen Modalitäten für das Anordnungsrecht zum zusätzlichen Dienst die Interessen der Arbeitsvertragsparteien entsprechend berücksichtigen. Wird hingegen ein unbeschränktes Anordnungsrecht des Arbeitgebers geregelt, welches die Interessen des Arbeitnehmers nicht berücksichtigt, würde der Arbeitnehmer nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt werden, da sich seine Tätigkeit lediglich nach dem Bedürfnis des Arbeitgebers richten würde und seine Interessen unberücksichtigt blieben. Denn eine formularmäßige

²²⁵ Boecken, in: Boecken/Joussen, TzBfG, § 12, Rn. 1; Worzalla, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TzBfG, § 12, Rn. 2; Heyn, in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12, Rn. 3.

Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch eine einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.²²⁶

Sofern die Interessen des Arbeitnehmers im Rahmen der Ausgestaltung des Anordnungsrechts des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und der Vornahme von Freizeittätigkeit gewahrt sind, werden die Interessen der Arbeitsvertragsparteien angemessen ausgeglichen. Eine solche Klausel verstößt dann nicht gegen Treu und Glauben, sodass eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers durch die Regelung eines solchen Leistungsbestimmungsrechts zum zusätzlichen Dienst nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 307 Abs. 1 S. 1 BGB abzulehnen ist.

(d) Transparenzkontrolle, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

Darüber hinaus müsste die Regelung eines zusätzlichen Dienstes im Rahmen eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB standhalten. Nach der Transparenzkontrolle gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Regelung eines Leistungsbestimmungsrechts unwirksam, wenn diese Bestimmung nicht klar und verständlich ist, sodass sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Somit müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der gegenständlichen Klausel so genau beschrieben werden, dass dem Verwender kein ungerechtfertigter Beurteilungsspielraum zusteht.²²⁷ Um Unklarheiten und Spielräume zu vermeiden, soll die Klausel im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich umschreiben, denn das Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot mit ein.²²⁸ Dadurch soll verhindert werden, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders aufgrund der Unklarheiten auch von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird.²²⁹

Somit muss sich nach dem Transparenzgebot aus dem geregelten einseitigen Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers ergeben, aus welchem Anlass und in welchem Umfang der Arbeitgeber von seinem Anordnungsrecht Gebrauch machen kann.²³⁰ Die Regelung eines Anordnungsrechts des Arbeitgebers für die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit als solche wäre demnach nicht bestimmt genug im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Für den Arbeitnehmer geht aus

²²⁶ BAG, Urt. v. 31.08.2005, Az. 5 AZR 545/04, BAGE 115, 372-386, Rn. 28; BGH, Urt. v. 03.11.1999, Az. VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 104-122, Rn. 31.

²²⁷ BAG, Urt. v. 06.08.2013, Az. 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361 (1362); Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 14; Urt. v. 14.08.2007, Az. 8 AZR 973/06, NZA 2008, 170 (171f.); Urt. v. 31.08.2005, Az. 5 AZR 545/04, BAGE 115, 372-386, Rn. 45; Roloff, in: Henssler/Willemsen/Kalb, BGB, § 307, Rn. 13.

²²⁸ BAG, Urt. v. 06.08.2013, Az. 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361 (1362); Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 14; Urt. v. 14.08.2007, Az. 8 AZR 973/06, NZA 2008, 170 (171f.); Urt. v. 31.08.2005, Az. 5 AZR 545/04, BAGE 115, 372-386, Rn. 45.

²²⁹ BAG, Urt. v. 06.08.2013, Az. 9 AZR 442/12, NZA 2013, 1361 (1362); Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 14; Urt. v. 24.10.2007, Az. 10 AZR 825/06, BAGE 124, 259, Rn. 14; Urt. v. 31.08.2005, Az. 5 AZR 545/04, BAGE 115, 372-386, Rn. 45.

²³⁰ Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert, BGB, § 307, Rn. 182a.

einer solchen Regelung nicht hervor, zu welchen Bedingungen der Arbeitgeber von diesem Recht Gebrauch machen wird. Somit muss der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass er jederzeit zur Vornahme des zusätzlichen Dienstes herangezogen werden könnte und dazu auch verpflichtet wäre. Der Arbeitnehmer könnte aber die Freizeittätigkeit ablehnen, wenn diese gegen die arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften, wie die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG und die Ruhezeit nach § 5 ArbZG, verstößt. Der Schutz aus dem Arbeitszeitgesetz steht nicht zur Disposition des Arbeitnehmers, sodass dieser auf den Schutz nicht verzichten kann.²³¹ Durch die Regelung einer solchen uneingeschränkten und unbestimmten Klausel könnte beim Arbeitnehmer der Eindruck erweckt werden, dass er, trotz entgegenstehender Schutzvorschriften, den zusätzlichen Dienst vornehmen muss, dabei der Willkür des Arbeitgebers ausgesetzt ist und seine Anordnung zu befolgen hat. Somit wird der Arbeitnehmer von der Durchsetzung bestehender Rechte, wie zum Beispiel einem Leistungsverweigerungsrecht wegen Verstoß gegen arbeitsschutzrechtliche Vorschriften, abgehalten, da er die Vornahme eines solchen zusätzlichen Dienstes nicht ablehnen wird. Dies soll aber gerade durch das Bestimmtheitsgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB vermieden werden. Eine solche unbestimmte Klausel, die lediglich das Anordnungsrecht des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit regelt, würde somit eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen. Dies gilt auch dann, wenn der Einsatz nach den arbeitsvertraglichen Regelungen „bei Bedarf“ erfolgen soll, da der Arbeitnehmer damit nicht abschätzen kann, wann ein solcher Bedarf für seinen Einsatz besteht und der Arbeitgeber durch diese weite Regelung zur unbeschränkten Anordnung eines zusätzlichen Dienstes berechtigt sein kann. Der Arbeitnehmer kann bei einer solchen allgemeinen Regelung eines Anordnungsrechts bei Vertragsschluss nicht erkennen, was auf ihn zukommen wird, sodass die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers zu unbestimmt ist. Sind hingegen die Modalitäten der Leistung des zusätzlichen Dienstes detailliert geregelt, zu der unter anderem die Voraussetzungen des Anordnungsrechts des Arbeitgebers zählen, aber auch weitere Punkte wie Ankündigungsfrist, Reaktionszeit, Umfang und Vergütung gehören, kann der Arbeitnehmer bei Vertragsabschluss erkennen, was auf ihn zukommen kann und unter welchen Bedingungen er einen solchen zusätzlichen Dienst leisten muss. Er kann sich dann überlegen, ob er ein Arbeitsverhältnis mit der Pflicht zur Leistung eines zusätzlichen Dienstes unter den genannten Bedingungen eingehen will. Auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses kann er den zusätzlichen Dienst ablehnen, wenn die geregelten Voraussetzungen des Anordnungsrechts nicht erfüllt sind. Eine solche Klausel zum Leistungsbestimmungsrecht ist dann klar und verständlich, sodass kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und damit auch nicht gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB besteht. Damit wird der Arbeitnehmer auch nicht nach § 307 Abs. 1 S. 2, 1 BGB unangemessen benachteiligt, sodass das Anordnungsrecht des Arbeitgebers zum zusätzlichen Dienst als einseitiges Leistungsbestimmungsrecht wirksam wäre.

²³¹ BAG, Urt. v. 28.10.1971, Az. 2 AZR 15/71, AP BGB § 626 Nr. 62; Urt. v. 19.06.1959, Az. 1 AZR 565/57, BAGE 8, 47, Rn. 8; BGH, Urt. v. 28.01.1986, Az. VI ZR 151/84, NJW 1986, 1486 (1487); OLG Jena, Beschluss vom 02.09.2010 - 1 Ss Bs 57/10, BeckRS 2010, 23535; LAG Nürnberg, Urt. v. 19.09.1995, Az. 2 Sa 429/94, NZA 1996, 882f.; ArbG Berlin, Urt. v. 21.06.2006, Az. 86 Ca 26096/05, BeckRS 2006, 44167, Rn. 38; Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 3 Rn. 9; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Falder, NZA 2010, 1150 (1152).

d) Zwischenergebnis

Demnach kann unter Einhaltung der Vorgaben der §§ 305 ff. BGB für den Arbeitgeber ein einseitiges Anordnungsrecht hinsichtlich der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit im Arbeitsvertrag als Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB geregelt werden.²³² Dazu müssen die einzelnen Bestimmungen des Anordnungsrechts bereits vertraglich festgelegt werden, um eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Nr. 1 BGB auszuschließen. Die Voraussetzungen für die Ausübung des Anordnungsrechts müssen bestimmt sein und ein entsprechender Interessenausgleich zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber muss für den zusätzlichen Dienst berücksichtigt werden. Übt der Arbeitgeber sein Anordnungsrecht aus und ordnet dem Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst an, muss er dabei die einzelnen Bedingungen sowie die gesetzlichen Vorschriften und kollektivrechtlichen Vereinbarungen einhalten, sodass der Umfang und die Grenzen des Anordnungsrechts vorgegeben sind. Durch die detaillierten Vorgaben besteht dann kein Raum für die Abwägung von Interessen im Rahmen des billigen Ermessens nach § 315 Abs. 1 BGB, da die vertraglichen Bedingungen schon umfassende Regelungen vorsehen.²³³ Dem Arbeitgeber steht somit kein Spielraum für die Konkretisierung seines Anordnungsrechts zu. Hat der Arbeitgeber die Voraussetzungen für die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts nicht beachtet, ist seine Anordnung unwirksam und bindet den Arbeitnehmer nicht.

Sofern aber die Bedingungen für die ständige Erreichbarkeit nicht derart detailliert vereinbart wurden, dass sie zwar der Prüfung nach §§ 305 ff. BGB standhalten, aber gleichzeitig dem Arbeitgeber einen Gestaltungsspielraum für die Ausübung des Anordnungsrechts geben, hat der Arbeitgeber den zusätzlichen Dienst unter Beachtung des billigen Ermessens im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB anzuordnen. Hat der Arbeitgeber dies nicht beachtet, ist die Anordnung unbillig und damit für den Arbeitnehmer nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB unverbindlich. Berufet sich der Arbeitnehmer auf die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung des Arbeitgebers, bleibt sie für den Arbeitnehmer unverbindlich und wird nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB durch eine gerichtliche Bestimmung ersetzt.²³⁴

Im Rahmen der Ausübung des einseitigen Anordnungsrechts des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit ist zu beachten, dass die Regelung eines solchen Rechts inzident die Bestimmung enthält, dass der Arbeitnehmer diesen zusätzlichen Dienst von unterwegs und anderen unbestimmten Orten vornehmen können soll.²³⁵ Somit ist der Arbeitgeber nicht auf Grund der Abweichung vom Arbeitsort gehindert, dem Arbeitnehmer die Vornahme des zusätzlichen Dienstes

²³² So kursivisch: Freyler, S. 136.

²³³ BAG, Urt. v. 18.10.2017, Az. 10 AZR 47/17, NZA 2018, 162 (163); Urt. v. 18.10.2017, Az. 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 (1456); Urt. v. 30.11.2016, Az. 10 AZR 11/16, NZA 2017, 1394 (1397); Schulze, in: Schulze, BGB, § 315, Rn. 6.

²³⁴ Elz, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 315, Rn. 13; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 611a, Rn. 384; Kreitner, in: Küttner, Leistungsbestimmung, Rn. 12.

²³⁵ Thüsing, SR 2016, 87 (94). So im Ergebnis auch: Freyler, S. 52, 104; Im Rahmen des Mobile Office, als ortsunabhängige Tätigkeit, ist die Wahl des Arbeitsortes für den Arbeitnehmer frei. Die Parallele zu dem zusätzlichen Dienst ergibt sich daraus, dass der Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit im Mobile Office vornimmt und damit ein Arbeitsort nicht festgelegt wird.

außerhalb des Betriebs anzuordnen.

Das Leistungsbestimmungsrecht könnte, neben der Regelung im Arbeitsvertrag, auch in einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag vereinbart werden.²³⁶ Dabei ist zu beachten, dass nach 310 Abs. 4 S. 1 BGB die Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen nicht einer Kontrolle nach §§ 305ff. BGB unterliegen.²³⁷

3. Konkretisierung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers zum zusätzlichen Dienst

Sofern ein Anordnungsrecht des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit nicht wirksam vereinbart wurde, könnte sich ein solches Recht durch die Konkretisierung der Arbeitsbedingungen ergeben. Eine Konkretisierung von Arbeitsvertragsbedingungen, zu denen auch die Arbeitszeit gehört, ist anzunehmen, wenn die ursprünglich vereinbarten Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag sich zu einem einseitig nicht veränderbaren Vertragsinhalt verfestigt haben.²³⁸ Dabei tritt die Konkretisierung der Arbeitsbedingungen nicht allein durch den Einsatz des Arbeitnehmers für eine längere Zeit in derselben Weise ein.²³⁹ Für eine Konkretisierung der Arbeitsbedingungen müssen neben dem Zeitablauf besondere Umstände hinzutreten, die erkennen lassen, dass der Arbeitnehmer nur noch verpflichtet sein soll, seine Arbeit ohne Änderung, so wie bisher, vorzunehmen.²⁴⁰ Somit kann eine Konkretisierung auf einen zusätzlichen Dienst durch die Leistung von Rufbereitschaft nicht bereits angenommen werden, wenn eine von der vertraglichen Regelung abweichende Handhabung über einen längeren Zeitraum vollzogen wird.²⁴¹ Die gelegentliche und lediglich auf freiwilliger Basis erfolgende Beteiligung an den Rufbereitschaftsdiensten führt nicht dazu, dass sich die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Vertragsparteien dahingehend konkretisiert haben, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber zur Leistung von Rufbereitschaft verpflichtet ist.²⁴² Dies gilt auch für die mit der Rufbereitschaft vergleichbare ständige

²³⁶ Elz, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 315, Rn. 19; Kreitner, in: Küttner, Leistungsbestimmung, Rn. 7f.

²³⁷ Bieder, S. 45f.; Hromadka, in: Festschrift Wank, 175 (178f.); Kempen, in: Festschrift Bepler, 256 (260); Kohte, in: Festschrift Bepler, 288 (297, 301); Waltermann, in: Festschrift Bepler, 569 (580); Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 9.

²³⁸ Die dogmatische Grundlage für die Konkretisierung der Arbeitsbedingungen ist streitig. Nach der Rechtsprechung wird diese mit dem Vertrauensgesichtspunkt begründet, nach dem der Arbeitnehmer auf Grund des Hinzutretens besonderer Umstände erkennen kann und darauf vertrauen darf, dass er nicht in anderer Weise eingesetzt werden soll. So etwa: BAG, Urt. v. 18.10.2012, Az. 6 AZR 86/11, BAGE 143, 217-243, Rn. 25; Urt. v. 16.02.2012, Az. 8 AZR 98/11, AP HGB § 87 Nr. 13; Urt. v. 15.09.2009, Az. 9 AZR 757/08, BAGE 132, 88-99, Rn. 54; Urt. v. 13.03.2007, Az. 9 AZR 433/06, AP BGB § 307 Nr. 26, Rn. 50; Urt. v. 03.06.2004, Az. 2 AZR 577/03, NZA 2005, 175 (177).

Nach einer anderen Ansicht wird die Vertragstheorie vertreten, nach der in der Konkretisierung die Änderung der ursprünglich vereinbarten Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag hin zu einem einseitig nicht veränderbaren Vertragsinhalt erfolgt. So etwa: Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 62; Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 53; Preis, in: Erfurter Kommentar, GewO, § 106, Rn. 31; früher: BAG, Urt. v. 11.02.1998, Az. 5 AZR 472/97, NJW 1999, 669 (670).

²³⁹ BAG, Urt. v. 18.10.2012, Az. 6 AZR 86/11, BAGE 143, 217-243, Rn. 25; Urt. v. 16.02.2012, Az. 8 AZR 98/11, AP HGB § 87 Nr. 13; Urt. v. 13.03.2007, Az. 9 AZR 433/06, AP BGB § 307 Nr. 26, Rn. 50; Urt. v. 11.02.1998, Az. 5 AZR 472/97, NJW 1999, 669 (670); Koch, in: Schaub/Koch, Direktionsrecht.

²⁴⁰ BAG, Urt. v. 11.02.1998, Az. 5 AZR 472/97, NJW 1999, 669 (670); Hessisches LAG, Urt. v. 20.05.2003, Az. 14 Sa 1695/02, BeckRS 2003, 17000, Rn. 31; Koch, in: Schaub/Koch, Direktionsrecht.

²⁴¹ BAG, Urt. v. 18.10.2012, Az. 6 AZR 86/11, BAGE 143, 217-243, Rn. 25; LAG Köln, Urt. v. 16.04.2008, Az. 7 Sa 1520/07, Rn. 28; Hessisches LAG, Urt. v. 20.05.2003, Az. 14 Sa 1695/02, BeckRS 2003, 17000, Rn. 31.

²⁴² LAG Köln, Urt. v. 16.04.2008, Az. 7 Sa 1520/07, BeckRS 2008, 57352, Rn. 23; Hessisches LAG, Urt. v. 20.05.2003, Az. 14 Sa 1695/02, BeckRS 2003, 17000, Rn. 31.

Erreichbarkeit, die der Arbeitnehmer gelegentlich und nur auf freiwilliger Basis vornimmt. Für eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Vornahme der ständigen Erreichbarkeit reicht es somit nicht aus, dass der Arbeitnehmer diesen zusätzlichen Dienst freiwillig für einen bestimmten Zeitraum vorgenommen hat. Für eine solche Konkretisierung der Arbeitsbedingungen zur Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit müssen besondere Umstände hinzutreten, die erkennen lassen, dass der Arbeitnehmer verpflichtet sein soll, den zusätzlichen Dienst, so wie bisher, vorzunehmen.

Dies gilt auch im Hinblick auf die mit dem zusätzlichen Dienst verbundene Freizeittätigkeit und die damit zusammenhängende Veränderung der Lage und Dauer der Arbeitszeit. Der Einsatz des Arbeitnehmers über die eigentliche, vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus und die dadurch geleisteten Überstunden über einen längeren Zeitraum, führen nicht bereits zu einer Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses auf ein bestimmtes Mindestmaß an Überstunden.²⁴³ Die Anzahl der erbrachten Überstunden richten sich nach dem aktuellen Mehrarbeitsbedarf, sodass durch den unterschiedlichen Bedarf nicht angenommen werden kann, dass künftig eine Mindestanzahl an Überstunden vorzunehmen sei.²⁴⁴ Demnach führt das über mehrere Jahre nicht näher spezifizierte Überschreiten der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit nicht zu einer Vertragsänderung, auch wenn der Arbeitnehmer die Arbeit widerspruchslos vornahm.²⁴⁵

Somit kann die gelegentliche und freiwillige Vornahme der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit über einen längeren Zeitraum hinaus, nicht zu einer Konkretisierung der Arbeitsbedingungen dahingehend führen, dass dem Arbeitgeber ein Anordnungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer hinsichtlich eines solchen zusätzlichen Dienstes zusteht.

4. Konkludente Vereinbarung ständiger Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit

Darüber hinaus könnte eine konkludente Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer die Pflicht zum zusätzlichen Dienst begründen.

a) Konkludente Vertragsanpassung

Die Arbeitsvertragsparteien könnten im Rahmen einer konkludenten Vertragsanpassung die Arbeitsbedingungen dahingehend anpassen, dass dem Arbeitgeber ein einseitiges Anordnungsrecht für die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit gegenüber dem Arbeitnehmer zusteht. Grundsätzlich können die Vertragsparteien, neben einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Änderung des Vertragsverhältnisses im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB, auch mittels einer konkludenten Vereinbarung eine Vertragsanpassung vornehmen.

²⁴³ BAG, Urt. v. 18.10.2012, Az. 6 AZR 86/11, BAGE 143, 217-243, Rn. 25; Urt. v. 22.04.2009, Az. 5 AZR 133/08, NJOZ 2010, 290; Urt. v. 25.04.2007, Az. 5 AZR 504/06, BeckRS 2007, 45019, Rn. 12; Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 84.

²⁴⁴ BAG, Urt. v. 25.04.2007, Az. 5 AZR 504/06, BeckRS 2007, 45019, Rn. 16; Urt. v. 07.11.2002, Az. 2 AZR 742/00, BAGE 103, 265-276, Rn. 65; Urt. v. 21.11.2001, Az. 5 AZR 296/00, BAGE 100, 25-34, Rn. 24; Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 84.

²⁴⁵ BAG, Urt. v. 25.04.2007, Az. 5 AZR 504/06, BeckRS 2007, 45019, Rn. 16; Urt. v. 07.11.2002, Az. 2 AZR 742/00, BAGE 103, 265-276, Rn. 65; Urt. v. 21.11.2001, Az. 5 AZR 296/00, BAGE 100, 25-34, Rn. 24; LAG Köln, Urt. v. 08.03.2017, Az. 11 Sa 545/16, BeckRS 2016, 125697, Rn. 24; Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 84; Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb, BGB, § 611a, Rn. 467.

Die konkludente Vertragsanpassung ist eine einvernehmliche Vertragsänderung, bei welcher der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein konkludentes oder ausdrückliches Angebot hinsichtlich der Veränderung von Vertragsbedingungen macht und der Arbeitnehmer das Angebot konkludent, also durch schlüssiges Verhalten und ohne ausdrückliche Erklärung annimmt.²⁴⁶ Somit setzt eine konkludente Vertragsanpassung das Hinzutreten weiterer Umstände voraus, nach denen der Arbeitgeber das Schweigen des Arbeitnehmers nach Treu und Glauben, unter Berücksichtigung aller Begleitumstände und der Verkehrssitte, als Annahme verstehen konnte und durfte.²⁴⁷ Dies wäre der Fall, wenn der Arbeitnehmer, nachdem der Arbeitgeber ihm ein annahmefähiges Änderungsangebot nach §§ 133, 157 BGB unterbreitet hat, widerspruchslos weiterarbeitet und die angepassten Vertragsbedingungen im Arbeitsverhältnis ihn unmittelbar und sogleich betreffen, sodass er die Auswirkungen auf seine vertraglichen Rechte und Pflichten erkennen konnte und damit durch sein schlüssiges Verhalten annehmen konnte.²⁴⁸ Demnach stellt die tatsächliche Ausübung der geänderten Vertragsbedingungen in der Praxis eine konkludente Erklärung des Arbeitnehmers dar, die einer Annahme eines Angebots innerhalb der Frist des § 147 BGB gleichkommt.²⁴⁹

Für die Annahme einer solchen konkludenten Vertragsanpassung müsste der Arbeitnehmer die Aufgabenerteilung des Arbeitgebers per E-Mail oder Anruf nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte so verstehen, dass der Arbeitgeber ihm nach §§ 133, 157 BGB ein Änderungsangebot hinsichtlich der Vertragsbedingungen unterbreitet, nachdem ihm ein einseitiges Anordnungsrecht für die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit gegenüber dem Arbeitnehmer eingeräumt werden soll. Einem solchen Verständnis steht aber entgegen, dass es sich bei den Kontaktaufnahmen oft um kurzfristige Anfragen des Arbeitgebers handelt, die der Arbeitnehmer als von vorübergehender Natur ansieht und nicht als Angebot zur grundsätzlichen Änderung der einzelnen Arbeitsbedingung. Somit wird der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass der Arbeitgeber ihm ein Änderungsangebot hinsichtlich der Vertragsbedingungen machen wollte, nachdem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Leistung eines zusätzlichen Dienstes verpflichten können soll.

Darüber hinaus würde es neben einem Angebot zu einer solchen Vertragsänderung, auch an einer Annahmeerklärung seitens des Arbeitnehmers fehlen. Die Anordnung des Arbeitgebers, sich ständig erreichbar zu halten und die Freizeittätigkeit vorzunehmen, betrifft den Arbeitnehmer, wenn er der Anordnung folgt, unmittelbar und sogleich. Der Arbeitnehmer kann aber aus der Befolgung einer

²⁴⁶ BAG, Urt. v. 22.07.2014, Az. 9 AZR 1066/12, BAGE 148, 349-356, Rn. 18; Urt. v. 01.08.2001, Az. 4 AZR 129/00, BAGE 98, 293-302, Rn. 45; LAG Köln, Urt. v. 08.03.2017, Az. 11 Sa 545/16, BeckRS 2016, 125697, Rn. 24; LAG Nürnberg, Urt. v. 15.12.2009, Az. 7 Sa 204/09, BeckRS 2010, 68917; Schneider, NZA 2016, 590 (592).

²⁴⁷ BAG, Urt. v. 01.08.2001, Az. 4 AZR 129/00, BAGE 98, 293-302, Rn. 45; Urt. v. 30.07.1985, Az. 3 AZR 405/83, NZA 1986, 474 (475).

²⁴⁸ BAG, Urt. v. 25.11.2009, Az. 10 AZR 779/08, NZA 2010, 283 (285); Urt. v. 01.08.2001, Az. 4 AZR 129/00, BAGE 98, 293-302, Rn. 45; Urt. v. 30.07.1985, Az. 3 AZR 405/83, NZA 1986, 474 (475); Urt. v. 20.05.1976, Az. 2 AZR 202/75, AP BGB § 305 Nr. 4; LAG Nürnberg, Urt. v. 15.12.2009, Az. 7 Sa 204/09, BeckRS 2010, 68917; Schneider, NZA 2016, 590 (592f.).

²⁴⁹ BAG, Urt. v. 25.11.2009, Az. 10 AZR 779/08, NZA 2010, 283 (285); Urt. v. 01.08.2001, Az. 4 AZR 129/00, BAGE 98, 293-302, Rn. 45; Urt. v. 30.07.1985, Az. 3 AZR 405/83, NZA 1986, 474 (475); LAG Nürnberg, Urt. v. 15.12.2009, Az. 7 Sa 204/09, BeckRS 2010, 68917; Schneider, NZA 2016, 590 (592f.).

solchen Anordnung nicht die Auswirkungen auf seine vertraglichen Rechte und Pflichten erkennen, um diese konkludent annehmen zu können. Jede Aufforderung zur Vornahme des zusätzlichen Dienstes stellt für sich einen besonderen Fall dar, für den sich der Arbeitnehmer einverstanden erklären muss. Dabei kann er nicht überblicken, ob es in der Zukunft einen Bedarf zur Vornahme solcher zusätzlicher Dienste geben wird. Er könnte lediglich aufgrund der in der Vergangenheit bestehenden Anordnung eine Prognose erstellen, die aber keine ausreichende Grundlage sein kann, um die Auswirkungen auf seine vertraglichen Rechte und Pflichten abzusehen. Zudem hätte die Annahme einer solchen konkludenten Annahmeerklärung erhebliche Auswirkungen für den Arbeitnehmer, da er für die Zukunft gebunden wäre und es damit einer Änderungsvereinbarung bedürfte, um ein solches Anordnungsrecht des Arbeitgebers zu beenden. Somit kann der Arbeitnehmer die Auswirkungen auf seine vertraglichen Rechte und Pflichten im Zeitpunkt der Vornahme des zusätzlichen Dienstes nicht absehen, sodass die für eine konkludente Vertragsanpassung erforderlichen weiteren Umstände, nach denen der Arbeitgeber das Schweigen des Arbeitnehmers als konkludente Annahmeerklärung verstehen konnte und durfte, nicht bestehen. Demnach liegt eine konkludente Vertragsanpassung zum zusätzlichen Dienst durch die Arbeitsvertragsparteien nicht bereits dann vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst anordnet und der Arbeitnehmer dieser Anordnung nachkommt.²⁵⁰

Sofern der Arbeitgeber eine konkludente Vertragsanpassung zwischen den Arbeitsvertragsparteien zur Vornahme des zusätzlichen Dienstes behauptet, gehen Unklarheiten zu seinen Lasten, da ihm die Möglichkeit zusteht, den zusätzlichen Dienst und die damit einhergehenden Rechte und Pflichten mit dem Arbeitnehmer, auch nachträglich, zu vereinbaren und diese schriftlich festzuhalten. Der Arbeitgeber sollte die vertraglichen Regelungen, auch bei Änderungen der Vertragsbedingungen, schriftlich niederlegen. Dies ergibt sich für die nach § 2 Abs. 1 NachWG wesentlichen Vertragsbedingungen aus der Regelung des § 3 NachWG, indem der Arbeitnehmer geschützt und Situationen vermieden werden sollen, in denen die Arbeitsvertragsparteien unterschiedlicher Meinung sind und sich darüber streiten, ob konkludent eine Vereinbarung über bestimmte Änderungen getroffen oder in welchem Umfang Änderungen vereinbart wurden. Aus diesem Grund ist bei Unklarheiten über das Vorliegen einer konkludenten Vereinbarung eines zusätzlichen Dienstes zu Lasten des Arbeitgebers davon auszugehen, dass eine solche Vereinbarung nicht getroffen wurde.

b) Betriebliche Übung

Die Vertragsanpassung kann auch nicht als betriebliche Übung und damit als eine Unterform der konkludenten Vertragsanpassung vorgenommen werden. Die betriebliche Übung ist die regelmäßige (gleichförmige) Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus welcher der Arbeitnehmer einen konkreten Verpflichtungswillen des Arbeitgebers ableiten kann, nach dem ihm und

²⁵⁰ A.A. Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

seinen Kollegen eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt wurde.²⁵¹ Demnach wird dem Verhalten des Arbeitgebers konkludent eine Willenserklärung auf ein Vertragsangebot abgeleitet, welches vom Arbeitnehmer angenommen wird.²⁵² Somit soll der Arbeitnehmer geschützt werden, indem ihm hinsichtlich der fortlaufenden Leistungen, die nicht vertraglich geregelt sind, ein gegenüber dem Arbeitgeber durchsetzbarer Anspruch zustehen soll.²⁵³

Im Rahmen des Anordnungsrechts geht es aber nicht um eine Leistung des Arbeitgebers, die nicht vertraglich fixiert ist, sondern um die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung eines zusätzlichen Dienstes, der vom Anwendungsbereich der betrieblichen Übung grundsätzlich nicht erfasst wird.²⁵⁴ Zudem steht einer entsprechenden Anwendung des Ansatzes der betrieblichen Übung auf das einseitige Anordnungsrecht des Arbeitgebers entgegen, dass durch die betriebliche Übung der unterlegene Arbeitnehmer geschützt werden soll, da er im Übrigen mangels einer vertraglichen Regelung keinen Anspruch auf die Leistung des Arbeitgebers hätte. Warum nun der Arbeitgeber einen solchen Schutz genießen soll, indem ihm ein durchsetzbarer Anspruch zur Anordnung des zusätzlichen Dienstes zustehen sollte, ist nicht erkennbar, da dem Arbeitgeber die Möglichkeit zusteht, seine Interessen durch eine ausdrückliche Vereinbarung oder Änderungskündigung zu verfolgen.

Zudem sind auch nicht die Grundsätze der gegenläufigen betrieblichen Übung anzuwenden. Die Rechtsprechung hat die gegenläufige betriebliche Übung im Jahr 2009 aufgegeben, da die Beendigung der entstandenen Forderung des Arbeitnehmers aus einer betrieblichen Übung durch die dreimalige Nichtgeltendmachung des Arbeitnehmers mit dem Klauselverbot für fingierte Erklärungen nach § 308 Nr. 5 BGB nicht zu vereinbaren ist.²⁵⁵ Somit sind auch diese Grundsätze für eine konkludente Vertragsanpassung nicht heranzuziehen.

c) Ergebnis

Demnach kann das Anordnungsrecht des Arbeitgebers nicht durch eine konkludente Vereinbarung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber begründet werden. Es kann somit ein solches

²⁵¹ BAG, Urt. v. 23.03.2011, Az. 4 AZR 268/09, NJOZ 2012, 33 (39); Urt. v. 26.01.1989, Az. 6 AZR 566/86, BeckRS 1989, 30729613; LAG Bremen, Urt. v. 06.03.2018, Az. 1 Sa 90/17, BeckRS 2018, 25342, Rn. 36; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 611a, Rn. 220; Schneider, NZA 2016, 590 (591).

²⁵² BAG, Urt. v. 23.03.2011, Az. 4 AZR 268/09, NJOZ 2012, 33 (38f.); Urt. v. 26.09.2007, Az. 5 AZR 808/06, NZA 2008, 179 (181); Urt. v. 28.09.2005, Az. 5 AZR 565/04, NZA 2006, 107 (108); Urt. v. 16.01.2002, Az. 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632 (633); Urt. v. 16.09.1998, Az. 5 AZR 598/97, NZA 1999, 203 (205); LAG Bremen, Urt. v. 06.03.2018, Az. 1 Sa 90/17, BeckRS 2018, 25342, Rn. 36; Schneider, NZA 2016, 590 (591). Ein Teil des Schrifttums verfolgt die Vertrauenslehre für die Begründung der betrieblichen Übung. Nach dieser Theorie wird auf das Vertrauen der Vertragsparteien in die Fortdauer einer gleichartigen Handhabung unter Heranziehung des § 242 BGB abgestellt. Somit ist das Vertrauen schutzwürdig, wenn und soweit sich eine Vertragspartei in ihren Dispositionen auf die Fortsetzung der Übung so einrichten durfte und auch eingerichtet hat, dass ein einseitiger Bruch mit dieser Übung ein gegen Treu und Glauben verstoßendes widersprüchliches Verhalten darstellt (Verbot des venire contra factum proprium). So etwa: Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 611, Rn. 426; Breinlinger, in: Festschrift Beppler, 27 (39f.); Henssler, in: 50 Jahre BAG, 683 (684); Hromadka, NZA 1984, 241 (243ff.).

²⁵³ BAG, Urt. v. 23.03.2011, Az. 4 AZR 268/09, NJOZ 2012, 33 (39); Urt. v. 26.09.2007, Az. 5 AZR 808/06, NZA 2008, 179 (181); Urt. v. 28.09.2005, Az. 5 AZR 565/04, NZA 2006, 107 (108); Urt. v. 16.01.2002, Az. 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632 (633); Urt. v. 16.09.1998, Az. 5 AZR 598/97, NZA 1999, 203 (205); LAG Bremen, Urt. v. 06.03.2018, Az. 1 Sa 90/17, BeckRS 2018, 25342, Rn. 36; Schneider, NZA 2016, 590 (591).

²⁵⁴ Schneider, DB 2011, 2718.

²⁵⁵ BAG, Urt. v. 18.03.2009, Az. 10 AZR 281/08, BAGE 130, 21-28, Rn. 12ff.; LAG Hamm, Urt. v. 17.01.2017, Az. 9 Sa 955/16, BeckRS 2017, 122511, Rn. 28; Ahrendt, in: Schaub ArbR-HdB, § 110, Rn. 32. Grundzüge der gegenläufigen betrieblichen Übung vor der Änderung der Rechtsprechung in: Henssler, in: 50 Jahre BAG, 683 (704ff.).

Anordnungsrecht des Arbeitgebers mit dem Arbeitnehmer nur durch eine ausdrückliche, vertragliche Vereinbarung unter Einhaltung der Grenzen der §§ 305ff. BGB begründet werden.

3. Kapitel: Grenzen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit

Die Vornahme der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit müssen mit den gesetzlichen Regelungen und den kollektivrechtlichen Beteiligungspflichten vereinbar sein.

I. Vereinbarkeit mit dem Arbeitszeitgesetz

Der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit des Arbeitnehmers könnten die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes Grenzen setzen.

1. Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes

Nach § 2 Abs. 2 ArbZG soll der Schutz des Arbeitszeitgesetzes Arbeitnehmer erfassen, somit Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten. Dabei ist Arbeitnehmer, derjenige der auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist und damit auch in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert ist.²⁵⁶ Nicht unter den Schutzbereich des Arbeitszeitgesetzes fallen nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG unter anderem die leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG.²⁵⁷

Der Schutz und demnach der Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes erstreckt sich auf die Bundesrepublik Deutschland; es gilt somit das Territorialitätsprinzip.²⁵⁸ Dabei ist der Anknüpfungspunkt für den räumlichen Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes der Ort, an dem der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich vornimmt.²⁵⁹ Aus diesem Grund werden für die Beurteilung der arbeitszeitrechtlichen Zulässigkeit des zusätzlichen Dienstes nur solche Einsätze des Arbeitnehmers bewertet, die in Deutschland vorgenommen werden.

Das Arbeitszeitgesetz sieht den Schutz des Arbeitnehmers dahingehend vor, dass die Sicherheit und der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitszeitgestaltung und die Verbesserung von Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG) sowie der Erhalt von Sonn- und Feiertagsruhe (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG) gewährleistet werden soll. Zur Erreichung dieser Schutzziele hat der Gesetzgeber einen zulässigen Ablauf des Arbeitstages mit Ruhepausen und ein Höchstmaß an Arbeitszeit in festgelegten Zeiträumen sowie erforderliche Ruhezeiträume vorgegeben und die

²⁵⁶ BAG, Urt. v. 20.01.2010, Az. 5 AZR 99/09, NJOZ 2011, 88; Urt. v. 12.12.2001, Az. 5 AZR 253/00, NJW 2002, 2411 (2412); Beschl. v. 16.02.2000, Az. 5 AZB 71/99, BAGE 93, 310-318, Rn. 17; Beschl. v. 03.06.1975, Az. 1 ABR 98/74, BAGE 27, 163-175, Rn. 14; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 87; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 611a, Rn. 8.

²⁵⁷ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 18, Rn. 5; Spengler, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 18, Rn. 3; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 1, Rn. 7.

²⁵⁸ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 2a; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 18, Rn. 13; Spengler, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 1, Rn. 3; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 1, Rn. 7; Wirtz, BB 2014, 1397; Wiebauer, EuZA 2012, 485.

²⁵⁹ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 18, Rn. 13; Spengler, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 1, Rn. 3; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 1, Rn. 7; Wiebauer, EuZA 2012, 485.

Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich ausgeschlossen.

2. Verstoß gegen Höchstarbeitszeit, § 3 ArbZG

Der zusätzliche Dienst durch die ständige Erreichbarkeit und die damit verbundene Freizeittätigkeit dürfen nicht gegen die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG verstoßen.

a) Verstoß gegen Höchstarbeitszeit durch zusätzlichen Dienst

Die tägliche Höchstarbeitszeit für die Arbeitnehmer beträgt acht Stunden (§ 3 S. 1 ArbZG). Dabei darf die Höchstarbeitszeit nach § 3 S. 2 ArbZG auf zehn Stunden täglich erhöht werden, wenn ein Freizeitausgleich vorgenommen wird und damit innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden.

Die Zeiten der ständigen Erreichbarkeit, in denen der Arbeitnehmer in der Freizeit seine Kommunikationsmittel mit sich führt und sich über diese nach der üblichen Arbeitszeit erreichbar hält, sind für die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG nicht zu berücksichtigen, da es sich bei diesen Zeiten nicht um Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG handelt.²⁶⁰

Anders ist es aber hinsichtlich der Zeiten, während derer der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber auf dessen zurechenbare Veranlassung oder Duldung tätig wird und somit eine Freizeittätigkeit erbringt. Diese Zeiten der Freizeittätigkeit sind Arbeitszeit im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG und somit für die Ermittlung der täglichen Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG zu berücksichtigen.²⁶¹

Dabei könnte überlegt werden, ob nicht jede Freizeittätigkeit für die Höchstarbeitszeit berücksichtigt wird, sondern eine Erheblichkeitsschwelle für die Berücksichtigung der Höchstarbeitszeit anzusetzen wäre.²⁶² Nach dem Sinn und Zweck der Regelung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG sollen die Arbeitnehmer vor einer übermäßigen Beanspruchung geschützt werden, sodass die Gesundheit und das Wohlbefinden des Arbeitnehmers durch übermäßige Arbeitsleistungen nicht gefährdet werden und die Leistungsfähigkeit erhalten bleibt.²⁶³ Gesundheitliche Schäden durch Überanstrengung könnten durch eine kurzzeitige Freizeittätigkeit wegen der Geringfügigkeit der Beanspruchung abgelehnt werden, sodass die Gesundheit und das Wohlbefinden des Arbeitnehmers nicht gefährdet werden.²⁶⁴ Zudem auch der Arbeitnehmer durch die Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel von seinem jeweiligen Aufenthaltsort tätig wird und sich dann wieder seiner Freizeit widmet, sodass dieser Einsatz nicht mit der Beanspruchung des Arbeitnehmers während der üblichen Arbeitszeit an seinem

²⁶⁰ So auch etwa: Freyler, S. 134f.

²⁶¹ Nach Freyler (S. 135) sind die Zeiten der Freizeittätigkeit, unabhängig von einer freiwilligen Vornahme des Arbeitnehmers oder der zurechenbaren Veranlassung sowie Duldung des Arbeitgebers für die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG zu berücksichtigen.

²⁶² Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163 (1167).

²⁶³ BVerfG, Beschl.v. 03.05.1967, Az. 2 BvR 134/63, BVerfGE 22, 1-21, Rn. 78; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 3, Rn. 2; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 3, Rn. 6; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 3, Rn. 3.

²⁶⁴ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 5, Rn. 14; Gäntgen, in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbZG, § 5, Rn. 2; Wirtz, BB 2014, 1397 (1401).

Arbeitsplatz vergleichbar wäre.²⁶⁵ Somit könnten geringfügige Tätigkeiten für die Beachtung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG unberücksichtigt bleiben und demnach eine Erheblichkeitsschwelle angesetzt werden.

Eine solche Annahme einer Erheblichkeitsschwelle für die Berücksichtigung von Arbeitszeiten für die Höchstarbeitszeit ist abzulehnen.²⁶⁶ Dem steht bereits der Wortlaut des § 3 ArbZG entgegen, dem eine solche Differenzierung nach der Intensität und der Dauer der Arbeit nicht zu entnehmen ist. Nach der gesetzlichen Regelung des § 3 ArbZG wird nicht zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Zeiten einer Tätigkeit differenziert.²⁶⁷ Zudem würde durch eine solche Differenzierung der Arbeitnehmer, der über seine Kommunikationsmittel während seiner Freizeit für den Arbeitgeber tätig wird, gegenüber dem Arbeitnehmer, der im Anschluss zu seiner üblichen Arbeitszeit an seinem Arbeitsplatz länger arbeiten muss, schlechter gestellt werden, wenn die kurzzeitigen Einsätze als Freizeittätigkeit für die Höchstarbeitszeit nicht herangezogen werden würden. Für eine solche unterschiedliche Behandlung der Arbeitszeit kann ein sachlicher Grund nicht ermittelt werden. Auch könnte eine solche Differenzierung die willkürliche Handhabung der Arbeitseinsätze des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber fördern, indem er einzelne Tätigkeiten dem Arbeitnehmer als Freizeittätigkeit anordnet und diese wegen ihrer kurzen Dauer nicht für die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG heranzuziehen wären. Die Nichtberücksichtigung von kurzfristigen und geringfügigen Freizeittätigkeiten für die Höchstarbeitszeit kann auch nicht damit begründet werden, dass dem Arbeitnehmer durch die Nutzung von Kommunikationsmitteln eine flexiblere Arbeitsweise von unterwegs zusteht, die den Arbeitnehmer weniger belastet, als wenn er im Betrieb tätig wird. Trotz der Flexibilität handelt es sich um fremdbestimmte Tätigkeiten für den Arbeitgeber, die als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG zu werten sind. Der Arbeitnehmer wird durch solche fremdbestimmten Tätigkeiten beansprucht, unabhängig davon, ob er von unterwegs, zuhause oder an seinem Arbeitsplatz tätig wird. Eine solche Beanspruchung kann die Gesundheit und das Wohlbefinden des Arbeitnehmers durch übermäßige Arbeitsleistungen gefährden, da der Arbeitnehmer in seiner Erholung zum Einsatz herangezogen wird und damit eine zusätzliche Beanspruchung über die übliche Arbeitszeit hinaus besteht. Die Freizeittätigkeit soll dem Arbeitnehmer auch nicht die Möglichkeit eröffnen, über den Schutz des Arbeitszeitgesetzes disponieren zu können, indem er die kurzzeitigen Aufgaben in die Freizeit verschiebt, da diese für die Höchstarbeitszeiten unbeachtlich wären. Der durch das Arbeitszeitgesetz gewährte Schutz ist ein öffentlicher Belang und steht nicht zur Disposition der Arbeitnehmer.²⁶⁸ Es handelt sich vielmehr um ein öffentlich-rechtliches Schutzgesetz und um zwingendes Recht, sodass es unerheblich ist, ob der einzelne Arbeitnehmer mit der gesetzeswidrigen Beschäftigung einverstanden

²⁶⁵ Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054).

²⁶⁶ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (768).

²⁶⁷ Oberwetter, ZRP 2015, 204 (205).

²⁶⁸ Ams, in: Erbs/Kohlhaas, ArbZG, § 1, Rn. 2; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (56).

ist, diese nachträglich genehmigt oder sogar wünscht.²⁶⁹ Solche Vereinbarungen, die gegen die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes verstoßen sind schlechthin nichtig,²⁷⁰ eine Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer solchen Handhabung der Arbeitszeit wäre wegen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB unwirksam.²⁷¹

Damit sind die Zeiten, in denen der Arbeitnehmer durch die zurechenbare Veranlassung oder Duldung des Arbeitgebers in seiner Freizeit tätig wird, unabhängig von der Dauer der einzelnen Freizeittätigkeit, als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG für die Einhaltung der täglichen Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG zu berücksichtigen.²⁷² Der Arbeitgeber hat somit die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG zu beachten, wenn er dem Arbeitnehmer die ständige Erreichbarkeit und die damit verbundene Freizeittätigkeit anordnet, da die Zeiten der Freizeittätigkeit für die Höchstarbeitszeit herangezogen werden.

b) Verlängerung der Höchstarbeitszeit, § 7 Abs. 1 Nr. 1a) ArbZG

Die nach § 3 ArbZG geregelte zulässige Höchstarbeitszeit kann aber nach § 7 Abs. 1 Nr. 1a) ArbZG in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung über zehn Stunden hinaus werktäglich verlängert werden, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Zeiten der Arbeitsbereitschaft sowie des Bereitschaftsdiensts fallen. Diese Gestaltungsmöglichkeit zur Verlängerung der Höchstarbeitszeit könnte auch für die ständige Erreichbarkeit herangezogen werden.

aa) Voraussetzung einer solchen Regelung

Für eine solche Regelung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1a) ArbZG wird vorausgesetzt, dass in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Zeiten der Arbeitsbereitschaft sowie des Bereitschaftsdiensts fallen. Eine Regelmäßigkeit von Zeiten der Arbeitsbereitschaft und des Bereitschaftsdienstes liegt vor, wenn es nach der Erfahrung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses immer wieder einmal zur Vornahme solcher Dienste kommt.²⁷³ In erheblichem Umfang fällt die Arbeitsbereitschaft und der Bereitschaftsdienst in die Arbeitszeit, wenn diese im Verhältnis zur Vollarbeit einen erheblichen Teil

²⁶⁹ BAG, Urt. v. 28.10.1971, Az. 2 AZR 15/71, AP BGB § 626 Nr. 62; Urt. v. 19.06.1959, Az. 1 AZR 565/57, BAGE 8, 47, Rn. 8; BGH, Urt. v. 28.01.1986, Az. VI ZR 151/84, NJW 1986, 1486 (1487); OLG Jena, Beschluss vom 02.09.2010 - 1 Ss Bs 57/10, BeckRS 2010, 23535; LAG Nürnberg, Urt. v. 19.09.1995, Az. 2 Sa 429/94, NZA 1996, 882f.; ArbG Berlin, Urt. v. 21.06.2006, Az. 86 Ca 26096/05, BeckRS 2006, 44167, Rn. 38; Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 3, Rn. 9.

²⁷⁰ Bieder, S. 51.

²⁷¹ BAG, Urt. v. 28.10.1971, Az. 2 AZR 15/71, AP BGB § 626 Nr. 62; Urt. v. 19.06.1959, Az. 1 AZR 565/57, BAGE 8, 47, Rn. 8; BGH, Urt. v. 28.01.1986, Az. VI ZR 151/84, NJW 1986, 1486 (1487); OLG Jena, Beschluss vom 02.09.2010 - 1 Ss Bs 57/10, BeckRS 2010, 23535; LAG Nürnberg, Urt. v. 19.09.1995, Az. 2 Sa 429/94, NZA 1996, 882f.; ArbG Berlin, Urt. v. 21.06.2006, Az. 86 Ca 26096/05, BeckRS 2006, 44167, Rn. 38; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 3, Rn. 4.

²⁷² So im Ergebnis auch: Falder, NZA 2010, 1150 (1154). Unabhängig von der zurechenbaren Veranlassung durch den Arbeitgeber oder dem freiwilligen Tätigwerden des Arbeitnehmers, sind insgesamt auch die Tätigkeiten geringfügiger Zeit für die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG zu berücksichtigen; so: Anzinger/Koberski, ArbZG, § 5, Rn. 3a.

²⁷³ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 49; Krauss, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, ArbZG, § 7, Rn. 3; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 4; Pfeiffer, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 7, Rn. 32; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 7, Rn. 18.

ausmacht. Dies kann bereits bei mehr als 30 Prozent der Gesamtzeit der täglichen Tätigkeit angenommen werden, dabei ist zum Schutz des Arbeitnehmers ein scharfer Maßstab anzusetzen.²⁷⁴

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1a) ArbZG wird eine Obergrenze für die Ausdehnung der Arbeitszeit nicht bestimmt. Es soll lediglich ein Ausgleich nach § 7 Abs. 8 S. 1 ArbZG erfolgen, indem bei einer solchen Regelung die Arbeitszeit nicht 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von zwölf Kalendermonaten überschreiten darf. Eine Obergrenze für eine maximal mögliche Verlängerung der Arbeitszeit ergibt sich aber aus der Länge des Werktages mit 24 Stunden. Eine Ausdehnung der Arbeitszeit auf 24 Stunden ist nicht zulässig, da die Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG einzuhalten ist, sodass dem Arbeitnehmer grundsätzlich eine Ruhezeit von elf bzw. zehn Stunden zusteht und der Arbeitnehmer zwischen den einzelnen Ruhezeiten maximal 13 bzw. 14 Stunden arbeiten kann.²⁷⁵ Dabei wäre auch ein 24 Stunden Wechsel zwischen zwei Schichten, das heißt 24 Stunden Dienst und 24 Stunden Freizeit, arbeitszeitrechtlich unzulässig, da er den Arbeitnehmer zu sehr beanspruchen würde und mit dem Grundgedanken des Arbeitszeitgesetzes nicht zu vereinbaren wäre.²⁷⁶

bb) Anwendbarkeit für die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit

Die Regelung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG nennt lediglich die Arbeitsbereitschaft und den Bereitschaftsdienst. Diese Ausnahme von der täglichen Höchstarbeitszeit könnte aber auch für die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit anwendbar sein.

(1) Freizeittätigkeit

Im Rahmen der durch den Arbeitgeber veranlassten Freizeittätigkeit erbringt der Arbeitnehmer Vollarbeit, die sich aus der ständigen Erreichbarkeit ergibt. Die Freizeittätigkeit ist nicht vergleichbar mit den zusätzlichen Diensten der Arbeitsbereitschaft und dem Bereitschaftsdienst, im Rahmen dessen der Arbeitnehmer sich verfügbar hält. Der Arbeitnehmer wird vielmehr, wie auch während der üblichen Arbeitszeit, tätig. Somit findet die Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG nicht auf die Zeiten der Freizeittätigkeit Anwendung.²⁷⁷

(2) Ständige Erreichbarkeit

Die Regelung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG könnte aber für die ständige Erreichbarkeit anwendbar sein.

(a) Anwendbarkeit der Regelung zur Verlängerung der Höchstarbeitszeit

Eine solche Möglichkeit der Regelung einer Verlängerung der Höchstarbeitszeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG könnte für die ständige Erreichbarkeit bestehen, sodass die Arbeitszeit über zehn Stunden

²⁷⁴ Krauss, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, ArbZG, § 7, Rn. 3; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 6; Pfeiffer, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 7, Rn. 33; Neumann/Biebl, ArbZG, § 7, Rn. 18; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 7, Rn. 18.

²⁷⁵ Krauss, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, ArbZG, § 7, Rn. 3; Neumann/Biebl, ArbZG, § 7, Rn. 19; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 7, Rn. 19.

²⁷⁶ Neumann/Biebl, ArbZG, § 7, Rn. 19; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 7, Rn. 19.

A.A. Anzinger/Koberski, ArbZG, § 7, Rn. 25; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 55; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 7, Rn. 16.

²⁷⁷ So auch etwa: Freyler, S. 148.

werktätlich verlängert werden könnte, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Zeiten der ständigen Erreichbarkeit fallen. Für die Anwendbarkeit dieser Regelung auf die ständige Erreichbarkeit sind die Grundsätze zur Rufbereitschaft heranzuziehen. Die Regelung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG könne auch für die Rufbereitschaft angewandt werden, dies ergebe sich aus einem Erst-Recht-Schluss, da die Rufbereitschaft gegenüber den in § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG genannten Diensten, der Arbeitsbereitschaft und dem Bereitschaftsdienst, eine geringere Belastungsintensität aufweise und damit die Ausnahme von der Höchstarbeitszeit für die Rufbereitschaft erst recht gelten solle.²⁷⁸ Eine andere Bewertung würde zu unsachgerechten praktischen Folgen im Einzelfall führen.²⁷⁹ Somit wäre die Regelung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG auch im Rahmen der Leistung ständiger Erreichbarkeit heranzuziehen, da diese mit der Rufbereitschaft vergleichbar ist. Demnach könne die Arbeitszeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung über zehn Stunden werktätlich verlängert werden, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Zeiten der ständigen Erreichbarkeit fielen.

(b) Unanwendbarkeit der Regelung zur Verlängerung der Höchstarbeitszeit

Die Anwendung der Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 1 Nr. 1a) ArbZG auf die ständige Erreichbarkeit ist bereits nach dem Wortlaut abzulehnen. Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 1a) ArbZG nennt lediglich die Arbeitsbereitschaft und den Bereitschaftsdienst, weitere Dienste werden nicht aufgezählt. Demnach steht der Wortlaut der Vorschrift der Anwendung auf andere zusätzliche Dienste, wie die Rufbereitschaft und die ständige Erreichbarkeit, entgegen.²⁸⁰ Hätte der Gesetzgeber die Anwendung der Vorschrift auf die Rufbereitschaft erstrecken wollen, hätte er dies, so wie in § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG, ausdrücklich in den Wortlaut aufnehmen können. Die Rufbereitschaft wird bereits in den gesetzlichen Regelungen berücksichtigt, sodass die Regelung des § 7 Abs. 1 Nr. 1a) ArbZG nicht dahingehend ausgelegt werden kann, dass die Regelung der Rufbereitschaft gewollt gewesen wäre, aber diese Arbeitsform zum Zeitpunkt der gesetzlichen Regelung nicht bekannt war. Demnach kann die Anwendbarkeit des § 7 Abs. 1 Nr. 1a) ArbZG nicht durch die Heranziehung der Rufbereitschaft begründet werden, da die Rufbereitschaft in der Vorschrift nicht aufgeführt wird.

Auch nach dem Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung kann diese nicht für die ständige Erreichbarkeit angewandt werden. Durch die Leistung von Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst wird die Arbeitskraft des Arbeitnehmers weniger als während der Vollarbeit beansprucht.²⁸¹ Dem Arbeitgeber wird so nach § 7 Abs. 1 Nr. 1a) ArbZG die Möglichkeit eröffnet, in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zuzulassen, dass die Höchstarbeitszeit überschritten werden kann, wenn die Arbeitnehmer neben der Vollarbeit in einem erheblichen Umfang

²⁷⁸ Wichert, in: Boecken/Diller/Düwell/Hanau, Band 1, ArbZG, § 7, Rn. 13; Wirtz, BB 2014, 1397 (1400).

²⁷⁹ Wichert, in: Boecken/Diller/Düwell/Hanau, Band 1, ArbZG, § 7, Rn. 13; Wirtz, BB 2014, 1397 (1400).

²⁸⁰ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 48.

²⁸¹ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 7, Rn. 19; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 47; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 7, Rn. 13; Neumann/Biebl, ArbZG, § 7, Rn. 9.

Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst leisten, sodass sich die Zeiten angespannter Arbeit und Entspannung mit der Folge abwechseln, dass sich der Arbeitnehmer über einen gewissen Zeitraum hinweg tatsächlich von der Arbeit ausruhen kann.²⁸² Aufgrund dieser unterschiedlichen Intensität der Vollarbeit und dem zusätzlichen Dienst erscheint eine Verlängerung der Arbeitszeit zulässig, da auch die Zeiten der Arbeitsbereitschaft und des Bereitschaftsdiensts als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG für die Einhaltung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG zu berücksichtigen sind.²⁸³ Hält sich der Arbeitnehmer in seiner Freizeit ständig erreichbar, wird er auch weniger beansprucht als während der Vollarbeit.²⁸⁴ Die Zeiten der ständigen Erreichbarkeit sind aber, anders als die Zeiten der Arbeitsbereitschaft und des Bereitschaftsdiensts, nicht als Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG einzustufen.²⁸⁵ Der Arbeitnehmer könnte somit eine nach § 3 ArbZG unerheblich lange Dauer der ständigen Erreichbarkeit gewährleisten, ohne dadurch gegen die Höchstarbeitszeit zu verstoßen, da die Zeiten der ständigen Erreichbarkeit für die Einhaltung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG irrelevant sind und demnach die Arbeitszeit nicht über zehn Stunden werktäglich verlängert werden kann.²⁸⁶ Arbeitszeitrechtlich sind lediglich die Zeiten der Freizeittätigkeit zu berücksichtigen, die zusammen mit der übrigen Arbeitszeit nicht die Grenze der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG überschreiten dürfen. Somit scheidet die Anwendung der Vorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG auf die ständige Erreichbarkeit auch nach dem Sinn und Zweck aus.

(c) Zwischenergebnis

Die Abweichungsmöglichkeit von der Höchstarbeitszeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung findet für den zusätzlichen Dienst der ständigen Erreichbarkeit und der damit verbundenen Freizeittätigkeit keine Anwendung.²⁸⁷ Somit kann die nach § 3 ArbZG geregelte zulässige Höchstarbeitszeit über zehn Stunden werktäglich hinaus für diesen zusätzlichen Dienst nicht verlängert werden. Der Arbeitgeber hat im Rahmen der Anordnung von Freizeittätigkeit, während der ständigen Erreichbarkeit, die Grenze der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG einzuhalten.

c) Ausnahme von Höchstarbeitszeit bei Vertrauensarbeitszeit

Die Vertragsparteien könnten das Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit wählen, um die aus der ständigen Erreichbarkeit resultierende Freizeittätigkeit und die damit verbundene Überschreitung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG zu ermöglichen. Im Rahmen der Vertrauensarbeitszeit verzichtet der Arbeitgeber auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, da er primär an der

²⁸² Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 47; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 7, Rn. 9; Neumann/Biebl, ArbZG, § 7, Rn. 9.

²⁸³ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 47; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 7, Rn. 13; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 7, Rn. 9; Neumann/Biebl, ArbZG, § 7, Rn. 9.

²⁸⁴ So auch etwa: Freyler, S. 149.

²⁸⁵ So auch etwa: Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (56f.); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Wank, RdA 2014, 285 (289); Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

²⁸⁶ So auch etwa: Freyler, S. 149.

²⁸⁷ So auch etwa: Freyler, S. 149.

Erreichung der vorgegebenen Arbeitsziele interessiert ist und darauf vertraut, der betreffende Arbeitnehmer werde seine Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht auch ohne Kontrolle erfüllen.²⁸⁸ Somit nimmt der Arbeitnehmer bei einem solchen Arbeitszeitmodell seine Tätigkeit nach Bedarf vor, dabei sind weiterhin die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden, da im Rahmen eines solchen Arbeitszeitmodells lediglich auf die Festlegung der Lage der Arbeitszeit verzichtet wird.²⁸⁹ Eine Abweichung von den Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes durch die Vereinbarung der Vertrauensarbeitszeit ist somit nicht möglich.²⁹⁰

Demnach ist auch bei Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeiten die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG einzuhalten, wenn der Arbeitnehmer eine Freizeittätigkeit vornimmt.

d) Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers, § 16 Abs. 2 ArbZG

Wird der Arbeitnehmer über die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden hinaus tätig, löst er eine Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers nach § 16 Abs. 2 ArbZG für die über die werktäglich hinausgehende Arbeitszeit aus. Nimmt der Arbeitnehmer eine Freizeittätigkeit vor, hat der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Dauer dieses Tätigwerdens. Zudem der Arbeitnehmer diese auch nicht im Betrieb vornimmt, sodass er die im Betrieb vorhandenen, zur Aufzeichnung vorgesehenen Einrichtungen, nicht nutzt. Der Arbeitgeber kann aber bei einer flexiblen Arbeitszeit die Aufgabe zur Aufzeichnung der Arbeitszeit auf den Arbeitnehmer übertragen und sich auf stichprobenartig durchzuführende Kontrollen beschränken.²⁹¹ Eine solche Übertragung der Aufgabe der Aufzeichnung von Arbeitszeiten hat aber nicht zur Folge, dass der Arbeitgeber nicht mehr zur Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes verpflichtet ist, sondern lediglich, dass die Aufgabe der Aufzeichnung vom Arbeitnehmer übernommen wird.²⁹² Sofern für das Arbeitsverhältnis die Vertrauensarbeitszeit vereinbart wurde, hat der Arbeitgeber auch hier der Aufzeichnungspflicht nachzukommen.²⁹³ Somit treffen den Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht hinsichtlich der Freizeittätigkeit sowie die Pflicht zur Führung eines Verzeichnisses über die Arbeitnehmer, die nach § 7 Abs. 7 ArbZG in die Verlängerung der Arbeitszeit eingewilligt haben.²⁹⁴ Die Aufzeichnungen als Nachweis über die Arbeitszeit,

²⁸⁸ BAG, Urt. v. 23.09.2015, Az. 5 AZR 767/13, BAGE 152, 315-326, Rn. 31; Urt. v. 29.08.2013, Az. 2 AZR 273/12, NJW 2014, 1323 (1325); Urt. v. 24.05.2012, Az. 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223 (1126f.); Beschl. v. 06.05.2003, Az. 1 ABR 13/02, BAGE 106, 111-123, Rn. 65; Schlachter, in: 50 Jahre BAG, 1253 (1254); Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, 163 (165f.); Däubler, SR 2016, 2 (12); Compensis, NJW 2007, 3089f.; Trittin, NZA 2001, 1003 (1005).

²⁸⁹ BAG, Urt. v. 24.05.2012, Az. 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223 (1126f.); Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, 163 (167); Steiner, AiB 2018, 22 (23); Däubler, SR 2016, 2 (12); Raif/Nann, GWR 2016, 221 (223); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433).

²⁹⁰ BAG, Urt. v. 24.05.2012, Az. 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223 (1126f.); Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, 163 (167); Steiner, AiB 2018, 22 (23); Däubler, SR 2016, 2 (12); Raif/Nann, GWR 2016, 221 (223); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433).

²⁹¹ Däubler, in: Festschrift Kohte, 435 (451); Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, 163 (177); Anzinger/Koberski, ArbZG, § 16, Rn. 12; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 16, Rn. 28; Sitzenfrei, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 16, Rn. 24; Steffan, NZA 2015, 1409 (1410); Oberthür, NZA 2013, 246.

A.A. Ablehnung der Aufzeichnung durch Arbeitnehmer; so: Trittin, NZA 2001, 1003 (1006).

²⁹² So auch etwa: Freyler, S. 186f.

²⁹³ Schlachter, in: 50 Jahre BAG, 1253 (1270); Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, 163 (171); Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 16, Rn. 4; Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 3, Rn. 73; Steiner, AiB 2018, 22 (23); Steffan, NZA 2015, 1409 (1410); Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757 (759).

²⁹⁴ Däubler, SR 2016, 2 (13); Oberthür, NZA 2013, 246; Falder, NZA 2010, 1150 (1154).

einschließlich der Freizeittätigkeit, sind dann mindestens zwei Jahre aufzubewahren (§ 16 Abs. 2 S. 2 ArbZG).

e) Zwischenergebnis

Demnach wird die Leistung von Freizeittätigkeit durch die tägliche Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG begrenzt. Diese Beschränkung wirkt sich auch auf die ständige Erreichbarkeit aus, da sich der Arbeitnehmer erreichbar hält, um die Aufgaben des Arbeitgebers wahrnehmen zu können und diese dann zu bearbeiten. Sofern die Freizeittätigkeit nach § 3 ArbZG nicht zulässig ist, kann der Sinn der ständigen Erreichbarkeit nicht mehr erreicht werden, sodass damit auch die ständige Erreichbarkeit eingeschränkt wird.

3. Verstoß gegen Ruhezeit, § 5 ArbZG

Nimmt der Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst vor, müssen auch die Vorgaben hinsichtlich der Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG eingehalten werden.

a) Gewährung einer ununterbrochenen Ruhezeit, § 5 Abs. 1 ArbZG

Nach der Beendigung der täglichen Arbeitszeit ist dem Arbeitnehmer eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden zu gewähren (§ 5 Abs. 1 ArbZG). Die Ruhezeit ist die Zeit zwischen dem Ende der Arbeitszeit eines Arbeitstages und ihrem Wiederbeginn am nächsten Arbeitstag. Während dieser Zeit unterliegt der Arbeitnehmer keinen Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitgeber, sodass er seine Interessen frei und ohne Unterbrechungen verfolgen kann.²⁹⁵ Leistet der Arbeitnehmer einen zusätzlichen Dienst, könnte dies der Gewährung der Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG entgegenstehen. Solche Zeiten, in denen sich der Arbeitnehmer ständig erreichbar hält, sind Freizeit und damit Ruhezeit nach § 5 ArbZG, sodass die ständige Erreichbarkeit nicht der Gewährung der Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG entgegensteht oder diese unterbricht.²⁹⁶ Anders ist es bezüglich solcher Zeiten, in denen der Arbeitnehmer eine Freizeittätigkeit vornimmt. Diese Zeiten sind nicht als Ruhezeit, sondern als Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG zu werten. Sofern der Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit aus der ständigen Erreichbarkeit heraus vornimmt, kann dies zu einer Unterbrechung der Ruhezeit führen und den Neubeginn der elfstündigen Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG zur Folge haben, dessen Nichteinhaltung zur Verletzung der zu gewährenden Mindestruhezeit führen würde.

aa) Annahme einer Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung der Ruhezeit

Nach einer Ansicht ist für die Annahme der Unterbrechung der Ruhezeit eine Erheblichkeitsschwelle

²⁹⁵ BAG, Urt. v. 23.08.2012, Az. 8 AZR 804/11, BAGE 143, 62-76, Rn. 24; Urt. v. 17.03.2010, Az. 5 AZR 296/09, NJOZ 2010, 1710 (1712); Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 55; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 5, Rn. 1; Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 5, Rn. 15; Poeche, in: Küttner, Freizeitbeschäftigung, Rn. 1f.

²⁹⁶ So auch etwa: Freyler, S. 157; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (56f.); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Wank, RdA 2014, 285 (289); Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

anzusetzen.²⁹⁷ Demnach habe nicht jede, auch nur geringfügige Unterbrechung, wie das Versenden einer kurzen E-Mail oder ein kurzes Telefonat, eine Unterbrechung der Ruhezeit im Sinne von § 5 Abs. 1 ArbZG zur Folge und setze somit nicht die gesetzliche Mindestruhezeit von elf Stunden erneut in Gang.²⁹⁸ Zwar differenziert der Gesetzgeber in der Regelung des § 5 Abs. 1 ArbZG nicht nach der Intensität der Unterbrechung, er fordert lediglich die Gewährung einer ununterbrochenen Ruhezeit. Es ist aber zu beachten, dass ein mobiles Arbeiten mit mobilen Kommunikationsmitteln zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Arbeitszeitgesetzes am 6. Juni 1994 nicht so wie heute möglich war; zu dieser Zeit war es üblich, dass der Arbeitnehmer zur Aufnahme seiner Tätigkeit, unabhängig vom Umfang der Arbeit, am jeweiligen Arbeitsort erscheinen musste und damit für die Arbeitsaufnahme ein Wechsel des Aufenthaltsortes vorausgesetzt wurde.²⁹⁹ Durch das Aufsuchen des Arbeitsortes wurde dann auch die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers, unabhängig von der eigentlichen Dauer des Einsatzes, unterbrochen. Aufgrund der Digitalisierung und der technischen Möglichkeiten, können die Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit von unterwegs oder zuhause aus vornehmen, sie müssen hierzu nicht ihren Arbeitsplatz aufsuchen und damit auch nicht einmal ihren Aufenthaltsort wechseln.³⁰⁰ Der einzelne Arbeitnehmer kann von seinem Sofa aus, während Zugfahrten oder Wartezeiten an verschiedenen Orten E-Mails schreiben oder Telefongespräche führen, ohne seine Pläne zur Freizeitgestaltung ändern zu müssen. Eine solche Möglichkeit, Arbeiten mit mobilen Kommunikationsmitteln vorzunehmen, führe aber nicht zu einer Beanspruchung in dem gleichen Umfang, wie bei einer kurzfristigen Tätigkeit, die das Aufsuchen des Arbeitsplatzes zur Tätigkeitsaufnahme voraussetzt.³⁰¹ Der Arbeitnehmer kann in kürzester Zeit das Kommunikationsmittel an sich nehmen und seine Tätigkeit vornehmen. Demnach haben sich die Einsatzumstände der Arbeitnehmer erheblich geändert, dies sei aber in den gesetzlichen Regelungen bisher unberücksichtigt geblieben, indem weiterhin eine ununterbrochene Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG gefordert wird.³⁰² Auf diese Veränderungen sei somit durch eine restriktive Auslegung der Anforderungen an eine ununterbrochene Ruhezeit zu reagieren, indem kurzfristige und geringfügige Tätigkeiten des Arbeitnehmers, die ihn nicht in nennenswertem Umfang in Anspruch nehmen und für die er auch seinen Aufenthaltsort nicht wechseln muss, aufgrund der unerheblichen Beanspruchung,

²⁹⁷ Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 5, Rn. 8; Jacobs, NZA 2016, 733 (737); Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331 (2333); Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163 (1167); Wirtz, BB 2014, 1397 (1401); Vogt, StBW 2012, 765 (767); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054).

²⁹⁸ Freyler, S. 166; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 5, Rn. 14; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 5, Rn. 8; Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 102; Hanau, NJW 2016, 2613 (2617); Jacobs, NZA 2016, 733 (736f.); Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331 (2333); Wirtz, BB 2014, 1397 (1401); Vogt, StBW 2012, 765 (767); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054).

²⁹⁹ Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331 (2333); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054).

³⁰⁰ Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Wiebauer, NZA 2016, 1430; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); Wank, RdA 2014, 285 (288); Falder, NZA 2010, 1150.

³⁰¹ Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054).

³⁰² Jacobs, NZA 2016, 733 (736f.); Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331 (2333).

nicht zu einer Störung der Ruhezeit führen sollen.³⁰³ Die Erheblichkeitsschwelle sei bei einer Dauer von mehr als fünfzehn Minuten anzusetzen, denn solche Beanspruchungen seien so gering, dass durch den Einsatz weder die Erholung beeinträchtigt, noch die Gesundheit des Arbeitnehmers gefährdet werde.³⁰⁴ Dabei werde dem Arbeitnehmer weiterhin eine frei verfügbare Zeit zur Erholung von der täglichen Arbeit und Regeneration der durch die Arbeit verbrauchten Kräfte gewährt.³⁰⁵ Dies werde auch durch die Heranziehung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, Urteil vom 26. Januar 1989, Aktenzeichen 6 AZR 566/86 bestätigt, nach der das regelmäßige Abschließen und Lichtausschalten nach Beendigung der Veranstaltungen nicht zu einer Unterbrechung der Ruhezeit führe, da es sich um keine nennenswerten Arbeitsleistungen handle und sich somit auch keine neue Ruhezeit von elf Stunden an diese anschließen müsse.³⁰⁶

Die Ruhezeit soll der Gesundheit und dem Wohlbefinden des Arbeitnehmers dienen. Neben der Einhaltung einer Mindestruhezeit, fördern aber noch weitere Faktoren im Arbeitsverhältnis die Gesundheit und das Wohlbefinden des Arbeitnehmers, dies sei unter anderem die Vereinbarkeit von Familie und Arbeit.³⁰⁷ Durch die Nutzung von mobilen Kommunikationsmitteln und der Möglichkeit, jederzeit und von überall aus Arbeiten zu können, werde die Vereinbarkeit von Familie und Beruf für den Arbeitnehmer erleichtert.³⁰⁸ Der Arbeitnehmer kann sich seiner Familie widmen und bei Bedarf kurzfristig seine Tätigkeit vornehmen, dies fördere das Wohlbefinden und die Gesundheit des Arbeitnehmers, der ohne ein schlechtes Gewissen die Zeit mit der Familie verbringen, aber gleichzeitig für Arbeitsbelange kurzfristig zur Verfügung stehen und Abhilfe leisten kann. Aus diesem Grund sei auch nicht erkennbar, weshalb die als Entlastung empfundene Möglichkeit des Arbeitnehmers, geringfügige Tätigkeiten kurzfristig vorzunehmen, zu einer Unterbrechung der Ruhezeit verbunden mit einem Neubeginn dieser führen solle.³⁰⁹ Eine solche Annahme würde voraussetzen, dass die Ruhezeit als solche höher gewichtet werde, als die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, was aber nicht dem Empfinden vieler Arbeitnehmer entspräche.

Zudem sei die Annahme einer Unterbrechung der Ruhezeit bei einer geringfügigen und kurzfristigen Freizeittätigkeit unter Berücksichtigung der täglichen Belastung vieler Arbeitnehmer in ihrer Freizeit nicht angemessen. Nach der Beendigung der Arbeitszeit und des Verlassens des Arbeitsplatzes können sich viele Arbeitnehmer aufgrund der Heimfahrt, trotz der Abwesenheit vom Arbeitsplatz, nicht erholen

³⁰³ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 5, Rn. 14; Jacobs, NZA 2016, 733 (736f.); Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331 (2333); Wirtz, BB 2014, 1397 (1401); Vogt, StBW 2012, 765 (767); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054).

³⁰⁴ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 5, Rn. 14; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 5, Rn. 8f.; Gäntgen, in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbZG, § 5, Rn. 2; Günther/Bolgmüller, NZA 2015, 1025 (1028); Wirtz, BB 2014, 1397 (1401).

³⁰⁵ Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 5, Rn. 9; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Bissels/Domke/ Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054); Falder, NZA 2010, 1150 (1152).

³⁰⁶ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 5, Rn. 14.

³⁰⁷ Thüsing, SR 2016, 87 (88); Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331 (2336); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20).

³⁰⁸ Thüsing, SR 2016, 87 (88); Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331 (2336); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20).

³⁰⁹ Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 5, Rn. 9; Bissels/Domke/ Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20).

und damit auch nicht regenerieren.³¹⁰ Somit hätte eine strenge Betrachtung der Gewährung einer ununterbrochenen Ruhezeit aber auch zur Folge, dass der Lauf der Ruhezeit, aufgrund der Beanspruchung des Arbeitnehmers und einer fehlenden Regeneration, nicht zwingend mit dem Ende der eigentlichen Arbeitszeit beginnen würde, sondern erst mit der tatsächlichen Erholungsphase.³¹¹ Dies werde aber in der Arbeitswelt nicht berücksichtigt, sodass es nicht nachvollziehbar sei, weshalb die Zeiten, in denen der Arbeitnehmer während seiner Freizeit beansprucht wird und sich beispielsweise aufgrund der Heimfahrt nicht regenerieren kann, für die Ruhezeit unberücksichtigt bleiben, aber solche Zeiten, in denen der Arbeitnehmer durch die geringfügige und kurzfristige Freizeittätigkeit beansprucht wird, zu einer Unterbrechung der Ruhezeit führen soll. In beiden Fällen werde der Arbeitnehmer beansprucht und könne seine Freizeit nicht zur Regeneration seiner Arbeitskraft nutzen.

Aus diesen Gründen sei eine Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG anzusetzen, nach der nur eine umfangreiche oder mehrmalige Freizeittätigkeit zu einer Unterbrechung der Ruhezeit und zu dessen Neubeginn führe.³¹² Solche Freizeittätigkeiten, die den Arbeitnehmer nur für eine kurze Zeit oder nur einmalig beanspruchen, seien unerheblich und würden nicht zu einer Unterbrechung der Ruhezeit mit der Folge dessen Neubeginns führen.³¹³ Die Erheblichkeitsschwelle werde dabei bei einem Einsatz von mehr als fünfzehn Minuten überschritten, sodass eine solche Freizeittätigkeit zu einer Unterbrechung der Ruhezeit führe.³¹⁴ Somit wäre nach der Erheblichkeitsschwelle für die Gewährung einer ununterbrochenen Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG zwischen erheblichen und unerheblichen Freizeittätigkeiten zu differenzieren.

bb) Ablehnung einer Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung der Ruhezeit

Nach einer anderen Ansicht führt jede Freizeittätigkeit des Arbeitnehmers, die durch den Arbeitgeber zurechenbar veranlasst oder geduldet wurde, zu einer Unterbrechung der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1

³¹⁰ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 5, Rn. 22; Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

³¹¹ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 5, Rn. 22; Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

³¹² Freyler, S. 166; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 5, Rn. 14; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 5, Rn. 8; Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 102; Hanau, NJW 2016, 2613 (2617); Jacobs, NZA 2016, 733 (736f.); Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331 (2333); Wirtz, BB 2014, 1397 (1401); Vogt, StBW 2012, 765 (767); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054).

³¹³ Freyler, S. 166; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 5, Rn. 14; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 5, Rn. 8; Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 102; Hanau, NJW 2016, 2613 (2617); Jacobs, NZA 2016, 733 (736f.); Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331 (2333); Wirtz, BB 2014, 1397 (1401); Vogt, StBW 2012, 765 (767); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179); Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054).

³¹⁴ Wirtz, BB 2014, 1397 (1401).

ArbZG.³¹⁵ Eine Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung der Ruhezeit sei abzulehnen, sodass jede Freizeittätigkeit den Neubeginn der elfstündigen Mindestruhezeit zur Folge habe.³¹⁶

Die Differenzierung nach der Intensität des Tätigwerdens des Arbeitnehmers für die Annahme einer Unterbrechung der Ruhezeit im Sinne von § 5 Abs. 1 ArbZG sei mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zu vereinbaren.³¹⁷ Nach dem Sinn und Zweck dieser Regelung soll dem Arbeitnehmer durch eine ununterbrochene Ruhezeit die Möglichkeit der Erholung und Regeneration gegeben werden, denn der Arbeitnehmer soll vor einer Überbeanspruchung seiner geistigen und körperlichen Kräfte durch die Arbeit für den Arbeitgeber geschützt werden und die Möglichkeit zur Entfaltung der Persönlichkeit außerhalb des Berufslebens haben.³¹⁸ Dabei ist die Ausgestaltung der Freizeit dem Arbeitnehmer überlassen, sodass er während dieser Zeit auch körperlich und geistig beanspruchende Tätigkeiten vornehmen kann.³¹⁹ Die Ruhezeit soll den Arbeitnehmer nicht vor einer Beanspruchung als solcher schützen, sondern lediglich vor Beanspruchungen, wie sie die geschuldete Arbeit mit sich bringt.³²⁰ Somit setzt die Ruhezeit voraus, dass der Arbeitnehmer innerhalb dieser Zeit nicht in einem Umfang beansprucht wird, die der Einstufung als Arbeitszeit erfordert.³²¹ Sofern der Arbeitnehmer während der Ruhezeit körperlich und geistig anspruchsvolle Freizeitaktivitäten vornehme, handle es sich nicht um fremdbestimmte Dienste und damit Arbeitszeit, die der Erholung sowie Regeneration und damit dem Sinn und Zweck der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG entgegenstehe. Denn der Arbeitnehmer wird im Rahmen der Freizeitaktivität und auch während der Heimfahrt nicht vom Arbeitgeber eingesetzt, es erfolgt keine Überbeanspruchung seiner geistigen und körperlichen Kräfte durch die Arbeit für den Arbeitgeber. Die Freizeitaktivität steht, anders als die Freizeittätigkeit, nicht im Zusammenhang mit der geschuldeten Arbeit, sodass weiterhin die Regeneration von der Arbeit ermöglicht werde, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer in seiner Freizeit körperlich beanspruchende Aktivitäten vornehme oder sich in der Hängematte liegend ausruhe. Somit sei auch kein Widerspruch darin zu sehen, dass die Freizeittätigkeit, unabhängig von ihrer Intensität, zu einer Unterbrechung der Ruhezeit und die körperlich, geistig beanspruchende Freizeitaktivität nicht zu einer solchen Unterbrechung der Ruhezeit führe.

³¹⁵ So auch: Reichold, in: Festschrift Bauer, 843 (857); Kreft, AuR 2018, 56 (60); Tonikidis, AuR 2018, 67 (70); (kursorisch) Freyler, NZA 2017, 1296 (1298); Däubler, SR 2016, 2 (18); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Falder, NZA 2010, 1150 (1152). So auch im Ergebnis: Schubert im Rahmen der 16. NZA-Jahrestagung 2016, in: Eisfeld, NZA 2017, 103 (106).

³¹⁶ So auch: Reichold, in: Festschrift Bauer, 843 (857f.); Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 5, Rn. 4; Steiner, AiB 2018, 22 (23); Tonikidis, AuR 2018, 67 (70); Däubler, SR 2016, 2 (18); Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Wank, RdA 2014, 285 (289). So auch im Ergebnis: Schubert im Rahmen der 16. NZA-Jahrestagung 2016, in: Eisfeld, NZA 2017, 103 (106).

³¹⁷ Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 5, Rn. 17; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 5, Rn. 1; Reim, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbZG, § 5, Rn. 13.

³¹⁸ BAG, Urt. v. 22.07.2010, Az. 6 AZR 78/09, BAGE 135, 179-186, Rn. 16; LAG Hamm, Urt. v. 20.02.2015, Az. 13 Sa 1386/14, BeckRS 2015, 68329; Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 5, Rn. 14.

³¹⁹ LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 25.09.2012, Az. 5 Sa 276/11, BeckRS 2012, 75195.

³²⁰ BAG, Urt. v. 22.07.2010, Az. 6 AZR 78/09, BAGE 135, 179-186, Rn. 16; Urt. v. 13.02.1992, Az. 6 AZR 638/89, BAGE 69, 339-347, Rn. 29; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 25.09.2012, Az. 5 Sa 276/11, BeckRS 2012, 7519.

³²¹ BAG, Urt. v. 22.07.2010, Az. 6 AZR 78/09, BAGE 135, 179-186, Rn. 16; Urt. v. 13.02.1992, Az. 6 AZR 638/89, BAGE 69, 339-347, Rn. 29; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 25.09.2012, Az. 5 Sa 276/11, BeckRS 2012, 7519; Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 5, Rn. 15; Tonikidis, AuR 2018, 67 (69).

Darüber hinaus wäre die Annahme einer Erheblichkeitsschwelle mit der Folge, dass die geringfügige Tätigkeit nicht einer ununterbrochenen Gewährung von Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG entgegensteht, systemwidrig.³²² Eine solche Annahme einer Erheblichkeitsschwelle hätte eine unterschiedliche Wertung der Höchstarbeitszeit und der Ruhezeit zur Folge, indem für die Bewertung der Arbeitszeit jede noch so kurze Tätigkeit auf die gesetzliche Höchstarbeitszeit anzurechnen wäre, bei der Ruhezeit hingegen die unterbrechende Tätigkeit nach ihrer Intensität zu klassifizieren und eine Erheblichkeitsschwelle anzusetzen wäre.³²³ Ein nachvollziehbarer Grund für eine solche Unterscheidung bestehe nicht. Die Begrenzung des Einsatzes des Arbeitnehmers durch die Höchstarbeitszeit und die Ruhezeit wird im Rahmen des Arbeitszeitgesetzes nicht unterschiedlich gewichtet, sodass diese einen gleichrangigen Schutz des Arbeitnehmers vor Beanspruchungen durch die Arbeit darstellt und eine unterschiedliche Gewichtung dieser mit den gesetzlichen Regelungen nicht vereinbar wäre.

Auch aus Gründen der Rechtssicherheit und der Widerspruchsfreiheit sei eine Erheblichkeitsschwelle für die Annahme einer Unterbrechung durch ein Tätigwerden des Arbeitnehmers abzulehnen.³²⁴ Eine Differenzierung nach der Intensität der Tätigkeit für die Erheblichkeit der Unterbrechung sei in der Praxis nicht handhabbar, da für eine solche Differenzierung keine einheitlichen Vorgaben bestünden.³²⁵ Der Arbeitgeber könne somit nicht wissen, in welchen Fällen des Tätigwerdens er dem Arbeitnehmer erneut eine Ruhezeit gewähren müsse und in welchen Fällen es sich um eine unerhebliche und nicht nach § 5 Abs. 1 ArbZG maßgebliche Unterbrechung der Ruhezeit handle. Zudem hänge die Länge der Unterbrechung und damit die Dauer der Freizeittätigkeit von individuellen Faktoren ab, wie unter anderem das schnellere oder langsamere Tippen auf dem Blackberry, eine kürzere Bearbeitungszeit der Anfrage wegen Vorkenntnissen, eine längere Bearbeitungszeit wegen schlechter Konzentration oder einer schlechten Internetverbindung.³²⁶ Diese individuellen und vom Arbeitnehmer oft nicht beeinflussbaren Faktoren blieben im Rahmen der Anwendung der Erheblichkeitsschwelle unberücksichtigt, sodass eine solche Handhabung der Erheblichkeitsschwelle zu willkürlichen Ergebnissen hinsichtlich der Gewährung der Mindestruhezeit und damit zu Widersprüchen führe.³²⁷ Zudem bevorzuge eine solche Handhabung der Ruhezeit die Arbeitnehmer, die langsamer arbeiten und länger für die einzelne Freizeittätigkeit bräuchten, da diese Tätigkeit dann die Erheblichkeitsschwelle überschreiten würde und damit den Neubeginn der Ruhezeit zur Folge hätte. Schneller arbeitende Arbeitnehmer würden hingegen benachteiligt, da ihre Freizeittätigkeit dann nicht zu einer Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle führen würde und damit auch nicht zum Neubeginn der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG.

³²² Tonikidis, AuR 2018, 67 (69); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Falder, NZA 2010, 1150 (1152).

³²³ Tonikidis, AuR 2018, 67 (69); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Falder, NZA 2010, 1150 (1152).

³²⁴ Raif/Nann, GWR 2016, 221 (223); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Falder, NZA 2010, 1150 (1152).

³²⁵ So auch etwa Freyler, S. 159; Raif/Nann, GWR 2016, 221 (223); Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1028).

³²⁶ Raif/Nann, GWR 2016, 221 (223); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Falder, NZA 2010, 1150 (1152).

³²⁷ Raif/Nann, GWR 2016, 221 (223); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Falder, NZA 2010, 1150 (1152).

Der Ablehnung einer Erheblichkeitsschwelle steht auch nicht die Heranziehung des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 26. Januar 1989, Aktenzeichen 6 AZR 566/86 entgegen. Nach der Entscheidung führe das regelmäßige Abschließen und Lichtausschalten nach Beendigung der Veranstaltungen nicht zu einer Unterbrechung der Ruhezeit, da sie nicht über das hinausgehe, was jeder Bereitschaftsdienstleistende zu tun hat, wenn er den Bereitschaftsdienst nicht in seiner Wohnung, sondern an einem anderen von dem Arbeitgeber bestimmten Ort leistet; dabei seien die Zeiten des Bereitschaftsdienstes keine Arbeitszeit.³²⁸ Nach der aktuellen Rechtslage stellen die Zeiten des Bereitschaftsdienstes insgesamt bereits Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG dar, dabei wird nicht nach Passiv- oder Aktivzeiten differenziert.³²⁹ Somit würde auch das regelmäßige Abschließen und Lichtausschalten zur Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG zählen, wenn der Arbeitnehmer bereits Bereitschaftsdienst leistet. Die Entscheidung kann demnach für die Begründung einer Erheblichkeitsschwelle bei Freizeittätigkeiten als „nicht nennenswerte Arbeitsleistungen“ nicht herangezogen werden.³³⁰

cc) Entscheidung für die Gewährung einer ununterbrochenen Ruhezeit

Die Ansicht, nach der nicht jedes Tätigwerden des Arbeitnehmers in der Freizeit zu einer Unterbrechung und dem damit verbundenen Neubeginn der Ruhezeit führt, sondern das Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung vorausgesetzt wird, ist abzulehnen. Es ist der Ansicht zu folgen, dass jede Freizeittätigkeit des Arbeitnehmers, unabhängig von ihrer Intensität, zu einer Unterbrechung der elf stündigen Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG führt und dessen Neubeginn auslöst.

Für die Annahme oder Ablehnung der Erheblichkeit des Tätigwerdens und damit der Unterbrechung der Ruhezeit fehlen bisher feste Vorgaben.³³¹ Ohne solche Vorgaben, die auch individuelle Faktoren und die tatsächliche Belastung des Arbeitnehmers durch den Einsatz berücksichtigen, ist auch aus praktischen Gründen eine Erheblichkeitsschwelle in der Praxis nicht umsetzbar und würde mangels festgelegter Kriterien der Rechtssicherheit entgegenstehen. Zudem würde eine solche Vorgabe des Erreichens einer Erheblichkeitsschwelle im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut stehen, da nach § 5 Abs. 1 ArbZG dem Arbeitnehmer eine ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden zu gewähren ist.³³² Eine solche Differenzierung nach der Intensität des Tätigwerdens während der Ruhezeit für die Annahme dessen Unterbrechung wäre mit dem gesetzlichen Wortlaut nicht zu vereinbaren. Sofern der Gesetzgeber auf die Digitalisierung und die damit verbundenen Änderungen der Arbeitswelt reagieren

³²⁸ BAG, Urt. v. 26.01.1989, Az. 6 AZR 566/86, BeckRS 1989, 30729613.

³²⁹ EuGH, Urt. v. 21.02.2018, Az. C-518/15, NJW 2018, 1073 (1075); Urt. v. 01.12.2005, Az. C-14/04, NZA 2006, 89 (90); Urt. v. 05.10.2004, Az. C-397/01 bis C-403/01, NJW 2004, 3547 (3548); Urt. v. 09.09.2003, C-151/02, NZA 2003, 1019 (1023); Urt. v. 03.10.2000, C-303/98, EuZW 2001, 53 (56); BAG, Urt. v. 23.06.2010, Az. 10 AZR 543/09, NZA 2010, 1081 (1084); Buschmann, in: Festschrift Kohle, 417 (418f.); Vogelsang, in: Schaub, ArbR-HdB, § 156, Rn. 23.

³³⁰ Falder, NZA 2010, 1150 (1152). A.A. Freyler, S. 164f.

³³¹ So im Ergebnis auch: Freyler, S. 164ff.

³³² So auch etwa: Freyler, S. 161.

wollte, kann dies durch die Einführung einer Erheblichkeitsschwelle oder die Umformulierung der gesetzlichen Regelung erfolgen. Eine solche Anpassung der gesetzlichen Regelung des § 5 Abs. 1 ArbZG kann aber nicht durch eine vermeintlich zeitgemäße Auslegung des Gesetzes vorweggenommen werden. Darüber hinaus wäre die unterschiedliche Handhabung der Berücksichtigung der Zeiten der Freizeittätigkeit für die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG und der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG widersprüchlich³³³, da diese dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers dienen und ein vergleichbares Schutzniveau gewährleisten sollen.

Ein Verzicht auf die Ruhezeit zwecks Vereinbarkeit von Familie und Beruf, die auch dem Wohlbefinden und damit auch der Gesundheit des Arbeitnehmers gleichermaßen dienen können, ist nicht möglich und für die Begründung einer Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung der Ruhezeit nicht heranzuziehen, da es sich bei dem Arbeitszeitgesetz um zwingende Regelungen handelt, von denen einzelne Arbeitnehmer nicht abweichen können, um eine eigene Wertung des Gesundheitsschutzes nach § 1 Nr. 1 ArbZG vorzunehmen.

Bei der Aufnahme der Freizeittätigkeit ist auch zu beachten, dass der Arbeitnehmer diese auf zurechenbare Veranlassung oder Duldung des Arbeitgebers vornimmt und damit den Neubeginn der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG nicht durch ein freiwilliges Verhalten, ohne Zutun des Arbeitgebers, veranlassen kann. Wird der Arbeitnehmer in seiner Freizeit freiwillig tätig, fehlt es an der Fremdbestimmtheit einer solchen Tätigkeit mangels zurechenbarer Veranlassung oder Duldung des Arbeitgebers. Die Zeiten einer solchen Tätigkeit sind bereits keine Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG und können somit auch nicht zu einer Unterbrechung sowie zum Neubeginn der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG führen. Somit bedarf es für die Unterbrechung der Ruhezeit einschließlich dessen Neubeginn einer zurechenbaren Veranlassung oder Duldung der Freizeittätigkeit durch den Arbeitgeber, sodass deren Zeiten als Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG und nicht als Ruhezeit zu werten sind. Der Arbeitnehmer kann somit nicht durch eine freiwillige Aufnahme seiner Tätigkeit die Ruhezeit von neuem beginnen lassen. Der Arbeitgeber hingegen darf während der elfstündigen Ruhezeit, eine freiwillig angebotene Arbeitsleistung des Arbeitnehmers weder annehmen noch dulden,³³⁴ sodass er sogar aktiv gegen eine solche Freizeittätigkeit vorgehen muss.

b) Kürzung der Ruhezeit, § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG kann in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung abweichend von § 5 Abs. 1 ArbZG die Ruhezeit um bis zu zwei Stunden verkürzt werden, sodass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern im Rahmen einer solchen Regelung im Anschluss zu der Freizeittätigkeit nicht mehr eine elfstündige Mindestruhezeit zu gewähren hat. Eine solche Vereinbarung setzt aber voraus, dass die Art der Arbeit die Kürzung der Ruhezeit erfordert und die Kürzung innerhalb eines festzulegenden Ausgleichszeitraums ausgeglichen

³³³ So auch etwa: Freyler, S. 161.

³³⁴ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 5, Rn. 12; Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 5, Rn. 15.

wird. Nach der Art der Arbeit wird eine solche Kürzung der Ruhezeit erforderlich, wenn die Arbeit sonst nicht oder nur unzureichend durchgeführt werden kann.³³⁵ Sofern die Tarifparteien annehmen, dass aufgrund der Art der Arbeit einschließlich des zusätzlichen Dienstes die Kürzung der Ruhezeit erforderlich ist, kann eine solche vereinbart werden. Die Erforderlichkeit der Kürzung der Ruhezeit könnte damit begründet werden, dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers und der damit verbundene zusätzliche Dienst die Vornahme von Freizeittätigkeit erfordert, die mit der Mindestruhezeit von elf Stunden nicht oder nur schwer zu vereinbaren ist, weshalb die Kürzung der Ruhezeit erforderlich wird. Durch eine solche Kürzung der Ruhezeit besteht eine flexiblere Handhabung des Einsatzes des Arbeitnehmers und damit auch der erforderlichen Freizeittätigkeit. Der Arbeitgeber muss aber den Arbeitnehmern einen Ausgleich der Ruhezeit innerhalb eines festzulegenden Ausgleichszeitraums gewähren. Die Öffnung zur Verkürzung der Ruhezeit ist lediglich den Tarifpartnern vorbehalten, dabei kann davon ausgegangen werden, dass diese wegen ihrer Verantwortungsposition die Erforderlichkeit ausreichend prüfen, ihnen somit bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Kürzung ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht, zudem den Tarifverträgen eine Richtigkeitsgewähr impliziert wird.³³⁶

Somit kann nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG, unter Berücksichtigung der übrigen Voraussetzungen, in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung für den zusätzlichen Dienst die Beschränkung durch die Mindestruhezeit von elf Stunden dahingehend aufgehoben werden, dass die Arbeitnehmer im Anschluss zu der Freizeittätigkeit eine Ruhezeit von nur noch neun Stunden einzuhalten haben.³³⁷

c) Anpassung der Ruhezeit, § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG

Dem Arbeitnehmer, der im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit zur Freizeittätigkeit herangezogen wird, müsste wegen des Erfordernisses einer ununterbrochenen Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG, nach jedem Tätigwerden eine Ruhezeit von elf Stunden gewährt werden. Es besteht aber nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG die Möglichkeit, in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder einer Dienstvereinbarung die Ruhezeit bei Rufbereitschaft an die Besonderheiten dieses Dienstes anzupassen, insbesondere die Kürzung der Ruhezeit infolge von Inanspruchnahmen während dieses Dienstes zu anderen Zeiten auszugleichen. Eine solche Möglichkeit der Abweichung von der Ruhezeit könnte auch für die mit der Rufbereitschaft vergleichbare ständige Erreichbarkeit geregelt werden.

aa) Regelungsbefugnis für die Anpassung der Ruhezeit

Eine solche Änderung der Ruhezeit und die damit verbundene Öffnung des Arbeitszeitgesetzes steht lediglich den Tarifvertragsparteien zu, sodass weder die Betriebsparteien noch die Arbeitsvertragsparteien eine Anpassung der Ruhezeit an die Besonderheiten des Dienstes nach § 7 Abs.

³³⁵ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 74; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 10.

³³⁶ So auch in der Literatur, Richtigkeitsvermutung von Tarifverträgen; nach: Kohte, in: Festschrift Bepler, 288 (296); Waltermann, in: Festschrift Bepler, 569 (580); Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 74; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 10; Gäntgen, Henssler/Willemsen/Kalb, ArbZG, § 7, Rn. 7; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 7, Rn. 27.

³³⁷ Nach der Art der Arbeit differenzierend: Freyler, S. 168f.

2 Nr. 1 ArbZG vornehmen können. Der Arbeitgeber kann lediglich nach § 7 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 ArbZG mit dem Arbeitnehmer die Geltung von abweichenden tarifvertraglichen Regelungen nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG im Arbeitsvertrag vereinbaren. Dies setzt aber voraus, dass in dem Betrieb kein Betriebsrat bzw. Personalrat eingerichtet und der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist.³³⁸ Außerdem muss der Betrieb des Arbeitgebers vom räumlichen, betrieblichen und fachlichen Geltungsbereich des abweichenden Tarifvertrages, aus dem die abweichende Regelung übernommen werden soll, erfasst werden.³³⁹ Der Anwendungsbereich der Öffnungsklausel nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG ist auch nicht auf eine bestimmte Branche beschränkt.³⁴⁰

bb) Regelungsinhalt der Anpassung der Ruhezeit

Der Regelungsinhalt einer Anpassung der Ruhezeit ergibt sich aus den Besonderheiten der Rufbereitschaft. Die gesetzliche Regelung sieht dabei die Verkürzung der Ruhezeit als eine der möglichen Anpassungsoptionen vor, sodass es sich nicht um eine abschließende Regelung der Anpassungsmöglichkeiten handelt.³⁴¹ Denn nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG heißt es, „an die Besonderheiten dieses Dienstes anzupassen, insbesondere Kürzungen vorzunehmen“. Durch die Nutzung des Begriffs „insbesondere“ wird deutlich, dass es sich um eine beispielhafte Darstellung der Möglichkeiten einer Anpassung handelt, die vor allem, aber nicht ausschließlich, durch die Kürzung der Ruhezeit möglich sein sollen.³⁴² Weitere Anpassungsmöglichkeiten bestehen darin, dass von dem Erfordernis einer ununterbrochenen Ruhezeit abgesehen sowie die Zeit der unterbrochenen Ruhezeit zusammengelegt werden können, sodass die Ruhezeit vor der Unterbrechung und die Ruhezeit im Anschluss an die Unterbrechung zusammengerechnet und als eine einheitliche Ruhezeit angesehen wird.³⁴³ Diese Abweichungen von der nach § 5 Abs. 1 ArbZG geregelten Mindestruhezeit ergeben sich auch aus den Besonderheiten der Rufbereitschaft, da dieser Dienst voraussetzt, dass der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Ruhezeit bei Bedarf abgerufen wird und für den Arbeitgeber Arbeitsleistungen vornimmt, deren Zeiten Arbeitszeit sind und sich dann wieder zurück in die Ruhezeit begibt.³⁴⁴ Da ein solcher Abruf nach Bedarf erfolgt, kann im Rahmen eines Rufbereitschaftsdienstes der Arbeitnehmer entweder mehrmals zur Arbeitsleistung herangezogen werden oder auch gar nicht. Durch die Abrufe während des Rufbereitschaftsdienstes kann es immer wieder zu Unterbrechungen der Ruhezeit kommen, sodass es sinnvoll ist, vom Erfordernis der ununterbrochenen Ruhezeit abzusehen und die

³³⁸ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 118ff.; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 19ff.

³³⁹ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 121; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 19.

³⁴⁰ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 85; Gäntgen, in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbZG, § 7, Rn. 7.

³⁴¹ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 87; Ambs, in: Erbs/Kohlhaas, ArbZG, § 7, Rn. 6; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 14.

³⁴² Duden online, Stichwort: insbesondere, auf: <http://www.duden.de/rechtschreibung/insbesondere>; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 87.

³⁴³ Deutscher Bundestag, Drucksache 12/5888, v. 13.10.1993, S. 27; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 87; Ambs, in: Erbs/Kohlhaas, ArbZG, § 7, Rn. 6; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 14.

³⁴⁴ BAG, Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); Urt. v. 31.05.2001, Az. 6 AZR 171/00, NJOZ 2002, 654 (655); Urt. v. 19.12.1991, Az. 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560; Urt. v. 12.02.1969, Az. 4 AZR 308/68, BAGE 21, 348, Rn. 35, 38; Reichold, in: Festschrift Bauer, 843 (857); Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 50, 52.

einzelnen Phasen der Ruhezeit einheitlich zu betrachten, dabei können in den Anpassungsvereinbarungen mehrere Abweichungsmöglichkeiten von der Ruhezeit geregelt werden.³⁴⁵

Die Anpassungen der Ruhezeit sollen aber nicht dazu führen, dass vom Arbeitnehmer ein die allgemeine menschliche Leistungsfähigkeit und Zumutbarkeit überschreitendes Arbeitspensum verlangt wird.³⁴⁶ Aus diesem Grund ist ein dem Arbeitnehmer aufgrund von Unterbrechung, Verkürzung oder Zusammenlegung der Ruhezeit zu gewährender Zeitausgleich zwingend und kann nicht durch andere Leistungen, wie beispielsweise Zuschläge, ersetzt werden.³⁴⁷ Die Gewährung des Zeitausgleichs kann unterschiedlich geregelt werden, wie zum Beispiel in Form von mehreren freien Tagen, verkürzten Arbeitstagen oder einer Absolvierung von zwei oder drei 24-Stunden-Schichten wöchentlich, wenn jeweils ein Großteil davon Rufbereitschaft ist.³⁴⁸ Durch die Beschränkung der Regelungskompetenz solcher Anpassungen auf die Tarifvertragsparteien bzw. die Betriebsparteien kann von der Gewährleistung des Gesundheitsschutzes und der Interessenwahrung der Arbeitnehmer trotz der Abweichung von der Mindestruhezeit grundsätzlich ausgegangen werden.³⁴⁹

cc) Anwendung auf die ständige Erreichbarkeit

Die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG könnte auch auf die mit der Rufbereitschaft vergleichbare ständige Erreichbarkeit Anwendung finden, sodass die genannten Anpassungen der Ruhezeit an die Besonderheiten der ständigen Erreichbarkeit geregelt werden könnten. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG soll die Rufbereitschaft als flexibles Arbeitsmodell berücksichtigt werden, nach dem ein zusätzlicher Arbeitsbedarf des Arbeitgebers gedeckt und dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt werden soll, mit den Arbeitnehmern, die sich in der Ruhezeit befinden, kurzfristig Kontakt aufzunehmen und sie für betriebliche Belange heranzuziehen.³⁵⁰ Diesem Arbeitsmodell ist somit die Unterbrechung der Ruhezeit durch den kurzfristigen Einsatz des Arbeitnehmers immanent. Die Anpassungsmöglichkeit der Ruhezeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG soll somit einen solchen flexiblen Einsatz erleichtern, da die strengen Regelungen zur ununterbrochenen Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG aufgelockert werden und damit der einzelne Einsatz des Arbeitnehmers nicht immer wieder einen Neubeginn der elfstündigen Ruhezeit zur Folge hat.

Demnach setzt die Anpassungsmöglichkeit einen zusätzlichen Dienst des Arbeitnehmers voraus, dessen abgeleistete Zeit nicht als Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG zu werten ist, sondern

³⁴⁵ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 87; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 14.

³⁴⁶ BAG, Urt. v. 24.02.1982, Az. 4 AZR 223/80, BAGE 38, 69-85, 29; Schliemann, ArbZG, § 7, Rn. 67.

³⁴⁷ Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 13.

³⁴⁸ Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 7, Rn. 34.

³⁴⁹ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 88.

³⁵⁰ BAG, Urt. v. 31.01.2002, Az. 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); Urt. v. 31.05.2001, Az. 6 AZR 171/00, NJOZ 2002, 654 (655); Urt. v. 29.06.2000, Az. 6 AZR 900/98, NZA 2001, 165 (166); Urt. v. 19.12.1991, Az. 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560; Urt. v. 12.02.1969, Az. 4 AZR 308/68, BAGE 21, 348, Rn. 38; Reichold, in: Festschrift Bauer, 843 (857); Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 50.

Ruhezeit im Sinne von § 5 Abs. 1 ArbZG darstellt.³⁵¹ Diese Voraussetzung erfüllt die ständige Erreichbarkeit, da die Zeit, während derer sich der Arbeitnehmer erreichbar hält, der Freizeit des Arbeitnehmers und damit der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG angehört.³⁵² Zudem wird die Ruhezeit, wie auch bei der Rufbereitschaft, durch den einzelnen Abruf des Arbeitnehmers und der damit verbundenen Freizeittätigkeit unterbrochen. Mit der Beendigung der Freizeittätigkeit befindet sich der Arbeitnehmer wieder in der Ruhezeit. Somit müssten aufgrund der einzelnen Phasen von Ruhezeit, Arbeitszeit und anschließender Ruhezeit, die Ruhezeit mit der Beendigung der letzten Freizeittätigkeit wegen der Unterbrechung erneut zu laufen beginnen. Durch die Anpassung der Ruhezeit an den Dienst der ständigen Erreichbarkeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG, könnte den Besonderheiten der ständigen Erreichbarkeit als zusätzlicher Dienst, wie auch bei der Rufbereitschaft, Rechnung getragen werden.

Neben den benannten Gemeinsamkeiten, bestehen aber auch Unterschiede zwischen der Rufbereitschaft und der ständigen Erreichbarkeit. Die Rufbereitschaft des Arbeitnehmers ist reguliert, sodass es Vorgaben hinsichtlich der Lage, des Umfangs und der Dauer des Dienstes gibt. Aufgrund der Bestimmtheit des Einsatzes des Arbeitnehmers während der Rufbereitschaft lassen sich auch Ausgleichszeiträume für die Ruhezeit bestimmen, die nach der Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers für die Abweichung vorausgesetzt werden.³⁵³

Im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit werden dem Arbeitnehmer mobile Kommunikationsmittel zur Verfügung gestellt oder der Arbeitnehmer bringt seine privaten Kommunikationsmittel in den Betrieb ein. Dabei werden oft keine Regelungen zur Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel getroffen, vielmehr wird die ständige Erreichbarkeit als unregulierte Verfügbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit vom Arbeitnehmer verlangt, erwartet oder geduldet.³⁵⁴ Sofern die ständige Erreichbarkeit der Arbeitnehmer nicht geregelt und geplant wird, können die in diesem Rahmen immer wieder vorgenommenen Freizeittätigkeiten gegen die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG verstoßen. Die Möglichkeit der Anpassung der Ruhezeit kann aber nicht dazu führen, dass der Arbeitgeber dazu legitimiert wird, den Arbeitnehmer so sehr zu beanspruchen, dass die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG überschritten wird.³⁵⁵ Somit müssen für die Vornahme der ständigen Erreichbarkeit solche Regelungen getroffen werden, die die Dauer, die Lage und den Einsatz des einzelnen Arbeitnehmers regeln, sodass die geleistete Freizeittätigkeit nicht andauernd zu einem Verstoß gegen die Höchstarbeitszeit führt und Ausgleichszeiträume nach § 3 S. 2 ArbZG für die maximal auf zehn Stunden täglich erhöhte Arbeitszeit bestehen. Die Regelung der Anpassung der Ruhezeit an einen zusätzlichen Dienst setzt denklogisch voraus, dass ein solcher zusätzlicher Dienst wirksam vorgenommen werden kann, sodass die Ruhezeit

³⁵¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 12/5888, v. 13.10.1993, S. 27; BAG, Urt. v. 05.06.2003, Az. 6 AZR 114/02, BAGE 106, 252-269, Rn. 28; Beschl. v. 18.02.2003, Az. 1 ABR 2/02, BAGE 105, 32-58, Rn. 68.

³⁵² So auch im Ergebnis: Freyler, S. 103; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (56f.); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Wank, RdA 2014, 285 (289); Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

³⁵³ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 7, Rn. 40; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 90; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 7, Rn. 32.

³⁵⁴ Schuchart, in: iga.Report, Teil 2, S. 15; kursorisch: Thüsing, SR 2016, 87 (88); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1435).

³⁵⁵ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 90.

an die Besonderheiten dieses Dienstes anzupassen wäre. Mangels Regulierungen der ständigen Erreichbarkeit kann aber auch nicht dem Erfordernis genügt werden, durch einen entsprechenden Zeitausgleich für die Anpassung der Ruhezeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG den Gesundheitsschutz zu wahren. Die unregulierte ständige Erreichbarkeit und die damit verbundene tägliche Freizeittätigkeit können somit zu einer Überbelastung des Arbeitnehmers führen und damit die Gesundheit des Arbeitnehmers beeinträchtigen.³⁵⁶ Somit werden bereits die Voraussetzungen für die Abweichung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG nicht erfüllt, sodass eine Abweichung von der Mindestruhezeit nach dieser Vorschrift abzulehnen ist, unabhängig von der Vergleichbarkeit der unregulierten ständigen Erreichbarkeit mit der Rufbereitschaft.

Regelt der Arbeitgeber hingegen das einseitige Anordnungsrecht im Arbeitsvertrag, sind auch die Einsatzmodalitäten einer solchen Erreichbarkeit zu erfassen, da ein einseitiges Anordnungsrecht ohne weitere Bestimmungen den Arbeitnehmer nach § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 S. 2 BGB unangemessen benachteiligen würde. Wird diesem Erfordernis genügt und das Anordnungsrecht des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit für einen bestimmten Zeitraum wirksam geregelt, besteht aber kein erheblicher Unterschied mehr zu der Rufbereitschaft.³⁵⁷ Die Unterschiede zur Rufbereitschaft, die noch bestehen, wie zum Beispiel die Regelung einer Reaktionszeit, sind nach dem Gedanken des § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG zum Zeitausgleich unerheblich. Durch die Regulierung der ständigen Erreichbarkeit können demnach auch Ausgleichszeiträume festgelegt und der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gewahrt werden, da dieser dann für einen bestimmten Zeitraum zu leisten wäre. Somit kann wegen der Vergleichbarkeit der regulierten ständigen Erreichbarkeit zur Rufbereitschaft, die Anpassungsmöglichkeit der Ruhezeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG auch auf die ständige Erreichbarkeit angewandt werden. Dem steht auch nicht der Wortlaut des Gesetzes, nach dem lediglich für die Rufbereitschaft eine solche Anpassungsmöglichkeit genannt wird, entgegen. Die ständige Erreichbarkeit ist eine mit der Digitalisierung verbundene Neuerscheinung des zusätzlichen Dienstes.³⁵⁸ Die beiden zusätzlichen Dienste sind miteinander vergleichbar und durch die Regelung der Einsatzmodalitäten ist die ständige Erreichbarkeit der Rufbereitschaft so sehr angenähert, dass es einer expliziten Benennung der ständigen Erreichbarkeit in der gesetzlichen Regelung nicht bedarf. Dies gilt auch dann, wenn die Einsatzmodalitäten der ständigen Erreichbarkeit durch kollektivrechtliche Vereinbarungen geregelt sind. Somit besteht die Anpassungsmöglichkeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG für die regulierte ständige Erreichbarkeit, als der Rufbereitschaft vergleichbarer zusätzlicher Dienst, sofern diese geregelt ist. Aufgrund dieser Anpassungsmöglichkeit können in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder einer Dienstvereinbarung solche Regelungen nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG vorgenommen werden, nach denen die Ruhezeit im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit durch Unterbrechungen nicht erneut zu laufen beginnt, die Zeiträume vor der

³⁵⁶ Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (54); Raif/Swidorsky, GWR 2017, 351 (353); Däubler, SR 2016, 2 (25); Thüsing, SR 2016, 87 (88); Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346 (354); Wiebauer, NZA 2016, 1430; Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (352); Oberthür, NZA 2013, 246 (248); Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

³⁵⁷ So im Ansatz auch: Freyler, S. 133; Krause, NZA 2016, 1004 (1005).

³⁵⁸ Krause, NZA 2016, 1004f.; Wiebauer, NZA 2016, 1430; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19).

Unterbrechung der Ruhezeit und die Zeiträume nach Beendigung der Freizeittätigkeit addiert sowie die Ruhezeit verkürzt wird. Eine solche Lösung ist auch interessengerecht und leichter zu handhaben als die Einführung einer Erheblichkeitsschwelle für die Annahme einer Unterbrechung der Ruhezeit. Es kommt zum einen nicht, wie bei einer Erheblichkeitsschwelle, zu Abgrenzungsschwierigkeiten, zum anderen muss keine bestimmte Schwelle festgelegt werden, sodass auch unterschiedliche Wertungen des Einsatzes durch individuelle Faktoren für das Erreichen oder Nichterreichen der Schwelle nicht bestehen. Im Rahmen der nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG geregelten Anpassung der Ruhezeit wird lediglich zwischen der Ruhezeit und der Arbeitszeit differenziert, um dann eine einheitliche Betrachtung der Ruhezeit vorzunehmen.

Somit kann für den zusätzlichen Dienst und die mit der Freizeittätigkeit verbundene Erschwernis die Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG einzuhalten, durch die Anpassungsmöglichkeit der Ruhezeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG eine angemessene Lösung getroffen werden.³⁵⁹ Durch eine solche Regelung kann der Arbeitnehmer, wie im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit beabsichtigt, die Freizeittätigkeit unter Beachtung der Grenzen der Vereinbarung flexibel vornehmen. Handelt es sich um eine unregelte, wilde ständige Erreichbarkeit, besteht für diese die Anpassungsmöglichkeit der Ruhezeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG nicht.

d) Zwischenergebnis

Demnach wird dem zusätzlichen Dienst durch die Mindestruhezeit von elf Stunden nach § 5 Abs. 1 ArbZG eine Grenze gesetzt, die mit jeder dem Arbeitgeber zurechenbar veranlassten oder geduldeten Freizeittätigkeit des Arbeitnehmers unterbrochen wird und von neuem zu laufen beginnt. Um eine Flexibilisierung des zusätzlichen Dienstes zu erreichen, können die Tarifparteien von der Möglichkeit Gebrauch machen, von der Einhaltung der Mindestruhezeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG sowie nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG abzuweichen. Dabei steht die Abweichungsmöglichkeit von der Ruhezeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG nur für die regulierte ständige Erreichbarkeit zu.

4. Zusätzlicher Dienst als Nacht- und Schichtarbeit, § 6 ArbZG

Die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit könnte Nachtarbeit im Sinne des § 6 ArbZG darstellen, die dem besonderen Schutz nach dem Arbeitszeitgesetz unterliegt. Bei der Nachtarbeit wird die Arbeitszeit auf acht Stunden beschränkt (§ 6 Abs. 2 S. 1 ArbZG), der Ausgleichszeitraum verkürzt (6 Abs. 2 S. 2 ArbZG) und wenn keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, ist dem Arbeitnehmer ein Ausgleich durch Freizeit oder Zuschlag für die geleistete Nachtarbeit zu gewähren (§ 6 Abs. 5 ArbZG).

a) Nachtarbeitnehmer, § 2 Abs. 5 ArbZG

Für die Anwendung des Schutzes nach § 6 ArbZG müsste es sich bei den Arbeitnehmern, die einen zusätzlichen Dienst durch die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit leisten, um

³⁵⁹ A.A. im Ergebnis nach: Freyler, S. 171f.

Nachtarbeitnehmer handeln. Nach § 2 Abs. 5 ArbZG ist Nachtarbeitnehmer derjenige, der die Nachtarbeit in Wechselschicht zu leisten hat oder an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr Nachtarbeit leistet. Dabei stellt die Nachtarbeit nach § 2 Abs. 4 ArbZG jede Arbeit dar, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit, das heißt nach § 2 Abs. 3 ArbZG die Zeiten zwischen 23 und 6 Uhr bzw. in Bäckereien und Konditoreien zwischen 22 und 5 Uhr, erfasst.

Dabei könnte unter die Nachtarbeit, neben der tatsächlich vorgenommenen Freizeittätigkeit, auch die ständige Erreichbarkeit fallen. Die gesetzliche Regelung des § 2 Abs. 4 ArbZG bezeichnet als Nachtarbeit jede Arbeit, ohne eine nähere Beschreibung der Arbeit vorzunehmen. Unter Arbeit ist die Vornahme einer fremdbestimmten Tätigkeit zu Gunsten des Arbeitsgebers zu verstehen, die Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG ist, sodass die Nachtarbeit an den Arbeitszeitbegriff anknüpft.³⁶⁰ Die Zeit, in der sich der Arbeitnehmer ständig erreichbar hält, stellt keine Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG dar und ist somit keine Nachtarbeit im Sinne des § 2 Abs. 4 ArbZG, auch wenn diese in der Nachtzeit gewährt wird.

Anders ist es bei der Freizeittätigkeit, bei der es sich um Vollarbeit des Arbeitnehmers handelt, die Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG darstellt. Sofern der Arbeitnehmer Freizeittätigkeit für mehr als zwei Stunden in der Nachtzeit vornimmt, ist diese als Nachtarbeit einzustufen. Zu beachten ist aber, dass der Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit mehrmals in der Nacht vornehmen und der zeitliche Umfang der einzelnen Tätigkeit weniger als zwei Stunden der Nachtzeit dauern kann. Aus diesem Grund ist zu überprüfen, ob die Einstufung als Nachtarbeit eine ununterbrochene Arbeit mit einer Dauer von mehr als zwei Stunden in der Nachtzeit fordert oder es für die Annahme der Nachtarbeit bereits ausreicht, dass die gesamte Freizeittätigkeit mehr als zwei Stunden der Nachtzeit erfasst. Für die Annahme, dass auf eine Gesamtdauer der Freizeittätigkeit von mehr als zwei Stunden während der Nachtzeit abzustellen ist, könnte die gesetzliche Regelung des § 2 Abs. 3 ArbZG sprechen, die eine bestimmte Zeitspanne der Nachtzeit für die Einstufung als Nachtarbeit vorgibt. Dem steht aber der Wortlaut des § 2 Abs. 4 ArbZG entgegen, nach dem für die Nachtarbeit jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit umfasst, vorausgesetzt wird. Durch die Verwendung des Begriffs „jede“ werden alle möglichen Arten oder Ähnliches bezeichnet, jeweils einzeln gesehen.³⁶¹ Somit meint das Gesetz jede Arbeit einzeln und für sich gesehen, sodass die Dauer der Arbeit für jede einzelne Freizeittätigkeit isoliert zu betrachten ist. Dies folgt auch aus dem Sinn und Zweck der Regelung, den Arbeitnehmer, der während der Nachtzeit Arbeitsleistungen zu erbringen hat, einem besonderen Schutz zu unterstellen. Denn für die Vornahme von Nachtarbeit wurde arbeitsmedizinisch anerkannt, dass diese zu erheblichen gesundheitlichen Einschränkungen und Störungen des Biorhythmus führen kann.³⁶² Nimmt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit nicht für mehr als zwei Stunden und damit nur zu

³⁶⁰ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 86; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 105; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 2, Rn. 44.

³⁶¹ Duden online, Stichwort: jeder, auf: <http://www.duden.de/rechtschreibung/jeder>.

³⁶² Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 85; Spengler, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 2, Rn. 31.

einem geringen Teil die Arbeitsleistung während der Nachtzeit vor, steht ihm regelmäßig eine noch hinreichende Ruhe- und Schlafzeit zur Verfügung, sodass es hier keines besonderen Schutzbedürfnisses im Sinne des § 6 ArbZG bedarf.³⁶³ Für den Schutz des Arbeitnehmers nach § 6 ArbZG wird somit auf die Dauer des Tätigwerdens abgestellt, nicht auf die Beanspruchung oder die Intensität des Tätigwerdens, da ein solcher Schutz durch eine ununterbrochene Ruhezeit nach § 5 ArbZG und durch die Einhaltung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG gewährt werden soll. Somit ist jedes Tätigwerden des Arbeitnehmers, während der Nachtzeit, isoliert zu berücksichtigen. Eine solche Freizeittätigkeit, die nicht mehr als zwei Stunden der Nachtzeit erfasst, ist nicht Nachtarbeit im Sinne von § 2 Abs. 4 ArbZG. Erfasst die Freizeittätigkeit mehr als zwei Stunden der Nachtzeit, stellt diese Nachtarbeit im Sinne des § 2 Abs. 4 ArbZG dar.

Neben der Vornahme von Nachtarbeit setzt die Eigenschaft als Nachtarbeitnehmer voraus, dass der Arbeitnehmer auf Grund seiner Arbeitszeitgestaltung normalerweise Nachtarbeit in Wechselschicht zu leisten hat (§ 2 Abs. 5 Nr. 1 ArbZG) oder Nachtarbeit an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr leistet (§ 2 Abs. 5 Nr. 2 ArbZG). Die Arbeitnehmer, die über die mobilen Kommunikationsmittel tätig werden, nehmen einen zusätzlichen Dienst neben ihrer üblichen Arbeitszeit vor. Aus diesem Grund leisten sie bereits keine Nachtarbeit in Wechselschicht, sodass die Eigenschaft als Nachtarbeitnehmer nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 ArbZG bereits abzulehnen ist. Es stellt sich die Frage, ob die Arbeitnehmer, die Freizeittätigkeit als Nachtarbeit im Sinne des § 2 Abs. 4 ArbZG leisten, Nachtarbeitnehmer aufgrund der tatsächlichen Leistung von Nachtarbeit an 48 Tagen nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 ArbZG sind. Dabei ist über den Wortlaut des § 2 Abs. 4 ArbZG hinaus, das Arbeitsschutzrecht für Nachtarbeit auch dann schon im Wege der Prognose zu berücksichtigen, wenn mit Sicherheit zu erwarten ist, dass der Arbeitnehmer 48 Tage im Kalenderjahr in Nachtzeit beschäftigt werden wird.³⁶⁴ Der Arbeitnehmer, der im Rahmen seines zusätzlichen Dienstes Freizeittätigkeit vornimmt, wird aber vielmehr sporadisch Nachtarbeit leisten, als dass es zu erwarten sein wird, dass der Arbeitnehmer 48 Tage in Nachtzeit beschäftigt wird.³⁶⁵ Dies ist aber nach dem Einzelfall zu beurteilen. Sofern eine solche Prognose der Leistung von Nachtarbeit in dem vorgegebenen Umfang nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 ArbZG anzunehmen ist, ist der Arbeitnehmer, der im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit Freizeittätigkeit vornimmt, auch Nachtarbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs. 5 ArbZG.

b) Zwischenergebnis

Der Arbeitnehmer, der im Rahmen des zusätzlichen Dienstes die Freizeittätigkeit vornimmt, wird selten als Nachtarbeitnehmer unter den besonderen Schutz des § 6 ArbZG fallen, da es bereits an der Nachtarbeit nach § 2 Abs. 4 ArbZG fehlen wird. Zudem wäre auch bei Vorliegen der Nachtarbeit der nach § 2 Abs. 5 ArbZG vorgegebene Umfang der Nachtarbeit zu erreichen, sodass auch diese Hürde für den Schutz nach § 6 ArbZG zu nehmen wäre. Sofern diese Voraussetzungen durch die Freizeittätigkeit

³⁶³ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 85; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 105; Neumann/Biebl, ArbZG, § 2, Rn. 25.

³⁶⁴ LAG Düsseldorf, Urt. v. 07.12.2010, Az. 17 Sa 883/09, BeckRS 2011, 69512, Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 2, Rn 19; Neumann/Biebl, ArbZG, § 2, Rn. 30.

³⁶⁵ So auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1300).

des Arbeitnehmers erfüllt sind, ist die Arbeitszeit auf acht Stunden beschränkt (§ 6 Abs. 2 S. 1 ArbZG), der Ausgleichszeitraum verkürzt (6 Abs. 2 S. 2 ArbZG) und wenn keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, ist dem Arbeitnehmer ein Ausgleich durch Freizeit oder Zuschlag für die geleistete Nachtarbeit zu gewähren (§ 6 Abs. 5 ArbZG). Die Einhaltung der werktäglichen Arbeitszeit könnte dann problematisch werden, da der Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit als zusätzlichen Dienst leistet und demnach bereits gearbeitet haben wird.

5. Verstoß gegen Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen, § 9 ArbZG

Die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit können gegen das Verbot der Beschäftigung an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen nach § 9 ArbZG verstoßen.

a) Beschäftigungsverbot, § 9 Abs. 1 ArbZG

Das Verbot der Beschäftigung an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen stellt einen in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV festgelegten Verfassungsauftrag dar, der die Sonntage und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung schützen sowie den Schutz des Wettbewerbs vor gegenseitiger Konkurrenz gewähren soll.³⁶⁶ Den Arbeitnehmern soll an diesen Tagen die Möglichkeit gegeben werden, ihre Religion auszuüben, sich zu erholen, zu entspannen und ihre Freizeit frei von Weisungen des Arbeitgebers zu gestalten.³⁶⁷ Um diesem Schutzzweck der Sonn- und Feiertage nachzukommen, regelte der Gesetzgeber das Verbot der Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen nach § 9 Abs. 1 ArbZG.³⁶⁸

b) Beschäftigungsverbot für die Freizeittätigkeit

Für die Freizeittätigkeit bedeutet dies, dass diese als Beschäftigung im Sinne des § 9 Abs. 1 ArbZG aufgrund des Beschäftigungsverbots an Sonn- und Feiertagen nicht zulässig ist.³⁶⁹ Der Arbeitnehmer erbringt durch die Freizeittätigkeit Arbeitsleistung zu Gunsten des Arbeitgebers, statt sich der Erholung, Entspannung und Freizeitgestaltung zu widmen oder seine Religion auszuüben. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Freizeittätigkeit nicht am Arbeitsort vorgenommen wird. Das Beschäftigungsverbot gilt nicht in örtlicher Hinsicht, sodass es nicht ausschließlich auf die Beschäftigung im Betrieb bzw. den Arbeitsort beschränkt ist, sondern auch für zuhause gilt.³⁷⁰ Der Begriff der Beschäftigung erfasst aber nicht nur die Vornahme der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung, sondern jede Art der

³⁶⁶ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 2; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 9, Rn. 3; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 9, Rn. 1; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 9, Rn. 1; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 9, Rn. 2; Jacobs, NZA 2016, 733 (737); Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

³⁶⁷ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 2, 4; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 9, Rn. 1, 9; Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

³⁶⁸ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 2; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 9, Rn. 1; Neumann/Biebl, ArbZG, § 9, Rn. 1.

³⁶⁹ So auch im Ergebnis: Freyler, S. 175.

³⁷⁰ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 4; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 9, Rn. 4; Neumann/Biebl, ArbZG, § 9, Rn. 3.

Betätigung, die diesem Zweck dient.³⁷¹ Durch ein solches absolutes Verbot der Beschäftigung soll der Schutzcharakter der Sonn- und Feiertage gewahrt und der öffentlich-rechtliche Arbeitsschutz nicht der Disposition des Arbeitnehmers unterstellt werden.³⁷² Somit wird auch die freiwillig vorgenommene Tätigkeit in der Freizeit, die nicht vom Arbeitgeber zurechenbar veranlasst wurde und nicht Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG ist, aber als eine Betätigung des Arbeitnehmers zum Zwecke der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung eine Beschäftigung im Sinne des § 9 Abs. 1 ArbZG darstellt, vom Beschäftigungsverbot nach § 9 ArbZG erfasst.³⁷³ Dies gilt auch dann, wenn sich der Arbeitnehmer durch die Betätigung zeitliche Freiräume für die Werktage schaffen möchte, denn die Motivation der Betätigung des Arbeitnehmers, ob freiwillig aus Eigeninteresse oder aufgrund der Anordnung des Arbeitgebers, ist für das Beschäftigungsverbot unerheblich.³⁷⁴ Das Beschäftigungsverbot geht auch soweit, dass der Arbeitgeber, der durch den Empfang von E-Mails oder in anderer Weise Kenntnis vom Einsatz des Arbeitnehmers erlangt, dies zu unterbinden hat und die Tätigkeit nicht zulassen darf.³⁷⁵ Selbst freiwillig angebotene Arbeitsleistungen darf der Arbeitgeber weder annehmen noch dulden.³⁷⁶ Dies ergibt sich bereits aus dem Beschluss des Bayerischen Oberstes Landesgerichtes vom 17.09.1981, nach dem das Gebot, Sonntagsarbeit zu verhindern, aus dem ausdrücklich gefassten Beschäftigungsverbot des § 17 Abs. 1 Ladenschlussgesetz abgeleitet wird.³⁷⁷ Somit soll sich der Arbeitgeber im Rahmen seiner Pflichten nach § 9 Abs. 1 ArbZG nicht darauf berufen können, dass er das Tätigwerden des Arbeitnehmers nicht veranlasst und damit nicht gegen das Beschäftigungsverbot verstoßen habe.

Demnach wird das Tätigwerden des Arbeitnehmers im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit, unabhängig ob es freiwillig vorgenommen wird oder durch den Arbeitgeber zurechenbar veranlasst wird, vom Beschäftigungsverbot nach § 9 Abs. 1 ArbZG erfasst und ist somit an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich unzulässig.³⁷⁸

c) Beschäftigungsverbot für die ständige Erreichbarkeit

Auch die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers wird vom Beschäftigungsverbot nach § 9 Abs. 1

³⁷¹ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 4; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 9, Rn. 1; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 9, Rn. 3; Schliemann, in: Schliemann/Förster/Meyer, Teil 1, Arbeitszeitrecht, J Sonn- und Feiertagsruhe, Rn. 585.

³⁷² Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 6.

³⁷³ So auch im Ergebnis: Freyler, S. 175; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 6; Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

³⁷⁴ Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 9, Rn. 4; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 9, Rn. 1; Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

A.A. Freiwilliges Tätigwerden des Arbeitnehmers soll zulässig sein und nicht gegen das Beschäftigungsverbot verstoßen; so etwa: Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 9, Rn. 9; Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1028); Jacobs, NZA 2016, 733 (737).

³⁷⁵ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 4a; Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

³⁷⁶ BAG, Urt. v. 24.02.2005, Az. 2 AZR 211/04, BAGE 114, 51-56, Rn. 24; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 6; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 9, Rn. 12; Wank, in Erfurter Kommentar, ArbZG, § 9, Rn. 1; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 9, Rn. 3; Neumann/Biebl, ArbZG, § 9, Rn. 3; Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

A.A. Eine solche Handhabung würde den Arbeitnehmer bevormunden und sei praxisfern; so etwa: Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 9, Rn. 9, Schliemann, ArbZG, § 9, Rn. 7.

³⁷⁷ BayObLG, Beschl. v. 17.09.1981, Az. 3 Ob OWi 132/81, AP LSchlG § 3 Nr. 27

³⁷⁸ Im Ergebnis so auch etwa: Freyler, S. 175; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 6; Däubler, SR 2016, 2 (18); Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

ArbZG erfasst und ist demnach grundsätzlich an Sonn- und Feiertagen verboten.³⁷⁹ Zwar handelt es sich bei der ständigen Erreichbarkeit nicht um Vollarbeit und damit auch nicht um Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG. Das Beschäftigungsverbot erfasst aber nicht nur die Vollarbeit, sondern auch die Heranziehung des Arbeitnehmers zu zusätzlichen Diensten wie die Arbeitsbereitschaft, den Bereitschaftsdienst und die Rufbereitschaft.³⁸⁰ Somit ist jede zum Betrieb gehörende Tätigkeit und Arbeit, die zur Erfüllung des Betriebszwecks erforderlich ist, verboten, ohne dabei ein Mindestmaß an physischem Kraftaufwand, zeitlichem Umfang oder Bedeutsamkeit der Tätigkeit für den Betrieb vorauszusetzen.³⁸¹ Die ständige Erreichbarkeit setzt lediglich vom Arbeitnehmer die Mitnahme eines Kommunikationsmittels und die Erreichbarkeit über dieses voraus.³⁸² Diese Verfügbarkeit des Arbeitnehmers ermöglicht es aber, dass der Arbeitgeber bei Bedarf mit dem sich in seiner Freizeit befindendem Arbeitnehmer Kontakt aufnehmen und ihm Aufgaben zutragen kann. Somit dient die ständige Erreichbarkeit, aufgrund der Ermöglichung zur Arbeitsaufnahme, der Erfüllung des Betriebszwecks und stellt damit eine zum Betrieb gehörende Tätigkeit dar, die an Sonn- und Feiertagen nach § 9 Abs. 1 ArbZG nicht zulässig ist. Dies wird auch durch die Heranziehung der Unzulässigkeit der Rufbereitschaft während Sonn- und Feiertagen bestätigt, zudem die ständige Erreichbarkeit als unregulierter Dienst den Arbeitnehmer noch mehr belasten kann als die geplante Rufbereitschaft, sodass erst recht das Beschäftigungsverbot nach § 9 Abs. 1 ArbZG für die ständige Erreichbarkeit gelten muss.

Somit muss der Arbeitgeber auch die ständige Erreichbarkeit der Arbeitnehmer verhindern, sofern er von dieser Kenntnis erlangt, um nicht gegen das Beschäftigungsverbot zu verstoßen.³⁸³ Die Pflicht des Arbeitgebers zur aktiven Verhinderung der Verstöße gegen das Beschäftigungsverbot besteht nicht erst bei einem intensiven Einsatz des Arbeitnehmers, denn der Arbeitgeber hat nach § 9 Abs. 1 ArbZG jede Beschäftigung des Arbeitnehmers an Sonn- und Feiertagen zu verhindern, auch außerhalb des Betriebs.³⁸⁴ Dabei kann sich der Arbeitgeber auch nicht darauf berufen, dass er keine Kenntnis von der ständigen Erreichbarkeit des Arbeitnehmers hatte, wenn er bereits die Freizeittätigkeit angenommen hat. Daraus wäre für den Arbeitgeber erkennbar gewesen, dass sich der Arbeitnehmer außerhalb der üblichen Arbeitszeit erreichbar hält und von der aufgetragenen Freizeittätigkeit Kenntnis erlangt.

Demnach gilt das Beschäftigungsverbot des Arbeitnehmers an Sonn- und Feiertagen nach § 9 Abs. 1 ArbZG auch für die ständige Erreichbarkeit, unabhängig davon, ob diese durch den Arbeitgeber

³⁷⁹ Im Ergebnis so auch etwa: Freyler, S. 175.

³⁸⁰ BAG, Urt. v. 22.09.2005, Az. 6 AZR 579/04, NZA 2006, 329 (331); Baeck/Deutsch, ArbZG, § 9, Rn. 12; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 9, Rn. 1; Neumann/Biebl, ArbZG, § 9, Rn. 3; Schliemann, ArbZG, § 9, Rn. 6; Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

³⁸¹ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 9, Rn. 12; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 9, Rn. 1; v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179).

³⁸² Pangert/Pauls/Schüpbach, in: baua Bericht, S. 8; Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Wiebauer, NZA 2016, 1430; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19); Wank, RdA 2014, 285 (288); Falder, NZA 2010, 1150.

³⁸³ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 4a; Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

³⁸⁴ Baeck/Deutsch, ArbZG, § 9, Rn. 12; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 9, Rn. 1; v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179).

zurechenbar veranlasst wurde oder durch den Arbeitnehmer freiwillig vorgenommen wird.³⁸⁵

d) Erheblichkeitsschwelle für das Beschäftigungsverbot

Für das Beschäftigungsverbot nach § 9 Abs. 1 ArbZG könnte nach der Intensität der Beschäftigung an den Sonn- und Feiertagen differenziert werden, sodass nicht bereits jedes Tätigwerden unter das Beschäftigungsverbot fiel.³⁸⁶ Der Arbeitnehmer hätte dann die Möglichkeit, eine kurzzeitige Tätigkeit mit dem ihm zur Verfügung stehendem Kommunikationsmittel vorzunehmen, ohne dass diese dem Beschäftigungsverbot unterliegen würde. Durch die Annahme einer solchen Erheblichkeitsschwelle könnte das Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit flexibilisiert werden und auf die mit der Digitalisierung verbundene Erleichterung des Arbeitens, von überall aus, angepasst werden.³⁸⁷

Eine solche Erheblichkeitsschwelle lässt aber unberücksichtigt, dass die Erheblichkeit schon bei kurzzeitigen Freizeittätigkeiten angenommen werden müsste, weil der Freizeittätigkeit die ständige Erreichbarkeit vorgeht, die bereits dem Beschäftigungsverbot nach § 9 Abs. 1 ArbZG unterliegt. Darüber hinaus steht der Annahme einer Erheblichkeitsschwelle für das Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen entgegen, dass eine solche Differenzierung nach der Intensität der Freizeittätigkeit unberücksichtigt lässt, dass die Dauer, als Bemessungsfaktor für die Intensität des Einsatzes, von individuellen Faktoren abhängt. Somit stellt jede Betätigung des Arbeitnehmers eine Beeinträchtigung des Erholungszwecks sowie der öffentlichen Ruhe und Ordnung dar, sodass die Differenzierung nach der Intensität des Einsatzes für den Verstoß gegen das Beschäftigungsverbot ausscheidet.³⁸⁸

Zudem wäre eine solche Lockerung des Beschäftigungsverbots mit dem Verfassungsrang der Sonn- und Feiertagsruhe nicht zu vereinbaren. Dies wird dadurch deutlich, dass nur in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung abweichende Regelungen vom Verbot der Sonn- und Feiertagsbeschäftigung nach § 9 ArbZG getroffen werden können, sofern die gesetzlich definierten Ausnahmen nach §§ 10, 13, 14 ArbZG und § 12 ArbZG vorliegen. Zudem ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, den grundgesetzlichen Mindestschutz der Sonn- und Feiertagsruhe in seinem Gestaltungsspielraum dem Wandel der in der Gesellschaft verbreiteten Anschauungen, Gewohnheiten sowie Lebens- und Arbeitsbedingungen anzupassen.³⁸⁹

Somit ist die Lockerung des Beschäftigungsverbots für kurze Freizeittätigkeiten und damit die Annahme einer Erheblichkeitsschwelle für das Beschäftigungsverbot abzulehnen, sodass jede Betätigung des Arbeitnehmers an Sonn- und Feiertagen nach § 9 Abs. 1 ArbZG zu unterbleiben hat.³⁹⁰

³⁸⁵ Im Ergebnis so auch etwa: Freyler, S. 175; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 4a; Däubler, SR 2016, 2 (18).

³⁸⁶ Wichert, in: Boecken/Diller/Hanau/Düwell, Band 1, ArbZG, § 9, Rn. 9; Schliemann, ArbZG, § 9, Rn. 7.

³⁸⁷ Wichert, in: Boecken/Diller/Hanau/Düwell, Band 1, ArbZG, § 9, Rn. 9; Schliemann, ArbZG, § 9, Rn. 7.

³⁸⁸ Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

³⁸⁹ Jacobs, NZA 2016, 733 (737).

³⁹⁰ Im Ergebnis so auch etwa: Freyler, S. 175; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 9, Rn. 4a; Däubler, SR 2016, 2 (18); Schlegel, NZA 2010, 1150 (1153).

e) Zwischenergebnis

Demnach sind Betätigungen des Arbeitnehmers als Freizeittätigkeit und ständige Erreichbarkeit, abgesehen von den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen, an Sonn- und Feiertagen nach § 9 Abs. 1 ArbZG nicht zulässig und damit verboten.³⁹¹ Der zusätzliche Dienst des Arbeitnehmers über die mobilen Kommunikationsmittel wird damit auch durch das Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen begrenzt.

6. Ergebnis

Somit setzen die Arbeitsschutzvorschriften des Arbeitszeitgesetzes der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit Grenzen, sodass bei Überschreitung dieser Grenzen der zusätzliche Dienst, unabhängig davon, ob dem Arbeitgeber grundsätzlich ein Anordnungsrecht zum zusätzlichen Dienst zusteht oder nicht, unzulässig ist.

II. Vereinbarkeit mit dem Urlaubsrecht

Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers und dessen Freizeittätigkeit während des Urlaubs könnten durch die Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes (im Folgenden: BUrlG) unzulässig sein.

Dabei finden die Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes auf Arbeitnehmer Anwendung, dies sind nach § 2 BUrlG Arbeiter und Angestellte, die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten sowie arbeitnehmerähnliche Personen. Demnach werden, anders als nach § 12 KSchG und § 5 BetrVG, vom Arbeitnehmerbegriff auch die leitenden Angestellten erfasst.³⁹²

1. Ständige Erreichbarkeit während des Urlaubs

Sofern der Arbeitnehmer während des Urlaubs ständig erreichbar ist, könnte dies dem Urlaubszweck entgegenstehen und dazu führen, dass der Urlaubsanspruch nicht nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt wird.

Der Arbeitgeber erbringt als Schuldner des Urlaubsanspruches, die ihm erforderliche Leistungs-/Erfüllungshandlung im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG, indem er dem Arbeitnehmer seine Zustimmung zum beantragten Urlaub für einen bestimmten Zeitraum erteilt und damit auch die Leistungszeit zur Erfüllung des Urlaubsanspruches im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB festsetzt.³⁹³ Eine solche Zustimmung des Arbeitgebers zum beantragten Urlaub ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit dem Zugang beim Arbeitnehmer nach § 130 Abs. 1 BGB verbindlich wird.³⁹⁴ Somit kann der Arbeitgeber mit

³⁹¹ So auch im Ergebnis: Freyler, S. 181.

³⁹² Düwell, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BUrlG, § 2, Rn. 1; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 2, Rn. 1; Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, § 2, Rn. 36.

³⁹³ BAG, Urt. v. 09.08.2016, Az. 9 AZR 575/15, BAGE 156, 65-70, Rn. 15; Urt. v. 16.07.2013, Az. 9 AZR 50/12, AP BUrlG § 7 Nr. 65, Rn. 15; Urt. v. 17.05.2011, Az. 9 AZR 189/10, BAGE 138, 48-57, Rn. 27; Urt. v. 24.03.2009, Az. 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 (540), Rn. 24; Urt. v. 14.08.2007, Az. 9 AZR 934/06, NZA 2008, 473 (474); Urt. v. 19.03.2002, Az. 9 AZR 16/01, NJOZ 2003, 1319 (1321); Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 29; Urt. v. 09.08.1994, Az. 9 AZR 384/92, NZA 1995, 174 (175); Röller, in: Küttner, Urlaubsgewährung, Rn. 2.

³⁹⁴ BAG, Urt. v. 17.05.2011, Az. 9 AZR 189/10, BAGE 138, 48-57, Rn. 19; Urt. v. 24.03.2009, Az. 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 (540), Rn. 23; Urt. v. 14.08.2007, Az. 9 AZR 934/06, NZA 2008, 473 (474); Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 29; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 7, Rn. 4. Der Arbeitgeber setzt den Urlaub nach dem Wunsch des Mitarbeiters fest, der gewünschten Festsetzung können aber betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Mitarbeiter entgegenstehen, § 7 Abs. 1 BUrlG. Ist dies der Fall, steht dem

Zugang der Zustimmung beim Arbeitnehmer die Leistungszeit des Urlaubs nicht nachträglich ändern oder widerrufen, ein solches Widerrufsrecht für die Bestimmung des einmal zugestimmten Urlaubs lässt sich auch aus den Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes nicht ableiten.³⁹⁵ Der Arbeitgeber kann auch nicht mit dem Arbeitnehmer einen Rückrufs- oder Widerrufsvorbehalt für die erteilte Zustimmung zum Urlaub vereinbaren.³⁹⁶ Einer solchen vertraglichen Vereinbarung steht bereits entgegen, dass der Urlaubsanspruch den Arbeitnehmer im Rahmen der Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes für eine bestimmte Dauer im Jahr von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freistellen soll.³⁹⁷ Der aus dem Grundrecht nach Art. 2 Abs. 1, 1 GG auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unter Beachtung der Menschenwürde abgeleitete Zweck des Urlaubsanspruchs besteht darin, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, seine Zeit unabhängig von der Einbindung in eine fremdbestimmte, betriebliche Organisation ausgestalten zu können.³⁹⁸ Somit soll dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben werden, die Freizeit selbstbestimmt für die körperliche sowie seelische Erholung nutzen zu können.³⁹⁹ Diesem Urlaubszweck steht es aber entgegen, wenn der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht für die Urlaubszeit nicht endgültig befreit wird und aufgrund einer Rückrufs- oder Widerrufsklausel ständig damit rechnen müsste, trotz der Freistellung von der Arbeitspflicht zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden.⁴⁰⁰ Eine solche Vereinbarung von Rückrufs- oder Widerrufsvorbehalten ist mit den Urlaubsgrundsätzen somit nicht zu vereinbaren, da diese eine Abweichung von den Grundsätzen des Bundesurlaubsgesetzes zu Lasten des Arbeitnehmers nach § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG darstellen würden.⁴⁰¹ Wurde eine solche Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer getroffen, hat dies zur Folge, dass der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers

Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Die Festlegung des Urlaubszeitraums stellt weder ein Leistungsbestimmungsrecht dar, im Rahmen dessen der Arbeitgeber die Festsetzung nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB vorzunehmen hätte, noch handelt es sich bei der Festsetzung des Urlaubs um die Bestimmung zur Erfüllung der Gattungsschuld nach § 243 BGB oder die Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts nach § 106 GewO. Nach: BAG, Urt. v. 18.12.1986, Az. 8 AZR 502/84, BAGE 54, 63-67, Rn. 13; Freyler, S. 238ff.; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 7, Rn. 10; Röller, in: Küttner, Urlaubsgewährung, Rn. 5.

³⁹⁵ BAG, Urt. v. 19.05.2009, Az. 9 AZR 433/08, BAGE 131, 30-35, Rn. 28; Urt. v. 14.03.2006, Az. 9 AZR 11/05, NJOZ 2006, 3100 (3102), Rn. 19; Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 26.

³⁹⁶ BAG, Urt. v. 10.02.2015, Az. 9 AZR 455/13, NZA 2015, 998 (999), Rn. 19; Urt. v. 19.05.2009, Az. 9 AZR 433/08, BAGE 131, 30-35, Rn. 17; Urt. v. 19.03.2002, Az. 9 AZR 16/01, NJOZ 2003, 1319 (1321); Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757 (758). Nach Freyler, S. 244f., Unzulässigkeit als Freistellungserklärung unter einer auflösenden Bedingung.

³⁹⁷ BAG, Urt. v. 10.02.2015, Az. 9 AZR 455/13, NZA 2015, 998 (999f.), Rn. 21; Urt. v. 24.03.2009, Az. 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 (541), Rn. 33; Urt. v. 14.03.2006, Az. 9 AZR 11/05, NJOZ 2006, 3100 (3101f.), Rn. 11; Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 28; Urt. v. 07.11.1985, Az. 6 AZR 169/84, BAGE 50, 124-130, Rn. 11; Urt. v. 08.03.1984, Az. 6 AZR 600/82, BAGE 45, 184-199, Rn. 16.

Früher: Einheitstheorie, der Urlaubsanspruch ist ein einheitlicher Anspruch, der aus den Wesenselementen Freizeitgewährung und Zahlung eines Arbeitsentgelts besteht; so auch etwa BAG, Urt. v. 20.04.1956, 1 AZR 476/54, BAGE 3, 23, Rn. 5ff.

³⁹⁸ BAG, Urt. v. 10.05.2005, Az. 9 AZR 251/04, BAGE 114, 313-319, Rn. 33; Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 28; Holthaus, in: HK-ArbR, BUrlG, § 1, Rn. 7; Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, § 1, Rn. 1.

³⁹⁹ BAG, Urt. v. 14.03.2006, Az. 9 AZR 11/05, NJOZ 2006, 3100 (3102), Rn. 17; Urt. v. 10.05.2005, Az. 9 AZR 251/04, BAGE 114, 313-319, Rn. 33; Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 28; Urt. v. 07.11.1985, Az. 6 AZR 169/84, BAGE 50, 124-130, Rn. 13; Hackmann, in: Festschrift Kohle, 293; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 1, Rn. 4; Falder, NZA 2010, 1150 (1155).

⁴⁰⁰ BAG, Urt. v. 19.05.2009, Az. 9 AZR 433/08, BAGE 131, 30-35, Rn. 17; Urt. v. 14.03.2006, Az. 9 AZR 11/05, NJOZ 2006, 3100 (3102), Rn. 17; Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 28; Düwell, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BUrlG, § 7, Rn. 44; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 7, Rn. 27; Röller, in: Küttner, Urlaubsgewährung, Rn. 2. Im Ergebnis so auch: Däubler, SR 2016, 2 (19f.).

⁴⁰¹ BAG, Urt. v. 19.05.2009, Az. 9 AZR 433/08, BAGE 131, 30-35, Rn. 17; Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 30; Düwell, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BUrlG, § 7, Rn. 44; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 7, Rn. 27; Röller, in: Küttner, Urlaubsgewährung, Rn. 2; Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757 (758).

nach § 362 Abs. 1 BGB nicht erfüllt wird, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber tatsächlich einen Rückruf oder Widerruf des Arbeitnehmers aus dem Urlaub erklärt hat.⁴⁰²

Wurde dem Arbeitnehmer ausdrücklich oder konkludent die ständige Erreichbarkeit während des Urlaubs angeordnet oder mit dem Arbeitnehmer vereinbart, behält sich der Arbeitgeber damit vor, den Arbeitnehmer während seines Urlaubs bei Bedarf zur Arbeit heranzuziehen. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer sich während des Urlaubs erreichbar halten muss, indem er die mobilen Kommunikationsmittel trotz seines Urlaubs für dienstliche Belange mit sich führt und dafür sorgt, dass mit ihm über diese Kommunikationsmittel Kontakt aufgenommen werden kann. Eine solche zur Verfügungstellung für Arbeitsbelange schränkt den Arbeitnehmer in seiner Freizeitgestaltung ein, da er während des Urlaubs jederzeit damit rechnen muss, von seinem Arbeitgeber in Anspruch genommen zu werden.⁴⁰³ Aufgrund der sich Zurverfügungstellung kann der Arbeitnehmer die Zeit nicht unabhängig von der Einbindung in die fremdbestimmte, betriebliche Organisation des Arbeitgebers ausgestalten und damit seine Freizeit nicht selbstbestimmt nutzen, sodass der Urlaubszweck beeinträchtigt wird.⁴⁰⁴

Der Beeinträchtigung des Urlaubszwecks steht auch nicht entgegen, dass es sich bei den Zeiten der ständigen Erreichbarkeit nicht um Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG, sondern Ruhezeit handelt. Das Bundesarbeitsgericht hatte in einem Urteil bereits entschieden, dass die Vornahme von Arbeitsbereitschaft durch den Arbeitnehmer mit der Gewährung des gesetzlichen Erholungsurlaubs nicht zu vereinbaren ist, da der Arbeitnehmer trotz der Freistellung ständig damit rechnen muss, zur Arbeit abgerufen zu werden und dies einer selbstbestimmten Freizeitgestaltung im Rahmen des Urlaubs entgegensteht.⁴⁰⁵ Dieser Grundsatz ist auch für die ständige Erreichbarkeit anwendbar, denn aus dem Urteil geht hervor, dass es mit dem Urlaubszweck unvereinbar ist, dass der Arbeitnehmer während des Urlaubs einen zusätzlichen Dienst zu leisten hat, nach dem die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung abzurufen. Dabei ist es unerheblich, dass die Entscheidung den Begriff der Arbeitsbereitschaft verwendet, da es hier nicht auf den arbeitszeitrechtlichen Begriff der Arbeitsbereitschaft ankommt, nach dem der Arbeitnehmer sich am Arbeitsort zur Arbeitstätigkeit bereitzuhalten hat. Es wird vielmehr auf die Verpflichtung des Arbeitnehmers abgestellt, im Rahmen des Urlaubs aufgrund der durch den Arbeitgeber dargelegten betrieblichen Schwierigkeiten die Tätigkeit wiederaufzunehmen und deren Folgen für den Urlaubsanspruch.⁴⁰⁶ Demnach war arbeitsrechtlich der Sachverhalt zu bewerten, nach dem der Arbeitnehmer während seines Urlaubs von den betrieblichen Belangen nicht vollständig losgelöst war. Eine solche Situation besteht auch für den Arbeitnehmer, der sich während seines Urlaubs ständig erreichbar halten soll. Somit gilt auch für die

⁴⁰² BAG, Urt. v. 10.2.2015, Az. 9 AZR 455/13, NZA 2015, 998 (999), Rn. 19; Urt. v. 19.05.2009, Az. 9 AZR 433/08, BAGE 131, 30-35, Rn. 17; Urt. v. 19.03.2002, Az. 9 AZR 16/01, NJOZ 2003, 1319 (1321); Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 28.

⁴⁰³ So auch etwa: Freyler, S. 252.

⁴⁰⁴ So im Ergebnis auch: Freyler, S. 252.

⁴⁰⁵ BAG, Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 28.

⁴⁰⁶ BAG, Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 28.

ständige Erreichbarkeit unter Heranziehung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, dass dieser zusätzliche Dienst mit dem Urlaubszweck nicht kompatibel ist.⁴⁰⁷ Eine Erreichbarkeitsabrede stellt einen Vorbehalt zum Abruf von Arbeitsleistung während des Urlaubs und damit einen unzulässigen Widerrufs-/ Rückrufsvorbehalt dar.⁴⁰⁸ Ein solcher Vorbehalt verstößt gegen die Regelung des § 13 Abs. 1 S. 3 BurlG zu Lasten des Arbeitnehmers und ist unwirksam, sodass der Urlaubsanspruch im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB nicht erfüllt wird und der Arbeitnehmer die Gewährung des gesamten Urlaubs geltend machen kann.⁴⁰⁹ Dabei ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber den Urlaub einvernehmlich unter dem Vorbehalt der Erreichbarkeit gewährt hat oder den Urlaub zunächst vorbehaltlos gewährt hat, aber der Arbeitnehmer sich später verpflichtet hat, dem Arbeitgeber zum Abruf zur Verfügung zu stehen.⁴¹⁰

Neben der ausdrücklichen Erklärung des Arbeitgebers oder der Vereinbarung zur ständigen Erreichbarkeit, kann auch konkludent oder indirekt die Gewährung des Urlaubs unter dem Vorbehalt der ständigen Erreichbarkeit erklärt werden, indem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor dem Urlaubsantritt ein Mobiltelefon zur Verfügung stellt oder ihn auffordert seine Urlaubsadresse oder eine Telefonnummer zu hinterlassen.⁴¹¹ Da der Arbeitnehmer während seines Urlaubs weder für den Arbeitgeber erreichbar sein, noch diesem seine Urlaubsanschrift mitteilen muss, kann in dem Verhalten des Arbeitgebers die Anordnung zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit gesehen werden.⁴¹² Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer auch nicht nachträglich aufgrund zwingender Notwendigkeiten durch eine einseitige Erklärung vom vorbehaltlos gewährten Urlaub zurückrufen und damit die Arbeitspflicht wiederherstellen.⁴¹³ Er kann lediglich nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers während des Urlaubs wiederherstellen, wenn allein die Arbeitskraft des vom Widerruf betroffenen Arbeitnehmers den Zusammenbruch der Unternehmensabläufe verhindern kann, eine Bindung des Arbeitgebers an die ursprüngliche Urlaubsfestlegung schlechterdings unzumutbar wäre und die entstandene Situation zum Zeitpunkt der Urlaubserteilung nicht voraussehbar war.⁴¹⁴ Der Arbeitgeber kann den einmal

⁴⁰⁷ So im Ergebnis auch: Freyler, S. 252.

⁴⁰⁸ BAG, Urt. v. 20.06.2000. Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 30; Holthaus, in: HK-ArbR, BurlG, § 7, Rn. 8.

⁴⁰⁹ BAG, Urt. v. 20.06.2000. Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 30; Düwell, in: Boecken/Diller/Hanau/Düwell, Band 2, BUrIG, § 7, Rn. 45; Leinemann/Linck, BUrIG, § 7, Rn. 57.

⁴¹⁰ Leinemann/Linck, BUrIG, § 7, Rn. 57.

⁴¹¹ Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrIG, § 7, Rn. 27; Holthaus, in: HK-ArbR, BurlG, § 7, Rn. 8.

⁴¹² Richter, AuR 2011, 16 (17).

⁴¹³ Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrIG, § 7, Rn. 27; Leinemann/Linck, BUrIG, § 7, Rn. 55.

A.A. Ein solches Recht des Arbeitgebers bejahend: Neumann, in: Neumann/Fenski/Kühn, BUrIG, § 7, Rn. 38.

⁴¹⁴ Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrIG, § 7, Rn. 27; Oppermann, in: BUrIG-HK, BUrIG, § 7, Rn. 23; Röller, in: Küttner, Urlaubsgewährung, Rn. 11.

A.A. Der Arbeitgeber hat einen Anspruch auf Zustimmung zu einer einvernehmlichen Änderung des Zeitraums für den Urlaub, dies Folge aus der Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen der Gegenseite, die dem Dauerschuldverhältnis impliziert sei; so: Neumann/Fenski/Kühn, BUrIG, § 7, Rn. 37.

gewährten Urlaub nicht einseitig ändern oder verlangen, dass der Arbeitnehmer den gewährten Erholungsurlaub abbricht oder unterbricht.⁴¹⁵

Dabei ist im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit des Arbeitnehmers während des Urlaubs zu beachten, dass sich der Arbeitnehmer auf eine Nichterfüllung des Urlaubsanspruchs nach § 362 Abs. 1 BGB nicht berufen kann, wenn er sich freiwillig ständig erreichbar hält. In diesem Fall liegt keine Veranlassung durch den Arbeitgeber zur ständigen Erreichbarkeit vor, sodass der Arbeitnehmer auch nicht damit rechnen muss, abgerufen zu werden.⁴¹⁶ Vielmehr leistet der Arbeitnehmer diesen Dienst der ständigen Erreichbarkeit aus Neugier oder aus anderen dem Arbeitgeber nicht zurechenbaren Gründen. Dabei ist die Leistung der ständigen Erreichbarkeit nicht mehr freiwillig, wenn der Arbeitgeber hiervon Kenntnis hat, dies duldet und keine aktiven Gegenmaßnahmen vornimmt. Er genehmigt damit die ständige Erreichbarkeit, was zu einer Unterbrechung des Urlaubs führt. Der Arbeitgeber muss sich auch zurechnen lassen, dass der Arbeitnehmer von einer vermeintlichen Verpflichtung zur ständigen Erreichbarkeit ausgeht, wenn der Arbeitgeber eine Erwartungshaltung zu einem zusätzlichen Dienst während des Urlaubs oder einem vorausgehenden Urlaub schafft.⁴¹⁷ Der Arbeitnehmer fühlt sich dann unter Druck gesetzt und glaubt, auch während des Urlaubs einen solchen zusätzlichen Dienst leisten zu müssen.

Demnach steht die durch den Arbeitgeber veranlasste und auch von ihm geduldete ständige Erreichbarkeit dem Urlaubszweck entgegen und führt dazu, dass der Urlaubsanspruch nicht nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt wird, dies gilt nicht bei einer durch den Arbeitnehmer freiwillig gewährten ständigen Erreichbarkeit.⁴¹⁸

2. Freizeittätigkeit während des Urlaubs

Der Annahme, dass der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers wegen seiner ständigen Erreichbarkeit nicht nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt werden kann, könnte entgegenstehen, dass die Intensität der aus der ständigen Erreichbarkeit hervorgehenden Freizeittätigkeit unterschiedlich sein kann und eine Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung des Urlaubs durch die Freizeittätigkeit anzusetzen wäre, sodass die der Freizeittätigkeit vorhergehende ständige Erreichbarkeit für die Unterbrechung unberücksichtigt bliebe.

a) Annahme einer Erheblichkeitsschwelle für Unterbrechung des Urlaubs

Für eine solche Differenzierung nach der Intensität der Freizeittätigkeit könnte sprechen, dass die Freizeittätigkeit nicht generell mit dem Urlaubszweck unvereinbar sei, sondern erst ab einer bestimmten Intensität einer ordnungsgemäßen Urlaubsgewährung entgegensteht.

⁴¹⁵ BAG, Urt. v. 19.01.2010, Az. 9 AZR 246/09, NZA-RR 2010, 473 (474), Rn. 29; Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn.26; Urt. v. 19.12.1991, Az. 2 AZR 367/91, BeckRS 2009, 55110; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BURLG, § 7, Rn. 27; Röller, in: Küttner, Urlaubsgewährung, Rn. 11.

⁴¹⁶ So auch etwa: Freyler, S. 253.

⁴¹⁷ So auch etwa: Freyler, S. 254.

⁴¹⁸ So im Ergebnis auch: Freyler, S. 254.

Durch die Nutzung mobiler Kommunikationsmittel für die Freizeittätigkeit könne der Arbeitnehmer Urlaub und Arbeit besser miteinander vereinbaren, da er von überall aus arbeiten kann, ohne seine Freizeitaktivität zu unterbrechen und sich an seinen Arbeitsplatz begeben zu müssen. Der Arbeitnehmer, der seinen Aufenthaltsort für die Aufnahme der Freizeittätigkeit nicht ändern muss, hat dann auch keine Wegezeiten zum Arbeitsort, die ihn in seiner Freizeitgestaltung beeinträchtigen. Er könne im Anschluss zu der jeweiligen Freizeittätigkeit seine Freizeitaktivität wiederaufnehmen und sogar Warte- oder Fahrtzeiten durch die Freizeittätigkeit sinnvoll nutzen. Demnach führe die Freizeittätigkeit nicht generell zu einer Beanspruchung des Arbeitnehmers und stehe damit nicht immer der Erholung des Arbeitnehmers entgegen, erst ab einer bestimmten Intensität der Freizeittätigkeit sei die selbstbestimmte Freizeitgestaltung beeinträchtigt.⁴¹⁹ Es wäre dann eine Erheblichkeitsschwelle anzusetzen, bei deren Überschreitung der Urlaubszweck nicht mehr verwirklicht und der Urlaubsanspruch nicht mehr erfüllt werden könne. Als Bemessungsfaktor für die Differenzierung nach der Intensität der Freizeittätigkeit könne dessen Dauer herangezogen werden.⁴²⁰ Eine Unterbrechung des Urlaubs sei anzunehmen, wenn eine Tätigkeit mindestens einen Urlaubstag des Arbeitnehmers dauere, sofern die Freizeittätigkeit eine solche Dauer nicht erreiche, liege diese unterhalb der Erheblichkeitsschwelle und führe nicht zu einer Unterbrechung des Urlaubs, sodass der Urlaubsanspruch trotz des kurzzeitigen Einsatzes nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt wäre.⁴²¹ Die Annahme einer solchen Erheblichkeitsschwelle könne aus dem Grundgedanken des Urlaubsrechts abgeleitet werden, nach welchem dem Arbeitnehmer nur in ganzen Tagen Urlaub zu gewähren ist.⁴²² Ein halbtägiger Urlaub kann dem Arbeitnehmer nicht gewährt werden und erfüllt nicht seinen Urlaubsanspruch nach § 362 Abs. 1 BGB.⁴²³ Das Landesarbeitsgericht Hamburg hatte in seinem Urteil vom 21. September 2015 entschieden, dass auch die Gewährung von Teilurlaubstagen mit dem Bundesurlaubsgesetz vereinbar sein soll, sofern die Urlaubsgewährung dringenden betrieblichen Belangen oder sozial vorrangigen Urlaubswünschen anderer Arbeitnehmer nicht entgegen steht und im Übrigen die Gewährung eines zusammenhängenden Urlaubs nach § 7 Abs. 2 S. 1 BUrlG gewährleistet wird.⁴²⁴ Dieses Urteil wurde aber im Rahmen der anschließenden Revision durch das Bundesarbeitsgericht aufgehoben, die Berufung wurde zurückgewiesen.⁴²⁵ Dabei ging das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung nicht darauf ein, ob Urlaubsansprüche auch in Form halber Urlaubstage verlangt und erfüllt werden können. Die Begründetheit der Revision wurde aus prozessrechtlichen Gründen angenommen, da die Klage bereits wegen der Unbestimmtheit des Klageantrags nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 Zivilprozessordnung (im Folgenden: ZPO) und mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für eine auf eine zukünftige Leistung des Arbeitgebers gerichtete

⁴¹⁹ Hanau, NJW 2016, 2613 (2617); Krause, NZA 2016, 1004 (1005f.); Vogt, StBW 2012, 765 (766); Falder, NZA 2010, 1150 (1156).

⁴²⁰ Hanau, NJW 2016, 2613 (2617); Krause, NZA 2016, 1004 (1005f.); Vogt, StBW 2012, 765 (767).

⁴²¹ Falder, NZA 2010, 1150 (1156).

⁴²² Falder, NZA 2010, 1150 (1156).

⁴²³ BAG, Urt. v. 29.07.1965, Az. 5 AZR 380/64, BAGE 17, 263, Rn. 11.

⁴²⁴ LAG Hamburg, Urt. v. 21.09.2015, Az. 8 Sa 46/14, BeckRS 2016, 68475, Rn. 23ff.

⁴²⁵ BAG, Urt. v. 27.06.2017, Az. 9 AZR 120/16, NZA 2017, 1215f.

Klage nach § 259 ZPO unzulässig war.⁴²⁶ Somit kann weiterhin an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten werden, dass die Aufteilung des Erholungsurlaubs in vielfache Halbtagesteile nicht mit der Regelung der zusammenhängenden Urlaubsgewährung nach § 7 Abs. 2 BUrlG vereinbar ist, da der Sinn und Zweck des dem Arbeitnehmer unabdingbar zustehenden Erholungsurlaubs durch eine solche Handhabung verfehlt wird und damit keine rechtswirksame Erfüllung des Urlaubsanspruches darstellt.⁴²⁷ Dem unersetzlichen Wert des Erholungsurlaubs kann nur mit der Gewährung von längeren Urlaubsperioden nachgekommen werden, die Gewährung eines halbtägigen Urlaubs, auch bei Vorliegen dringender persönlicher Gründe auf Seiten des Arbeitnehmers, kommt einer mit § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG unvereinbaren Abbedingung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruches gleich.⁴²⁸

Demnach könne als Erheblichkeitsschwelle ein Urlaubstag angenommen werden, da der Urlaubsanspruch bei der Gewährung von halben Urlaubstagen nicht erfüllt wird. Sofern der Arbeitnehmer weniger als einen Tag in seiner Freizeit tätig werde, sei die Erheblichkeitsschwelle nicht erreicht und damit der Urlaub nicht unterbrochen, sondern nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt; erreicht die Dauer der Freizeittätigkeit mindestens einen Urlaubstag des Arbeitnehmers, wäre die Erheblichkeitsschwelle erreicht und der Urlaub unterbrochen.⁴²⁹ Die ständige Erreichbarkeit könne somit der Erfüllung des Urlaubsanspruches nicht entgegenstehen, da die Unterbrechung des Urlaubs erst bei einer Freizeittätigkeit anzunehmen sei, deren Intensität die Erheblichkeitsschwelle von einem Urlaubstag überschreitet. Wird die Erheblichkeitsschwelle nicht erreicht, bleiben die Einsätze des Arbeitnehmers für die Unterbrechung des Urlaubsanspruches unberücksichtigt.

b) Ablehnung einer Erheblichkeitsschwelle für Unterbrechung des Urlaubs

Die Annahme einer Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung des Urlaubs und die Nichterfüllung des Urlaubsanspruches nach § 362 Abs. 1 BGB bei Freizeittätigkeiten während des Urlaubs ist abzulehnen.

Eine Differenzierung nach der Intensität der Freizeittätigkeit ist nicht mit dem Grundgedanken des Urlaubsrechts vereinbar. Die Gewährung von Urlaub zeichnet sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer in dieser Zeit von seiner Arbeitspflicht befreit wird, sodass der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat seine Freizeit selbstbestimmt für seine körperliche sowie seelische Erholung zu

⁴²⁶ BAG, Urt. v. 27.06.2017, Az. 9 AZR 120/16, NZA 2017, 1215f.

⁴²⁷ BAG, Urt. v. 28.11.1968, Az. 5 AZR 133/68, BAGE 21, 230, Rn. 20ff.; Urt. v. 29.07.1965, Az. 5 AZR 380/64, BAGE 17, 263, Rn. 11; ArbG Hamburg, Urt. v. 27.05.2014, Az. 21 Ca 371/13, BeckRS 2014, 122236, Rn. 18; Leinemann/Linck, BUrlG, § 7, Rn. 103; Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, § 7, Rn. 59.

⁴²⁸ BAG, Urt. v. 28.11.1968, Az. 5 AZR 133/68, BAGE 21, 230, Rn. 20ff.; Urt. v. 29.07.1965, Az. 5 AZR 380/64, BAGE 17, 263, Rn. 11; ArbG Hamburg, Urt. v. 27.05.2014, Az. 21 Ca 371/13, BeckRS 2014, 122236, Rn. 18; Leinemann/Linck, BUrlG, § 7, Rn. 103; Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, § 7, Rn. 59.

⁴²⁹ Falder, NZA 2010, 1150 (1156).

nutzen.⁴³⁰ Die Erholung zielt auf die Zurückgewinnung der Gesundheit und der Leistungsfähigkeit ab.⁴³¹ Somit lässt sich dem Grundgedanken des Urlaubs ableiten, dass jede Kontaktaufnahme des Arbeitgebers mit dem Arbeitnehmer, unabhängig von der Dauer der Tätigkeit, dazu führt, dass sich der Arbeitnehmer mit den betrieblichen Themen zu befassen hat und dadurch das mit dem Urlaub angestrebte Abschalten nicht ermöglicht wird.⁴³² Aus diesem Grund kann der Arbeitnehmer diese Zeit nicht zur Rückgewinnung seiner Gesundheit und Leistungsfähigkeit nutzen, zudem er oftmals auch erst am nächsten Tag wieder den vor der Kontaktaufnahme bestehenden Erholungsstand erreichen kann.⁴³³ Die Konfrontation mit kontroversen betrieblichen Themen während des Urlaubs kann auch zur Folge haben, dass sich der Arbeitnehmer die restliche Zeit seines Urlaubs mit diesen Themen befasst und sich nicht mehr davon lösen kann, sodass er seinen restlichen Urlaub zur Regeneration seiner Arbeitskraft nicht mehr nutzen kann.⁴³⁴

Zudem würde eine solche Erheblichkeitsschwelle für die Unterbrechung des Urlaubs und die damit verbundene Differenzierung nach der Dauer des Einsatzes zu unververtretbaren Ergebnissen führen. Mit der Annahme der Erheblichkeitsschwelle würde, wie auch bei einer Unterbrechung der Ruhezeit, unberücksichtigt bleiben, dass die Dauer der Freizeittätigkeit von individuellen Faktoren beeinflusst wird. Bleiben diese Faktoren unberücksichtigt, würden einzelne Arbeitnehmer benachteiligt, wenn sie aufgrund ihrer Vorkenntnisse schneller arbeiten und damit die Freizeittätigkeit in kürzerer Zeit vornehmen können, sodass ihr Einsatz unterhalb der Erheblichkeitsschwelle bliebe und trotz der Beanspruchung des Arbeitnehmers nicht zu einer Unterbrechung des Urlaubs führt. Demnach würde eine solche Schwelle, nach der erst mit der Überschreitung der Dauer der Freizeittätigkeit über einen halben Urlaubstag eine Unterbrechung des Urlaubs anzunehmen wäre, zu unververtretbaren Ergebnissen führen.

Darüber hinaus würde eine Differenzierung nach der Erheblichkeit der Freizeittätigkeit außer Acht lassen, dass auch einzelne kurze Tätigkeiten von wenigen Minuten mehrmals an einem Urlaubstag, genauso wie eine länger dauernde Tätigkeit über einen ganzen oder halben Urlaubstag, den Erholungszweck des Urlaubs beeinträchtigen können.⁴³⁵ Der Arbeitnehmer wird durch die Vornahme mehrerer kurzer Intervalle der Freizeittätigkeit immer wieder aus seiner Erholungsphase herausgerissen und kann sich während dieser Zeit nicht von seiner Arbeit regenerieren. Zudem kann die kurze Freizeittätigkeit die selbstbestimmte Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers erheblich beeinträchtigen, da der Arbeitnehmer seine Freizeit für diese Zeit nicht selbstbestimmt und damit nicht

⁴³⁰ BAG, Urt. v. 14.03.2006, Az. 9 AZR 11/05, NJOZ 2006, 3100 (3102), Rn. 17; Urt. v. 10.05.2005, Az. 9 AZR 251/04, BAGE 114, 313-319, Rn. 33; Urt. v. 20.06.2000, Az. 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104-111, Rn. 28; Urt. v. 07.11.1985, Az. 6 AZR 169/84, BAGE 50, 124-130, Rn. 13; Hackmann, in: Festschrift Kohte, 293; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 1, Rn. 4; Falder, NZA 2010, 1150 (1155).

⁴³¹ Duden online, Stichwort: Erholung, auf: <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/Erholung>.

⁴³² Richter, AuR 2011, 16 (18); Falder, NZA 2010, 1150 (1156); Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757 (758).

⁴³³ Richter, AuR 2011, 16 (18).

⁴³⁴ Richter, AuR 2011, 16 (18); Falder, NZA 2010, 1150 (1156).

⁴³⁵ Falder, NZA 2010, 1150 (1156).

frei von der Einbindung in die fremdbestimmte betriebliche Organisation nutzen kann. Für den Arbeitnehmer, der sich ständig erreichbar hält, ist es auch nicht absehbar, wann der Arbeitgeber ihn abrufen wird. Somit kann bereits eine Freizeittätigkeit von kurzer Dauer mangels Planbarkeit den gesamten Tagesablauf und die Planung des Arbeitnehmers beeinträchtigen.⁴³⁶ Der Arbeitnehmer kann beispielsweise fixe Termine für Abfahrt oder Abflug zum Urlaubsort sowie Besuch einer Veranstaltung nicht einhalten oder die Einhaltung dieser Termine können gefährdet werden. Auch kann eine solche unvorhergesehene Tätigkeit den Arbeitnehmer unter Druck setzen, wenn er durch diese die privaten Termine nicht einhalten kann, sodass der Erholungszweck des Urlaubs beeinträchtigt wird. Der Arbeitnehmer kann seinen Tagesablauf nicht frei planen oder die geplante Freizeitaktivität nicht realisieren, wenn er den Abruf des Arbeitgebers erwartet und sich ständig erreichbar zu halten hat.⁴³⁷ Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer mit den mobilen Kommunikationsmitteln seine Tätigkeit vornimmt, da es hier nicht auf den mit dem Ortswechsel verbundenen Aufwand ankommt, sondern auf die Möglichkeit, die Freizeit selbstbestimmt gestalten zu können, ohne dabei mit betrieblichen Belangen konfrontiert zu werden. Die Konfrontation mit den betrieblichen Belangen und die damit verbundene Nachwirkung wird nicht durch die Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel aufgehoben, sondern ermöglicht vielmehr eine schnellere Reaktion des Arbeitnehmers auf Anfragen des Arbeitgebers und kann ihn dadurch unter Druck setzen alsbald zu reagieren.

c) Entscheidung für die Ablehnung einer Erheblichkeitsschwelle

Somit führt bereits jede Freizeittätigkeit, unabhängig von ihrer Dauer, zu einer Unterbrechung des Urlaubs, sodass der Urlaubsanspruch nicht nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt wird.⁴³⁸ Eine Erheblichkeitsschwelle für die Annahme einer Unterbrechung des Urlaubs ist damit abzulehnen. Zudem eine solche Annahme die ständige Erreichbarkeit unberücksichtigt ließe und damit dem Grundsatz, dass sich der Arbeitnehmer während seines Urlaubs für betriebliche Belange nicht verfügbar und abrufbereit halten soll, entgegenstehen würde. Demnach führt bereits die Möglichkeit der Kontaktaufnahme durch den Arbeitgeber zu einer Beeinträchtigung des Urlaubszwecks, da der Arbeitnehmer ständig damit rechnen muss, trotz der Freistellung von der Arbeitspflicht, zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden. Der Berücksichtigung der ständigen Erreichbarkeit für die Unterbrechung steht eine Erheblichkeitsschwelle nicht entgegen, nach der die ständige Erreichbarkeit für die Annahme einer Unterbrechung des Urlaubs unberücksichtigt bliebe. Damit führen die ständige Erreichbarkeit und auch kurze Freizeittätigkeiten zu einer Unterbrechung des Urlaubs, die der Erfüllung des Urlaubsanspruches nach § 362 Abs. 1 BGB entgegenstehen.

3. Ergebnis

Somit sind die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit nicht mit den Grundsätzen des Urlaubsrechts vereinbar, sodass ein solcher zusätzlicher Dienst während des Urlaubs der

⁴³⁶ Falder, NZA 2010, 1150 (1156).

⁴³⁷ Falder, NZA 2010, 1150 (1156).

⁴³⁸ So im Ergebnis auch: Freyler, S. 262.

ordnungsgemäßen Gewährung mit der Folge entgegensteht, dass der Urlaubsanspruch nach § 362 Abs. 1 BGB nicht erfüllt wird. Damit besteht für den zusätzlichen Dienst auch eine Grenze durch das Urlaubsrecht, indem der Urlaubsanspruch durch die Anordnung des zusätzlichen Dienstes während des Urlaubs nicht erfüllt wird und der Arbeitgeber diesen somit nachzugewähren hätte.

III. Einsatz bei Arbeitsunfähigkeit

Sofern der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist, könnte dies der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit entgegenstehen.

1. Zusätzlicher Dienst während der Arbeitsunfähigkeit

Der Arbeitnehmer kann nicht zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit während der Zeiten seiner Arbeitsunfähigkeit herangezogen werden.

Die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten und damit auch des Arbeitnehmers setzt nach § 2 Abs. 1 S. 1 der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie voraus, dass der Arbeitnehmer auf Grund von Krankheit seine zuletzt vor der Arbeitsunfähigkeit ausgeübte Tätigkeit nicht mehr oder nur unter der Gefahr der Verschlimmerung der Erkrankung ausführen kann. Darüber hinaus ist nach § 2 Abs. 1 S. 3 der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers anzunehmen, wenn auf Grund eines bestimmten Krankheitszustandes, der für sich allein noch keine Arbeitsunfähigkeit bedingt, aufgrund dessen aber absehbar ist, dass aus der Ausübung der Tätigkeit für die Gesundheit oder die Gesundung abträgliche Folgen erwachsen, die eine Arbeitsunfähigkeit unmittelbar hervorrufen. Der Arbeitnehmer kann aufgrund der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit die ihm geschuldete Arbeit nicht erbringen, die Arbeitsleistung wird ihm dann aufgrund der Bindung an eine bestimmte Arbeitszeit und den Ablauf dieser Leistungszeit nachträglich unmöglich, § 275 Abs. 1 BGB.⁴³⁹ Demnach wird der Arbeitnehmer aufgrund der Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit, sodass der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die Vornahme der Leistung nicht beanspruchen kann.⁴⁴⁰

Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen, dies ergibt sich bereits aus der Vorschrift des § 5 Abs. 1 S. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (im Folgenden: EFZG). Sofern die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage dauert, hat er zudem seinem Arbeitgeber eine

⁴³⁹ BAG, Urt. v. 09.04.2014, Az. 10 AZR 637/13, BAGE 148, 16-25, Rn. 15; Urt. v. 18.03.2014, Az. 9 AZR 669/12, AP BUrlG § 7 Nr. 72, Rn. 16; Urt. v. 25.07.2002, Az. 6 AZR 31/00, Rn. 24; Brors, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 611, Rn. 808; Stadler, in: Jauernig, BGB, § 275, Rn. 30; Jousen, NZA 2001, 745 (747).

A.A. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit kann zur Unzumutbarkeit der Leistung führen, sodass der Arbeitnehmer die Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 3 BGB geltend machen kann; so: Reichold, § 8, Rn. 57ff. Differenzierend: Erkrankter Arbeitnehmer ist objektiv nicht in der Lage, die an sich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, es liegt ebenfalls physisches Unvermögen im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB vor. Sofern der Arbeitnehmer in seiner Gesundheit beeinträchtigt ist, kann er nach § 275 Abs. 3 BGB wählen, ob er tätig wird oder sich wegen Unzumutbarkeit auf sein Leistungsverweigerungsrecht beruft. So: Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 611a, Rn. 685; Ernst, in: MünchKomm-BGB, Band 2, BGB, § 275, Rn. 40; Schulze, BGB, § 275, Rn. 15; Preis, Individualarbeitsrecht, § 42, S. 555.

⁴⁴⁰ BAG, Urt. v. 09.04.2014, Az. 10 AZR 637/13, BAGE 148, 16-25, Rn. 15; Urt. v. 18.03.2014, Az. 9 AZR 669/12, AP BUrlG § 7 Nr. 72, Rn. 16; Brors, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 611, Rn. 816; Stadler, in: Jauernig, BGB, § 275, Rn. 30; Jousen, NZA 2001, 745 (747).

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 5 Abs. 1 der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie vorzulegen (§ 5 Abs. 1 S. 2 EFZG), aus der die Dauer der Arbeitsunfähigkeit hervorgeht. Im Übrigen hat der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dem Arbeitgeber nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG vorzulegen, wenn dieser die Vorlage fordert. Hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitsunfähigkeit angezeigt, kann der Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit vom Arbeitnehmer weder die Leistung von Vollarbeit, noch die Leistung zusätzlicher Dienste fordern.⁴⁴¹ Die Leistung eines zusätzlichen Dienstes würde voraussetzen, dass der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist und sich für den Abruf des Arbeitgebers verfügbar halten kann. Der Arbeitnehmer, der arbeitsunfähig ist, kann aufgrund seines Gesundheitszustands weder die Vollarbeit erbringen, noch sich ständig erreichbar halten, da die Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist. Demnach kann der Arbeitnehmer auch nicht seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber auf Abruf zur Verfügung stellen, da der Abruf unmöglich ist und dem Arbeitgeber kein Leistungsanspruch gegenüber dem Arbeitnehmer wegen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nach § 275 Abs. 1 BGB zusteht.

2. Vorzeitige Rückgewinnung der Arbeitsfähigkeit

Der Arbeitnehmer, der sich während seiner Arbeitsunfähigkeit ständig erreichbar hält und die Freizeittätigkeit vornimmt, könnte durch den zusätzlichen Dienst seine Gesundung und Arbeitsfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber anzeigen. Der vorzeitigen Rückerlangung der Arbeitsfähigkeit steht nicht entgegen, dass die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eine bestimmte Dauer und ein Enddatum der Arbeitsunfähigkeit benennt, da der behandelnde Arzt in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eine Prognose des Krankheitsverlaufes annimmt, sodass neben dem Beginn das voraussichtliche Ende der Arbeitsunfähigkeit lediglich prognostiziert wird.⁴⁴² Somit kann die Gesundung des Arbeitnehmers länger dauern, als im Rahmen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung prognostiziert wurde, sodass der Arzt dem Arbeitnehmer bei Feststellung der weiterhin bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine Folgebescheinigung nach § 5 Abs. 1 S. 4 EFZG ausstellt. Im Rahmen des Krankheitsverlaufes kann es aber auch, aus unterschiedlichen Gründen, zu einer früheren Gesundung des Arbeitnehmers, als in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung prognostiziert wurde, kommen. Der Arbeitnehmer kann in einem solchen Fall erneut zum Arzt gehen und sich eine ärztliche Bescheinigung über seine Arbeitsfähigkeit ausstellen lassen, die er dann dem Arbeitgeber vorlegt und damit seine Gesundung nachweist.⁴⁴³ Er kann aber auch ohne die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung dem Arbeitgeber seine vorzeitige Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit anzeigen, wenn er sich bereits gesund fühlt.⁴⁴⁴

Durch die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit kann der Arbeitnehmer aber nicht seine Gesundung anzeigen, da diesem Verhalten eine solche Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber nicht entnommen werden kann. Der Arbeitnehmer, der sich gesund erklärt, bietet seine volle Arbeitskraft an

⁴⁴¹ Reinhard, in: Erfurter Kommentar, EFZG, § 3, Rn. 3.

⁴⁴² BAG, Urt. v. 14.09.1983, Az. 5 AZR 70/81, BAGE 43, 291-297, Rn. 15; Urt. v. 02.02.1981, Az. 5 AZR 89/80, BAGE 37, 172-181, Rn. 28; LAG Köln, Urt. v. 21.11.2003, Az. 4 Sa 588/03, NZA-RR 2004, 572; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, EFZG, § 5, Rn. 17.

⁴⁴³ Sievers, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, EFZG, § 3, Rn. 159.

⁴⁴⁴ Sievers, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, EFZG, § 3, Rn. 160.

und ist wieder arbeitsfähig. Damit fällt der Grund für die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 1 BGB weg und der Arbeitnehmer ist wieder zur Vornahme der Arbeitsleistung und nicht nur zum zusätzlichen Dienst verpflichtet. Nimmt der Arbeitnehmer einen solchen zusätzlichen Dienst vor, kann diesem Verhalten vielmehr entnommen werden, dass der Arbeitnehmer nur ausnahmsweise für Arbeitsbelange zur Verfügung steht, da er die Arbeitsbelange für unaufschiebbar hält und aus diesem Grund bis zu seiner Gesundung für die Vornahme der Leistung nicht warten kann.

3. Teilarbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers für zusätzlichen Dienst

Sofern der Arbeitnehmer sich während der Zeiten der Arbeitsunfähigkeit für einen zusätzlichen Dienst zur Verfügung stellen will, kann der Arbeitnehmer ihn nicht zur Vornahme eines zusätzlichen Dienstes mit der Annahme einer Teilarbeitsunfähigkeit heranziehen, nach welcher der Arbeitnehmer aufgrund seiner Erkrankung zwar nicht zur Vornahme der Arbeitsleistung während der betriebsüblichen Arbeitszeit in der Lage wäre, er aber einen zusätzlichen Dienst von Zuhause aus vornehmen könne. Die Teilarbeitsunfähigkeit bedeutet, dass der Arbeitnehmer zwar in der Lage ist, seine Arbeitsleistung vorzunehmen, dies aber nicht für den gesamten vereinbarten zeitlichen Umfang tun kann.⁴⁴⁵ Somit könnte der Arbeitnehmer nur für einen Bruchteil des vereinbarten zeitlichen Umfangs arbeiten, indem er sich nach Bedarf im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit zur Verfügung stellt und damit nur teilarbeitsunfähig wäre. Eine solche Differenzierung nach Arbeitsunfähigkeit und Teilarbeitsunfähigkeit ändert aber nicht den Umstand, dass der Arbeitnehmer aufgrund seiner Erkrankung arbeitsunfähig ist und seine vertraglich geschuldete Leistung nicht wie vertraglich vereinbart und voll erbringen kann.⁴⁴⁶ Abgesehen von der Schwierigkeit der tatsächlichen Feststellung, welche Arbeitsleistung der Arbeitnehmer im Rahmen der Teilarbeitsunfähigkeit erbringen könnte und welche nicht, besteht auch nach den gesetzlichen Regelungen eine Teilarbeitsunfähigkeit mit teilweiser Arbeitspflicht und teilweisem Entgeltfortzahlungsanspruch nicht, somit muss sich weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer auf eine Teilleistung einlassen.⁴⁴⁷ Demnach ist der Arbeitnehmer entweder arbeitsfähig oder arbeitsunfähig, sodass er nicht teilarbeitsunfähig sein kann und ihm aus diesem Grund auch nicht die Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit sowie Freizeittätigkeit mit der Begründung angeordnet werden kann, dass diese lediglich ein Tätigwerden nach Bedarf voraussetze und daher den Arbeitnehmer weniger beanspruche. Der Arbeitnehmer ist im Rahmen der Arbeitsunfähigkeit von der Verpflichtung zur Leistungserbringung nach § 275 Abs. 1 BGB befreit, sodass er auch nicht zur Vornahme eines zusätzlichen Dienstes herangezogen werden kann.

⁴⁴⁵ BAG, Urt. v. 09.04.2014, Az. 10 AZR 637/13, BAGE 148, 16-25, Rn. 24; Urt. v. 29.01.1992, Az. 5 AZR 37/91, NZA 1992, 643; Urt. v. 25.10.1973, Az. 5 AZR 141/73, AP BGB § 616 Nr. 42; Sievers, in: Boecken/Düwell/Hanau/Diller, Band 2, EFZG, § 3, Rn. 44; Schliemann/Vogelsang, in: Henssler/Willemsen/Kalb, EFZG, § 3, Rn. 46; Schlachter, in: Münch-Hdb., § 73, Rn. 18.

⁴⁴⁶ BAG, Urt. v. 09.04.2014, Az. 10 AZR 637/13, BAGE 148, 16-25, Rn. 24; Urt. v. 29.01.1992, Az. 5 AZR 37/91, NZA 1992, 643; Urt. v. 25.10.1973, Az. 5 AZR 141/73, AP BGB § 616 Nr. 42; Sievers, in: Boecken/Düwell/Hanau/Diller, Band 2, EFZG, § 3, Rn. 44; Schliemann/Vogelsang, in: Henssler/Willemsen/Kalb, EFZG, § 3, Rn. 46; Schlachter, in: Münch-Hdb., § 73, Rn. 18.

⁴⁴⁷ BAG, Urt. v. 09.04.2014, Az. 10 AZR 637/13, BAGE 148, 16-25, Rn. 24; Urt. v. 29.01.1992, Az. 5 AZR 37/91, NZA 1992, 643; Urt. v. 25.10.1973, Az. 5 AZR 141/73, AP BGB § 616 Nr. 42; Sievers, in: Boecken/Düwell/Hanau/Diller, Band 2, EFZG, § 3, Rn. 44.

4. Ergebnis

Demnach schließt die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers die Vornahme der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit aus, sodass der Arbeitnehmer in dieser Zeit nicht durch den Arbeitgeber zum zusätzlichen Dienst herangezogen werden kann. Der zusätzliche Dienst wird damit auch durch die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers begrenzt.

IV. Vereinbarkeit mit dem Arbeitsschutzgesetz

Nach dem Arbeitsschutzgesetz sind die Sicherheit und der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit durch Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu sichern und zu verbessern (§ 1 Abs. 1 S. 1 ArbSchG). Dabei trifft den Arbeitgeber nach § 3 ArbSchG die Pflicht, erforderliche Maßnahmen des Arbeitsschutzes für die Arbeitnehmer zu treffen. Eine Pflicht des Arbeitgebers Arbeitsschutzmaßnahmen für die Arbeitnehmer nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG zu treffen, könnte auch im Zusammenhang mit der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit bestehen, um die Arbeitnehmer vor den Folgen und Risiken für die Sicherheit und Gesundheit durch einen solchen Dienst zu schützen oder diese zu mindern.

1. Erforderliche Maßnahmen des Arbeitsschutzes, §§ 3 Abs. 1 S. 1, 5 Abs. 1 ArbSchG

Der Arbeitgeber hat nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Als Maßnahmen des Arbeitsschutzes sind nach § 2 Abs. 1 ArbSchG solche zur Verhütung von Unfällen bei der Arbeit und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren, einschließlich der Maßnahmen zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit, zu verstehen. Nimmt der Arbeitgeber Schutzmaßnahmen vor, so hat er unter anderem nach § 4 Nr. 1 ArbSchG die Arbeit so zu gestalten, dass eine Gefährdung für das Leben sowie die physische und die psychische Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst geringgehalten wird. Die §§ 4, 5 ArbSchG wurden im Jahr 2013 ergänzt, indem der Gesundheitsbegriff neben der physischen, nun auch die psychische Gesundheit der Arbeitnehmer erfasst und sich die Gefährdungsbeurteilung auch auf Gefährdungen durch psychische Belastungen bei der Arbeit beziehen kann.⁴⁴⁸ Zur Ermittlung der erforderlichen arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen hat der Arbeitgeber unter Mitwirkung des Betriebsrats sowie weiterer Akteure, wie den Betriebsarzt, die Arbeitsbedingungen zu überprüfen.⁴⁴⁹ Dazu wird nach § 5 Abs. 1 ArbSchG eine Gefährdungsbeurteilung durchgeführt, nach der die mit der Arbeit verbundenen Gefährdungen ermittelt, rechtlich bewertet und die erforderlichen Maßnahmen zur Realisierung der arbeitsschutzrechtlich zu beachtenden Schutzziele, sofern ein rechtlicher

⁴⁴⁸ BGBl. 2013 I Nr. 63, v. 24.10.2013, S. 3847; Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 91; Kohte, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, § 4, Rn. 5; Pieper, BildscharbV, § 1, Rn. 1.

⁴⁴⁹ Otto, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbSchG, § 5, Rn. 2; Kohte, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, § 3, Rn. 26; Blume/Faber, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbSchG, § 3, Rn. 15.

Beurteilungsspielraum besteht, festgelegt werden.⁴⁵⁰

a) Speziellere Gefährdungsbeurteilung nach den Verordnungen, § 18 ArbSchG

Die Bundesregierung erließ mit Zustimmung des Bundesrates nach § 18 ArbSchG einige Verordnungen, unter anderem die Arbeitsstättenverordnung (im Folgenden: ArbStättVO) und die Bildschirmarbeitsverordnung (im Folgenden: BildscharbV), welche die Bestimmungen des Arbeitsschutzgesetzes zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz auf die Einrichtung sowie das Betreiben von Arbeitsstätten konkretisieren sollten.⁴⁵¹ Solche Verordnungen enthalten auch speziellere Gefährdungsbeurteilungen im Verhältnis zur Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG, sodass bei Anwendbarkeit der Verordnungen für den zusätzlichen Dienst die Gefährdungsbeurteilung nach diesen Vorschriften vorzunehmen wäre.⁴⁵²

aa) Gefährdungsbeurteilung, § 3 BildscharbV

Eine Gefährdungsbeurteilung hinsichtlich des zusätzlichen Dienstes könnte nach § 3 BildscharbV vorgenommen werden, da der zusätzliche Dienst mit den mobilen Kommunikationsmitteln die Arbeit an Bildschirmen voraussetzt.

Durch die Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit an Bildschirmgeräten kurz Bildschirmarbeitsverordnung sollte die EG-Einzelrichtlinie des Europäischen Rates 90/270/EWG vom 29. Mai 1990 über die Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit an Bildschirmgeräten umgesetzt werden.⁴⁵³ Hinsichtlich der Anwendung der Bildschirmarbeitsverordnung bestand in der Praxis unter anderem Unsicherheit darüber, ob die Regelungen aufgrund der immer intensiver werdenden Arbeit mit mobilen Kommunikationsmitteln auch auf die Arbeit mit diesen anzuwenden waren.⁴⁵⁴ Der Arbeitnehmer kann mit den mobilen Kommunikationsmitteln auch außerhalb des Betriebs, beim Kunden, im häuslichen Arbeitszimmer oder von unterwegs aus tätig werden, sodass ein Mobile Office entsteht und dieses dem Anwendungsbereich der Bildschirmarbeitsverordnung hätte unterfallen können.⁴⁵⁵

Der sachliche Anwendungsbereich der Bildschirmarbeitsverordnung setzte nach § 1 Abs. 1 BildscharbV die Arbeit an Bildschirmgeräten voraus. Eine Legaldefinition des Begriffes „Bildschirmgerät“ enthielt § 2 Abs. 1 BildscharbV, nach der Bildschirmgeräte solche Geräte sind, die einen Bildschirm zur Darstellung alphanumerischer Zeichen oder zur Grafikdarstellung haben, ungeachtet des Darstellungsverfahrens.

⁴⁵⁰ Otto, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbSchG, § 5, Rn. 2; Kohte, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, § 3, Rn. 26; Blume/Faber, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbSchG, § 3, Rn. 15.

⁴⁵¹ Otto, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbSchG, §§ 18, 19, Rn. 2; Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 21.

⁴⁵² Blume/Faber, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbSchG, § 5, Rn. 11; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 5, Rn. 5.

⁴⁵³ Kreizberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, BildscharbV, Einführung, Rn. 7f.

⁴⁵⁴ Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 134; Kreizberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, BildscharbV, Einführung, Rn. 13; Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345.

⁴⁵⁵ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 1, Rn. 83; Solmecke, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, A. Digitalisierte Arbeitswelt, Rn. 11f.; Raif/Nann, GWR 2016, 221; Oberthür, NZA 2013, 246.

Ausgenommen vom sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung waren unter anderem nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 BildscharbV Bildschirmgeräte für den ortsveränderlichen Gebrauch, sofern sie nicht regelmäßig an einem Arbeitsplatz eingesetzt wurden. Dies wurde damit begründet, dass die tragbaren Bildschirmgeräte für die dauernde Benutzung an einem festen Arbeitsplatz als nicht geeignet angesehen wurden, da sie den ergonomischen Anforderungen, insbesondere bezüglich der Tastaturlage, der Trennung von Tastatur und Bildschirm oder der Qualität der Zeichendarstellung, nicht entsprachen.⁴⁵⁶ Somit sollte die dauerhafte Verwendung solcher Geräte wie Tablets, Handheld Computer, Palmtop, Laptop sowie Notebook ausgeschlossen werden, indem sie vom sachlichen Anwendungsbereich der Bildschirmarbeitsverordnung ausgenommen wurden.⁴⁵⁷

Einem solchen Ausschluss vom Anwendungsbereich der Bildschirmarbeitsverordnung stand aber entgegen, dass gerade die mobile Arbeit an Bildschirmen mobiler Kommunikationsmittel mit besonderen Auswirkungen für die Gesundheit verbunden sein können und somit auch für die Verwendung dieser Geräte ein Bedürfnis für Schutzmaßnahmen nach der Bildschirmarbeitsverordnung bestand.⁴⁵⁸ Der Europäische Gerichtshof hatte in seinem Urteil vom 06. Juli 2000, Aktenzeichen C-11/99 unter anderem auch über die Ausnahmeregelung nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 90/270/EWG zu entscheiden, nach der die Richtlinie, die durch die Bildschirmarbeitsverordnung umgesetzt werden sollte, unter anderem für tragbare Datenverarbeitungsanlagen nicht gelten sollte, sofern sie nicht regelmäßig an einem Arbeitsplatz eingesetzt werden (Art. 1 Abs. 3 d) der Richtlinie 90/270/EWG). Dabei ging das Gericht davon aus, dass der Begriff des Bildschirmarbeitsplatzes im Sinne der Richtlinie 90/270/EWG weit auszulegen ist, um dem Zweck der Richtlinie, der Sicherstellung eines höheren Maßes an Sicherheit an Bildschirmarbeitsplätzen sowie der Gewährleistung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer, Rechnung zu tragen.⁴⁵⁹ Dies werde bereits nach Art. 2 b) der Richtlinie 90/270/EWG deutlich, da die Regelung eine Definition des Arbeitsplatzes vorsehe, die die Arbeit am Computer in den verschiedensten Erscheinungsformen erfasst.⁴⁶⁰ Demnach sollten vom Geltungsbereich der Richtlinie nach Art. 1 Abs. 3 Richtlinie 90/270/EWG nur die dort aufgezählten Arbeitsplätze ausgenommen sein, die ihrerseits ausschließlich Geräte betrafen, bei denen der Bildschirm entweder eine untergeordnete Funktion für die Arbeitsleistung hat oder nur kurzzeitig angewandt wird.⁴⁶¹ Die Anwendbarkeit der Richtlinie 90/270/EWG sollte nicht vom Einsatz an einem Arbeitsplatz im örtlichen Sinne abhängen, sondern von der Nutzungsintensität und der Nutzungsdauer

⁴⁵⁶ Kreizberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, BildscharbV, § 1, Rn. 4; Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 142; Pieper, BildscharbV, § 1, Rn. 20.

⁴⁵⁷ Kreizberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, BildscharbV, § 1, Rn. 4.; Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 142; Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (347); Oberthür, NZA 2013, 246 (247).

⁴⁵⁸ Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 142, 197; Thüsing, SR 2016, 87 (107); Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (349).

⁴⁵⁹ EuGH, Urt. v. 06.07.2000, Az. C-11/99, NZA 2000, 877 (879).

⁴⁶⁰ EuGH, Urt. v. 06.07.2000, Az. C-11/99, NZA 2000, 877 (879).

⁴⁶¹ EuGH, Urt. v. 06.07.2000, Az. C-11/99, NZA 2000, 877 (878); Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (348).

des Gerätes.⁴⁶² Dabei ist zu beachten, dass zum Zeitpunkt der Regelung der Richtlinie im Jahre 1990 bereits aufgrund der technisch beschränkten Möglichkeiten in vielen Unternehmen die Präsenzkultur herrschte, sodass die Arbeitsleistung an einen bestimmten Arbeitsplatz geknüpft war und damit die Nutzungsintensität sowie die Nutzungsdauer des Geräts am Einsatz des Arbeitnehmers an dem jeweiligen Arbeitsplatz zu messen war, die Möglichkeit des mobilen Arbeitens als weitere Nutzungsmöglichkeit der Geräte war nicht wie heutzutage möglich.⁴⁶³ Somit kann diese Regelung so ausgelegt werden, dass der Einsatz am Arbeitsplatz die Nutzung des Geräts zur Vornahme der Arbeitsleistung sicherstellen sollte und damit nach Art. 1 Abs. 3 d) Richtlinie 90/270/EWG auf die regelmäßige Nutzung des Geräts zur Erfüllung von Arbeitspflichten abzustellen wäre, sodass der Ort der Nutzung für den sachlichen Anwendungsbereich unerheblich war.⁴⁶⁴ Dies wäre auch mit dem Zweck der Richtlinie 90/270/EWG zu vereinbaren, da diese ein höheres Maß an Sicherheit an Bildschirmarbeitsplätzen sicherstellen sowie die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gewährleisten sollte.⁴⁶⁵

Eine solche Auslegung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 90/270/EWG wäre auch auf § 1 Abs. 2 Nr. 3 BildscharbV, nach der die Regelung des Art. 1 Abs. 3 d) Richtlinie 90/270/EWG umgesetzt werden sollte, zu übertragen.⁴⁶⁶ Demnach sollte der Anwendungsbereich der Bildschirmarbeitsverordnung durch die Auslegung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BildscharbV auch die Arbeit mit mobilen Kommunikationsmitteln am jeweiligen Aufenthaltsort des Arbeitnehmers erfassen, sofern diese zur Arbeitsleistung regelmäßig genutzt wurden und damit eine erhebliche Nutzungsdauer hatten, aber auch wegen der Bedeutung des Bildschirms eine erhebliche Nutzungsintensität bestand.⁴⁶⁷ Die Arbeit mit mobilen IT-Geräten wäre nur dann aus dem Anwendungsbereich der Bildschirmarbeitsverordnung nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 BildscharbV auszunehmen, wenn es an der Regelmäßigkeit des Einsatzes für die Arbeitsleistung fehlte und die Nutzung nur ausnahmsweise aufgrund der Arbeitsaufgabe erfolgte.⁴⁶⁸ Der Anwendung der Bildschirmarbeitsverordnung auf die Arbeit mit mobilen IT-Geräten sollte auch nicht entgegenstehen, dass der Bildschirmarbeitsplatz nach § 2 Abs. 2 BildscharbV allein aus einem Arbeitsplatz mit einem Bildschirmgerät bestand, ohne dass sonstige Arbeitsmittel, wie beispielsweise ein Arbeitstisch und ein Arbeitsstuhl, vorhanden waren.⁴⁶⁹ Nach dem Wortlaut der Vorschrift kann der Arbeitsplatz mit weiteren Arbeitsmitteln ausgestattet sein, sodass die Anwendbarkeit der Arbeit mit mobilen IT-Geräten nicht auf feste, örtlich gleichbleibende und mit anderen festen Arbeitsmitteln ausgestattete Arbeitsplätze voraussetzt.⁴⁷⁰ Somit fiel die Arbeit nur ausnahmsweise nicht unter den

⁴⁶² EuGH, Urt. v. 06.07.2000, Az. C-11/99, NZA 2000, 877 (878); Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (353).

⁴⁶³ EuGH, Urt. v. 06.07.2000, Az. C-11/99, NZA 2000, 877 (878); Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (353).

⁴⁶⁴ Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (348).

⁴⁶⁵ EuGH, Urt. v. 06.07.2000, Az. C-11/99, NZA 2000, 877 (878); Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (349).

⁴⁶⁶ Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (348).

⁴⁶⁷ Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (348).

⁴⁶⁸ Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (348).

⁴⁶⁹ Kreuzberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, BildscharbV, § 2, Rn. 3.

⁴⁷⁰ Kreuzberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, BildscharbV, § 2, Rn. 3.

Anwendungsbereich der Bildschirmarbeitsverordnung, sofern die Arbeit am Bildschirm von untergeordneter Bedeutung für den Arbeitsprozess oder nur von kurzer Dauer war und demnach eine solche Arbeit keinerlei gesundheitliche Auswirkungen auf den Arbeitnehmer haben konnte.⁴⁷¹

Da ein solches Ergebnis nur durch die Auslegung der Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BildscharbV erreicht werden konnte, bestand die Anforderung an die Verordnungsermächtigten die Anwendung auf die immer intensivere und weiter ausweitende mobile Arbeit unmissverständlich in die Bildschirmarbeitsverordnung aufzunehmen.⁴⁷² Die Bildschirmarbeitsverordnung wurde aber zum 3. Dezember 2016 außer Kraft gesetzt und einige Regelungen in die Arbeitsstättenverordnung aufgenommen.⁴⁷³ Demnach kann eine Gefährdungsbeurteilung für den zusätzlichen Dienst nicht mehr nach § 3 BildscharbV durchgeführt werden.

bb) Gefährdungsbeurteilung, § 3 ArbStättV

Die Gefährdungsbeurteilung im Hinblick auf den zusätzlichen Dienst könnte nach § 3 ArbStättV durchgeführt werden. Nach dieser Gefährdungsbeurteilung wird ermittelt, ob die Arbeitnehmer Gefährdungen beim Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten ausgesetzt sind oder ausgesetzt sein können, sodass alle möglichen Gefährdungen der Sicherheit und der Gesundheit der Beschäftigten zu beurteilen und dabei die Auswirkungen der Arbeitsorganisation und der Arbeitsabläufe in der Arbeitsstätte zu berücksichtigen sind. Dazu müsste die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit mit mobilen Kommunikationsmitteln unter den Anwendungsbereich der Arbeitsstättenverordnung fallen, sodass eine Gefährdungsbeurteilung zur Ermittlung der vorzunehmenden Schutzmaßnahmen nach § 3 ArbStättV durchzuführen wäre.

(1) Änderungen an der Arbeitsstättenverordnung

In der Praxis wurden Schwierigkeiten der Anwendung und Auslegung der Arbeitsstättenverordnung geäußert, da die Arbeitsstättenverordnung nicht den Anforderungen an die sich rasch wandelnde Arbeitswelt mit den damit einhergehenden neuen Arbeitsformen und der technischen Weiterentwicklung entsprach, sodass Anpassungen vorzunehmen waren.⁴⁷⁴ Zur Vereinfachung sollten die gesamten Anforderungen an die Arbeitsplätze in der Arbeitsstättenverordnung geregelt werden, sodass die Anforderungen zur Gestaltung von Arbeitsplätzen mit Bildschirmgeräten beim Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten aus der Bildschirmarbeitsverordnung mit in die Arbeitsstättenverordnung übernommen wurden.⁴⁷⁵ Als Reaktion auf die Veränderungen in der Verwaltung, in der Produktion und im Gewerbe, wo Bildschirmarbeitsplätze zum festen Bestandteil von

⁴⁷¹ EuGH, Urt. v. 06.07.2000, Az. C-11/99, NZA 2000, 877 (878).

⁴⁷² Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 134f.; Kreizberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, Einführung, Rn. 11f.; Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (349).

⁴⁷³ Bundesrat, Drucksache 506/16, Beschl. v. 23.09.2016, S. 24; Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 134; Kreizberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, Einführung, Rn. 12.

⁴⁷⁴ Bundesrat, Drucksache 506/16, Beschl. v. 23.09.2016, S. 24.

⁴⁷⁵ Bundesrat, Drucksache 506/16, Beschl. v. 23.09.2016, S. 24; Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 134; Kreizberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, Einführung, Rn. 12.

Arbeitsplätzen und Arbeitsverfahren geworden sind, sollte eine Anpassung der aus dem Inhalt der Bildschirmarbeitsverordnung übernommenen Vorschriften an die modernen IT-Möglichkeiten vorgenommen werden.⁴⁷⁶

(2) Sachlicher Anwendungsbereich der Arbeitsstättenverordnung

Die Anwendung der Arbeitsstättenverordnung setzt voraus, dass die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit solche Tätigkeiten in einer Arbeitsstätte im Sinne der Arbeitsstättenverordnung sind.

(a) Arbeitsstätte, § 2 Nr. 1, 2 ArbStättV

Der zusätzliche Dienst wird nicht in einer Arbeitsstätte nach § 2 Abs. 1 ArbStättV vorgenommen, da eine solche Arbeitsstätte Arbeitsräume oder andere Orte in Gebäuden auf dem Gelände eines Betriebes, an Orten im Freien auf dem Gelände eines Betriebes sowie an Orten auf Baustellen, sofern sie zur Nutzung für Arbeitsplätze vorgesehen sind, voraussetzt. Der zusätzliche Dienst zeichnet sich dadurch aus, dass die Arbeitnehmer außerhalb des betrieblichen Bereichs tätig werden und damit auch nicht auf dem Betriebsgelände, sondern in öffentlichen Verkehrsmitteln, in der eigenen Wohnung, im Ferienhaus oder auch im Hotel, in dem sich der Arbeitnehmer für seinen Urlaub aufhält.⁴⁷⁷ Somit richtet sich der Ort, an dem der Dienst vorgenommen wird, nach dem Aufenthaltsort des Arbeitnehmers und ist nicht an einen bestimmten Ort geknüpft. Zudem werden nach § 2 Abs. 3 der ArbStättV für die Eigenschaft als Arbeitsräume solche Räume vorausgesetzt, in denen Arbeitsplätze innerhalb von Gebäuden dauerhaft eingerichtet sind. Dies ist gerade bei der Vornahme des zusätzlichen Dienstes abzulehnen, da dieser nicht an dauerhaft eingerichteten Arbeitsplätzen vorgenommen wird, sondern als Mobile Office nicht an einen bestimmten Ort gebunden ist und somit das mobile Arbeiten ermöglicht.⁴⁷⁸

(b) Arbeitsstätte, § 2 Abs. 7 ArbStättV

Das mobile Office könnte aber ein Telearbeitsplatz nach § 2 Abs. 7 ArbStättV und damit eine Arbeitsstätte im Sinne des § 3 ArbStättV sein.

Ein Telearbeitsplatz nach § 2 Abs. 7 ArbStättV setzt einen vom Arbeitgeber fest eingerichteten Bildschirmarbeitsplatz im Privatbereich des Arbeitnehmers voraus, für die der Arbeitgeber eine mit dem Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat. Ein Telearbeitsplatz ist vom Arbeitgeber erst dann eingerichtet, wenn Arbeitgeber und Beschäftigter die Bedingungen der Telearbeit arbeitsvertraglich oder in einer Vereinbarung festgelegt und die benötigte Ausstattung des Telearbeitsplatzes mit Mobiliar, Arbeitsmitteln einschließlich der Kommunikationseinrichtungen durch den Arbeitgeber oder eine von ihm beauftragte Person im

⁴⁷⁶ Bundesrat, Drucksache 506/16, Beschl. v. 23.09.2016, S. 24; Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 135; Kreizberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, Einführung, Rn. 11.

⁴⁷⁷ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 1, Rn. 83; Solmecke, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, A. Digitalisierte Arbeitswelt, Rn. 11f.; Raif/Nann, GWR 2016, 221; Oberthür, NZA 2013, 246.

⁴⁷⁸ Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1432); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1029); Oberthür, NZA 2013, 246 (247).

Privatbereich des Beschäftigten bereitgestellt und installiert haben.

Das Mobile-Office stellt aber schon keinen Telearbeitsplatz dar, da es an einem fest eingerichteten Bildschirmarbeitsplatz fehlt. Nach § 2 Abs. 5 ArbStättV setzt der Bildschirmarbeitsplatz voraus, dass die Tätigkeit an solchen Arbeitsplätzen vorgenommen wird, die sich in Arbeitsräumen befinden sowie mit Bildschirmgeräten und sonstigen Arbeitsmitteln ausgestattet sind. Der zusätzliche Dienst im Mobile-Office zeichnet sich aber dadurch aus, dass sich der Arbeitnehmer auch von unterwegs und an verschiedenen Aufenthaltsorten ständig erreichbar hält sowie die Freizeittätigkeit vornimmt, sodass er nicht in Arbeitsräumen tätig wird.⁴⁷⁹ Zudem setzt die Vorschrift die Ausstattung mit sonstigen Arbeitsmitteln für einen Bildschirmarbeitsplatz voraus. Die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit im Mobile-Office zeichnen sich aber gerade dadurch aus, dass der Arbeitnehmer nur mit seinem Kommunikationsmittel ausgestattet ist, sodass es oft an den sonstigen Arbeitsmitteln fehlt. Somit handelt es sich beim Mobile-Office auch nicht um einen Bildschirmarbeitsplatz nach § 2 Abs. 5 ArbStättV. Zudem ist das Mobile-Office auch kein fest eingerichteter Bildschirmarbeitsplatz im Privatbereich des Beschäftigten, da es sich um ein mobiles Tätigwerden von unterwegs oder auch von zuhause an nicht festen Plätzen handelt.⁴⁸⁰ Das Tätigwerden mit mobilen Kommunikationsmitteln am eigenen Schreibtisch fällt nicht unter den Begriff des Telearbeitsplatzes nach § 2 Abs. 7 ArbStättV.

Eine solche Regelung des Telearbeitsplatzes nach der Arbeitsstättenverordnung könnte unter Berücksichtigung der Vorgaben der Richtlinie 90/270/EWG zu eng sein, da nach Art. 2 b) Richtlinie 90/270/EWG bereits jede Arbeit an einem Bildschirmgerät ausreichend für die Annahme eines Arbeitsplatzes ist und eine darüberhinausgehende Einrichtung des Arbeitsplatzes mit weiteren Arbeitsmitteln möglich, aber nicht Voraussetzung für eine Anwendbarkeit der Regelungen ist.⁴⁸¹ Demnach könnte überlegt werden, ob die einschränkende Definition des § 2 Abs. 7 ArbStättV europarechtskonform auszulegen wäre und damit die Anwendung für das Mobile-Office begründet werden könnte; dem steht aber bereits entgegen, dass der Gesetzgeber die Anwendung der Arbeitsstättenverordnung für das mobile Arbeiten ausschließen wollte und diese Form der Arbeit nicht Telearbeit im Sinne der Verordnung darstellen sollte, da diese nur als zusätzlicher Dienst dem Arbeitnehmer das Arbeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit von zuhause oder unterwegs ermöglichen sollte.⁴⁸²

(3) Zwischenergebnis

Somit fällt der Einsatz des Arbeitnehmers während der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit im Mobile-Office nicht unter den Schutzbereich der Arbeitsstättenverordnung, sodass

⁴⁷⁹ Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1432); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1029); Oberthür, NZA 2013, 246 (247).

⁴⁸⁰ Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1432); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1029); Oberthür, NZA 2013, 246 (247).

⁴⁸¹ Wiebauer, NZA 2017, 220 (222).

⁴⁸² Bundesrat, Drucksache 506/16, Beschl. v. 23.09.2016, S. 36; Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 38, 199.

eine Gefährdungsbeurteilung nach § 3 ArbStättV abzulehnen ist.⁴⁸³

b) Gefährdungsbeurteilung, § 5 ArbSchG

Die fehlende Anwendbarkeit der Arbeitsstättenverordnung könnte dazu führen, dass der Arbeitgeber für den zusätzlichen Dienst keine Maßnahmen zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu treffen hätte. Damit würde aber der Schutz der Arbeitnehmer im Rahmen der Nutzung mobiler Bildschirmgeräte hinter dem Schutzniveau und den Anforderungen für die Arbeit mit klassischen, stationären Bildschirmgeräten zurückbleiben. Um eine solche Schutzlücke zu verhindern, könnte im Rahmen des Mobile-Office auf die allgemeinen Regelungen des Arbeitsschutzgesetzes zurückgegriffen werden, sodass die Gefährdungen und die individuell erforderlichen Schutzmaßnahmen nach der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG zu ermitteln sind.⁴⁸⁴

aa) Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung

Der Anwendungsbereich des Arbeitsschutzgesetzes erstreckt sich auf jede Arbeit in einem Beschäftigungsverhältnis, also in aller Regel auch auf die Telearbeit und das Mobile-Office.⁴⁸⁵ Die Gefährdungsbeurteilung soll darauf abzielen, spezielle Gefährdungen der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer, wie in § 5 Abs. 3 ArbSchG unter anderem aufgeführt, zu ermitteln und daraufhin die nach § 3 Abs. 1 ArbSchG erforderlichen Schutzmaßnahmen herauszustellen, um die ermittelten Gefährdungen zu vermeiden und verbleibende Gefährdungen möglichst gering zu halten. Um die mit der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit durch die Kommunikationsmittel im Zusammenhang stehenden Gefährdungen zu ermitteln und die im Hinblick auf die Besonderheiten des mobilen Einsatzes des Arbeitnehmers individuell erforderlichen Schutzmaßnahmen zu treffen, wäre somit eine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG vorzunehmen.

Die Erschwernis einer solchen Gefährdungsbeurteilung besteht darin, dass die für eine solche Beurteilung zugrunde zulegenden Arbeitsbedingungen im Rahmen des Mobile-Office, anders wie bei der Tätigkeit im Betrieb, nicht vorhergesehen werden können, es besteht eine unüberschaubare Vielzahl unterschiedlicher Arbeitsbedingungen, die zum großen Teil nicht durch den Beschäftigte selbst bestimmt werden.⁴⁸⁶ Die Arbeitsvertragsparteien können die Arbeitsbedingungen im Mobile-Office aus diesem Grund oft nur begrenzt beeinflussen.⁴⁸⁷ Gleichzeitig kann der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen auch nicht einsehen, da der zusätzliche Dienst außerhalb des Betriebs vorgenommen wird und er demnach auf die Information der Arbeitnehmer angewiesen ist.⁴⁸⁸ Für die

⁴⁸³ Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 38; 199; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1432); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1029).

⁴⁸⁴ Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 21; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 3, Rn. 9; Thüsing, SR 2016, 87 (96f.); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1029); Wiebauer, ZfA 2014, 29 (35 f.); Oberthür, NZA 2013, 246 (247).

⁴⁸⁵ Kollmer, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, § 1, Rn. 5; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 1, Rn. 51, 83.

⁴⁸⁶ Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1431).

⁴⁸⁷ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 1, Rn. 81.

⁴⁸⁸ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 1, Rn. 82; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1431); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1029).

Gefährdungsbeurteilung im Rahmen des Mobile-Office sind somit die typischerweise zu erwartenden Einsatzbedingungen zugrunde zu legen, sodass der Arbeitgeber ermitteln muss, welchen Gefährdungen seine Arbeitnehmer potentiell ausgesetzt sind.⁴⁸⁹ Für die Gefährdungsbeurteilung im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit mittels mobiler Kommunikationsmittel hat der Arbeitgeber mögliche Gefährdungen des Arbeitnehmers durch den Einsatz bei Kunden, die Reisetätigkeit, den Einsatz von Zuhause aus oder von anderen Aufenthaltsorten sowie von unterwegs zu ermitteln. Dabei können sich die Gefährdungen im Rahmen des Mobile-Office unter anderem durch die psychische Belastung bei der Arbeit nach § 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG sowie die Gestaltung und Auswahl von Arbeitsmitteln nach § 5 Abs. 3 Nr. 3 ArbSchG ergeben.

Nutzt der Arbeitnehmer im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit mobile Kommunikationsmittel, kann dies dazu führen, dass der Arbeitnehmer einen solchen zusätzlichen Dienst in ungünstigen Umgebungsbedingungen, die zu einer schlechten ergonomischen Arbeitshaltung und schlechten Bedingungen der Bildschirmarbeit, wie Bildschirmbeschaffenheit, Bildschirmgröße und Beleuchtung, störenden äußerlichen Einflüssen (Geräusche, Temperatur), unzureichenden kommunikativen Austausch mit Kollegen sowie fehlender sozialer Anbindung an das betriebliche Geschehen führen.⁴⁹⁰ Zudem bei der Nutzung mobiler Geräte wie Smartphones oder Tablets, die ausschließlich über berührungsempfindliche Bildschirme per Stift oder Finger bedient werden, die bedienenden Finger die Bildschirminhalte verdecken.⁴⁹¹ Auch kann die Nutzung von Tablets mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zu Beschwerden des Handgelenks und zu Verspannungen der Hals- und Nackenmuskulatur führen, da der Monitor und das Eingabemedium zum Touch-Screen vereint sind, sodass der Winkel zwischen Monitorebene und Eingabemedium sich nicht einstellen lässt.⁴⁹²

Zudem sind aber auch die psychischen Belastungen durch den zusätzlichen Dienst zu beachten. Solche psychischen Belastungen können durch Zeitdruck, räumliche Mobilität, zeitliche Flexibilität, Arbeitsverdichtung, grenzenlose Arbeitszeiten im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit des Arbeitnehmers und die damit verbundenen unzureichenden Erholungszeiten entstehen.⁴⁹³ Der zusätzliche Dienst nach der üblichen Arbeitszeit führt auch dazu, dass die Distanzierungsphase von der Arbeit gleichsam mit ins Bett genommen wird, sodass die Schlafqualität des Arbeitnehmers durch längere Einschlafzeiten, häufigeres nächtliches Aufwachen und nächtliches Grübeln verschlechtert wird.⁴⁹⁴ Dabei sind erreichbar Beschäftigte gegenüber Nichterreichbaren signifikant häufiger von

⁴⁸⁹ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 1, Rn. 82; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1431).

⁴⁹⁰ Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 202; Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (352); Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁴⁹¹ Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (351).

⁴⁹² Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 202; Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (351).

⁴⁹³ Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 202; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (54); Raif/Swidarsky, GWR 2017, 351 (353); Däubler, SR 2016, 2 (25); Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346 (354); Thüsing, SR 2016, 87 (88); Wiebauer, NZA 2016, 1430; Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (352); Oberthür, NZA 2013, 246 (248); Falder, NZA 2010, 1150 (1153).

⁴⁹⁴ Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 202; Hassler/Rau, in: iga.Report 23, Teil 2, S. 14; u.a. Hagemann/Albers, in: iga.Report 23, Teil 1, S. 16.

Erholungsunfähigkeit betroffen, da es ihnen schwerfällt sich von der Arbeit gedanklich zu lösen und zur Ruhe zu kommen.⁴⁹⁵

Durch die ständige Erreichbarkeit und die Möglichkeit von überall arbeiten zu können, entstehen auch erhöhte Anforderungen an die individuellen Regulationskompetenzen des einzelnen Arbeitnehmers hinsichtlich Zeit- und Stressmanagement in Kombination mit den sich verändernden Anforderungen.⁴⁹⁶ Zudem sind auch die negativen Auswirkungen der arbeitsbedingten räumlichen Mobilität auf die Gesundheit (insbesondere Zeitdruckerleben, erhöhter Koordinationsaufwand und Komplexität, chronischer Stress, Versagensängste) nicht auszuschließen.⁴⁹⁷ Dabei ist die ständige Präsenz von Überwachungstechnik durch die mobilen Kommunikationsmittel geeignet, um Stress bei den Beschäftigten auszulösen, ohne dass dies mit ihrer konkreten Arbeitsbelastung zusammenhängt.⁴⁹⁸ Dabei sind die Gesundheitsfolgen der ständigen Erreichbarkeit nicht zu verallgemeinern, da die Gesamtumstände des einzelnen Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind.⁴⁹⁹

Somit kann der Einsatz der mobilen Kommunikationsmittel im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit aufgrund der ungünstigen ergonomischen Körperhaltung zu gesundheitlichen Belastungen und wegen der Gestaltung, Auswahl und dem Einsatz des Arbeitsmittels zu Gefährdungen des Arbeitnehmers führen (§ 5 Abs. 3 Nr. 3 ArbSchG). Darüber hinaus kann die ständige Erreichbarkeit als zusätzlicher Dienst zu psychischen Belastungen des Arbeitnehmers führen und damit eine Gefährdung aufgrund der psychischen Belastung bei der Arbeit darstellen (§ 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG). Somit stellen sich durch eine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG hinsichtlich des zusätzlichen Dienstes mit mobilen Kommunikationsmitteln Gefährdungen für die Sicherheit und die Gesundheit des Arbeitnehmers heraus.

bb) Ermittlung von Schutzmaßnahmen

Sofern die Gefährdungen durch den Arbeitgeber und die weiteren Beteiligten des Verfahrens nach § 5 Abs. 1 ArbSchG festgestellt sind, muss der Arbeitgeber die erforderlichen Schutzmaßnahmen für die Zukunft festlegen. Dabei stehen dem Arbeitgeber unterschiedliche Gestaltungsformen und Handlungsmöglichkeiten nach § 5 ArbSchG zu, um Gefährdungen der Gesundheit und Sicherheit des Arbeitnehmers zu verhindern oder zumindest zu mindern. Der Arbeitgeber hat bei der Ermittlung der Maßnahmen den Grundsatz zu beachten, dass die Arbeit so zu gestalten ist, dass Gefährdungen für die physische und die psychische Gesundheit der Arbeitnehmer nach § 4 Nr. 1 ArbSchG möglichst vermieden werden.

Nach der Gefährdungsbeurteilung könnten die ermittelten Gefährdungen nach § 5 Abs. 3 Nr. 3, 6

⁴⁹⁵ Hassler/Rau, in: iga.Report 23, Teil 2, S. 49.

⁴⁹⁶ Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (352); u.a. Hagemann/Albers, in: iga.Report 23, Teil 1, S. 16f.

⁴⁹⁷ Reidel, öAT 2018, 73 (74); Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (352); u.a. Hagemann/Albers, in: iga.Report 23, Teil 1, S. 16f.

⁴⁹⁸ Oberwetter, ZRP 2015, 204.

⁴⁹⁹ U.a. Hagemann/Albers, in: iga.Report 23, Teil 1, S. 17.

ArbSchG einschließlich des Grundsatzes nach § 4 Nr. 1 ArbSchG durch Schutzmaßnahmen hinsichtlich der physischen und psychischen Belastung durch die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit vermieden oder zumindest vermindert werden. Der Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt kann durch ergonomische Vorgaben erreicht werden.⁵⁰⁰ Die mobilen Kommunikationsmittel und ihre physikalischen Eingabegeräte könnten durch Bildschirme mit handgerechter Bildschirmgröße, durch den Einsatz eines zusätzlichen Bildschirms und einer externen Tastatur wie eine faltbare Bluetooth-Tastatur sowie akustische, haptische oder taktile (vibrotaktile) Rückmeldungen bei Tastenberührungen die hardwareergonomische Anforderungen zum Gesundheitsschutz erfüllen.⁵⁰¹ Zudem könnten im Mobile-Office Hilfsmittel eingesetzt werden, wie separate Ständer für das Bildschirmgerät, höhenverstellbare Standfüße für das Notebook, zusammenklappbare Mini-Halter für Smartphones, nahezu vibrationsfreie Windschutzscheibensaugnapfhalterungen für Tablet-PCs, Halterungen für das Auto mit flexibler Klett-Fixierung für Notebooks sowie Laptopknetische mit LED-Licht.⁵⁰² Diese Hilfsmittel könnten die im Rahmen des zusätzlichen Dienstes entstehenden Gefährdungen für die physische Gesundheit aufgrund einer ergonomisch schlechten Haltung des Arbeitnehmers vermeiden oder zumindest verringern.

Neben den technischen Maßnahmen sind aber vor allem auch organisatorische Schutzmaßnahmen vorzunehmen, um die psychische Belastung des Arbeitnehmers durch den zusätzlichen Dienst auszuschließen oder zumindest zu mindern. Grundsätzlich sollte die Vornahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber so ausgestaltet werden, dass diese förderlich für die Persönlichkeit, die Qualifikation und die Gesundheit des Arbeitnehmers ist, sodass Herausforderungen des Arbeitsalltags, wie zunehmende Arbeitshetze, Arbeitsintensivierung und Entgrenzung angemessen bewältigt werden können.⁵⁰³ Es sollten aber auch klare Vorgaben hinsichtlich Arbeitszeitgrenzen sowie der Trennung von Arbeitszeit und Freizeit, der Begrenzung von Mehrarbeit, der Vornahme ständiger Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit einschließlich der zeitlichen Begrenzung der Häufigkeit und der Dauer bestehen.⁵⁰⁴ Der richtige Umgang mit den mobilen Kommunikationsmitteln der Arbeitnehmer kann im Rahmen von Fortbildungsangeboten erlernt werden, indem den Arbeitnehmern die Auswirkungen von Störungen der Erholungszeit aufgezeigt und ihnen Möglichkeiten zum Umgang mit Medien und Kommunikation zur Grenzziehung und Erholungsfähigkeit vermittelt werden, dazu können auch Qualifizierungs- und Fortbildungsangebote zur Stärkung des Zeit- und Selbstmanagements angeboten werden.⁵⁰⁵ Zudem ist die regelmäßige Unterrichtung und Unterweisung der Arbeitnehmer nach § 12 ArbSchG über mögliche Gefährdungspotentiale und die einzuhaltenden Schutzmaßnahmen (z.B. Unterweisung über

⁵⁰⁰ Reidel, öAT 2018, 73 (76); Kohte, NZA 2015, 1417 (1423); Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁵⁰¹ Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (351); Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁵⁰² Calle Lambach/Prümper, RdA 2014, 345 (351); Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁵⁰³ Eberhardt, AiB 2012, 504 (508).

⁵⁰⁴ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 1, Rn. 84; Faber/Feldhoff, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV, Rn. 198; Raif/Swidarsky, GWR 2017, 351 (353); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1435); Kohte, NZA 2015, 1417 (1423); Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁵⁰⁵ Hupfeld/Paridon, in: iga.Report 23, Teil 2, S. 56, 61.

die ergonomische Arbeitsplatzgestaltung, belastungsarme Bildschirmarbeit, vorzunehmende Tätigkeitswechsel) durchzuführen.⁵⁰⁶ Darüber hinaus sollte der Arbeitnehmer auf die Verpflichtung zur Befolgung der erteilten Weisungen und der unverzüglichen Mitteilung der bislang nicht erkannten Gefährdungsquellen hingewiesen werden (vgl. §§ 15,16 ArbSchG).⁵⁰⁷ Dabei soll durch die Anweisungen des Arbeitgebers der Arbeitnehmer in die Lage versetzt werden, sich selbst vor Gefahren bei der Arbeit zu schützen und festgestellte Gefährdungen unverzüglich zu melden, um dem Arbeitgeber die Möglichkeit zu eröffnen, die geforderten Schutzmaßnahmen zu treffen.⁵⁰⁸ Solche Maßnahmen des Arbeitgebers würden demnach die im Rahmen des zusätzlichen Dienstes entstehenden physischen und auch psychischen Gefährdungen der Gesundheit vermeiden oder zumindest mindern.

Die ermittelten Ergebnisse aus der Gefährdungsbeurteilung sind in einer geeigneten Weise zu dokumentieren (§ 6 Abs. 1 ArbSchG). Der Arbeitgeber hat, sofern ihm ein Entscheidungsspielraum zusteht, die nach §§ 3, 5 ArbSchG ermittelten arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen zum zusätzlichen Dienst festzulegen und anschließend umzusetzen. Die Verantwortung für die Planung, Durchführung und Überwachung des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit des Arbeitnehmers trägt der Arbeitgeber.⁵⁰⁹

c) Zwischenergebnis

Sofern durch die Gefährdungsbeurteilung die Maßnahmen zum Arbeitsschutz der Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 ArbSchG ermittelt wurden, hat der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG diese Maßnahmen durchzuführen, um die Gefährdungen der Gesundheit der Arbeitnehmer durch den zusätzlichen Dienst zu unterbinden oder zumindest zu mindern. Dabei sind neben den Anforderungen der Ergonomie bei der Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel auch die psychischen Belastungen durch die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit zu beachten.

2. Ergebnis

Die im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung gemäß § 5 ArbSchG ermittelten Schutzmaßnahmen, die der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG zu treffen hat, beschränken den zusätzlichen Dienst. Dabei beziehen sich die ermittelten Schutzmaßnahmen wegen der psychischen Belastung der Arbeitnehmer durch die ständige Erreichbarkeit und die damit verbundene Freizeittätigkeit auch auf den Umfang und die Häufigkeit des zusätzlichen Dienstes. Damit wird auch nach dem Arbeitsschutzgesetz der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit zum Schutz vor Gefährdungen der Gesundheit der Arbeitnehmer eine Schranke gesetzt.

⁵⁰⁶ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 1, Rn. 84; Kohte, NZA 2015, 1417 (1423); Raif/Swidorsky, GWR 2017, 351 (353); Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁵⁰⁷ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 1, Rn. 84; Kohte, NZA 2015, 1417 (1423); Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁵⁰⁸ Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 1, Rn. 75; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1435); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16; Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁵⁰⁹ Otto, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbSchG, § 3, Rn. 1; Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 95; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1435).

V. Vereinbarkeit mit den Beteiligungsrechten des Betriebsrats

Sofern ein Betriebsrat in dem betroffenen Betrieb eingerichtet ist, wäre zu überlegen, ob der zurechenbaren Veranlassung oder Duldung des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und der damit verbundenen Freizeittätigkeit der Arbeitnehmer des Betriebes Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats entgegenstehen.

1. Arbeitszeit, § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG

Die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit der Arbeitnehmer könnten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG auslösen.

a) Grundsatz

Sobald der Arbeitgeber die Arbeitszeit der Arbeitnehmer verändert oder beeinflusst, muss er prüfen, ob der Betriebsrat aufgrund eines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG zu beteiligen ist. Dem Betriebsrat steht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG das Mitbestimmungsrecht hinsichtlich des Beginnes und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage zu. Darüber hinaus hat der Betriebsrat auch ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG für die vorübergehende Verkürzung und Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit. Somit kann der Arbeitgeber solche Maßnahmen, die das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats betreffen, nur unter der Beteiligung des Betriebsrats bzw. nach entsprechendem Beschluss der Einigungsstelle nach §§ 87 Abs. 2, 76 Abs. 5 BetrVG vornehmen.

b) Rufbereitschaft

Um zu bestimmen, ob der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der ständigen Erreichbarkeit und der damit verbundenen Freizeittätigkeit hat, ist aufgrund der Nähe der ständigen Erreichbarkeit zur Rufbereitschaft, die Mitbestimmung im Hinblick auf die Rufbereitschaft zu untersuchen, um sodann Rückschlüsse auf die ständige Erreichbarkeit zu ziehen.

aa) Mitbestimmungstatbestand nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

Dem Betriebsrat steht „an sich“, sofern keine gesetzlichen oder tariflichen Regelungen bestehen, ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hinsichtlich Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage zu. Dabei unterliegt die Festlegung der Wochenarbeitszeit und damit die Dauer der Arbeitszeit nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.⁵¹⁰

⁵¹⁰ BAG, Beschl. v. 22.07.2003, Az. 1 ABR 28/02, BAGE 107, 78-90, Rn. 45; Beschl. v. 27.01.1998, Az. 1 ABR 35/97, NZA 1998, 835 (837); Beschl. v. 22.06.1993, Az. 1 ABR 62/92, BAGE 73, 291-307, Rn. 46; Beschl. v. 13.10.1987, Az. 1 ABR 10/86, BAGE 56, 197-214, Rn. 39; Schlachter, in: 50 Jahre BAG, 1253 (1265); Fitting, § 87, Rn. 103ff.; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 284; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 263.

Anders als im Rahmen der Regelungen des Arbeitszeitgesetzes und der Vergütungsregelungen, werden im Rahmen der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, die Zeiten der Rufbereitschaft nicht als Freizeit, sondern als Arbeitszeit angesehen.⁵¹¹ Dies hängt damit zusammen, dass die Bestimmung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit die Lage der Arbeitszeit festlegt und damit auch die den Arbeitnehmern verbleibende Freizeit für eine freie Gestaltung des Privatlebens, sodass der Arbeitnehmer an der Lage der Arbeitszeit als Grenze zwischen Arbeits- und Freizeit ein erhebliches, schutzwürdiges Interesse hat.⁵¹² Leistet der Arbeitnehmer Rufbereitschaft, wird somit die Gestaltung der Freizeit des Arbeitnehmers eingeschränkt, da er unter anderem seinen Aufenthaltsort so wählen und seine Freizeit so vorausschauend planen muss, dass er für den Arbeitgeber jederzeit erreichbar ist.⁵¹³ Somit führt bereits die Verpflichtung, sich während der Zeiten der Rufbereitschaft für einen Abruf bereitzuhalten, zu einer Einschränkung des Arbeitnehmers in seiner freien Freizeitgestaltung, sodass der Arbeitnehmer hinsichtlich der Lage seiner Rufbereitschaftszeit, wie auch im Hinblick der Lage seiner Arbeitszeit, ein erhebliches Interesse hat.⁵¹⁴ Aufgrund dieses Interesses des Arbeitnehmers ist es auch gerechtfertigt, dass die Zeiten der Rufbereitschaft, entgegen vermeintlicher arbeitszeit- und vergütungsrechtlicher Beurteilungen, als Arbeitszeit im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG anzusehen sind.⁵¹⁵

Somit steht dem Betriebsrat „an sich“ ein Mitbestimmungsrecht über Beginn und Ende von Rufbereitschaftszeiten sowie über die Verteilung solcher Zeiten auf die einzelnen Wochentage zu, dazu gehört die Aufstellung von Rufbereitschaftsplänen.⁵¹⁶ Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Personenkreises, der die Rufbereitschaft zu leisten hat sowie ob, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise von bereits aufgestellten Schichtplänen abgewichen werden kann.⁵¹⁷ Die Einführung von Rufbereitschaft und damit das ob der Rufbereitschaft unterliegt hingegen nicht der

A.A. Auch die Dauer der Arbeitszeit werde vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erfasst, da im Vergleich zum § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG diese die Spezialregelung sei und der § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die allgemeine Regelung, welche die Arbeitszeit als solche betrifft. Deshalb habe § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG rechtssystematisch betrachtet nur eine Klarstellungsfunktion für die beschriebenen Ausnahmesituationen. § 87 Abs. 1 Nr. 2 und § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG würden nicht im Konkurrenzverhältnis zueinanderstehen, sondern im Verhältnis wechselseitiger Ergänzung. So: Compensis, NJW 2007, 3089 (3092f.). Grundsätzlich bejahend Mitbestimmungsrecht bezüglich der Dauer der Arbeitszeit, so: Farthmann, RdA 1974, 65 (66f.); Föhr, AuR 1975, 353 (359).

⁵¹¹ BAG, Beschl. v. 10.11.2009, Az. 1 ABR 54/08, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 125, Rn. 14; Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 33; Anziger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 61a; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 355; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 212; Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757 (758).

⁵¹² BAG, Beschl. v. 10.11.2009, Az. 1 ABR 54/08, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 125, Rn. 14; Beschl. v. 14.11.2006, Az. 1 ABR 5/06, BAGE 120, 162-172, Rn. 26; Teilbeschl. v. 26.10.2004, Az. 1 ABR 31/03 (A), BAGE 112, 227-237, Rn. 40; Beschl. v. 28.05.2002, Az. 1 ABR 40/01, NZA 2003, 1352 (1354); Beschl. v. 23.01.2001, Az. 1 ABR 36/00, NZA 2001, 741 (742); Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 355; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 212; Kreft, AuR 2018, 56; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (17).

⁵¹³ BAG, Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 33.

⁵¹⁴ BAG, Beschl. v. 23.01.2001, Az. 1 ABR 36/00, NZA 2001, 741 (742); Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 33; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 356; Bepler, NZA Beilage 2006, 45 (48).

⁵¹⁵ BAG, Beschl. v. 28.05.2002, Az. 1 ABR 40/01, NZA 2003, 1352 (1354); Beschl. v. 23.01.2001, Az. 1 ABR 36/00, NZA 2001, 741 (742); Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 33; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 312; Bepler, NZA Beilage 2006, 45 (48).

⁵¹⁶ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 4/16, NZA 2018, 191 (192), Rn. 19; Beschl. v. 23.01.2001, Az. 1 ABR 36/00, NZA 2001, 741 (742); Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 32f.; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 341; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 313.

⁵¹⁷ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 4/16, NZA 2018, 191 (192), Rn. 19; Beschl. v. 28.05.2002, Az. 1 ABR 40/01, NZA 2003, 1352 (1354), Rn. 30; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 21.05.2015, Az. 5 TaBV 96/14, BeckRS 2015, 73317, Rn. 31; Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757 (758).

Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, da das Mitbestimmungsrecht nicht die Dauer der Arbeitszeit erfasst.⁵¹⁸

bb) Mitbestimmungstatbestand nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Darüber hinaus unterliegt die Rufbereitschaft dem Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, da diese zu einer vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit im Betrieb führen kann.⁵¹⁹ Eine vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit in einem Betrieb liegt bei einer Abweichung vom allgemein geltenden Zeitvolumen für einen überschaubaren Zeitraum vor, in dessen Anschluss wieder zur betriebsüblichen Dauer der Arbeitszeit zurückgekehrt wird.⁵²⁰ Die betriebsübliche Arbeitszeit wird durch den vertraglich geschuldeten zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung sowie dessen Verteilung auf einzelne Zeitabschnitte bestimmt.⁵²¹ Einer vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit steht nicht bereits entgegen, dass die Vereinbarung zur Leistung von Rufbereitschaft auf Dauer erfolgt, da diese nicht schon zu einer Überschreitung des vertraglich geschuldeten zeitlichen Umfangs der Arbeitsleistung führt; die Vereinbarung und die Leistung der Rufbereitschaft ist lediglich ein Mittel, das sicherstellen soll, dass ein außerhalb der normalen Arbeitszeit auftretender Bedarf an Arbeitskraft befriedigt werden kann.⁵²² Somit ist für die mitbestimmungsrechtliche Einordnung die Arbeit während des Dienstes prägend, da mit dieser der vertraglich geschuldete zeitliche Umfang der Arbeitsleistung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ausgedehnt wird und damit zu einer vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit führt.⁵²³ Die Vollarbeit, die der Arbeitnehmer während der Rufbereitschaft vornimmt, stellt im Vergleich zur üblichen Arbeitszeit Mehrarbeit dar und ist nicht eine besondere Form der Leistung von Rufbereitschaft.⁵²⁴ Nimmt der Arbeitnehmer vorübergehend Mehrarbeit vor, stellt dies keine auf Dauer geschuldete Arbeitsleistung dar, sondern eine vorübergehende, nach Bedarf erfolgende Arbeitsleistung, sodass mit der Vereinbarung von Rufbereitschaft die betriebsübliche Arbeitszeit nicht auf Dauer verlängert wird.⁵²⁵ Es wird vielmehr auf Dauer die Verpflichtung begründet, sich nach einem bestimmten Plan rufbereit zu halten, um im Rahmen dessen die vorübergehende Mehrarbeit zu

⁵¹⁸ Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 313; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 340; Meinhardt, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, BetrVG, § 87, Rn. 78; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 207.

Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bestehe auch hinsichtlich der Einführung und damit des ob der Rufbereitschaft; so: BAG, Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 30; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 103; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 127.

⁵¹⁹ BAG, Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 15/99, NZA 2000, 1243 (1246)37ff.; Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 20; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 361.

⁵²⁰ BAG, Teilbeschl. v. 26.10.2004, Az. 1 ABR 31/03 (A), BAGE 112, 227-237, Rn. 37; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 133.

⁵²¹ BAG, Beschl. v. 09.07.2013, Az. 1 ABR 19/12, BAGE 145, 330-340, Rn. 21; Teilbeschl. v. 26.10.2004, Az. 1 ABR 31/03 (A), BAGE 112, 227-237, Rn. 34; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 132; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 231.

⁵²² BAG, Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 15/99, NZA 2000, 1243 (1245) (Entscheidungsgrundlage war hier zwar der Bereitschaftsdienst, deren Passivzeiten wurden zum Zeitpunkt der Entscheidung aber nicht als Arbeitszeit anerkannt, weshalb diese Entscheidung auch für die Rufbereitschaft herangezogen werden kann); Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 20; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 340.

⁵²³ BAG, Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 15/99, NZA 2000, 1243 (1245); Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 20.

⁵²⁴ BAG, Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 15/99, NZA 2000, 1243 (1245); Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 20.

⁵²⁵ BAG, Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 15/99, NZA 2000, 1243 (1245); Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 20.

erbringen.⁵²⁶ Eine solche Vereinbarung für die Leistung von Rufbereitschaft wird somit vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates hinsichtlich der vorübergehenden Mehrarbeit erfasst, da es sich um eine im Kern vorsorgliche Regelung der Leistung von Überstunden handelt.⁵²⁷

Somit besteht „an sich“ ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG für die Anordnung von Rufbereitschaft und die Aufstellung von Rufbereitschaftsplänen, die auch bei Abruf zu einer Überschreitung der vereinbarten Arbeitszeiten führen. Dabei ist für die Begründung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats eine Anordnung des Arbeitgebers zur zusätzlichen Arbeit nicht erforderlich, da bereits die Duldung des Arbeitgebers hinsichtlich vorgenommener Überstunden ausreichend ist, um ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auszulösen.⁵²⁸

cc) Kollektiver Tatbestand für die Mitbestimmung des Betriebsrats

Für die Annahme eines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG wird neben der Erfüllung des Mitbestimmungstatbestands die Regelung eines kollektiven Tatbestandes vorausgesetzt, sodass die Regelungsfrage die kollektiven Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berühren und eine allgemeine Regelung im Betrieb voraussetzen.⁵²⁹ Sofern ein zusätzlicher Arbeitsbedarf regelmäßig und vorhersehbar auftritt, sind die Regelungen über das ob, den Umfang und die einzusetzenden Arbeitnehmer zur Abdeckung dieses Arbeitsbedarfes ein kollektiver Tatbestand, da eine solche Regelung unabhängig von der Person und den individuellen Wünschen einzelner Arbeitnehmer vorgenommen wird.⁵³⁰ Für einen kollektiven Tatbestand ist nicht die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer entscheidend, diese bietet allenfalls einen Indiz für das Vorhandensein eines kollektiven Tatbestandes.⁵³¹ Demnach besteht kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, wenn der Arbeitgeber die Überstunden im Rahmen des Direktionsrechts gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer oder mehreren voneinander unabhängigen Arbeitnehmern aufgrund individueller Umstände oder entsprechender einzelvertraglicher Vereinbarungen anordnet.⁵³²

dd) Zwischenergebnis

Demnach steht dem Betriebsrat hinsichtlich der Regelung von Rufbereitschaft ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG zu, sofern es sich um die Regelung eines

⁵²⁶ BAG, Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 15/99, NZA 2000, 1243 (1245); Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 20.

⁵²⁷ BAG, Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 15/99, NZA 2000, 1243 (1245); Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 20; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 125; Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 52.

⁵²⁸ BAG, Beschl. v. 27.11.1990, Az. 1 ABR 77/89, NZA 1991, 382 (383f.); Beschl. v. 22.02.1983, Az. 1 ABR 27/81, BAGE 42, 11-26, Rn. 25; LAG Frankfurt, Beschl. v. 24.01.1989, Az. 5 TaBV 123/88, NZA 1989, 943; LAG Hessen, Beschl. v. 01.12.1987, Az. 5 TaBV 98/87, BeckRS 1987 30448241; Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 52; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 144; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 245; bereits bei freiwilliger Mehrarbeit: Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 122.

⁵²⁹ BAG, Urt. v. 25.02.2015, Az. 1 AZR 642/13, BAGE 151, 35-44, Rn. 37; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 121; Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 7; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 6; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (17).

⁵³⁰ BAG, Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 23; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 121.

⁵³¹ BAG, Beschl. v. 10.10.2006, Az. 1 ABR 68/05, BAGE 119, 356-365, Rn. 30; Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 23; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 121; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 17; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 6.

⁵³² Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 121; Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 8; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 394.

kollektiven Tatbestands handelt.

c) Ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit

Die Grundsätze für die Mitbestimmung der Rufbereitschaft können für die ständige Erreichbarkeit herangezogen werden, da es sich bei diesem um einen mit der Rufbereitschaft vergleichbaren zusätzlichen Dienst des Arbeitnehmers handelt. Somit könnte dem Betriebsrat auch hinsichtlich der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG zustehen.

aa) Mitbestimmungstatbestand nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

Bereits die dem Arbeitgeber zurechenbare Veranlassung oder Duldung des Arbeitnehmers zur ständigen Erreichbarkeit, welche die Freizeittätigkeit ermöglicht, löst „an sich“ das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG aus. Der zusätzliche Dienst wirkt sich auf den Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Ruhepausen sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage aus.

Die ständige Erreichbarkeit betrifft den Arbeitnehmer in seiner Freizeitgestaltung aufgrund der Verfügbarkeit außerhalb der Arbeitszeit, vergleichbar wie den Arbeitnehmer, der im Rahmen seiner Freizeit Rufbereitschaft zu leisten hat. Auch im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit hält sich der Arbeitnehmer über die mobilen Kommunikationsmittel verfügbar, um auf Kontaktaufnahmen des Arbeitgebers in der Freizeit reagieren zu können und ist dadurch in seiner Freizeitgestaltung eingeschränkt.⁵³³ Der Arbeitnehmer ist verpflichtet oder fühlt sich auf Veranlassung des Arbeitgebers dazu verpflichtet, sich ständig erreichbar zu halten, um auf Kontaktaufnahmen zu reagieren und in seiner Freizeit tätig zu werden. Somit hat der Arbeitnehmer bei der ständigen Erreichbarkeit, wie auch bei der Rufbereitschaft, aufgrund der Einschränkung der Freizeitgestaltung durch die Vornahme des Dienstes, ein erhebliches Interesse an der Lage der Zeiten der ständigen Erreichbarkeit und der Lage seiner Arbeitszeit sowie die Verteilung auf die einzelnen Wochentage. Demnach hat der Betriebsrat durch die Ausübung seines Mitbestimmungsrechts das Interesse des Arbeitnehmers zu wahren. Es sind auch keine nachvollziehbaren Gründe ersichtlich, die es rechtfertigten, dass der Betriebsrat die Interessen des Arbeitnehmers im Rahmen der Rufbereitschaft wahren können soll und im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit dies ihm verwehrt sein soll. In beiden Fällen ist der Arbeitnehmer schutzbedürftig und bedarf der Interessenwahrung durch den Betriebsrat. Im Übrigen würde dem Arbeitgeber die Möglichkeit zustehen, durch die Vereinbarung der ständigen Erreichbarkeit, statt der Rufbereitschaft, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu umgehen und damit auch den Schutz der Arbeitnehmer auszuschließen. Aus diesem Grund sind die Zeiten der ständigen Erreichbarkeit, wie auch bei der Rufbereitschaft, entgegen vermeintlicher arbeitszeit- und vergütungsrechtlicher Beurteilungen, als Arbeitszeit im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu behandeln, sodass der

⁵³³ So etwa: Krause, NZA 2016, 1004f.; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19f.); Wank, RdA 2014, 285 (288f.); Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

Betriebsrat hinsichtlich der ständigen Erreichbarkeit, aufgrund des Einflusses auf Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, ein Mitbestimmungsrecht hat.

Somit steht dem Betriebsrat „an sich“ ein Mitbestimmungsrecht über Beginn und Ende der ständigen Erreichbarkeit sowie die Verteilung solcher Zeiten auf die einzelnen Wochentage zu, zu denen auch die Aufstellung von Erreichbarkeitsplänen gehört. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist, wie auch bei der Rufbereitschaft, die Ausgestaltung der ständigen Erreichbarkeit. Dabei erfasst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht nur die ständige Erreichbarkeit, sondern auch die sich aus der ständigen Erreichbarkeit ergebende Freizeittätigkeit, da diese sich auch auf den Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit auswirkt. Die Einführung und damit das ob des zusätzlichen Dienstes unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, da die Dauer der Arbeitszeit von der Mitbestimmung nach dieser Vorschrift ausgeschlossen ist.

bb) Mitbestimmungstatbestand nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Darüber hinaus steht dem Betriebsrat hinsichtlich des zusätzlichen Dienstes „an sich“ ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zu. Dieser Mitbestimmungstatbestand setzt eine vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit voraus. Durch das Tätigwerden des Arbeitnehmers in der Freizeit, wird der vertraglich geschuldete Umfang der Arbeitsleistung verlängert und auf einzelne Zeitabschnitte verteilt. Diese Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit ist auch vorübergehend, da die Freizeittätigkeit zu einer kurzfristigen Abweichung vom allgemein geltenden Zeitvolumen für einen überschaubaren Zeitraum führt und im Anschluss wieder zur betriebsüblichen Arbeitszeit zurückgekehrt wird. Der vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit steht, wie auch bei der Rufbereitschaft, nicht entgegen, wenn die Vereinbarung zur Leistung von ständiger Erreichbarkeit auf Dauer erfolgt, da diese nicht zu einer Überschreitung des vertraglich geschuldeten zeitlichen Umfangs der Arbeitsleistung führt. Durch einen solchen zusätzlichen Dienst soll vielmehr dem Arbeitgeber bei Bedarf die Kontaktaufnahme mit dem Arbeitnehmer ermöglicht werden, sodass erst mit der Kontaktaufnahme die Arbeitszeit verlängert wird. Somit führt nicht schon eine Vereinbarung von ständiger Erreichbarkeit zu einer dauerhaften Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit. Die Einteilung zur ständigen Erreichbarkeit stellt, wie bei der Rufbereitschaft, die vorsorgliche Einteilung zur Leistung von Mehrarbeit dar, da der ständig erreichbare Arbeitnehmer bei Bedarf in seiner Freizeit zur Arbeit abgerufen wird.

Für das Mitbestimmungsrecht wird eine ausdrückliche Anordnung des Arbeitgebers zur zusätzlichen Arbeit nicht vorausgesetzt, sodass es bereits gegeben ist, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung ohne ausdrückliche oder konkludente Anordnung erbringt und der Arbeitgeber diese entgegennimmt bzw. duldet, da es in seinem Verantwortungsbereich liegt, zusätzliche Leistungen bei Kenntnis zu

unterbinden.⁵³⁴

Somit führt die Freizeittätigkeit im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit zu einer vorübergehenden Verlängerung der Arbeitszeit im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Demnach wird auch die Anordnung zur ständigen Erreichbarkeit vom Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erfasst, da es sich dabei um eine im Kern vorsorgliche Regelung zur Leistung von Mehrarbeit handelt und damit einer vorübergehenden Verlängerung der Arbeitszeit.

cc) Kollektiver Tatbestand für die Mitbestimmung des Betriebsrats

Für die Annahme eines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG wird neben der Erfüllung des Mitbestimmungstatbestands die Regelung eines kollektiven Tatbestandes vorausgesetzt, sodass die Regelungsfrage die kollektiven Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berühren und eine allgemeine Regelung im Betrieb voraussetzen.⁵³⁵

Sofern ein zusätzlicher Arbeitsbedarf regelmäßig und vorhersehbar auftritt, sind die Regelungen über das ob, den Umfang und die einzusetzenden Arbeitnehmer zur Abdeckung dieses Arbeitsbedarfes ein kollektiver Tatbestand, da eine solche Regelung unabhängig von der Person und den individuellen Wünschen einzelner Arbeitnehmer vorgenommen wird.⁵³⁶ Der kollektive Tatbestand kann bereits dann angenommen werden, wenn jeder der in Frage kommenden Arbeitnehmer damit rechnen muss, zur Leistung von Überstunden herangezogen zu werden, sodass sich eine Regelungsfrage des zusätzlichen Dienstes stellt, welche die kollektiven Interessen berührt.⁵³⁷

Es fehlt an einem kollektiven Tatbestand, wenn die ständige Erreichbarkeit auf individuellen Umständen in der Person des Arbeitnehmers oder seiner speziellen Erfahrung beruht, zudem kann ein solcher zusätzlicher Dienst auf eine arbeitsvertragliche Vereinbarung zurückzuführen sein. Dabei können einzelne Arbeitnehmer aufgrund ihrer Fähigkeiten oder der Relevanz ihrer Tätigkeit, unabhängig voneinander und damit nicht als Gruppe, ständig erreichbar sein und in ihrer Freizeit tätig werden. Ein kollektiver Tatbestand ist demnach erst dann anzunehmen, wenn es sich bei der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit um einen zusätzlichen Arbeitsbedarf handelt, für deren Leistung jeder der in Frage kommenden Arbeitnehmer herangezogen werden könnte, sodass sich die Regelungsfrage eines solchen zusätzlichen Dienstes stellt.

⁵³⁴ BAG, Beschl. v. 27.11.1990, Az. 1 ABR 77/89, NZA 1991, 382 (383f.); Beschl. v. 22.02.1983, Az. 1 ABR 27/81, BAGE 42, 11-26, Rn. 25; LAG Frankfurt, Beschl. v. 24.01.1989, Az. 5 TaBV 123/88, NZA 1989, 943; LAG Hessen, Beschl. v. 01.12.1987, Az. 5 TaBV 98/87, BeckRS 1987, 30448241; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 144. Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 5, 52; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 245. Bereits bei freiwilliger Mehrarbeit, so: Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 122.

⁵³⁵ BAG, Urt. v. 25.02.2015, Az. 1 AZR 642/13, BAGE 151, 35-44, Rn. 37; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 121; Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 7; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 6; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (17).

⁵³⁶ BAG, Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 23; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 121.

⁵³⁷ BAG, Beschl. v. 21.12.1982, Az. 1 ABR 14/81, BAGE 41, 200-209, Rn. 23; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 121; Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 8; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 394.

dd) Zwischenergebnis

Demnach steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG hinsichtlich der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit zu, wenn auch ein kollektiver Tatbestand vorliegt.

Sofern der Arbeitgeber den zusätzlichen Dienst ohne die Beteiligung des Betriebsrats anordnet, führt dies zur Unwirksamkeit der einseitigen Anordnung des Arbeitgebers. Die Beteiligung des Betriebsrats ist Wirksamkeitsvoraussetzung für alle mitbestimmungspflichtigen Regelungen und Maßnahmen, sodass mitbestimmungswidrige Regelungen und Maßnahmen des Arbeitgebers rechtswidrig sowie unwirksam sind.⁵³⁸ Diese Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung wird aber dadurch eingeschränkt, dass nur dann die fehlende Beteiligung des Betriebsrats die Unwirksamkeit der Regelung oder Maßnahme zur Folge hat, wenn diese für den Arbeitnehmer benachteiligend ist, sodass sich der Arbeitgeber im Rahmen seines betriebsverfassungswidrigen Verhaltens nicht auf die Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitnehmer berufen können soll, um dadurch den Arbeitnehmer begünstigende Verpflichtungen abzubedingen.⁵³⁹ Dabei liegen die Arbeitnehmer benachteiligende Maßnahmen des Arbeitgebers vor, wenn die bereits bestehenden Rechtspositionen der Arbeitnehmer geschmälert oder beseitigt werden.⁵⁴⁰ Die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit führen dazu, dass die Arbeitnehmer einen zusätzlichen Dienst leisten, der sie im Rahmen der Freizeit und der Freizeitgestaltung beeinträchtigt, da der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit beeinflusst werden. Zudem hat ein solcher Dienst die Vornahme von Überstunden zur Folge und führt demnach zu einer Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit, sodass diese sich auch auf die Länge der täglichen Arbeitszeit und damit auf die Erholung sowie die Freizeit der Arbeitnehmer auswirkt. Somit stellt die Veranlassung und auch Duldung des zusätzlichen Dienstes eine Schmälerung der Rechtspositionen der Arbeitnehmer dar, indem diese sich über die betriebsübliche Arbeitszeit hinaus für die betrieblichen Belange des Arbeitgebers zur Verfügung stellen sollen, sodass die damit verbundene Benachteiligung des Arbeitnehmers in diesem Zusammenhang aufgrund der ausgebliebenen Beteiligung des Betriebsrats die Unwirksamkeit der Regelung des Arbeitgebers zur Folge hat.

Der Unwirksamkeit der einseitigen Regelung des zusätzlichen Dienstes durch den Arbeitgeber kann auch nicht entgegenstehen, wenn sich der Arbeitgeber auf die Eilbedürftigkeit des zusätzlichen Dienstes beruft. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG besteht

⁵³⁸ BAG, Urt. v. 15.04.2008, Az. 1 AZR 65/07, BAGE 126, 237-250, Rn. 37; Urt. v. 18.09.2002, Az. 1 AZR 668/01, AP BGB § 615 Nr. 99; Urt. v. 11.06.2002, Az. 1 AZR 390/01, BAGE 101, 288-298, Rn. 28; Urt. v. 20.08.1991, Az. 1 AZR 326/90, NZA 1992, 225 (226f.); Beschl. v. 16.09.1986, Az. GS 1/82, NZA 1987, 168 (176f.); LAG Köln, Beschl. v. 18.08.2010, Az. 3 TaBV 15/10, NZA-RR 2011, 85 (87); Eisemann, in: Festschrift Bepler, 131 (137); Kreft, in: Festschrift Bepler, 318 (331); Richardi, in: 50 Jahre BAG, 1041 (1059).

⁵³⁹ BAG, Urt. v. 15.04.2008, Az. 1 AZR 65/07, BAGE 126, 237-250, Rn. 37; Urt. v. 20.08.1991, Az. 1 AZR 326/90, NZA 1992, 225 (226f.); Beschl. v. 16.09.1986, Az. GS 1/82, NZA 1987, 168 (176f.); LAG Köln, Beschl. v. 18.08.2010, Az. 3 TaBV 15/10, NZA-RR 2011, 85 (87); Richardi, in: 50 Jahre BAG, 1041 (1059).

A.A. Ohne die Einschränkung der Anwendung der Wirksamkeitstheorie auf die den Arbeitnehmer benachteiligende Maßnahmen; so: Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 129. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ablehnend: Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 104ff.

⁵⁴⁰ BAG, Urt. v. 15.04.2008, Az. 1 AZR 65/07, BAGE 126, 237-250, Rn. 37; Urt. v. 18.09.2002, Az. 1 AZR 668/01, AP BGB § 615 Nr. 99.

unabhängig von der Dringlichkeit des Dienstes, da die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit in der Regel immer kurzfristig angeordnet werden muss.⁵⁴¹ Anders ist es bei Notfällen, in denen der Arbeitgeber vorläufig zur Abwendung akuter Gefahren oder Schäden die Vornahme von Leistungen anordnen kann und unverzüglich die Beteiligung des Betriebsrats nachholen muss.⁵⁴² Somit kann der Arbeitgeber ohne die Beteiligung des Betriebsrats trotz des bestehenden Mitbestimmungsrechts, nur in Notfällen die ständige Erreichbarkeit anordnen, er muss aber die Beteiligung unverzüglich nachholen.

Im Hinblick auf die Unwirksamkeit solcher Anordnungen des Arbeitgebers, die zu einer Verlängerung der Arbeitszeit führen, ist zu berücksichtigen, dass diese bereits dann unwirksam sind, wenn eine vertragliche Ermächtigung hierzu fehlt und der Arbeitnehmer sich auch nicht mit der vorübergehenden Verlängerung der Arbeitszeit einverstanden erklärt hat, auf die Mitbestimmungswidrigkeit als Unwirksamkeitsgrund kommt es dann nicht mehr an.⁵⁴³

2. Fragen der Ordnung und des Verhaltens, § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Die Anordnung und die Bestimmungen der einzelnen Modalitäten der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit könnten nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sein. Dazu müsste es sich um solche Angelegenheiten handeln, welche die Ordnung des Betriebs und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betrifft.

a) Kollektiver Tatbestand für die Mitbestimmung des Betriebsrats

Das Mitbestimmungsrecht im Rahmen eines zusätzlichen Dienstes ist bereits dann abzulehnen, wenn ein kollektiver Tatbestand nicht vorliegt. Dies ist der Fall, wenn es sich bei der Veranlassung zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit, um eine individuelle Besonderheit des einzelnen Arbeitsverhältnisses handelt und sich somit die einzelnen Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers beschränken. Anders ist es, wenn die Veranlassung zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit nicht nur gegenüber einer Person erfolgt, sondern gegenüber einer Gruppe von Arbeitnehmern und demnach unabhängig von der Person und den individuellen Wünschen einzelner Arbeitnehmer ist. Sofern jeder der in Frage kommenden Arbeitnehmer damit rechnen muss, zur ständigen Erreichbarkeit und der damit verbundenen Freizeittätigkeit herangezogen zu werden, kann ein kollektiver Tatbestand angenommen werden, sodass die Veranlassung und die Regelungen zum zusätzlichen Dienst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auslösen können.

b) Betriebsbezug der Regelung des Arbeitgebers

Die Mitbestimmung des Betriebsrats kann nicht bereits aus dem Grund ausgeschlossen werden, dass der zusätzliche Dienst sich auf die Freizeit des Arbeitnehmers bezieht.

⁵⁴¹ Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 23; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 32ff.; Baunack, AiB 2012, 500 (503).

⁵⁴² Falter, in: Festschrift Bauer, 291 (299); Wiese, in: Gemeinschaftskomentar, BetrVG, § 87, Rn. 429; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 25; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 38; Baunack, AiB 2012, 500 (503).

⁵⁴³ Schwarze, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 87, Rn. 40.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG wird die Regelung von Angelegenheiten zur Ordnung des Betriebs und/oder des Verhaltens der Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern im Betrieb vorausgesetzt. Dabei ist der Betriebsbegriff nicht räumlich, sondern funktional zu verstehen, sodass das betriebliche Verhalten auch außerhalb der Betriebsstätte betroffen sein kann und die Regelung des mit der Tätigkeit verbundenen Verhaltens nicht auf die Betriebsstätte beschränkt ist.⁵⁴⁴ Die Nutzung des Betriebsbegriffs verdeutlicht, dass den Betriebsparteien keine Regelungsmöglichkeiten hinsichtlich der privaten Lebensführung der Arbeitnehmer zustehen sollen, da der private Lebensbereich nur der Disposition des einzelnen Arbeitnehmers unterliegen soll, der die Freizeit zur persönlichen Lebensführung frei gestalten können soll.⁵⁴⁵ Der private Lebensbereich des Arbeitnehmers beginnt dort, wo die Fremdbestimmung des Arbeitnehmers durch die Betriebsparteien endet und die Selbstbestimmung des Arbeitnehmers beginnt.⁵⁴⁶ Sobald der Arbeitgeber das mit der Tätigkeit verbundene Verhalten der Arbeitnehmer regeln will, kann die Mitbestimmung des Betriebsrats beginnen.⁵⁴⁷ Demnach ist für die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien und damit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht entscheidend, wo sich der Beschäftigte aufhält, sondern welches Verhalten von der jeweiligen Regelung betroffen wird, das betriebliche oder das private.⁵⁴⁸

Der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien und damit der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG steht es somit nicht entgegen, dass die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit in der Freizeit an unterschiedlichen Orten vorgenommen werden, die sich außerhalb der Betriebsstätte befinden. Der zusätzliche Dienst stellt keine Verhaltensweisen der privaten Lebensführung der einzelnen Arbeitnehmer dar, sondern betrifft die mit der Tätigkeit verbundenen Verhaltensweisen des Arbeitnehmers, ohne unbedingt auf das Arbeitsverhalten gerichtet sein zu müssen. Demnach wird durch die Veranlassung der Arbeitnehmer zum zusätzlichen Dienst das betriebliche Verhalten der Arbeitnehmer geregelt, sodass ein Betriebsbezug der Regelung im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG angenommen werden kann.

Ein Betriebsbezug ist auch dann anzunehmen, wenn sich die Regelung des zusätzlichen Dienstes auf die privaten Kommunikationsmittel, die der Arbeitnehmer in den Betrieb eingebracht hat, bezieht. Durch das Einbringen in den Betrieb wird die private Sachherrschaft am Kommunikationsmittel mit den betrieblichen Interessen verknüpft, sodass die Einbindung des Eigentums in die Arbeitsorganisation zu einem Betriebsbezug des privaten Kommunikationsmittels führt; der Betriebsrat kann somit auch

⁵⁴⁴ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52f.); Beschl. v. 22.07.2008, Az. 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248 (1254); Urt. v. 18.07.2006, Az. 1 AZR 578/05, BAGE 119, 122-131, Rn. 24; Beschl. v. 27.01.2004, Az. 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (557); Preis, in: Erfurter Kommentar, GewO, § 106, Rn. 3; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 177.

⁵⁴⁵ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52f.); Beschl. v. 22.07.2008, Az. 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248 (1254); Urt. v. 18.07.2006, Az. 1 AZR 578/05, BAGE 119, 122-131, Rn. 24; Beschl. v. 27.01.2004, Az. 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (557); Beschl. v. 28.05.2002, Az. 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166 (168); Urt. v. 19.01.1999, Az. 1 AZR 499/98, BAGE 90, 316-329, Rn. 46; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 62; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 177.

⁵⁴⁶ Thüsing/Traut, in: Beschäftigtendatenschutz und Compliance, § 14, Rn. 59.

⁵⁴⁷ Thüsing/Traut, in: Beschäftigtendatenschutz und Compliance, § 14, Rn. 59.

⁵⁴⁸ Thüsing/Traut, in: Beschäftigtendatenschutz und Compliance, § 14, Rn. 61.

Regelungen treffen, die sich auf die Nutzung der eingebrachten privaten Kommunikationsmittel beziehen, sofern das betriebliche Verhalten und nicht die private Nutzung geregelt wird.⁵⁴⁹

c) Angelegenheiten der Ordnung und des Verhaltens im Betrieb

Des Weiteren müsste es sich bei der Regelung des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit mittels mobiler Kommunikationsmittel um solche Angelegenheiten handeln, die sich auf die Ordnung des Betriebs und/ oder das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb beziehen.

Die Ordnung des Betriebs bezieht sich auf verbindliche Verhaltensregeln für die Arbeitnehmer eines Betriebs, um einen ungestörten Arbeitsablauf sowie ein reibungsloses Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb zu gewährleisten.⁵⁵⁰ Das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb wird ebenfalls im Hinblick auf das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer durch Maßnahmen geregelt, die aber keine verbindlichen Normen zum Inhalt haben und zu solchen Maßnahmen abzugrenzen sind, die das Arbeitsverhalten betreffen und nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen.⁵⁵¹ Dabei sind das Arbeitsverhalten regelnde Maßnahmen solche, nach denen der Arbeitgeber kraft seines arbeitsvertraglichen Weisungsrechts näher bestimmt, welche Arbeiten auszuführen sind und in welcher Weise dies geschehen soll, sodass es sich um Maßnahmen zur unmittelbaren Konkretisierung der Arbeitspflicht handelt.⁵⁵² Das Arbeitsverhalten ist mitbestimmungsfrei, da es keinen Bezug zur betrieblichen Ordnung hat, es bezieht sich entweder auf die Arbeitsleistung und damit auf das Arbeits- und Leistungsverhalten des Arbeitnehmers, oder betrifft in sonstiger Weise das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber.⁵⁵³

Veranlasst der Arbeitgeber die Arbeitnehmer dazu, sich über mobile Kommunikationsmittel ständig erreichbar zu halten, um in der Freizeit tätig zu werden, betrifft dies das Arbeitsverhalten und unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats. Der Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer zur Bereitschaft mittels mobiler Kommunikationsmittel veranlasst, um im Bedarfsfalle zum Arbeitnehmer Kontakt aufnehmen zu können und ihn zur Erbringung der Arbeitsleistung abzurufen, nimmt nicht Anordnungen zur Regelung allgemeingültiger, verbindlicher Verhaltensweisen des Arbeitnehmers im Betrieb vor,

⁵⁴⁹ Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (153).

⁵⁵⁰ BAG, Beschl. v. 11.06.2002, Az. 1 ABR 46/01, BAGE 101, 285-288, Rn. 10f.; Beschl. v. 18.04.2000, Az. 1 ABR 22/99, NZA 2000, 1176 (1177); Beschl. v. 23.07.1996, Az. 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (217f.); Beschl. v. 08.11.1994, Az. 1 ABR 22/94, BAGE 78, 224-230, Rn. 16; Beschl. v. 08.08.1989, Az. 1 ABR 65/88, NZA 1990, 320f.; Beschl. v. 24.03.1981, Az. 1 ABR 32/78, BAGE 35, 150-159, Rn. 46; Linck/Koch, in: Festschrift Bepler, 357 (359).

⁵⁵¹ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52f.); Beschl. v. 11.06.2002, Az. 1 ABR 46/01, BAGE 101, 285-288, Rn. 11; Beschl. v. 18.04.2000, Az. 1 ABR 22/99, NZA 2000, 1176 (1177); Beschl. v. 23.07.1996, Az. 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (217f.); Beschl. v. 08.11.1994, Az. 1 ABR 22/94, BAGE 78, 224-230, Rn. 16; Beschl. v. 08.08.1989, Az. 1 ABR 65/88, NZA 1990, 320f.; Beschl. v. 24.03.1981, Az. 1 ABR 32/78, BAGE 35, 150-159, Rn. 48; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 179.

⁵⁵² BAG, Beschl. v. 17.01.2012, Az. 1 ABR 45/10, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 41, Rn. 22; Beschl. v. 10.03.2009, Az. 1 ABR 87/07, BAGE 129, 364-370, Rn. 17; Beschl. v. 27.09.2005, Az. 1 ABR 32/04, BAGE 116, 36-44, Rn. 29; Beschl. v. 25.01.2000, Az. 1 ABR 3/99, BAGE 93, 276-288, Rn. 26; Beschl. v. 21.01.1997, Az. 1 ABR 53/96, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 27; Beschl. v. 08.11.1994, Az. 1 ABR 22/94, BAGE 78, 224-230, Rn. 17; Urt. v. 01.12.1992, Az. 1 AZR 260/92, BAGE 72, 40-48, Rn. 17; Beschl. v. 14.01.1986, Az. 1 ABR 75/83, BAGE 50, 330-337, Rn. 25; Linck/Koch, in: Festschrift Bepler, 357 (359); Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 133.

⁵⁵³ BAG, Beschl. v. 08.11.1994, Az. 1 ABR 22/94, BAGE 78, 224-230, Rn. 17; Beschl. v. 14.01.1986, Az. 1 ABR 75/83, BAGE 50, 330-337, Rn. 25; Beschl. v. 24.03.1981, Az. 1 ABR 32/78, BAGE 35, 150-159, Rn. 46; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 204.

sondern die Konkretisierung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, wie sie sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben soll.⁵⁵⁴ Die Regelung allgemeingültiger, verbindlicher Verhaltensweisen setzt die Anordnung von Verhaltensregeln im Betrieb voraus, die einen ungestörten Arbeitsablauf sowie ein reibungsloses Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb gewährleisten.⁵⁵⁵ Die Veranlassung zum zusätzlichen Dienst zielt aber auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ab und damit auf die Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber, sodass sie nicht das Ordnungsverhalten betrifft. Der Arbeitgeber regelt durch eine solche Veranlassung zum zusätzlichen Dienst das Arbeits- und Leistungsverhalten des Arbeitnehmers, indem er ihm aufgibt, sich für Arbeitsbelange verfügbar zu halten und bei Bedarf die erforderlichen Arbeitsleistungen als Freizeittätigkeit vorzunehmen. Somit soll durch die Veranlassung des Arbeitnehmers zum zusätzlichen Dienst die vermeintliche Arbeitspflicht konkretisiert werden.

Der Arbeitgeber kann im Rahmen der Art und Weise des zusätzlichen Dienstes auch Bestimmungen zur Nutzung der eingesetzten mobilen Kommunikationsmittel vornehmen, ohne den Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG beteiligen zu müssen. Die Nutzungsregelungen beziehen sich unmittelbar auf die Erbringung des zusätzlichen Dienstes, da sich der Arbeitnehmer mittels der mobilen Kommunikationsmittel ständig erreichbar hält und so in seiner Freizeit tätig wird. Demnach steht im Vordergrund des zusätzlichen Dienstes die Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel zur Erbringung der vermeintlichen Arbeitsleistung und damit in welcher Weise diese vorzunehmen ist, sodass ein unmittelbarer und ausschließlicher Bezug auf die Arbeitspflicht und die Ausführung der Arbeit besteht. Geht es beim Einsatz technischer Mittel um die Erreichung unternehmerischer Ziele, wird demnach nicht das Arbeitsleben gestaltet und damit das Zusammenwirken der Arbeitnehmer untereinander, sondern es geht vielmehr um die Regelung des Arbeitsverhaltens.⁵⁵⁶ Somit beziehen sich die Nutzungsregelungen auf die Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistung, sodass es sich um die arbeitstechnische Organisation der Arbeit und damit das Arbeitsverhalten handelt. Die Nutzungsregelungen sollen nicht einen ungestörten Arbeitsablauf oder ein reibungsloses Zusammenleben und Zusammenwirken regeln, sondern die Vornahme der Arbeitsleistung unter Beachtung bestimmter Bestimmungen zur Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel, sodass auch hier nicht das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten, sondern das Arbeitsverhalten betroffen ist.

Darüber hinaus können die Nutzungsregelungen bezüglich der mobilen Kommunikationsmittel im Rahmen des zusätzlichen Dienstes auch Vorgaben hinsichtlich der Kommunikation der Arbeitnehmer untereinander enthalten, zum Beispiel in Form von Regelungen zur Kontaktaufnahme mit den Kollegen für Fragen oder andere Belange, sodass das kollektive Miteinander der Arbeitnehmer im Sinne des

⁵⁵⁴ LAG München, Urt. v. 09.01.1991, Az. 5 Sa 31/90, in: LAG-E 58, März 1992, S. 2.

⁵⁵⁵ BAG, Beschl. v. 11.06.2002, Az. 1 ABR 46/01, BAGE 101, 285-288, Rn. 10f.; Beschl. v. 18.04.2000, Az. 1 ABR 22/99, NZA 2000, 1176 (1177); Beschl. v. 23.07.1996, Az. 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (217f.); Beschl. v. 08.11.1994, Az. 1 ABR 22/94, BAGE 78, 224-230, Rn. 16; Beschl. v. 08.08.1989, Az. 1 ABR 65/88, NZA 1990, 320f.; Beschl. v. 24.03.1981, Az. 1 ABR 32/78, BAGE 35, 150-159, Rn. 46; Linck/Koch, in: Festschrift Bepler, 357 (359).

⁵⁵⁶ Thüsing/Traut, in: Beschäftigtendatenschutz und Compliance, § 14, Rn. 67.

Zusammenwirkens und Zusammenlebens betroffen sein könnte. Eine solche Koordination des Nutzungsverhaltens im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit bezieht sich aber nicht auf das betriebliche Ordnungsverhalten, sondern auf die Art und Weise der Erbringung des zusätzlichen Dienstes und damit auf das Arbeitsverhalten. Solche Kommunikationsregeln stehen im unmittelbaren Zusammenhang zur Leistung des zusätzlichen Dienstes und damit zum Arbeitsverhalten, da sie eine bestimmte Kommunikation unter den einzelnen Arbeitnehmern im Rahmen des zusätzlichen Dienstes gewährleisten sollen und sich darauf beziehen, wie die vertraglich zugesagte Arbeit zu erledigen ist. Somit sind durch solche Regelungen nicht das Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb und damit die Gewährleistung eines ungestörten Arbeitsablaufs betroffen, sondern die Zusammenarbeit im Hinblick auf die Erbringung der Arbeitsleistung. Es ist anzunehmen, dass solche Kommunikationsregelungen für die Arbeitnehmer, die untrennbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung verbunden sind, das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer betreffen und mitbestimmungsfrei sind.⁵⁵⁷

Demnach handelt es sich bei der Regelung des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit mittels mobiler Kommunikationsmittel nicht um Angelegenheiten, die sich auf die Ordnung des Betriebs und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG beziehen.

d) Zwischenergebnis

Dem Betriebsrat steht im Rahmen der zurechenbaren Veranlassung des Arbeitgebers sowie der Bestimmung der einzelnen Modalitäten zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu, sodass der Arbeitgeber den Betriebsrat bei solchen Maßnahmen nach dieser Vorschrift nicht zu beteiligen hat.

3. Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Dem Betriebsrat könnte ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zustehen, da die Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst über die mobilen Kommunikationsmittel vornehmen. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Die unter anderem im Rahmen des zusätzlichen Dienstes genutzten mobilen Kommunikationsmittel könnten die Einführung oder Anwendung technischer Einrichtungen darstellen und dazu bestimmt sein, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

⁵⁵⁷ BAG, Urt. v. 22.8.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (53); LAG Köln, Beschl. v. 18.08.2010, Az. 3 TaBV 15/10, NZA-RR 2011, 85 (87); Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 236.

a) Technische Einrichtung

Bei den Kommunikationsmitteln müsste es sich um technische Einrichtungen im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG handeln, die zur Überwachung des Verhaltens oder der Leistung der Arbeitnehmer geeignet sind.

Eine solche technische Einrichtung ist jedes optische, mechanische, akustische oder elektronische Gerät, welches statt eines Vorgesetzten oder anderen Mitarbeiters zur Überwachung des Arbeitnehmers eingesetzt werden kann.⁵⁵⁸ Die Kommunikationsmittel wie Smartphones, iPads, Laptops etc. sind elektronische Geräte, die Verbindungsdaten, Nachrichten, E-Mail-Verkehr, per GPS Ortungsdaten usw. erfassen können. Die Kommunikationsmittel können somit Daten des einzelnen Arbeitnehmers erheben, speichern und verwalten. Dies kann auch automatisch ohne ein Zutun der Arbeitnehmer bzw. ohne deren Zustimmung durch die Nutzung des Geräts erfolgen. So ist es auch bei privaten Kommunikationsmitteln im Rahmen des BYOD-Programms, da sie technisch keine Unterschiede zu den zur Verfügung gestellten Kommunikationsmitteln aufweisen. Somit sind die mobilen Kommunikationsmittel technische Einrichtungen im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.⁵⁵⁹

Des Weiteren müssten die technischen Einrichtungen das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers erfassen. Verhalten ist jedes Tun oder Unterlassen im betrieblichen und außerbetrieblichen Bereich, welches für das Arbeitsverhältnis erheblich werden kann.⁵⁶⁰ Mit Leistung sind die vom Arbeitnehmer in Erfüllung der vertraglichen Arbeitspflicht geleisteten Arbeiten zu verstehen, der Leistungsbegriff wird vom Oberbegriff Verhalten miterfasst, so dass es der Differenzierung dieser Begriffe nicht bedarf.⁵⁶¹ Die überwachten Leistungen des Arbeitnehmers müssen für das Arbeitsverhältnis relevant sein, wohingegen sich die Verhaltensweisen auf die Erbringung der Arbeitsleistung oder auch auf das Verhalten außerhalb des Betriebs beziehen können, das für das Arbeitsverhältnis erheblich ist.⁵⁶² Die Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel führt dazu, dass das Tun des einzelnen Arbeitnehmers, der beispielweise mit dem Smartphone an einem Telefonmeeting teilnimmt, E-Mails schreibt und verschickt, Kunden anruft oder sich von einem Ort an einen anderen mit einem GPS-Sender ausgestatteten Kommunikationsmittel fortbewegt, aufgezeichnet werden kann. Diese Verhaltensweisen beziehen sich auf das Tun im betrieblichen Bereich, da sie direkt mit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zusammenhängen. Der Arbeitnehmer nutzt das Kommunikationsmittel für die betriebliche Kommunikation im Zusammenhang mit der Arbeit und

⁵⁵⁸ BVerwG, Beschl. v. 31.08.1988, Az. 6 P 35/85, NJW 1989, 848f; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 168; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 48; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 225.

Nach der Literatur solle an das Vorliegen einer technischen Einrichtung keine besonderen Anforderungen zu stellen sein, es genüge eine gewisse Vergegenständlichung; so etwa: Polzer, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 363 (364).

⁵⁵⁹ So im Ergebnis auch: Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (17).

⁵⁶⁰ BAG, Beschl. v. 11.03.1986, Az. 1 ABR 12/84, BAGE 51, 217-238, Rn. 23; Polzer, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 363 (366); Clemenz, in: Henssler/Willemsen/Kalb, BetrVG, § 87, Rn. 119; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 221; Richardi/Maschmann, BetrVG, § 87, Rn. 506.

⁵⁶¹ BAG, Beschl. v. 11.03.1986, Az. 1 ABR 12/84, BAGE 51, 217-238, Rn. 24; Beschl. v. 18.02.1986, Az. 1 ABR 21/84, NJW 1986, 2069; Beschl. v. 23.04.1985, Az. 1 ABR 2/82, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 12; Polzer, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 363 (366); Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 221.

⁵⁶² BAG, Beschl. v. 27.01.2004, Az. 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (557); Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 50; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 221.

insbesondere zur Erbringung der Arbeitsleistung, indem er sich über diese ständig erreichbar hält und in der Freizeit tätig wird. Er hält sich in diesem Rahmen für telefonische Anfragen oder E-Mails des Arbeitgebers zur Verfügung und beantwortet diese, sodass der Arbeitnehmer in Erfüllung seiner vermeintlichen Arbeitspflicht für den Arbeitgeber tätig wird. Somit handelt es sich bei der Nutzung der Kommunikationsmittel um für das Arbeitsverhältnis relevante Leistungen der Arbeitnehmer und sonstige Verhaltensweisen, die für das Arbeitsverhältnis erheblich sind, sodass die mobilen Kommunikationsmittel als technische Einrichtungen das Verhalten und die Leistung der Arbeitnehmer erfassen können.

Die genutzten Kommunikationsmittel müssten als technische Einrichtungen auch dazu bestimmt sein, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, das heißt entsprechende Informationen zu sammeln, zu verarbeiten oder auszuwerten.⁵⁶³ Dies setzt trotz des insoweit missverständlichen gesetzlichen Wortlauts des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG voraus, dass die technischen Einrichtungen auf Grund der technischen Gegebenheiten und ihres konkreten Einsatzes zur Überwachung objektiv geeignet sind, um als datenverarbeitendes System individualisierte oder individualisierbare Verhaltens- oder Leistungsdaten selbst zu erheben sowie aufzuzeichnen, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die erfassten und festgehaltenen Verhaltens- oder Leistungsdaten auch auswerten oder zu Reaktionen auf festgestellte Verhaltens- oder Leistungsweisen verwenden will.⁵⁶⁴ Somit setzt die Überwachung nicht voraus, dass der Arbeitgeber subjektiv tatsächlich eine Überwachungsabsicht hatte.⁵⁶⁵ Denn durch das Mitbestimmungsrecht soll der Betriebsrat nach § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG seine Verpflichtung erfüllen, die freie Entfaltung der Persönlichkeit von im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern zu schützen und dem Arbeitgeber, der auch an diese Schutzpflicht gebunden ist, zu verbieten, die Arbeitnehmer über Gebühr zu überwachen.⁵⁶⁶ Dabei kann es für den überwachten Arbeitnehmer, in dessen Persönlichkeitsbereich eingegriffen wird,

⁵⁶³ BAG, Beschl. v. 13.12.2016, Az. 1 ABR 7/15, BAGE 157, 220-229, Rn. 40; Beschl. v. 10.12.2013, Az. 1 ABR 43/12, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 45, Rn. 20; Beschl. v. 25.09.2012, Az. 1 ABR 45/11, AP BetrVG 1972 § 58 Nr. 5, Rn. 21; Beschl. v. 14.11.2006, Az. 1 ABR 4/06, BAGE 120, 146-161, Rn. 27; Beschl. v. 27.01.2004, Az. 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (557); Beschl. v. 14.09.1984, Az. 1 ABR 23/82, BAGE 46, 367-385, Rn. 54; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 217; Polzer, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 363 (364).

⁵⁶⁴ BAG, Beschl. v. 13.12.2016, Az. 1 ABR 7/15, BAGE 157, 220-229, Rn. 22; Beschl. v. 10.12.2013, Az. 1 ABR 43/12, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 45, Rn. 20; Beschl. v. 25.09.2012, Az. 1 ABR 45/11, AP BetrVG 1972 § 58 Nr. 5, Rn. 21; Beschl. v. 14.11.2006, Az. 1 ABR 4/06, BAGE 120, 146-161, Rn. 27; Beschl. v. 27.01.2004, Az. 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (557); Beschl. v. 14.09.1984, Az. 1 ABR 23/82, BAGE 46, 367-385, Rn. 51; Beschl. v. 06.12.1983, Az. 1 ABR 43/81, NJW 1984, 1476 (1483f.); Beschl. v. 09.09.1975, Az. 1 ABR 20/74, BAGE 27, 256-263, Rn. 25; Polzer, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 363 (364f.); Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 55; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 226. A.A. Es werde eine Überwachungsabsicht des Arbeitgebers gefordert, dabei dokumentiere der Einsatz des Überwachungsprogramms bereits die Absicht des Arbeitgebers zu überwachen und damit Verhaltens- und Leistungsdaten zu erheben oder Aussagen über Verhalten und Leistung erarbeiten zu lassen. Eine Verwendungsabsicht des Arbeitgebers hinsichtlich der Daten werde aber nicht gefordert; so: Matthes, in: Münch-Hdb., § 248, Rn. 28. Nach einer weiteren Ansicht sei überlegenswert, ob bei technischen Systemen, die der Steuerung der Produktion dienen, tatsächlich bereits die Datenerzeugung mitbestimmungspflichtig sein solle oder ob nicht erst die Auswertung der gewonnenen Leistungsdaten die Mitbestimmung auslöse. So etwa: Hanau, NJW 2016, 2613 (2615); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1027).

⁵⁶⁵ BAG, Beschl. v. 13.12.2016, Az. 1 ABR 7/15, BAGE 157, 220-229, Rn. 22; Beschl. v. 25.09.2012, Az. 1 ABR 45/11, AP BetrVG 1972 § 58 Nr. 5, Rn. 21; Beschl. v. 14.09.1984, Az. 1 ABR 23/82, BAGE 46, 367-385, Rn. 49ff.; Beschl. v. 09.09.1975, Az. 1 ABR 20/74, BAGE 27, 256-263, Rn. 24f.; Polzer, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 363 (368); Kohte, in: Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 71; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 226; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 55.

⁵⁶⁶ Polzer, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 363 (364); Schwarze, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 87, Rn. 149; Kohte, in: Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 66; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 510; Kopp/Sokoll, NZA 2015, 1352 (1358); Walter/Dorschel, WuM 2012, 22 (24).

keinen Unterschied machen, ob die Überwachung das erklärte Ziel der technischen Einrichtung ist oder es sich nur um einen Nebeneffekt handelt und ob die aus der Überwachung gewonnenen Daten im Hinblick auf den Arbeitnehmer ausgewertet werden oder nicht, da die Überwachung nicht erst mit der Auswertung der durch ermittelten Werte beginnt.⁵⁶⁷ Demnach reicht es für die Annahme eines Mitbestimmungsrechts bereits aus, wenn eine der drei Phasen Sammeln, Verarbeiten oder Auswerten von Daten als Überwachung des Arbeitnehmers durch die eingeführte oder angewandte technische Einrichtung betroffen ist.⁵⁶⁸

Nutzt der Arbeitnehmer mobile Kommunikationsmittel wie Laptop oder Smartphone, ermöglichen diese für sich allein als Hardware noch keine Überwachung der Arbeitnehmer, erst zusammen mit der entsprechenden Software sind diese für die Überwachung des Arbeitnehmers geeignet.⁵⁶⁹ Grundsätzlich muss im Einzelfall ermittelt werden, was das jeweilige Geräte leisten kann und ob dieses überhaupt Informationen über das Verhalten des Arbeitnehmers sammeln, verarbeiten oder auswerten kann, die für das Arbeitsverhältnis erheblich und damit zur Überwachung geeignet sind. Die Geeignetheit zur Überwachung des Arbeitnehmers ist bereits anzunehmen, wenn die Kommunikationsmittel über besondere Überwachungstechniken verfügen, dies wären bei Telefonaten mit Smartphones einschließlich der SIM-Karte oder via E-Mail-Kommunikation einschließlich der E-Mail-Adresse die Technik, dass bei Verbindungen die Empfänger- und Absenderdaten, der Zeitpunkt und auch die Dauer einer Verbindung erfasst werden können.⁵⁷⁰ Die erfassten Verbindungsdaten können dann für die Überprüfung der Arbeitszeit und damit unter anderem für die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit oder die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für Überstunden und Zuschläge herangezogen werden. Darüber hinaus können sie die Ermittlung der Erreichbarkeitszeiten und Reaktionszeiten des Arbeitnehmers im Einzelnen ermöglichen. Auch kann der jeweilige Tätigkeitsort des Arbeitnehmers durch GPS-Ortungsdienste nachvollzogen werden. Somit können die Kommunikationsmittel als datenverarbeitendes System individualisierte oder individualisierbare Verhaltens- und Leistungsdaten des Arbeitnehmers, die eine Relevanz für das Arbeitsverhältnis haben, automatisiert erheben und aufzeichnen, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber diese Aufzeichnungen nutzen will.

Zudem sind bei EDV-Anlagen und auch bei der Online-Nutzung der Kommunikationsmittel die Geeignetheit zur Überwachung bereits anzunehmen, wenn Informationen oder Daten erfasst werden, die zumindest in Verknüpfung mit anderen Daten eine Verhaltens- oder Leistungskontrolle ermöglichen.⁵⁷¹ Hierzu gehört schon jegliches Erfassen von E-Mail- oder Internet-Nutzungsdaten, auch

⁵⁶⁷ BAG, Beschl. v. 14.09.1984, Az. 1 ABR 23/82, BAGE 46, 367-385, Rn. 47ff.; Beschl. v. 09.09.1975, Az. 1 ABR 20/74, BAGE 27, 256-263, Rn. 25; Kohte, in: Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 68.

⁵⁶⁸ Kohte, in: Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 68; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 540; Richardi/Maschmann, BetrVG, § 87, Rn. 501f.

⁵⁶⁹ Clemenz, in: Henssler/Willemsen/Kalb, BetrVG, § 87, Rn. 122; Kohte, in: Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 67.

⁵⁷⁰ BAG, Beschl. v. 27.05.1986, Az. 1 ABR 48/84, BAGE 52, 88-114, Rn. 25; Stefan, NZA 2002, 585 (591).

⁵⁷¹ Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 245a ff.; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 576, 578; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 371; Stefan, NZA 2002, 585 (591).

durch Firewall-Protokolle, inklusive der äußeren Umstände wie die Dauer der Nutzung und die Kostenrelevanz der Nutzung.⁵⁷² Bereits die Möglichkeit der Nachverfolgung von Einzelgesprächsnachweisen im Rahmen der Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel ist ausreichend für die Annahme der Geeignetheit dieser zur Überwachung der Arbeitnehmer.⁵⁷³ Darüber hinaus können die eingetragenen Ereignisse im Terminkalender der mobilen Kommunikationsmittel als individualisierte Verhaltens- und Leistungsdaten über den Leistungsumfang sowie den Zeitpunkt des Tätigwerdens des Arbeitnehmers erhoben und aufgezeichnet werden. Somit können anhand dieser Daten Rückschlüsse auf die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers gezogen werden, weshalb die Eignung zur Überwachung der Kommunikationsmittel angenommen werden kann.⁵⁷⁴ Zu beachten ist auch, dass die Eignung zur Überwachung der Arbeitnehmer auch für private, eingebrachte Kommunikationsmittel im Rahmen des BYOD-Programms besteht, da diese mit den Servern des Arbeitgebers synchronisiert werden.⁵⁷⁵ Somit werden die auf dem Kommunikationsmittel gespeicherten Daten mit den auf dem Server gespeicherten Daten abgeglichen, sodass ein Zugriff auf die im Kommunikationsmittel gespeicherten, betrieblichen Daten des Mitarbeiters wie beispielsweise E-Mails, Kalendereinträge oder Notizen bestehen, die als individualisierte oder individualisierbare Verhaltens- oder Leistungsdaten zur Überwachung des Arbeitnehmers herangezogen werden können.⁵⁷⁶ Die Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel eröffnen im Rahmen des zusätzlichen Dienstes aufgrund der besonderen Techniken die Möglichkeit, die Arbeitnehmer zu überwachen, indem der Arbeitgeber mit den gesammelten Informationen durch die mobilen Kommunikationsmittel Rückschlüsse auf die Leistung und das Verhalten der Arbeitnehmer ziehen kann. Demnach sind die im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit genutzten Kommunikationsmittel als technische Einrichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dazu bestimmt, das Verhalten und die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

b) Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen

Die Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel für den zusätzlichen Dienst könnte nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG die Einführung oder Anwendung von technischen Einrichtungen darstellen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Dabei bezieht sich die Einführung auf die Entscheidung über das ob der Einführung technischer Einrichtungen.⁵⁷⁷

⁵⁷² Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 245a ff.; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 576; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 371; Stefan, NZA 2002, 585 (591).

⁵⁷³ BAG, Beschl. v. 27.05.1986, Az. 1 ABR 48/84, BAGE 52, 88-114, Rn. 25; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 244ff.; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 576, 582f.; Kohte, in: Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 67; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 371; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87 Rn. 62; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (17).

⁵⁷⁴ BAG, Beschl. v. 23.04.1985, Az. 1 ABR 39/81, NZA 1985, 669 (670); Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 371.

⁵⁷⁵ Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 245; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 576; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 371; Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (153f.); Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (769).

⁵⁷⁶ Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (153f.); Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (769).

⁵⁷⁷ BAG, Beschl. v. 27.01.2004, Az. 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (558); Polzer, in Festschrift v. Hoyningen-Huene, 363 (369); Kohte, in: Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 72; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 58; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 248; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 593.

Demnach handelt es sich um die Einführung mobiler Kommunikationsmittel, sofern diese angeschafft werden und für geschäftliche Belange genutzt werden sollen sowie die Eröffnung der Möglichkeit die privaten mobilen Kommunikationsmittel im Rahmen eines BYOD-Programms zu nutzen. Die Anwendung bezieht sich auf die allgemeine Handhabung der eingeführten Kontrolleinrichtung, dazu gehören der Einsatz der Überwachungseinrichtung und die mit dem Einsatz verbundenen Überwachungsmaßnahmen, zu denen auch die Festlegung der zu überwachenden Arbeitnehmer und auch die Änderung der Anwendung gehören.⁵⁷⁸ Die Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel für den zusätzlichen Dienst bezieht sich auf die Anwendung technischer Einrichtungen und damit die Regelung der allgemeinen Handhabung der bereits eingeführten mobilen Kommunikationsmittel für die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit. Sofern die mobilen Kommunikationsmittel erst mit der Aufnahme des zusätzlichen Dienstes den Arbeitnehmern zur Verfügung gestellt werden oder als private Kommunikationsmittel in den Betrieb eingebracht werden, handelt es sich um die Einführung von technischen Einrichtungen. Demnach stellt die Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel für den zusätzlichen Dienst die Einführung oder die Anwendung von technischen Einrichtungen im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dar.

c) Kollektiver Tatbestand für die Mitbestimmung des Betriebsrats

Für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist neben dem Vorliegen des Mitbestimmungstatbestands nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG das Vorliegen eines kollektiven Tatbestands erforderlich. Ein solcher kollektiver Tatbestand liegt vor, wenn die Nutzung der Kommunikationsmittel unter anderem auch für die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit keine Einzelmaßnahme ist und die einzelnen Auswirkungen sich nicht nur auf das Arbeitsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers beschränken, sondern für eine Gruppe von Arbeitnehmern eröffnet werden. Eine solche kollektive Regelung kann bereits dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmern jeweils zu Beginn des Arbeitsverhältnisses erklärt, dass die Nutzung der Kommunikationsmittel für die Arbeitstätigkeit vorausgesetzt und diese den Arbeitnehmern zur Verfügung gestellt oder die Beteiligung an dem BYOD-Programm vereinbart wird, sodass die Arbeitnehmer auch im Rahmen des zusätzlichen Dienstes die Kommunikationsmittel zu nutzen haben.

d) Zwischenergebnis

Demnach hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hinsichtlich der genutzten mobilen Kommunikationsmittel für die ständige Erreichbarkeit und die damit verbundene Freizeittätigkeit. Sofern der Arbeitgeber die technischen Einrichtungen ohne die Beteiligung des Betriebsrats einführt oder anwendet, ist dies rechtswidrig und unwirksam, sodass die Arbeitnehmer

⁵⁷⁸ BAG, Beschl. v. 27.01.2004, Az. 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (558); Polzer, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 363 (369); Kohte, in: Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 72; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 59; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 249; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 594.

diese weder zu bedienen noch zu benutzen haben.⁵⁷⁹ Sofern den Arbeitnehmern die Vornahme der geschuldeten Arbeitsleistung nicht möglich ist, ohne dass die Kontrolleinrichtung ihre Leistungs- und Verhaltensdaten festhält, kann die Leistung von den Arbeitnehmern unter anderem nach § 273 Abs. 1 BGB verweigert werden.⁵⁸⁰ Die Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist somit Wirksamkeitsvoraussetzung für die Einführung und Anwendung der mobilen Kommunikationsmittel im Rahmen des zusätzlichen Dienstes.

4. Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

Die Veranlassung des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit mittels mobiler Kommunikationsmittel könnte auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG auslösen, sofern für die Nutzung der Kommunikationsmittel und die Leistung des zusätzlichen Dienstes Regelungen über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften erforderlich wären.

Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bezieht sich auf mitbestimmte Maßnahmen zur Verhütung von Gesundheitsschäden, bei denen eine gesetzliche Handlungspflicht des Arbeitgebers objektiv besteht und mangels einer zwingenden gesetzlichen Vorgabe es der Konkretisierung durch betriebliche Regelungen bedarf, um das vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen.⁵⁸¹ Dabei kommt es auf die subjektive Regelungsbereitschaft des Arbeitgebers nicht an.⁵⁸²

Der Arbeitgeber hat im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit eine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG durchzuführen, um die zum Gesundheitsschutz erforderlichen Maßnahmen zu ermitteln. Die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung als solche dient aber nicht bereits dem Gesundheitsschutz, sondern bereitet diesen vor, da die einzelnen Maßnahmen zum Gesundheitsschutz durch die Gefährdungsbeurteilung erst ermittelt werden. Dies steht aber der Mitbestimmung des Betriebsrats für die Gefährdungsbeurteilung als Maßnahme zum Gesundheitsschutz nicht entgegen, da die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG ein zentrales Element des betrieblichen Arbeitsschutzes und demnach eine mittelbare gesundheitsschützende Maßnahme ist, die für die Begründung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bereits ausreicht.⁵⁸³

⁵⁷⁹ Däubler, in: Festschrift Kohte, 435 (441); Eisemann, in: Festschrift Bepler, 131 (137); Polzer, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, 363 (372); Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 256; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 605.

⁵⁸⁰ Schwarze, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 87, Rn. 162; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 256; Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 394.

⁵⁸¹ BAG, Beschl. v. 28.03.2017, Az. 1 ABR 25/15, NZA 2017, 1132 (1135), Rn. 18; Beschl. v. 30.09.2014, Az. 1 ABR 106/12, NZA 2015, 314 (315), Rn. 13; Schwarze, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 87, Rn. 166; Kohte, in: Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 77; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 259; Bauer/Günther/Böglmüller, NZA 2016, 1361 (1362); Däubler, SR 2016, 2 (23f.); Falder, NZA 2010, 1150 (1153); Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁵⁸² BAG, Beschl. v. 11.12.2012, Az. 1 ABR 81/11, NJOZ 2013, 1062, Rn. 17; Beschl. v. 18.08.2009, Az. 1 ABR 43/08, BAGE 131, 351-357, Rn. 16; Beschl. v. 08.06.2004, Az. 1 ABR 13/03, BAGE 111, 36-48, Rn. 41; Beschl. v. 15.01.2002, Az. 1 ABR 13/01, BAGE 100, 173-181, Rn. 57; Schwarze, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 87, Rn. 174.

⁵⁸³ BAG, Beschl. v. 18.07.2017, Az. 1 ABR 59/15, NZA 2017, 1615 (1616), Rn. 13; Beschl. v. 30.09.2014, Az. 1 ABR 106/12, NZA 2015, 314 (315), Rn. 13; Beschl. v. 11.02.2014, Az. 1 ABR 72/12, NZA 2014, 989, Rn. 14; Beschl. v. 08.06.2004, Az. 1 ABR 4/03, BAGE 111, 48-69, Rn. 21ff.;

Zudem besteht auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der vorzunehmenden erforderlichen Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG, die dem Gesundheitsschutz dienen.⁵⁸⁴ Für die Anwendung des § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG als Rahmenvorschrift im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG wird vorausgesetzt, dass Gefährdungen vorliegen, die entweder feststehen oder im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung festzustellen sind; erst dann kann eine konkrete gesetzliche Handlungspflicht des Arbeitgebers zum Gesundheitsschutz bestehen, deren Umsetzung der Mitwirkung des Betriebsrats bedarf.⁵⁸⁵ Da bereits nach der Gefährdungsbeurteilung gemäß § 5 ArbSchG Gefährdungen der Gesundheit der Arbeitnehmer feststehen, besteht auch eine gesetzliche Handlungspflicht des Arbeitgebers zum Gesundheitsschutz durch erforderliche Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG, die auch der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt.⁵⁸⁶ Dabei unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrats nur generelle Regelungen und damit kollektive Tatbestände, sodass Einzelmaßnahmen des Arbeitgebers grundsätzlich nicht mitbestimmungspflichtig sind.⁵⁸⁷

Im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit unter Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel ist eine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG zur Ermittlung der Gefährdungen der psychischen und physischen Gesundheit vorzunehmen, hierbei steht dem Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht zu. Dabei bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG auf die Auswahl des Verfahrens zur Gefährdungsbeurteilung sowie die vorzunehmenden Schutzmaßnahmen und die Methode für die Kontrolle der getroffenen Maßnahmen.⁵⁸⁸ Der Betriebsrat kann auch hinsichtlich der betrieblichen Regelungen zu konkreten arbeitsplatz- oder aufgabenbezogenen Unterweisungen der Belegschaft nach § 12 ArbSchG über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit mitbestimmen.⁵⁸⁹

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist auch für die nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG zu ermittelnden

Beschl. v. 26.08.1997, Az. 1 ABR 16/97, BAGE 86, 249-261, Rn. 36; Hessisches LAG, Beschl. v. 29.08.2002, Az. 5 TaBVGa 91/02, BeckRS 2002, 30451210; Velikova/Hummel/Kummert, in: Festschrift Kohte, 453 (458); Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 5, Rn. 34; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 230; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 558; Bauer/Günther/Böglmüller, NZA 2016, 1361 (1365).

A.A. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich des „ob“ und des „wie“ der Gefährdungsbeurteilung wird abgelehnt, da es sich um die alleinige Verantwortung des Arbeitgebers im Rahmen der Organisation des Arbeitsschutzes handelt; so: Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 425.

⁵⁸⁴ BAG, Beschl. v. 28.03.2017, Az. 1 ABR 25/15, NZA 2017, 1132 (1135), Rn. 20; Hessisches LAG, Beschl. v. 29.08.2002, Az. 5 TaBVGa 91/02, BeckRS 2002, 30451210; Kohte, in: Düwell, BetrVG, § 87, Rn. 80; Blume/Faber, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbSchG, § 5, Rn. 86; Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 230.

A.A. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats wird hinsichtlich der Maßnahmen zum Arbeitsschutz des Arbeitgebers abgelehnt, da es sich um die alleinige Verantwortung des Arbeitgebers im Rahmen der Organisation des Arbeitsschutzes handelt; so: Worzalla, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 87, Rn. 425.

⁵⁸⁵ BAG, Beschl. v. 28.03.2017, Az. 1 ABR 25/15, NZA 2017, 1132 (1135), Rn. 20; Blume/Faber, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbSchG, § 5, Rn. 86.

⁵⁸⁶ BAG, Beschl. v. 28.03.2017, Az. 1 ABR 25/15, NZA 2017, 1132 (1135), Rn. 20; Velikova/Hummel/Kummert, in: Festschrift Kohte, 453 (456, 459); Blume/Faber, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbSchG, § 5, Rn. 86.

⁵⁸⁷ BAG, Beschl. v. 10.04.1979, Az. 1 ABR 34/77, BAGE 31, 357-364, Rn. 16; Richardi/Maschmann, BetrVG, § 87, Rn. 577; Velikova/Hummel/Kummert, in: Festschrift Kohte, 453 (464); Bauer/Günther/Böglmüller, NZA 2016, 1361 (1362).

⁵⁸⁸ BAG, Ur. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 31; Beschl. v. 08.06.2004, Az. 1 ABR 4/03, BAGE 111, 48-69, Rn. 19; Beschl. v. 08.06.2004, Az. 1 ABR 13/03, BAGE 111, 36-48, Rn. 41; Beschl. v. 15.01.2002, Az. 1 ABR 13/01, BAGE 100, 173-181, Rn. 52; Velikova/Hummel/Kummert, in: Festschrift Kohte, 453 (463); Oberthür, NZA 2013, 246 (248); Rudolph, AiB 2012, 378 (380f.).

⁵⁸⁹ Klebe, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 231; Kohte, in: Däubler, BetrVG, § 87, Rn. 82; Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757 (760).

Maßnahmen anzunehmen, da die Gefährdungen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit mittels mobiler Kommunikationsmittel im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung festgestellt werden, sodass dann solche Gefährdungen vorliegen, die zu einer konkreten gesetzlichen Handlungspflicht des Arbeitgebers zum Gesundheitsschutz führen, deren Umsetzung der Mitwirkung des Betriebsrats bedarf. Zudem für das Mitbestimmungsrecht auch ein kollektiver Tatbestand vorliegt, sofern die im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung ermittelten Maßnahmen (unter 3. Kapitel, IV. der gegenständlichen Arbeit) generell, alle Arbeitnehmer betreffen und es sich nicht um Einzelmaßnahmen handelt. Der Betriebsrat hat im Hinblick auf das Mitbestimmungsrecht ein Initiativrecht, sodass ihm die Möglichkeit zusteht, die betrieblichen Regelungen zur Gefährdungsbeurteilung gegebenenfalls auch gegen den Willen des Arbeitgebers durchzusetzen.⁵⁹⁰

Hat der Arbeitgeber einseitig Gesundheitsschutzmaßnahmen und Unterweisungen zum zusätzlichen Dienst mittels mobiler Kommunikationsmittel ohne eine Beteiligung des Betriebsrats vorgenommen, verletzt er das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Die Beteiligung des Betriebsrats ist aber Wirksamkeitsvoraussetzung für die einzelne betriebliche Maßnahme zum Gesundheitsschutz, denn für den Regelungsgegenstand bestehen mehrere Wahlmöglichkeiten, die der Arbeitgeber nach Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts nicht allein, sondern zusammen mit dem Betriebsrat treffen soll.⁵⁹¹ Dies gilt insbesondere im Rahmen der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG, da hier unterschiedliche Kriterien, Perspektiven und Vorgehensweisen für deren Durchführung bestehen sowie auch für die Maßnahmen zur Abwehr oder zumindest Verringerung der Gefährdungen der Arbeitnehmer durch den zusätzlichen Dienst unter Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel. Dieser Gestaltungsspielraum bedarf zur Interessenwahrnehmung der Arbeitnehmer der Ausfüllung des Betriebsrats.⁵⁹² Sofern der Arbeitgeber ohne Beteiligung des Betriebsrats eine solche Gefährdungsbeurteilung durchführt und in diesem Rahmen Einzelmaßnahmen erlässt, werden die Rechtspositionen der Arbeitnehmer im Hinblick auf den bestehenden Gestaltungsspielraum zum Gesundheitsschutz geschmälert. Es handelt sich dann um eine benachteiligende Maßnahme des Arbeitgebers, die aus diesem Grund auch gegenüber den Arbeitnehmern unwirksam ist. Der Arbeitgeber darf aber wegen der bestehenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Gewährleistung der Arbeitssicherheit bei Konflikten mit dem Betriebsrat nicht bis auf weiteres untätig bleiben, sondern muss aktiv auf die Beilegung durch Anrufung der Einigungsstelle oder der Aufsichtsbehörde hinwirken.⁵⁹³ Anders ist es nur dann, wenn der Arbeitgeber öffentlich-rechtlich verpflichtet ist, eine Maßnahme zur Verhütung von Arbeitsunfällen und

⁵⁹⁰ Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 288; Imping, in: Kilian/Heussen, Teil 7, 70.10, Rn. 5; Blume/Faber, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbSchG, § 5, Rn. 86; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 5, Rn. 36.

⁵⁹¹ BAG, Beschl. v. 16.06.1998, Az. 1 ABR 68/97, BAGE 89, 139-148, Rn. 27, 33; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 290; Wiese/Gutzeit, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 669; Bauer/Günther/Böglmüller, NZA 2016, 1361 (1362).

⁵⁹² BAG, Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 31; Beschl. v. 08.06.2004, Az. 1 ABR 4/03, BAGE 111, 48-69, Rn. 19; Beschl. v. 15.01.2002, Az. 1 ABR 13/01, BAGE 100, 173-181, Rn. 57.

⁵⁹³ BAG, Beschl. v. 16.06.1998, Az. 1 ABR 68/97, BAGE 89, 139-148, Rn. 33; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 67; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 290.

Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz zu treffen und ihm kein Gestaltungsspielraum zusteht; beteiligt er dann den Betriebsrat nicht, hat dies nicht die Unwirksamkeit der Maßnahme zur Folge und die Arbeitnehmer dürfen sich über die Anordnungen, die der Arbeitgeber erlassen musste, nicht hinwegsetzen.⁵⁹⁴

5. Versetzung, § 99 BetrVG

Die Veranlassung des Arbeitnehmers zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit mittels mobiler Kommunikationsmittel könnte eine Versetzung des einzelnen Arbeitnehmers darstellen und damit der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG unterliegen.

a) Erreichen des Schwellenwertes, Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer

Nach § 99 Abs. 1 BetrVG wird ein Schwellenwert für die Beteiligung des Betriebsrats vorausgesetzt, nach dem das Unternehmen des Arbeitgebers in der Regel mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer haben muss. Sofern dieser Schwellenwert erreicht wird, kann die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG begründet werden.

b) Mobiles Arbeiten im Rahmen des zusätzlichen Dienstes als Versetzung

Es müsste sich bei der Anordnung bzw. Veranlassung zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit mittels mobiler Kommunikationsmittel um eine Versetzung des Arbeitnehmers als Maßnahme des Arbeitgebers nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG handeln.

Die Versetzung des Arbeitnehmers setzt nach § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs voraus, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Der Arbeitsbereich wird in § 81 Abs. 2 BetrVG in Verbindung mit § 81 Abs. 1 S. 1 BetrVG als die Aufgaben und die Verantwortung des Arbeitnehmers sowie die Art seiner Tätigkeit und ihre Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs umschrieben. Die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs kann aufgrund des räumlichen Bezugs der Tätigkeit bereits dann angenommen werden, wenn dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ein anderer Arbeitsort zugewiesen wird.⁵⁹⁵ Dies ist damit zu begründen, dass der Arbeitsort, an dem die Arbeitsleistung erbracht wird, für den Arbeitnehmer aufgrund seiner Einbindung in den Betrieb und aufgrund des täglichen Aufsuchens dessen zur Arbeitsaufnahme sowie der Einordnung der Tätigkeit in den Arbeitsablauf entscheidend ist.⁵⁹⁶ Dieses erhebliche Interesse des Arbeitnehmers am Ort der Arbeitsleistung soll durch die Mitbestimmung des Betriebsrats im Rahmen von Versetzungen geschützt werden, sodass für die Mitbestimmung nicht

⁵⁹⁴ Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 290; Richardi/Maschmann, BetrVG, § 87, Rn. 120.

⁵⁹⁵ BAG, Beschl. v. 15.04.2014, Az. 1 ABR 101/12, BAGE 148, 61-67, Rn. 16, 25; Beschl. v. 09.10.2013, Az. 7 ABR 13/12, AP BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 53, Rn. 29; Beschl. v. 27.06.2006, Az. 1 ABR 35/05, BAGE 118, 314-320, Rn. 11f.; Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 5/99, NZA 2000, 1357 (1358); Beschl. v. 22.04.1997, Az. 1 ABR 84/96, NZA 1997, 1358 (1359); Beschl. v. 18.02.1986, Az. 1 ABR 27/84, BAGE 51, 151-163, Rn. 33, 35; Preus, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 87, Rn. 1; Fitting, BetrVG, § 99, Rn. 143; Möller, ArbRAktuell 2015, 215. A.A. Die reine Ortsveränderung stellt keine Versetzung dar; so: Raab, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 99, Rn. 97.

⁵⁹⁶ BAG, Beschl. v. 18.02.1986, Az. 1 ABR 27/84, BAGE 51, 151-163, Rn. 37; Bachner, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 99, Rn. 106.

vorausgesetzt wird, dass sich mit der Veränderung des Arbeitsortes auch die Arbeitsaufgaben ändern oder der Arbeitnehmer in eine andere organisatorische Einheit eingegliedert wird.⁵⁹⁷

Die Vornahme des zusätzlichen Dienstes könnte zu einer solchen Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches führen, indem der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsort eingesetzt wird. Durch die Nutzung mobiler Kommunikationsmittel kann der Arbeitnehmer Nachrichten oder E-Mails empfangen, lesen und auch beantworten, dabei hält er sich nicht im Betrieb auf, sondern er verbringt seine Freizeit an unterschiedlichen Orten, an denen er den zusätzlichen Dienst leistet.⁵⁹⁸ Diese Orte, an denen sich der Arbeitnehmer aufhält, können sich sogar in kürzester Zeit ändern, wenn der Arbeitnehmer in einem Fortbewegungsmittel mitfährt, sodass er während des Telefonats oder des Verfassens von E-Mails in kürzester Zeit an verschiedenen Orten seine Arbeitsleistung vornimmt.⁵⁹⁹ Somit könnte sich während des zusätzlichen Dienstes der Arbeitsort, an dem der Arbeitnehmer diesen vornimmt, ständig ändern, sodass die Zuweisung des zusätzlichen Dienstes durch den Wechsel des Arbeitsortes auch die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches im Sinne von §§ 81 Abs. 2, 81 Abs. 1 S. 1 BetrVG zur Folge hätte.

Einer solchen Annahme steht aber entgegen, dass diese Veränderungen des Arbeitsortes lediglich für den zusätzlichen Dienst gelten, denn die Hauptarbeitspflicht bleibt weiterhin, so wie bisher, bestehen und wird an dem Arbeitsort vorgenommen, sodass für das Arbeitsverhältnis keine Änderung des Arbeitsortes vorliegt. Die Veränderungen des Arbeitsortes beziehen sich lediglich auf die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit, denen als zusätzlicher Dienst immanent ist, dass sich der Arbeitnehmer nicht in der Betriebsstätte, sondern an unterschiedlichen Orten aufhält. Dem Arbeitgeber soll durch einen solchen zusätzlichen Dienst die Möglichkeit zustehen, den Arbeitnehmer außerhalb seiner üblichen Arbeitszeit, während der er sich nicht an seinem Arbeitsort aufhält, kontaktieren zu können und ihm Aufgaben zuzuweisen. Dabei ist es für den Arbeitgeber unbeachtlich, von wo aus der Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst wahrnimmt und die Arbeitsleistung erbringt, sodass auf die Bestimmung eines Arbeitsortes für die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit verzichtet wird.⁶⁰⁰ Dem Arbeitnehmer kommt dieser Verzicht auf die Festlegung eines bestimmten Arbeitsortes auch zugute, da er sich von seinem jeweiligen Aufenthaltsort ständig erreichbar halten, seine Freizeittätigkeit vornehmen und sich gleichzeitig der Freizeitgestaltung widmen kann, ohne sich an einem vom Arbeitgeber vorgegebenen Ort aufhalten oder an einen bestimmten Ort, wie die Betriebsstätte, zur Vornahme der Freizeittätigkeit zurückkehren zu müssen. Demnach hat der Arbeitnehmer ebenfalls kein Interesse an einem bestimmten Arbeitsort für die Vornahme des zusätzlichen Dienstes, der durch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats geschützt werden müsste.

⁵⁹⁷ BAG, Beschl. v. 18.02.1986, Az. 1 ABR 27/84, BAGE 51, 151-163, Rn. 37; Bachner, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 99, Rn. 106.

⁵⁹⁸ Thüsing, SR 2016, 87; Wiebauer, NZA 2016, 1430; Steffan, NZA 2015, 1409; Oberthür, NZA 2013, 246; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052.

⁵⁹⁹ Möller, ArbRAktuell 2015, 215 (217).

⁶⁰⁰ Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433). So ähnlich auch: Freyler, S. 52, 105: Im Rahmen des Mobile Office, als ortsunabhängige Tätigkeit, ist die Wahl des Arbeitsortes für den Arbeitnehmer frei. Die Parallele zu dem zusätzlichen Dienst ergibt sich daraus, dass der Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit während der ständigen Erreichbarkeit im Mobile Office vornimmt.

Diese Situation des Arbeitnehmers bezüglich der Leistung des zusätzlichen Dienstes, ist auch vergleichbar mit der Situation des Arbeitnehmers, der aufgrund der Eigenart des Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt wird und damit die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers nicht als mitbestimmungspflichtige Versetzung gilt (§ 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG). Diese Ausnahmeregelung zur Versetzung ist damit zu begründen, dass in solchen Arbeitsverhältnissen der Einsatzort des Arbeitnehmers ständig wechselt und der Schutz des Arbeitnehmers vor der Versetzung nicht, wie bei einem Arbeitsverhältnis mit einem festen Arbeitsplatz, besteht. Die Bestimmung des Arbeitsplatzes stellt demnach keine Besonderheit für das Arbeitsverhältnis dar, sondern ist diesem immanent und damit üblich.⁶⁰¹ Dies gilt auch für den Arbeitnehmer, der seinen zusätzlichen Dienst vornimmt und für den kein bestimmter Arbeitsplatz vorgeschrieben ist, da es für einen solchen zusätzlichen Dienst üblich ist, dass der Arbeitnehmer keinen festen Arbeitsort hat und die damit verbundene Flexibilität den zusätzlichen Dienst gerade ausmacht, sodass dieser nicht des Schutzes des Betriebsrates bedarf. Zudem werden die Interessen der Arbeitnehmer im Hinblick auf den zusätzlichen Dienst durch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 6 BetrVG gewahrt, sofern es sich um einen kollektiven Tatbestand handelt.

Somit stellt die Anordnung zum zusätzlichen Dienst nicht die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches im Sinne von § 81 Abs. 2 BetrVG in Verbindung mit § 81 Abs. 1 S. 1 BetrVG dar, sodass diese auch keine Versetzung nach §§ 99, 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG ist.⁶⁰²

c) Zwischenergebnis

Dem Betriebsrat steht bei Veranlassungen des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit mittels mobiler Kommunikationsmittel kein Mitbestimmungsrecht nach §§ 99 Abs. 1 S. 1, 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG zu.

6. Ergebnis

Demnach steht auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3, 6, 7 BetrVG einer einseitigen Anordnung sowie einer zurechenbaren Veranlassung der Arbeitnehmer zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit mittels mobiler Kommunikationsmittel durch den Arbeitgeber entgegen, sodass dem zusätzlichen Dienst auch durch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats eine Grenze gesetzt wird.

⁶⁰¹ Fitting, BetrVG, § 99, 156f.; Raab, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 99, Rn. 115; Huke, in: u.a. Hess/Worzalla, BetrVG, § 99, Rn. 112.

⁶⁰² Im Ergebnis für das mobile Arbeiten keine Versetzung annehmend, diese aber auf die Ausnahmeregelung nach § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG stützend; so: Fitting, BetrVG, § 99, 159; Möller, ArbRAktuell 2015, 215 (217).

VI. Vereinbarkeit mit den Beteiligungsrechten der Gewerkschaften

Die Regelungen des Tarifvertragsgesetzes (im Folgenden: TVG) sehen vor, dass der Arbeitgeber bzw. der Arbeitgeberverband und die Gewerkschaften als Tarifvertragsparteien im Rahmen von Tarifverträgen Rechtsnormen regeln können, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen erfassen. Das Tarifvertragsgesetz enthält aber keine Regelungen, wie das Betriebsverfassungsgesetz, nach denen den Gewerkschaften Beteiligungsrechte bei einzelnen Maßnahmen des Arbeitgebers zustünden. Der Arbeitgeber muss demnach die Gewerkschaften im Rahmen der zurechenbaren Veranlassung der Arbeitnehmer zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit nicht beteiligen, sodass diesen eine ausgebliebene Beteiligung der Gewerkschaften nicht entgegensteht. Sofern die Tarifvertragsparteien bereits im Rahmen von Tarifverträgen Regelungen zur Erreichbarkeit und zur Vornahme von Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit getroffen haben, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einen solchen zusätzlichen Dienst anordnen, der den tarifvertraglichen Regelungen widerspricht. Abweichungen von den tarifvertraglichen Regelungen sind nach § 4 Abs. 3 TVG nur insoweit zulässig, als sie für die Arbeitnehmer günstigere Rechtsfolgen als die Kollektivnorm haben.⁶⁰³

Demnach sind dem zusätzlichen Dienst durch die Beteiligungsrechte der Gewerkschaften keine Grenzen gesetzt. Dies gilt dann nicht, wenn der zusätzliche Dienst zur Umgehung tarifvertraglicher Vorschriften zum Nachteil der Arbeitnehmer führt und damit durch den Tarifvertrag Grenzen für diesen Dienst gesetzt werden. Somit würden der einseitigen Anordnung sowie der durch den Arbeitgeber zurechenbaren Veranlassung der Arbeitnehmer zum zusätzlichen Dienst die tarifvertraglichen Vereinbarungen entgegenstehen.

4. Kapitel: Risiken für Arbeitnehmer bei Nichtleistung oder nicht ordnungsgemäßer Leistung des Dienstes

Sofern der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit verlangt und der Arbeitnehmer die Leistung eines solchen zusätzlichen Dienstes ablehnt oder währenddessen unter Einfluss von Alkohol oder anderer berauschender Mittel steht, könnte dem Arbeitgeber die Möglichkeit zustehen, arbeitsrechtliche Maßnahmen gegenüber dem Arbeitnehmer zu ergreifen.

I. Ausspruch einer Abmahnung durch den Arbeitgeber

Dem Arbeitgeber stehen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses verschiedene arbeitsrechtliche Maßnahmen zu, um auf arbeitsvertragliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers zu reagieren. Eine dieser möglichen Maßnahmen ist dem Arbeitnehmer eine Abmahnung nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag zu erteilen.

⁶⁰³ BAG, Urt. v. 18.10.2012, Az. 6 AZR 86/11, BAGE 143, 217-243, Rn. 76; Preis, in: Erfurter Kommentar, GewO, § 106, Rn. 5.

1. Sinn und Zweck der Abmahnung

Der Ausspruch einer Abmahnung hat die Funktion, in einer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise die Leistungs- und Verhaltensmängel des Arbeitnehmers zu rügen, verbunden mit dem Hinweis, dass im Wiederholungsfalle der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist, sodass der Arbeitnehmer gleichzeitig von der Vornahme arbeitsrechtlicher Konsequenzen gewarnt wird.⁶⁰⁴ Demnach ist Gegenstand einer Abmahnung das Verhalten des Arbeitnehmers, das der Arbeitnehmer steuern kann, um künftige Pflichtverletzungen zu vermeiden, weshalb aufgrund der Verantwortung für das steuerbare Verhalten die Erteilung einer Abmahnung sinnvoll ist.⁶⁰⁵ Durch das Erfordernis einer Abmahnung vor Ausspruch einer Kündigung soll der Arbeitnehmer die Chance haben, für die Zukunft sein Verhalten ändern zu können und weitere Pflichtverletzungen nicht zu wiederholen, sodass der Arbeitgeber dann von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses absehen kann.⁶⁰⁶ Für den Ausspruch einer wirksamen verhaltensbedingten Kündigung wegen einer Pflichtverletzung ist eine negative Prognose für das künftige Verhalten des Arbeitnehmers Voraussetzung, welches dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer sein Verhalten trotz der in der Vergangenheit erteilten Abmahnungen nicht ändert und damit auch in Zukunft weiterhin mit gleichartigen Pflichtverletzungen zu rechnen ist.⁶⁰⁷ Durch das Erfordernis der vorherigen Abmahnung soll auch der nach Maßgabe des in § 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt werden.⁶⁰⁸ Der Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung ist demnach nicht erforderlich und damit nicht verhältnismäßig, wenn zukünftige Vertragsstörungen bereits durch weniger belastende Mittel, wie die Erteilung einer Abmahnung, vermieden werden können.⁶⁰⁹

Das Abmahnungserfordernis besteht dann nicht, wenn die Erteilung einer Abmahnung entbehrlich und ungeeignet ist, da bereits von vornherein erkennbar ist, dass eine zukünftige Verhaltensänderung des

⁶⁰⁴ BAG, Urt. v. 12.01.2006, Az. 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980 (984), Rn. 56f.; Urt. v. 25.04.1996, Az. 2 AZR 74/95, NZA 1996, 1201 (1202); Urt. v. 18.05.1994, Az. 2 AZR 626/93, NZA 1995, 65; Urt. v. 17.02.1994, Az. 2 AZR 616/93, BAGE 76, 35-44, Rn. 13; Urt. v. 18.01.1980, Az. 7 AZR 75/78, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 3; Mayer, in: Backmeister/Trittin/Mayer, KSchG, § 1, Rn. 196; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 775; Fischermeier, in: KR, BGB, § 626, Rn. 284.

⁶⁰⁵ BAG, Urt. v. 31.07.2014, Az. 2 AZR 434/13, NZA 2015, 358 (360f.), Rn. 39; Urt. v. 09.06.2011, Az. 2 AZR 284/10, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64, Rn. 35; Urt. v. 10.06.2010, Az. 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn. 36; Urt. v. 12.01.2006, Az. 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917 (921), Rn. 54; Urt. v. 25.04.1996, Az. 2 AZR 74/95, NZA 1996, 1201 (1202); Urt. v. 17.02.1994, Az. 2 AZR 616/93, BAGE 76, 35-44, Rn. 13; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 774; Markowski, in: HK-ArbR, KSchG, § 1, Rn. 234.

⁶⁰⁶ BAG, Urt. v. 09.06.2011, Az. 2 AZR 284/10, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64, Rn. 35; Urt. v. 10.06.2010, Az. 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn. 36; Urt. v. 12.01.2006, Az. 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917 (921), Rn. 54; Urt. v. 25.04.1996, Az. 2 AZR 74/95, NZA 1996, 1201 (1202); Urt. v. 17.02.1994, Az. 2 AZR 616/93, BAGE 76, 35-44, Rn. 13; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 774; Markowski, in: HK-ArbR, KSchG, § 1, Rn. 234.

⁶⁰⁷ BAG, Urt. v. 31.07.2014, Az. 2 AZR 434/13, NZA 2015, 358 (360f.), Rn. 39; Urt. v. 23.01.2014, Az. 2 AZR 638/13, NJW 2014, 2520 (2521), Rn. 16; Urt. v. 09.06.2011, Az. 2 AZR 284/10, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64, Rn. 35; Urt. v. 10.06.2010, Az. 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn. 36; Urt. v. 13.12.2007, Az. 2 AZR 818/06, NZA 2008, 589 (592), Rn. 38; Urt. v. 12.01.2006, Az. 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917 (921), Rn. 54; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 774.

⁶⁰⁸ BAG, Urt. v. 23.01.2014, Az. 2 AZR 638/13, NJW 2014, 2520 (2521), Rn. 16; Urt. v. 11.07.2013, Az. 2 AZR 994/12, NZA 2014, 250 (251), Rn. 21; Urt. v. 25.10.2012, Az. 2 AZR 495/11, NZA 2013, 319 (320), Rn. 16; Urt. v. 10.06.2010, Az. 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn. 37; Urt. v. 12.01.2006, Az. 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917 (921), Rn. 54; Kreft, in: Festschrift Etzel, 225 (234); Markowski, in: HK-ArbR, KSchG, § 1, Rn. 237.

⁶⁰⁹ BAG, Urt. v. 11.07.2013, Az. 2 AZR 994/12, NZA 2014, 250 (251), Rn. 21; Urt. v. 25.10.2012, Az. 2 AZR 495/11, NZA 2013, 319 (320), Rn. 16; Urt. v. 12.01.2006, Az. 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917 (921), Rn. 54; Kreft, in: Festschrift Etzel, 225 (233); Wank, in: Festschrift Kohle, 359 (373); Markowski, in: HK-ArbR, KSchG, § 1, Rn. 241.

Arbeitnehmers, auch nach Erteilung einer Abmahnung, nicht zu erwarten ist oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer ersichtlich – ausgeschlossen ist.⁶¹⁰

2. Abmahnungsrelevantes Fehlverhalten des Arbeitnehmers

Für den Ausspruch einer Abmahnung nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag müsste das Verhalten des Arbeitnehmers abmahnungsrelevant sein.

a) Ablehnung der Vornahme des zusätzlichen Dienstes

Die Ablehnung des Arbeitnehmers, sich ständig erreichbar zu halten und in seiner Freizeit tätig zu werden, könnte eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten darstellen, sodass der Arbeitgeber dieses Fehlverhalten des Arbeitnehmers nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag abmahnen könnte.

Dazu müsste eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Vornahme eines zusätzlichen Dienstes im Rahmen der arbeitsvertraglichen oder kollektivrechtlichen Regelungen wirksam begründet worden sein. Neben der grundsätzlichen Verpflichtung zum zusätzlichen Dienst müssten auch die Voraussetzungen für die Ausübung eines solchen einseitigen Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers vorliegen. Somit müsste der Vergleich zwischen der vertraglichen Regelung und der tatsächlichen Anordnung des Arbeitgebers ergeben, dass der Arbeitgeber eine solche Leistung, auch unter Berücksichtigung der gesetzlichen Schutzvorschriften, fordern konnte und der Arbeitnehmer zur Vornahme dieser verpflichtet war. Lehnt der Arbeitnehmer dann die Vornahme des zusätzlichen Dienstes, entgegen seiner Verpflichtung, ab und hält sich für die Kontaktaufnahme nicht verfügbar, indem er sein Mobiltelefon oder Smartphone nicht betriebsbereit mit sich führt, auf Anrufe seines Arbeitgebers nicht reagiert oder Emails nicht abrufen und beantwortet, liegt eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers und damit ein pflichtwidriges Verhalten gegenüber dem Arbeitgeber vor, das vom Arbeitgeber abgemahnt werden kann.⁶¹¹

Sofern eine Vereinbarung zur Vornahme des zusätzlichen Dienstes nicht besteht, sondern der Arbeitgeber lediglich eine Erwartungshaltung gegenüber dem Arbeitnehmer hat und der Arbeitnehmer dieser nachkommt, kann dies nicht schon zu einer Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Vornahme des zusätzlichen Dienstes führen, da es hierzu der Vereinbarung bedarf und eine konkludente Vertragsanpassung zum zusätzlichen Dienst durch die Arbeitsvertragsparteien nicht bereits dann vorliegt, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst anordnet und der

⁶¹⁰ BAG, Urt. v. 23.01.2014, Az. 2 AZR 638/13, NJW 2014, 2520 (2521), Rn. 16; Urt. v. 12.01.2006, Az. 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980 (984), Rn. 56; Urt. v. 18.05.1994, Az. 2 AZR 626/93, NZA 1995, 65f.; Mayer, in: Backmeister/Trittin/Mayer, KSchG, § 1, Rn. 192; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 781; Markowski, in: HK-ArbR, KSchG, § 1, Rn. 244.

⁶¹¹ So auch etwa Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2055).

Arbeitnehmer dieser Anordnung nachkommt.⁶¹² Lehnt der Arbeitnehmer in Kenntnis der Erwartungshaltung des Arbeitgebers diesen zusätzlichen Dienst ab, stellt dies somit keine Verweigerung der Arbeitsleistung dar, da es bereits an der Pflicht des Arbeitnehmers zu einem solchen zusätzlichen Dienst fehlt. Dies gilt auch für die Annahme der Konkretisierung der Arbeitsbedingungen bei gelegentlicher und freiwilliger Vornahme des zusätzlichen Dienstes.⁶¹³ Steht dem Arbeitgeber ein einseitiges Anordnungsrecht nicht zu, ist die verpflichtende Veranlassung des Arbeitnehmers zu einem solchen zusätzlichen Dienst durch die Ausübung des Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO nicht möglich.⁶¹⁴ Kommt der Arbeitnehmer einer solchen Weisung des Arbeitgebers nicht nach, liegt wegen der Überschreitung des Weisungsrechts keine Verletzung von Vertragspflichten durch den Arbeitnehmer vor und damit auch kein abmahnungsrelevantes Verhalten.⁶¹⁵ Solche das Weisungsrecht überschreitende Weisungen sind unwirksam und haben keine bindende Wirkung für den Arbeitnehmer, da sie nicht geeignet sind, die vertragliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers zu konkretisieren und der Arbeitgeber nicht einseitig von den vertraglichen Vereinbarungen abweichen kann.⁶¹⁶ Fehlt es an einem abmahnungsrelevanten Fehlverhalten, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer weder abmahnen, noch maßregeln, wenn der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt, er darf dadurch nicht benachteiligt werden (§ 612a BGB).

Somit kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen der Ablehnung des zusätzlichen Dienstes als Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag nur dann abmahnen, wenn eine Pflicht des Arbeitnehmers zum zusätzlichen Dienst bestand, im Übrigen liegt ein abmahnungsrelevantes Fehlverhalten des Arbeitnehmers nicht vor.

b) Verletzung der Rücksichtnahmepflicht

Sofern der Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst vornimmt, kann ein abmahnungsrelevantes Fehlverhalten des Arbeitnehmers darin bestehen, dass er während des zusätzlichen Dienstes alkoholisiert oder unter Einfluss anderer berauschender Mittel stand. Ein solches Verhalten könnte die Verletzung der Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem Arbeitgeber nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag darstellen und abgemahnt werden.

Der Arbeitnehmer soll nach § 241 Abs. 2 BGB Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitgebers nehmen, indem er seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren hat, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung im Betrieb,

⁶¹² Im Detail dazu: 2. Kapitel, II. A.A. Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

⁶¹³ Im Detail dazu: 2. Kapitel, II., 3.

⁶¹⁴ Im Detail dazu: 2. Kapitel, II., 1.

⁶¹⁵ LAG Köln, Urt. v. 28.01.2004, Az. 8 Sa 1084/03, Ls. I, BeckRS 2004, 30462253; LAG Niedersachsen, Urt. v. 08.12.2003, Az. 5 Sa 1071/03, BeckRS 2004, 40235; Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, § 1, Rn. 282b.

⁶¹⁶ Boecken/Pils, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, GewO, § 106, Rn. 64; Preis, in: Erfurter Kommentar, GewO, § 106, Rn. 5; Wank, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 106, Rn. 33; Benkert, NJW-Spezial 2017, 178.

seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann.⁶¹⁷ Dabei darf der Arbeitgeber, auch nicht zusammen mit dem Betriebsrat, in die Privatsphäre des Arbeitnehmers eingreifen und ihm Vorgaben machen, wie er diese zu gestalten hat.⁶¹⁸ Es gehört aber zur Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers, dass er seine Freizeit so gestaltet und damit auch den Konsum von berauschenden Mitteln derart dosiert, dass er während der geschuldeten Arbeitszeit in seiner Arbeitsfähigkeit nicht eingeschränkt ist, um seine arbeitsvertraglichen Pflichten ordnungsgemäß wahrnehmen zu können bzw. sich und andere nicht zu gefährden.⁶¹⁹ Eine solche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers durch den Konsum von Alkohol und anderen berauschenden Mitteln kann angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer während der Arbeit Ausfallerscheinungen, wie einen schwankenden Gang oder eine lallende Sprache, aufzeigt und somit eine Beeinträchtigung seiner Hauptpflicht, die Arbeitsleistung, zu besorgen ist.⁶²⁰

Sofern der Arbeitnehmer wirksam zum zusätzlichen Dienst verpflichtet wurde, hat er auch die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers zu wahren und damit seiner Rücksichtnahmepflicht nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag gerecht zu werden. Demnach muss der Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst ordnungsgemäß vornehmen, dabei setzt die ordnungsgemäße Vornahme einer solchen Sonderverpflichtung die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers voraus. Die Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag erfordert, dass der Arbeitnehmer Alkohol oder andere berauschende Mittel vor Beginn oder während des zusätzlichen Dienstes nicht derart zu sich nimmt, dass er in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt und ihm die Vornahme des zusätzlichen Dienstes nicht oder nur eingeschränkt möglich ist. Der Arbeitnehmer muss sich während des zusätzlichen Dienstes in einem arbeitsfähigen Zustand halten, der ihm ermöglicht, während seiner Freizeit für Kontaktaufnahmen ständig erreichbar zu sein und bei Anfragen tätig werden zu können. Die Einschränkung des Arbeitnehmers in seinem Freizeitverhalten und der damit verbundene Konsum von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln ist zwingend, da die berauschende Wirkung mit der geschuldeten Arbeitsleistung und der Arbeitssicherheit nicht zu vereinbaren ist.⁶²¹ Für die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit darf somit die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers nicht eingeschränkt sein, sodass der Arbeitnehmer grundsätzlich

⁶¹⁷ BAG, Urt. v. 28.10.2010, Az. 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345 (346f.), Rn. 12; Urt. v. 02.03.2006, Az. 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 (638), Rn. 21; Urt. v. 24.06.2004, Az. 2 AZR 63/03, NZA 2005, 158 (160); Klose, in: Festschrift Bepler, 268 (283).

⁶¹⁸ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (53f.); Beschl. v. 22.07.2008, Az. 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248 (1254); Urt. v. 18.07.2006, Az. 1 AZR 578/05, BAGE 119, 122-131, Rn. 24; Beschl. v. 27.01.2004, Az. 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (557); Beschl. v. 28.05.2002, Az. 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166; Urt. v. 19.01.1999, Az. 1 AZR 499/98, BAGE 90, 316-329, Rn. 46; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 62; Wiese, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 87, Rn. 177.

⁶¹⁹ LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 20.11.2007, Az. 5 TaBV 23/07, NZA-RR 2008, 184 (186); Klose, in: Festschrift Bepler, 268 (281f.); Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 859; Niemann, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 626, Rn. 137; Hergenröder, in: MünchKomm-BGB, Band 4, KSchG, § 1, Rn. 223; Markowski, in: HK-ArbR, KSchG, § 1, Rn. 308; Griebeling/Rachor, in: KR, KSchG, § 1, Rn. 424.

⁶²⁰ Klose, in: Festschrift Bepler, 268 (281); Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 859; Niemann, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 626, Rn. 137; Markowski, in: HK-ArbR, KSchG, § 1, Rn. 426.

⁶²¹ LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 20.11.2007, Az. 5 TaBV 23/07, NZA-RR 2008, 184 (186); Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 860.

Alkohol oder andere berauschende Mittel zu sich nehmen kann, dies aber nur in dem Maße, dass er noch arbeitsfähig ist. Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit wäre beispielsweise anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer in Folge des Konsums von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln nicht mehr telefonieren, den Empfang von E-Mails nicht wahrnehmen oder auch nicht auf E-Mail-Nachrichten antworten könnte. Der Konsum von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln soll während des zusätzlichen Dienstes nicht ausgeschlossen, sondern gemäßigt werden. Ein absolutes Alkoholverbot kann dem Arbeitnehmer nur bei solchen Tätigkeiten im sicherheitsrelevanten Bereich gesetzt werden, da in diesen Bereichen der Genuss von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln bereits in geringen Mengen genügt, um sich oder andere zu gefährden.⁶²²

Dem Arbeitnehmer soll die Möglichkeit zustehen, seine Freizeit frei und zur Entfaltung der Persönlichkeit, geschützt in Art. 1, 2 Abs. 1 GG, zu nutzen und sich von der Arbeit regenerieren zu können.⁶²³ Die Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers, während der ständigen Erreichbarkeit den Konsum von Alkohol und anderen berauschenden Mitteln zu regulieren, kann keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Freizeit und die freie Persönlichkeitsentfaltung des Arbeitnehmers nach Art. 1, 2 Abs. 1 GG darstellen. Die Einschränkung bezieht sich nur auf den zusätzlichen Dienst und damit nicht auf die gesamte Freizeit des Arbeitnehmers. Sofern der Arbeitnehmer zum zusätzlichen Dienst verpflichtet wurde, hat er diesen für ein bestimmtes Zeitfenster im Rahmen seiner Freizeit zu leisten, während dessen eine solche Einschränkung dem Arbeitnehmer zuzumuten und mit seiner freien Persönlichkeitsentfaltung, unter Berücksichtigung des Interesses des Arbeitgebers an einer ordnungsgemäßen Vornahme des zusätzlichen Dienstes, zu vereinbaren wäre. Der Arbeitnehmer kann im Übrigen weiterhin seine Freizeit frei gestalten und sich dem Konsum von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln hingeben, sofern er seine Arbeitsfähigkeit zum nächst erforderlichen Einsatz im Rahmen der betriebsüblichen Arbeitszeit oder für die Vornahme des zusätzlichen Dienstes zurückerlangt.

Anders ist es, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen einer wilden und unregulierten ständigen Erreichbarkeit im Konsum von Alkohol und anderen berauschenden Mitteln eingeschränkt werden soll. Eine Verpflichtung zu einem solchen zusätzlichen Dienst besteht bereits nicht, sodass der Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst nicht vorzunehmen hat. Der Arbeitnehmer kann bei einer fehlenden vorherigen Ankündigung des zusätzlichen Dienstes auch nicht mit dieser rechnen, um sich darauf vorzubereiten und seinen Konsum zur Erhaltung seiner Arbeitsfähigkeit einzuschränken. Die grundsätzliche Gewährleistung der Arbeitsfähigkeit in der Freizeit, unter Ausschluss des Konsums von berauschenden Mitteln, wäre mit der freien Persönlichkeitsentfaltung des Arbeitnehmers nicht in Einklang zu bringen, da dies den Arbeitnehmer nicht für einen bestimmten Zeitraum, sondern grundsätzlich für die gesamte Freizeit einschränken würde. Demnach hat der Arbeitnehmer aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem Arbeitgeber nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag den

⁶²² BAG, Urt. v. 26.01.1995, Az. 2 AZR 649/94, BAGE 79, 176-193, Rn. 29; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 858; Niemann, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 626, Rn. 137a; Griebeling/Rachor, in: KR, KSchG, § 1, Rn. 425.

⁶²³ Poeche, in: Küttner, Freizeitbeschäftigung, Rn. 3.

Konsum von berauschenden Mitteln so zu dosieren, dass er nur während der geschuldeten Arbeitszeit in seiner Arbeitsfähigkeit nicht eingeschränkt wird.

Der Arbeitnehmer kann durch den Konsum von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzen, wenn der Konsum dieser dazu führt, dass er in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt ist und den verpflichtenden zusätzlichen Dienst nicht vornehmen kann. Ein solches Verhalten des Arbeitnehmers führt zu einer Verletzung der Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem Arbeitgeber nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag, sodass ein abmahnungsrelevantes Fehlverhalten des Arbeitnehmers vorliegt und der Arbeitgeber ihm nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag eine Abmahnung erteilen kann.

Sofern der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß zum zusätzlichen Dienst verpflichtet wurde, kann die Beschränkung der Arbeitsfähigkeit durch den Konsum von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln nicht zu einer Verletzung der Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem Arbeitgeber nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag führen und damit auch nicht den Ausspruch einer Abmahnung nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag begründen, denn der Arbeitnehmer befindet sich dann in seiner selbstbestimmten Freizeit.

II. Verhaltensbedingte Kündigung

Darüber hinaus könnte das Fehlverhalten des Arbeitnehmers den Ausspruch einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen verhaltensbedingter Gründe rechtfertigen.

1. Ordentliche Kündigung, § 1 KSchG

Zum einen käme der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung nach § 1 KSchG in Betracht.

a) Ablehnung der Vornahme von ständiger Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit

Eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus verhaltensbedingten Gründen nach § 1 Abs. 1, 2 S. 1 KSchG setzt unter anderem voraus, dass diese sozial gerechtfertigt ist. Eine solche soziale Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung ist anzunehmen, wenn eine schuldhaftige Vertragspflichtverletzung des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses vorliegt, eine negative Prognose besteht und eine zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit fehlt sowie die Interessensabwägung zu dem Ergebnis kommt, dass das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers, das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt.⁶²⁴ Die negative Prognose setzt voraus, dass das schuldhaftige und vertragswidrige Verhalten des Arbeitnehmers zu einer konkreten Störung des

⁶²⁴ BAG, Urt. v. 31.07.2014, Az. 2 AZR 434/13, NZA 2015, 358 (360f.), Rn. 19; Urt. v. 10.04.2014, Az. 2 AZR 684/13, NZA 2014, 1197f., Rn. 13; Urt. v. 23.01.2014, Az. 2 AZR 638/13, NJW 2014, 2520 (2521), Rn. 16; Urt. v. 20.06.2013, Az. 2 AZR 583/12, NJW 2014, 244 (246), Rn. 24; Urt. v. 03.11.2011, Az. 2 AZR 748/10, NZA 2012, 607 (608), Rn. 20; Urt. v. 28.10.2010, Az. 2 AZR 293/09, NZA 2011, 112 (113); Urt. v. 10.09.2009, Az. 2 AZR 257/08, BAGE 132, 72-77, Rn. 12; Urt. v. 31.05.2007, Az. 2 AZR 200/06, NJW 2007, 2653 (2654), Rn. 16; Urt. v. 12.01.2006, Az. 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917 (919f.), Rn. 38; Urt. v. 16.09.2004, Az. 2 AZR 406/03, NZA 2005, 459 (460); Urt. v. 24.06. 2004, Az. 2 AZR 63/03, NZA 2005, 158 (160); Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 759.

Arbeitsverhältnisses führt, dessen Eintritt auch in Zukunft zu befürchten ist, sodass aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen, weshalb mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses weitere künftige Vertragspflichtverletzungen vermieden werden sollen.⁶²⁵ Der Arbeitgeber hat vor dem Ausspruch einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses bestehende mildere Maßnahmen zu ergreifen, um eine weitere Vertragsstörung für die Zukunft zu verhindern, da die verhaltensbedingte Kündigung sonst unverhältnismäßig und damit unwirksam wäre.⁶²⁶

Besteht eine Pflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber sich für ein bestimmtes Zeitfenster ständig erreichbar zu halten und in der Freizeit tätig zu werden, kommt der Arbeitnehmer aber dieser Pflicht nicht nach, liegt eine schuldhaftige Vertragspflichtverletzung des Arbeitnehmers durch ein steuerbares Verhalten vor. Wenn es sich nicht um die erstmalige Ablehnung des zusätzlichen Dienstes handelt und der Arbeitgeber das Verhalten des Arbeitnehmers bereits in der Vergangenheit abgemahnt hat, dann zeigt sich hierdurch die Uneinsichtigkeit des Arbeitnehmers. Es kann damit eine negative Prognose im Hinblick auf das künftige Verhalten des Arbeitnehmers angenommen werden, nach dem der Arbeitgeber davon ausgehen kann, dass der Arbeitnehmer auch in Zukunft die Vornahme des zusätzlichen Dienstes ablehnen und damit seine vertraglichen Pflichten verletzen wird.

Darüber hinaus muss für die verhaltensbedingte Kündigung auch die Interessenabwägung zu Gunsten des Beendigungsinteresses des Arbeitgebers ausgehen. Dies setzt voraus, dass die Interessenabwägung unter Berücksichtigung der relevanten Umstände des Einzelfalls ergibt, dass dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus unzumutbar ist und damit die Kündigung sozial gerechtfertigt ist.⁶²⁷ In die Interessenabwägung sind unter anderem das Gewicht und die Auswirkung der Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens, eine mögliche Wiederholungsgefahr, die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf, das Lebensalter und die damit verbundenen Chancen des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt

⁶²⁵ BAG, Urt. v. 10.04.2014, Az. 2 AZR 684/13, NZA 2014, 1197f., Rn. 13; Urt. v. 23.01.2014, Az. 2 AZR 638/13, NJW 2014, 2520 (2521), Rn. 16; Urt. v. 20.06.2013, Az. 2 AZR 583/12, NJW 2014, 244 (246), Rn. 24; Urt. 21.06.2012, Az. 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025 (1026), Rn. 14; Urt. v. 19.04.2012, Az. 2 AZR 156/11, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67, Rn. 14f.; Urt. v. 28.10.2010, Az. 2 AZR 293/09, NZA 2011, 112 (113); Urt. v. 26.11.2009, Az. 2 AZR 751/08, NZA 2010, 823, Rn. 10; Urt. v. 23.06.2009, Az. 2 AZR 103/08, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59, Rn. 32; Urt. 12.01.2006, Az. 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980 (984), Rn. 55; Urt. v. 16.09.2004, Az. 2 AZR 406/03, NZA 2005, 459 (460); Urt. v. 24.06.2004, Az. 2 AZR 63/03, NZA 2005, 158 (160); Kreft, in: Festschrift Etzel, 225 (231); Wank, in: Festschrift Kohle, 359 (376); Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, § 1, Rn. 272a.

⁶²⁶ BAG, Urt. v. 20.06.2013, Az. 2 AZR 583/12, NJW 2014, 244 (246), Rn. 24; Urt. 21.06.2012, Az. 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025 (1026), Rn. 14; Urt. v. 19.04.2012, Az. 2 AZR 156/11, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67, Rn. 14; Urt. v. 09.06.2011, Az. 2 AZR 284/10, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64, Rn. 34; Urt. v. 24.03.2011, Az. 2 AZR 282/10, NZA 2011, 1029 (1030), Rn. 14f.; Urt. v. 10.06.2010, Az. 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn. 37; Urt. v. 26.11.2009, Az. 2 AZR 751/08, NZA 2010, 823, Rn. 10; Urt. v. 23.06.2009, Az. 2 AZR 103/08, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59, Rn. 32; Urt. v. 19.04.2007, Az. 2 AZR 180/06, NZA-RR 2007, 571 (576), Rn. 48; Urt. 12.01.2006, Az. 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980 (984), Rn. 56; Mayer, in: Backmeister/Trittin/Mayer, KSchG, § 1, Rn. 215; Eisemann, in: Küttner, Abmahnung, Rn. 2.

⁶²⁷ BAG, Urt. v. 27.09.2012, Az. 2 AZR 811/11, NJOZ 2013, 718 (719); Urt. v. 28.10.2010, Az. 2 AZR 293/09, NZA 2011, 112 (114); Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 772; Griebeling/Rachor, in: KR, KSchG, § 1, Rn. 409.

einzu beziehen.⁶²⁸ Somit handelt es sich immer um eine Einzelfallbetrachtung, da die einzelnen Umstände bei jedem Arbeitnehmer anders sind. Kommt der Arbeitnehmer einer berechtigten Arbeitsanordnung des Arbeitgebers nicht nach, gibt er dem Arbeitgeber den Eindruck, dass eine den arbeitsvertraglichen Vorgaben entsprechende gedeihliche Zusammenarbeit in Zukunft nicht mehr möglich sein wird, sodass es an einer zumutbaren Weiterbeschäftigungsmöglichkeit fehlt.⁶²⁹ Handelt es sich dabei um die Leistung von Überstunden, stellt dies eine Sonderverpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber dar, die über den arbeitsvertraglich vorgesehenen Regelumfang der Arbeitsverpflichtung hinausgeht, sodass eine solche Arbeitsvertragsverletzung, vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls, im Allgemeinen nicht so schwer wiegen kann, als wenn der Arbeitnehmer bereits der Erfüllung der arbeitsvertraglich vorgesehenen Regelarbeitsverpflichtung nicht nachkommt und damit an die Unzumutbarkeit der Zusammenarbeit höhere Anforderungen zu stellen sind.⁶³⁰ Dies kann im Rahmen der Ablehnung zur Leistung des zusätzlichen Dienstes nicht anders sein, da es sich hierbei auch um eine Sonderpflicht des Arbeitnehmers handelt, die über die Hauptarbeitspflicht während der üblichen Arbeitszeit hinausgeht. Demnach wiegt die Ablehnung des zusätzlichen Dienstes nicht derart schwer, als dass sie dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung unzumutbar machen würde. Dem Arbeitgeber ist vielmehr ein längeres Abwarten als im Rahmen der Ablehnung der Hauptarbeitspflicht zuzumuten. Die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung kann somit nicht bereits angenommen werden, wenn der Arbeitgeber die Ablehnung des zusätzlichen Dienstes abgemahnt hat und der Arbeitnehmer erneut den zusätzlichen Dienst ablehnt. Dem Arbeitgeber wäre vielmehr zuzumuten, eine weitere Abmahnung dem Arbeitnehmer zu erteilen. Die hohen Anforderungen an die Unzumutbarkeit der Zusammenarbeit dürfen aber nicht so weit gehen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine hohe Anzahl von Abmahnungen im zweistelligen Bereich zu erteilen hat, um seine Unzumutbarkeit annehmen zu können, da sich dann der Arbeitgeber durch die Erteilung von unzähligen Abmahnungen, ohne die Konsequenz des Ausspruchs einer Kündigung, unglaubwürdig machen würde.⁶³¹ Dabei müssen auch die weiteren Umstände für die Interessenabwägung berücksichtigt werden.

Im Ergebnis stellt die Nichtbefolgung einer wirksamen Anordnung des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit einen in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Grund dar, welcher eine verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 1 Abs. 1, 2 S. 1 KSchG sozial rechtfertigen kann, sofern die weiteren Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen und dem Arbeitnehmer kein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung nach § 273 Abs. 1 BGB zusteht.⁶³²

⁶²⁸ Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 772; Griebeling/Rachor, in: KR, KSchG, § 1, Rn. 411; Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, § 1, Rn. 433.

⁶²⁹ LAG Köln, Urt. v. 16.04.2008, Az. 7 Sa 1520/07, BeckRS 2008, 57352, Rn. 38.

⁶³⁰ LAG Köln, Urt. v. 27.04.1999, Az. 13 Sa 1380/98, NZA 2000, 39 (40); Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, § 1, Rn. 283; Kerwer, in: Boecken/Diller/Düwell/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 912.

⁶³¹ BAG, Urt. v. 16.09.2004, Az. 2 AZR 406/03, NZA 2005, 459 (460f.); Urt. v. 15.11.2001, Az. 2 AZR 609/00, BAGE 99, 340-348, Rn. 40; LAG Köln, Urt. v. 16.04.2008, Az. 7 Sa 1520/07, BeckRS 2008, 57352, Rn. 36; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 828.

⁶³² So auch etwa Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2055).

Ein in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegender Grund und eine damit verbundene Pflichtverletzung ist aber abzulehnen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht wirksam zum zusätzlichen Dienst veranlassen konnte und der Arbeitnehmer der Aufforderung des Arbeitgebers nicht nachgekommen ist. Ein solches Verhalten des Arbeitnehmers stellt auch keine Arbeitsverweigerung und damit kein schuldhaftes vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers für die Begründung einer verhaltensbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses dar. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber lediglich eine Erwartungshaltung gegenüber dem Arbeitnehmer zum zusätzlichen Dienst hat und der Arbeitnehmer bisher seine Erwartung erfüllt hat, sie aber später ablehnt und der Erwartung nicht mehr nachkommt. Sofern der Arbeitgeber behauptet, es liege eine konkludente Vertragsanpassung oder eine Konkretisierung der Vertragsbedingungen vor, reicht der bisher freiwillig vorgenommene zusätzliche Dienst nicht aus. Der Arbeitgeber muss eine solche Vertragsänderung darlegen und beweisen, sofern er dieses Verhalten des Arbeitnehmers für eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 1 Abs. 1, 2 S. 1 KSchG heranzieht.

Demnach kann die Nichtvornahme des zusätzlichen Dienstes durch den Arbeitnehmer eine schuldhaftige Vertragspflichtverletzung darstellen und eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 1, 2 S. 1 KSchG begründen, sofern eine Pflicht zum zusätzlichen Dienst bestand und die weiteren Voraussetzungen für eine solche Kündigung erfüllt sind.

b) Verletzung der Rücksichtnahmepflicht

Zudem kann auch die Verletzung der Rücksichtnahmepflicht nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag eine ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 1, 2 S. 1 KSchG rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer durch den Konsum von Alkohol oder anderer berauschender Mittel in seiner körperlichen Konstitution derart beeinträchtigt war, dass er in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt war und den zusätzlichen Dienst nicht ordnungsgemäß vornehmen konnte. Eine Kündigung kann aus verhaltensbedingten Gründen auch dann sozial gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer eine Nebenpflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB aus dem Arbeitsverhältnis erheblich verletzt.⁶³³ Zu einer solchen Nebenpflicht gehört auch die Pflicht der Arbeitnehmers zur Rücksichtnahme gegenüber dem Arbeitgeber, indem er seine Freizeit so gestaltet und damit auch den Konsum von berauschenden Mitteln derart dosiert, dass er während der geschuldeten Arbeit in seiner Arbeitsfähigkeit nicht eingeschränkt ist, um seine arbeitsvertraglichen Pflichten ordnungsgemäß wahrnehmen zu können bzw. sich und andere nicht zu gefährden.⁶³⁴ Hat der Arbeitnehmer seine Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem Arbeitgeber durch den Konsum berauschender Mittel und der

⁶³³ BAG, Urt. v. 10.04.2014, Az. 2 AZR 684/13, NZA 2014, 1197f., Rn. 13; Urt. v. 20.06.2013, Az. 2 AZR 583/12, NJW 2014, 244 (246), Rn. 24; Urt. v. 03.11.2011, Az. 2 AZR 748/10, NZA 2012, 607 (608), Rn. 20; Urt. v. 28.10.2010, Az. 2 AZR 293/09, NZA 2011, 112 (113); Urt. v. 10.09.2009, Az. 2 AZR 257/08, BAGE 132, 72-77, Rn. 12; Urt. v. 24.06.2004, Az. 2 AZR 63/03, NZA 2005, 158 (160).

⁶³⁴ LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 20.11.2007, Az. 5 TaBV 23/07, NZA-RR 2008, 184 (186); Klose, in: Festschrift Bepler, 268 (281f.); Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 859; Niemann, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 626, Rn. 137; Hergenröder, in: MünchKomm-BGB, Band 4, KSchG, § 1, Rn. 223; Markowski, in: HK-ArbR, KSchG, § 1, Rn. 308; Griebeling/Rachor, in: KR, KSchG, § 1, Rn. 424.

damit verbundenen Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit schuldhaft verletzt, kann dies als erhebliche Nebenpflichtverletzung eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.⁶³⁵

Für eine solche schuldhafte Pflichtverletzung des Arbeitnehmers ist eine wirksame Verpflichtung zum zusätzlichen Dienst Voraussetzung, sodass der Arbeitnehmer trotz der Kenntnis seiner Verpflichtung zum zusätzlichen Dienst derart berauschende Mittel im Voraus oder währenddessen konsumiert, dass er den zusätzlichen Dienst nicht ordnungsgemäß wahrnehmen kann und dadurch seine Rücksichtnahmepflicht schuldhaft verletzt.

Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bereits in der Vergangenheit wegen der Verletzung der Rücksichtnahmepflicht mehrmals abgemahnt und verletzt der Arbeitnehmer wiederholt seine Rücksichtnahmepflicht, indem er sich wieder durch den Genuss berauschender Mittel in seiner Arbeitsfähigkeit einschränkt und dadurch den zusätzlichen Dienst nicht ordnungsgemäß vornehmen kann, kann der Arbeitgeber durch ein solches wiederholtes Verhalten des Arbeitnehmers davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer sich trotz der in der Vergangenheit erteilten Abmahnungen auch in Zukunft nicht zu einem vertragskonformen Verhalten verleiten lassen wird und mit weiteren derartigen Pflichtverletzungen zu rechnen ist. Somit liegt dann auch eine negative Prognose für weitere künftige Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers vor.

Im Rahmen der Interessensabwägung müsste das Beendigungsinteresses des Arbeitgebers das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers am Arbeitsverhältnis überwiegen. Dies setzt voraus, dass die Interessenabwägung unter Berücksichtigung der relevanten Umstände des Einzelfalls ergibt, dass dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus unzumutbar ist und damit die Kündigung sozial gerechtfertigt ist.⁶³⁶ In die Interessenabwägung sind unter anderem das Gewicht und die Auswirkung der Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens, eine mögliche Wiederholungsfahr, die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf, das Lebensalter und die damit verbundenen Chancen des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt einzubeziehen.⁶³⁷ Es ist demnach eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung der einzelnen Umstände vorzunehmen. Die Verletzung der Rücksichtnahmepflicht nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag durch den Konsum berauschender Mittel im Voraus oder während des zusätzlichen Dienstes, welche die Arbeitsfähigkeit und die ordnungsgemäße Vornahme des zusätzlichen Dienstes beeinträchtigt, stellt die Verletzung einer Sonderpflicht des Arbeitnehmers dar. Sofern sich eine solche schuldhafte Pflichtverletzung nicht auch auf die Hauptarbeitspflicht während der üblichen Arbeitszeit auswirkt, sind dem Arbeitgeber an die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung höhere Anforderungen zu stellen. Dabei könnte auch

⁶³⁵ LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 20.11.2007, Az. 5 TaBV 23/07, NZA-RR 2008, 184 (186); Klose, in: Festschrift Bepler, 268 (281f.); Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 859; Niemann, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 626, Rn. 137; Hergenröder, in: MünchKomm-BGB, Band 4, KSchG, § 1, Rn. 223; Markowski, in: HK-ArbR, KSchG, § 1, Rn. 308; Griebeling/Rachor, in: KR, KSchG, § 1, Rn. 424.

⁶³⁶ BAG, Urt. v. 27.09.2012, Az. 2 AZR 811/11, NJOZ 2013, 718 (719); Urt. v. 28.10.2010, Az. 2 AZR 293/09, NZA 2011, 112 (114); Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 772; Griebeling/Rachor, in: KR, KSchG, § 1, Rn. 409.

⁶³⁷ Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 772; Griebeling/Rachor, in: KR, KSchG, § 1, Rn. 411; Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, § 1, Rn. 433.

berücksichtigt werden, dass der Arbeitnehmer sich während des zusätzlichen Dienstes in seiner Freizeit befindet und im Rahmen seiner Freizeitgestaltung eher den Verlockungen des Konsums solcher Genussmittel unterliegen kann, als im Rahmen der üblichen Arbeitszeit im Betrieb. Demnach kann eine solche schuldhaftige Pflichtverletzung, vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls, im Allgemeinen nicht so schwer wiegen, wie eine Verletzung im Rahmen der Hauptarbeitspflicht, sodass dem Arbeitgeber der Ausspruch mehrerer Abmahnungen und ein längeres Abwarten zuzumuten ist, bevor ihm die Weiterbeschäftigung und das Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar wird.

Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann ein solcher Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Rücksichtnahmepflicht eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 1, 2 S. 1 KSchG aus verhaltensbedingten Gründen sozial rechtfertigen und das Arbeitsverhältnis beendet werden, wenn auch die weiteren Voraussetzungen für eine solche Kündigung erfüllt sind.

2. Außerordentliche Kündigung, § 626 Abs. 1 BGB

Darüber hinaus könnte der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung als Maßnahme des Arbeitgebers nach § 626 Abs. 1 BGB in Betracht kommen.

a) Beharrliche Arbeitsverweigerung

Die Nichtvornahme des zusätzlichen Dienstes könnte auch eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 626 Abs. 1 BGB rechtfertigen. Das Arbeitsverhältnis kann nach § 626 Abs. 1 BGB von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Demnach setzt die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB voraus.

Einen solchen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB kann eine beharrliche, rechtswidrige und schuldhaftige Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers hinsichtlich der rechtmäßig zugewiesenen Tätigkeit darstellen.⁶³⁸ Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer einseitig bestimmte Arbeiten unter Beachtung des billigen Ermessens im Sinne von § 315 Abs. 3 BGB zuweisen, soweit die Anordnung nicht durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag eingeschränkt ist.⁶³⁹ Kommt der Arbeitnehmer dieser rechtmäßig zugewiesenen Tätigkeit bewusst und nachhaltig nicht nach, obwohl er zur Vornahme verpflichtet war, stellt dies eine beharrliche

⁶³⁸ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 22; Urt. v. 29.08.2013, Az. 2 AZR 273/12, NJW 2014, 1323 (1324f.); Urt. v. 05.04.2001, Az. 2 AZR 580/99, BAGE 97, 276-294, Rn. 24; Urt. v. 21.11.1996, Az. 2 AZR 357/95, NZA 1997, 487 (490); Urt. v. 09.05.1996, Az. 2 AZR 387/95, NJW 1997, 274 (275); LAG Hamm, Beschl. v. 08.06.2007, Az. 10 TaBV 31/07, BeckRS 2007, 46752; Glöckle, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 626, Rn. 70; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 895.

⁶³⁹ BAG, Urt. v. 05.04.2001, Az. 2 AZR 580/99, BAGE 97, 276-294, Rn. 24; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 895.

Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers dar.⁶⁴⁰ In der Person des Arbeitnehmers, in seinem Willen, muss eine Nachhaltigkeit vorliegen, die Arbeitsleistung nicht vorzunehmen, sodass eine intensive Weigerung des Arbeitnehmers für die Annahme einer beharrlichen Arbeitsverweigerung vorausgesetzt wird.⁶⁴¹

Hat der Arbeitgeber sein einseitiges Anordnungsrecht wirksam ausgeübt und lehnt der Arbeitnehmer nun die Leistung eines solchen angeordneten zusätzlichen Dienstes ab, indem er diesen bewusst nicht vornimmt, liegt eine Arbeitsverweigerung vor. Der Arbeitgeber konnte diese Leistung fordern und der Arbeitnehmer war auch zur Leistung verpflichtet, da ihm auch kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB zustand. Die Beharrlichkeit der Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers liegt aber nicht bereits dann vor, wenn der Arbeitnehmer die Anordnung des Arbeitgebers unbeachtet lässt.⁶⁴² Der Arbeitnehmer muss seiner Arbeitsverpflichtung bewusst und nachhaltig nicht nachkommen wollen, dazu reicht es nicht aus, wenn der Arbeitnehmer eine Weisung des Arbeitgebers missachtet, es bedarf vielmehr einer intensiven Verweigerung.⁶⁴³ Somit reicht für die Annahme der beharrlichen Arbeitsverweigerung nicht die einmalige bewusste und ausdrückliche Verweigerung des zusätzlichen Dienstes aus, da es an der Nachhaltigkeit der Arbeitsverweigerung, mangels eines sich auf längere Zeit stark auswirkenden Verhaltens, fehlt. Lehnt der Arbeitnehmer die Vornahme des zusätzlichen Dienstes grundsätzlich mit der Begründung ab, er wolle in Zukunft im Rahmen seiner Freizeit nicht mehr für Arbeitsbelange zur Verfügung stehen und äußert er dies dem Arbeitgeber gegenüber, der ihm den zusätzlichen Dienst angeordnet hat, stellt eine solche Arbeitsverweigerung ein bewusstes und nachhaltiges Ablehnen der Arbeitsleistung dar. Somit liegt nicht eine punktuelle Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers vor, sondern eine sich auf längere Zeit stark auswirkende, bewusste und damit beharrliche Arbeitsverweigerung.

Es müsste dann auch eine negative Prognose hinsichtlich weiterer Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers durch die beharrliche Arbeitsverweigerung bestehen, nachdem zu besorgen ist, dass der Arbeitnehmer in Zukunft seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen und damit auch die beharrliche Arbeitsverweigerung festgestellt wird.⁶⁴⁴ Hat der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung dem Arbeitnehmer bereits mehrmals und über einen längeren Zeitraum von mehreren Wochen hinweg

⁶⁴⁰ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 22; Urt. v. 29.08.2013, Az. 2 AZR 273/12, NJW 2014, 1323 (1325); Urt. v. 23.05.2013, 2 AZR 54/12, NZA 2013, 1197 (1201), Rn. 39; Urt. v. 24.02.2011, Az. 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087 (1088), Rn. 14; Urt. v. 05.04.2001, Az. 2 AZR 580/99, BAGE 97, 276-294, Rn. 24; Urt. v. 21.11.1996, Az. 2 AZR 357/95, NZA 1997, 487 (490); Urt. v. 09.05.1996, Az. 2 AZR 387/95, NJW 1997, 274 (275); Mayer, in: Backmeister/Trittin/Mayer, KSchG, § 1, Rn. 237; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 895.

⁶⁴¹ BAG, Urt. v. 05.04.2001, Az. 2 AZR 580/99, BAGE 97, 276-294, Rn. 24; Urt. v. 21.11.1996, Az. 2 AZR 357/95, NZA 1997, 487 (490); Urt. v. 09.05.1996, Az. 2 AZR 387/95, NJW 1997, 274 (275); Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 895.

⁶⁴² BAG, Urt. v. 05.04.2001, Az. 2 AZR 580/99, BAGE 97, 276-294, Rn. 24; Urt. v. 21.11.1996, Az. 2 AZR 357/95, NZA 1997, 487 (490); Urt. v. 09.05.1996, Az. 2 AZR 387/95, NJW 1997, 274 (275); LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 17.10.2013, Az. 5 Sa 111/13, BeckRS 2013, 74142; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 895.

⁶⁴³ BAG, Urt. v. 05.04.2001, Az. 2 AZR 580/99, BAGE 97, 276-294, Rn. 24; Urt. v. 21.11.1996, Az. 2 AZR 357/95, NZA 1997, 487 (490); Urt. v. 09.05.1996, Az. 2 AZR 387/95, NJW 1997, 274 (275); LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 17.10.2013, Az. 5 Sa 111/13, BeckRS 2013, 74142; Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 895.

⁶⁴⁴ BAG, Urt. v. 21.11.1996, Az. 2 AZR 357/95, NZA 1997, 487 (490); LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 17.10.2013, Az. 5 Sa 111/13, BeckRS 2013, 74142; Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, BGB, § 626, Rn. 210.

Abmahnungen erteilt, hat er auf die Verpflichtung zur Vornahme des zusätzlichen Dienstes hingewiesen und den Arbeitnehmer vor weiteren arbeitsrechtlichen Maßnahmen, wie der Kündigung, gewarnt. Der Arbeitnehmer hatte somit die Möglichkeit, die beharrliche Arbeitsverweigerung des zusätzlichen Dienstes zu überdenken und einzustellen. Durch die Fortsetzung des Verhaltens des Arbeitnehmers konnte der Arbeitgeber von einer beharrlichen Arbeitsverweigerung ausgehen, weshalb ihm eine den arbeitsvertraglichen Vorgaben entsprechende gedeihliche Zusammenarbeit in Zukunft nicht mehr möglich sein wird und der Arbeitnehmer auch in Zukunft seiner Anordnung zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit nicht Folge leisten wird.

Darüber hinaus müsste nach einer Interessenabwägung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers am Arbeitsverhältnis überwiegen, sodass nach einer Gesamtwürdigung eine sofortige Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber besteht.⁶⁴⁵ Eine solche Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers wegen der erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der - fiktiven - Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist.⁶⁴⁶ Somit ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu prüfen, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar wäre und damit der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung ein vorrangig in Anspruch zu nehmendes milderes Mittel als die außerordentliche Kündigung darstellt.⁶⁴⁷

Für die Bewertung, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist einer ordentlichen Kündigung zuzumuten ist oder nicht, können unter anderem solche Umstände herangezogen werden, wie das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf.⁶⁴⁸ Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer einer Kündigungsfrist ist dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, wenn der Arbeitnehmer gegen seine Hauptleistungspflichten verstößt, indem er deren Erfüllung beharrlich verweigert und durch sein Verhalten dem Arbeitgeber unmöglich macht, mit seiner Arbeitskraft zu planen.⁶⁴⁹ Somit verletzt der Arbeitnehmer bei vollem Risikobewusstsein seine Hauptleistungspflicht nachhaltig und lehnt deren weitere Erfüllung ab, ohne dass die Aussicht bestanden hätte, ihn von dieser Einstellung abkehren zu

⁶⁴⁵ Wank, in: Festschrift Kohte, 359 (373); Preis, Individualarbeitsrecht, § 65, S. 612.

⁶⁴⁶ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 46; Urt. v. 20.11.2014, Az. 2 AZR 651/13, BAGE 150, 109-116, Rn. 21; Urt. v. 23.10.2014, Az. 2 AZR 865/13, BAGE 149, 355-366, Rn. 47; LAG Köln, Urt. v. 16.04.2008, Az. 7 Sa 1520/07, BeckRS 2008, 57352, Rn. 36; Wank, in: Festschrift Kohte, 359 (372f.).

⁶⁴⁷ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 46; Urt. v. 26.03.2015, Az. 2 AZR 517/14, NJW 2016, 103 (104), Rn. 21; Urt. v. 27.09.2012, Az. 2 AZR 646/11, NJOZ 2013, 1064 (1068), Rn. 41; Urt. v. 09.06.2011, Az. 2 AZR 284/10, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64, Rn. 22; Urt. v. 10.06.2010, Az. 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn. 35; Urt. v. 25.10.2007, Az. 8 AZR 593/06, BAGE 124, 295-313, Rn. 68; Urt. v. 21.11.1996, Az. 2 AZR 357/95, NZA 1997, 487 (490); LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 17.10.2013, Az. 5 Sa 111/13, BeckRS 2013, 74142; Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, BGB, § 626, Rn. 34.

⁶⁴⁸ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 46; Kreft, in: Festschrift Etzel, 225 (235); Wank, in: Festschrift Kohte, 359 (377).

⁶⁴⁹ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 51; Urt. v. 29.08.2013, Az. 2 AZR 273/12, NJW 2014, 1323 (1326).

können, damit macht der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber selbst die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar.⁶⁵⁰

Ordnet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst an und verweigert der Arbeitnehmer diesen beharrlich, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz einer solchen beharrlichen Verweigerung zur Vornahme der Regelarbeitsleistung weiterhin heranziehen, da sich die beharrliche Arbeitsverweigerung lediglich auf den zusätzlichen Dienst bezieht. Eine ordnungsgemäße Vornahme der Arbeitsleistung wäre für die übliche Arbeitszeit im Betrieb gewährleistet, sodass der Arbeitgeber mit der Arbeitsleitung des Arbeitnehmers planen könnte. Der Arbeitgeber könnte demnach nur hinsichtlich der Vornahme des zusätzlichen Dienstes nicht mit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers planen, sodass lediglich die Sonderverpflichtung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses verletzt wird. Sofern die Tätigkeit des Arbeitnehmers sich nicht durch den zusätzlichen Dienst besonders auszeichnet und damit kein dringendes Erfordernis für den zusätzlichen Dienst besteht, kann eine solche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht derart erheblich sein, dass sie eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könnte. Dem Arbeitgeber ist dann zuzumuten, eine ordentliche Kündigung auszusprechen und den Ablauf der Kündigungsfrist abzuwarten.

Anders könnte es unter anderem dann sein, wenn es sich bei dem Arbeitgeber um ein globales Unternehmen handelt, für welches die Vornahme des zusätzlichen Dienstes, aufgrund der Zeitverschiebung und weiterer Gründe, unabdingbar wäre und die Leistung eine der Regelarbeitsverpflichtung gleichkommende Wichtigkeit hätte. In diesen Fällen hat der Arbeitgeber ein erhebliches Interesse an der Vornahme des wirksam angeordneten zusätzlichen Dienstes, sodass es dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht zugemutet werden könnte, die beharrliche Verweigerung des zusätzlichen Dienstes durch den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist hinzunehmen. Die Vornahme des zusätzlichen Dienstes müsste somit derart wichtig sein, dass sie nicht nur eine Sonderverpflichtung des Arbeitnehmers darstellt, sondern eine der Regelarbeitspflicht gleichkommende Wichtigkeit hat und damit die Hinnahme der Verweigerung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist dem Arbeitgeber nicht zumutbar wäre. Dies könnte auch dann der Fall sein, wenn der verpflichtende zusätzliche Dienst des Arbeitnehmers aufgrund seiner Tätigkeit und der damit verbundenen Fähigkeiten sowie Erfahrungen erforderlich ist, sodass dem Arbeitgeber ein erhebliches Interesse an dem zusätzlichen Dienst zustehen könnte. Demnach sind an die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist einer ordentlichen Kündigung hohe Anforderungen zu stellen.

Im Ergebnis stellt die außerordentliche Kündigung, unter Einhaltung der Voraussetzungen nach § 626 BGB, für die beharrliche Arbeitsverweigerung im Rahmen des zusätzlichen Dienstes grundsätzlich eine zu strenge Maßnahme dar, sodass nach einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Interesse des Arbeitnehmers an dessen

⁶⁵⁰ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 58.

Fortbestand unterliegen würde. Dies gilt aber dann nicht, wenn besondere Umstände hinzutreten, die dem Arbeitgeber die ordentliche Kündigung und den damit verbundenen Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar machen. Sofern die außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB unwirksam ist, könnte der Kündigungserklärung nach §§ 133, 157 BGB mittels Auslegung eine hilfsweise ordentliche Kündigung entnommen werden, im Übrigen wäre an eine Umdeutung in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB zu denken.⁶⁵¹

b) Verletzung der Rücksichtnahmepflicht

Darüber hinaus könnte überlegt werden, ob die Verletzung der Rücksichtnahmepflicht nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag durch den Konsum von berauschenden Mitteln und die mit der Arbeitsunfähigkeit verbundene nicht ordnungsgemäße Vornahme des zusätzlichen Dienstes einen wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB darstellen könnte. Dies setzt das Vorliegen solcher Tatsachen voraus, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Einen wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB an sich kann bereits die erhebliche Verletzung der Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag darstellen.⁶⁵² Sofern der Arbeitnehmer übermäßig berauschende Mittel konsumiert hat und dadurch während des zusätzlichen Dienstes in seiner Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt ist, handelt es sich um die Verletzung der Rücksichtnahmepflicht, die auch eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses als wichtigen Grund rechtfertigen kann.⁶⁵³ Des Weiteren muss eine negative Zukunftsprognose bestehen, nach der weitere solcher Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers wahrscheinlich sind und eine den arbeitsvertraglichen Vorgaben entsprechende gedeihliche Zusammenarbeit der Arbeitsvertragsparteien in Zukunft nicht mehr möglich sein wird.⁶⁵⁴ Eine solche negative Zukunftsprognose liegt vor, wenn die Annahme besteht, dass der Arbeitnehmer auch in Zukunft während der wirksamen Verpflichtung zum zusätzlichen Dienst durch berauschende Mittel in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sein wird und dadurch den zusätzlichen Dienst nicht ordnungsgemäß vornehmen wird, da er trotz mehrmaliger Abmahnungen seinen Alkoholkonsum nicht an seine Arbeitspflicht anpasst und damit auch nicht mehr zu rechnen ist.

Darüber hinaus müsste nach einer Interessenabwägung das Interesse des Arbeitgebers an der

⁶⁵¹ BAG, Urt. v. 20.03.2014, Az. 2 AZR 825/12, NZA 2014, 1089 (1091), Rn. 26; Biebl, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, § 13, Rn. 35; BGB, § 626, Rn. 34; Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 620, Rn. 61.

⁶⁵² BAG, Urt. v. 19.04.2007, Az. 2 AZR 78/06, BeckRS 2009, 73620, Rn. 28; Kreft, in: Festschrift Etzel, 225 (230); Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, BGB, § 626, Rn. 72; Fischermeier, in: KR, BGB, § 626, Rn. 144, 153.

⁶⁵³ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, BGB, § 626, Rn. 77; Krewer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, KSchG, § 1, Rn. 859; Griebeling/Rachor, in: KR, KSchG, § 1, Rn. 424; Belling/Riesenhuber, in: Henssler/Willemsen/Kalb, BGB, § 626, Rn. 71.

⁶⁵⁴ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 46; Kreft, in: Festschrift Etzel, 225 (231); Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, BGB, § 626, Rn. 77; Fischermeier, in: KR, BGB, § 626, Rn. 188.

sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers am Arbeitsverhältnis überwiegen, sodass eine sofortige Unzumutbarkeit des Arbeitgebers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses besteht und damit der Ablauf der Kündigungsfrist dem Arbeitgeber nicht zumutbar ist.⁶⁵⁵ Die Annahme der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ist einer solchen Pflichtverletzung im Rahmen des zusätzlichen Dienstes, bei dem es sich um eine Sonderverpflichtung zur Hauptarbeitspflicht handelt, bereits anzuzweifeln. Sofern der Arbeitnehmer seiner Regelarbeitspflicht während seiner üblichen Arbeitszeit ohne Einfluss berauschender Mittel und ordnungsgemäß nachkommt, kann der Arbeitgeber weiterhin mit seiner Arbeitsleistung planen. Eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber ist aber dann abzulehnen, wenn es dem Arbeitgeber möglich ist, den Arbeitnehmer überhaupt noch, sei es auch in einem anderen Betrieb seines Unternehmens, wirtschaftlich sinnvoll einzusetzen.⁶⁵⁶ Demnach bestehen hohe Anforderungen an die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf einer fiktiven Kündigungsfrist. Die fehlende Möglichkeit des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer für den zusätzlichen Dienst einzusetzen und ihn einzuplanen, da der Arbeitnehmer in dieser Zeit berauschende Mittel konsumieren könnte und dadurch die ordnungsgemäße Vornahme des zusätzlichen Dienstes gefährdet wäre, reicht für die Annahme der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht aus. Der Arbeitgeber könnte bis zum Ablauf der Kündigungsfrist den Arbeitnehmer vom zusätzlichen Dienst ausnehmen und ihn lediglich nach seiner Regelarbeitspflicht beschäftigen. Somit wäre dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf einer fiktiven Kündigungsfrist zuzumuten. Eine solche Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist kann dem Arbeitgeber nur dann nicht zugemutet werden, wenn der zusätzliche Dienst und auch die Vornahme durch den Arbeitnehmer für den Arbeitgeber unverzichtbar wären. Dies wäre dann im Einzelfall festzustellen.

Demnach wäre im Rahmen der Interessenabwägung, unter Berücksichtigung der Gesamtumstände, mangels Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers am Arbeitsverhältnis vor dem sofortigen Beendigungsinteresse des Arbeitgebers Vorzug zu geben. Die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers nach § 626 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung der Rücksichtnahmepflicht nach §§ 241 Abs. 2, 611 a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag wäre somit abzulehnen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Konsums von berauschenden Mitteln mangels Arbeitsfähigkeit den zusätzlichen Dienst nicht ordnungsgemäß vornehmen konnte. Ein solcher Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Rücksichtnahmepflicht kann aber eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 1, 2 S. 1 KSchG sozial rechtfertigen, sofern auch die weiteren Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.

⁶⁵⁵ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 46; Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, BGB, § 626, Rn. 34; Fischermeier, in: KR, BGB, § 626, Rn. 249; Preis, Individualarbeitsrecht, § 65, S. 612.

⁶⁵⁶ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 56; Urt. v. 30.05.1978, Az. 2 AZR 630/76, BAGE 30, 309-320, Rn. 16; Fischermeier, in: KR, BGB, § 626, Rn. 265.

III. Ergebnis

Demnach kann der Arbeitgeber als arbeitsrechtliche Maßnahme den Arbeitnehmer, der den zusätzlichen Dienst ablehnt oder währenddessen durch den Konsum berauschender Mittel arbeitsunfähig wird und den Dienst nicht ordnungsgemäß vornimmt nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag abmahnen. Sofern die Voraussetzungen für die ordentliche Kündigung vorliegen, kann die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 1, 2 S. 1 KSchG aufgrund verhaltensbedingter Gründe sozial gerechtfertigt sein. Eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 626 Abs. 1 BGB ist hingegen abwegig.

5. Kapitel: Folgen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit

Hält sich der Arbeitnehmer ständig erreichbar und wird in seiner Freizeit tätig, können sich vielerlei Folgen für den Arbeitnehmer aus der Leistung des zusätzlichen Dienstes ergeben.

I. Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers

Dem Arbeitnehmer könnte aufgrund der Leistung des zusätzlichen Dienstes ein Vergütungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber zustehen. Dabei ist für die Ermittlung des Vergütungsanspruchs zwischen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit zu differenzieren.

1. Vergütung der Zeiten der Freizeittätigkeit

Die Zeit, in der der Arbeitnehmer in seiner Freizeit tätig wird, könnte einen Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auslösen.

a) Vertraglicher Vergütungsanspruch

Für die Leistung der Freizeittätigkeit könnte ein vertraglicher Vergütungsanspruch bestehen. Dazu müsste die Freizeittätigkeit eine vergütungspflichtige Arbeitsleistung nach § 611 a Abs. 2 BGB sein.⁶⁵⁷ Für die Vergütungspflicht kann die arbeitszeitrechtliche Einordnung nach dem Arbeitszeitgesetz nicht herangezogen werden, da die Vergütungspflicht des Arbeitgebers unabhängig von einer solchen Einordnung zu beurteilen ist.⁶⁵⁸ Die Vergütungspflicht des Arbeitgebers knüpft nach § 611 a Abs. 2 BGB (früher nach § 611 Abs. 1 BGB) allein an die Leistung der versprochenen Dienste, also an jede im Synallagma vom Arbeitgeber verlangte Tätigkeit oder Maßnahme an, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt.⁶⁵⁹ Zu den versprochenen

⁶⁵⁷ So auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296.

⁶⁵⁸ BAG, Urt. v. 12.12.2012, Az. 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158 (1159), Rn. 16; Urt. v. 20.04.2011, Az. 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 (918), Rn. 20; Baeck/Deutsch, ArbZG, Einführung, Rn. 55f.; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 2, Rn. 46; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 2, Rn. 10; Wank, RdA 2014, 285 (286).

⁶⁵⁹ BAG, Urt. v. 26.10.2016, Az. 5 AZR 226/16, BeckRS 2016, 112090, Rn. 22; Urt. v. 18.11.2015, Az. 5 AZR 814/14, NZA 2016, 494 (496), Rn. 25; Urt. v. 12.12.2012, Az. 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158 (1159), Rn. 17; Urt. v. 19.09.2012, Az. 5 AZR 678/11, BAGE 143, 107-118, Rn. 28; Urt. v. 20.04.2011, Az. 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 (918).

Diensten gehören demnach fremdnützige, den betrieblichen Belangen des Arbeitgebers dienende Tätigkeiten und damit Arbeit.⁶⁶⁰

Die Bearbeitung von Anfragen und damit die Freizeittätigkeit dient überwiegend der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses, nämlich dem des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer leistet einen zusätzlichen Dienst, indem er sich für betriebliche Belange erreichbar hält und seine Arbeit bei Bedarf aufnimmt, um damit die Anfragen im Interesse des Arbeitgebers bearbeiten zu können. Die Freizeittätigkeit ist somit eine fremdnützige Tätigkeit des Arbeitnehmers. Sofern der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Freizeittätigkeit zurechenbar veranlasst hat oder diese duldet, handelt es sich um eine vom Arbeitgeber ausdrücklich oder konkludent verlangte Arbeitsleistung. Diese Arbeitsleistung steht unmittelbar im Zusammenhang mit der eigentlichen Tätigkeit des Arbeitnehmers während der üblichen Arbeitszeit, da sich die Anfragen auf diese Tätigkeit beziehen. Die Freizeittätigkeit unterscheidet sich von der eigentlichen Tätigkeit lediglich durch die zeitliche Lage, da sie in der Freizeit und nicht während der üblichen Arbeitszeit vorgenommen wird. Demnach stellt die Freizeittätigkeit eine im Synallagma vom Arbeitgeber verlangte Tätigkeit und damit einen versprochenen Dienst des Arbeitnehmers dar, welcher nach § 611 a Abs. 2 BGB vergütungspflichtig ist. Von der Vergütungspflicht des Arbeitgebers nach § 611 a Abs. 2 BGB ausgenommen ist aber eine solche Freizeittätigkeit, die ohne eine zurechenbare Veranlassung des Arbeitgebers freiwillig vorgenommen und vom Arbeitgeber auch nicht geduldet wird, da diese keine vom Arbeitgeber verlangte vergütungspflichtige Tätigkeit ist.⁶⁶¹

Die nach § 611 a Abs. 2 BGB vergütungspflichtige Zeit der Freizeittätigkeit kann bereits von der vertraglich vereinbarten Vergütung erfasst sein. Dies ist dann anzunehmen, wenn die Zeit der Freizeittätigkeit auf die vereinbarte Arbeitszeit angerechnet wird und diese ausfüllt, sodass der Arbeitnehmer seine täglich vorzunehmende Arbeitsleistung mit der Freizeittätigkeit erbringt. Dabei nimmt der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung lediglich über die mobilen Kommunikationsmittel vor, anstatt an seinem eigentlichen Arbeitsplatz. Sofern dem so ist, besteht kein weiterer Anspruch des Arbeitnehmers auf Vergütung. Es sei denn, es sind bestimmte Zuschläge für die mobile Arbeitsleistung vereinbart oder kraft Gesetzes Zuschläge durch den Arbeitgeber zu leisten (Nacharbeitszuschlag, § 6 Abs. 5 ArbZG).

Die Freizeittätigkeit kann aber auch dazu führen, dass die vereinbarte Arbeitszeit überschritten wird und damit eine, über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus, zusätzliche Leistung vorgenommen wird, sodass es sich um Überstunden handelt.⁶⁶² Die Vergütung dieser Überstunden kann vertraglich geregelt sein. Dabei kann auch eine Pauschalierungsabrede vereinbart sein, welche die Abgeltung der geleisteten Überstunden mit dem Gehalt vorsieht und damit die Begründung eines weiteren

⁶⁶⁰ BAG, Urt. v. 12.12.2012, Az. 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158 (1159), Rn. 17; Urt. v. 20.04.2011, Az. 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 (918f.); Urt. v. 22.04.2009, Az. 5 AZR 292/08, NZA-RR 2010, 231 (233), Rn. 15; Urt. v. 11.10.2000, Az. 5 AZR 122/99, BAGE 96, 45-54, Rn. 29.

⁶⁶¹ Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163, (1167); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179); Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757. Nach a.A. setzt die vergütungspflichtige Arbeitszeit eine ausdrückliche Anordnung oder Weisung des Arbeitgebers voraus; so: Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

⁶⁶² So auch: v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179).

Vergütungsanspruchs verhindern soll. Die Vereinbarung einer solchen Pauschalierungsabrede hätte dann zur Folge, dass der Arbeitnehmer für die Zeiten der Freizeittätigkeit keine zusätzliche Vergütung erhält. Dies würde aber voraussetzen, dass eine Pauschalierungsabrede wirksam vereinbart wurde und diese als Regelung im Arbeitsvertrag einer rechtlichen Überprüfung nach §§ 305 ff. BGB standhält. Die Überprüfbarkeit einzelner Regelungen in Arbeitsverträgen ist nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB unter Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten zulässig.

Bei der Regelung einer Pauschalierungsabrede in einem Arbeitsvertrag handelt es sich um eine vom Arbeitgeber gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB. Die Pauschalierungsabrede kann wegen mangelnder Transparenz eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen und damit unwirksam sein. Als Vertragsbedingung der Hauptleistungspflichten der Parteien, unterliegt die Pauschalierungsabrede nach § 307 Abs. 3 S. 2 BGB zumindest der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.⁶⁶³ Nach der Transparenzkontrolle liegt eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB vor, wenn die Vertragsbedingung nicht klar und verständlich formuliert ist. Das Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot mit ein, dabei soll die Gefahr vorgebeugt werden, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders nicht ohne fremde Hilfe Gewissheit über den Inhalt der vertraglichen Rechte und Pflichten erlangen kann und so von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten werden könnte.⁶⁶⁴ Somit müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen in den Vertragsbedingungen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender auch keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume bestehen.⁶⁶⁵

Sofern der Arbeitgeber im Rahmen der Leistung von Überstunden eine pauschale Abgeltung dieser mit der Vergütung vorsieht, ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag nicht hinreichend deutlich der Umfang, der nach einer solchen Regelung ohne eine zusätzliche Vergütung zu leistenden Überstunden.⁶⁶⁶ Eine die pauschale Vergütung von Mehrarbeit regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistung von ihr erfasst werden soll, da sich andernfalls nicht erkennen lässt, ab wann ein Anspruch des Arbeitnehmers auf eine zusätzliche Vergütung besteht.⁶⁶⁷ Demnach muss der Umfang der Leistungspflicht auch hier so bestimmt oder zumindest durch die konkrete Begrenzung der Anordnungsbefugnis für den Umfang der Überstunden

⁶⁶³ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 15; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 13; Urt. v. 20.04.2011, Az. 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 (918); Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 14; Bepler, in: Festschrift Wank, 41 (43).

⁶⁶⁴ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 15; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 13; Urt. v. 20.04.2011, Az. 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 (918); Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 14; Urt. v. 24.10.2007, Az. 10 AZR 825/06, BAGE 124, 259-272, Rn. 14; Urt. v. 31.08.2005, Az. 5 AZR 545/04, BAGE 115, 372-386, Rn. 45; BGH, Urt. v. 26.10.2005, Az. VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12-28, Rn. 23.

⁶⁶⁵ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 15; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 13; Urt. v. 20.04.2011, Az. 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 (918), Rn. 15; Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 14; Urt. v. 31.08.2005, Az. 5 AZR 545/04, BAGE 115, 372-386, Rn. 45; BGH, Urt. v. 26.10.2005, Az. VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12-28, Rn. 23.

⁶⁶⁶ BAG, Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 15; Bepler, in: Festschrift Wank, 41 (43).

⁶⁶⁷ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 16; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 14; Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 15; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 92.

so bestimmbar sein, dass der Arbeitnehmer bereits bei Vertragsschluss erkennen kann, was gegebenenfalls auf ihn zukommt und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss.⁶⁶⁸ Zudem wird durch eine solche unklar abgefasste Pauschalierungsklausel die Gefahr geschaffen, dass der Arbeitnehmer in der Annahme, er habe keinen Rechtsanspruch auf eine gesonderte Überstundenvergütung, seinen Anspruch nicht geltend macht.⁶⁶⁹ Klauseln, nach denen die erforderlichen Überstunden mit dem Monatsgehalt abgegolten sind, sind somit nicht klar und verständlich im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und benachteiligen den Arbeitnehmer unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.⁶⁷⁰ Die Regelung zur Anordnung von Überstunden, verbunden mit der Vergütungsabrede als eine einheitliche Abgeltungsklausel, ist dann insgesamt mangels Transparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.⁶⁷¹ Somit könnte eine solche unwirksame Pauschalierungsabrede auch nicht für die Vergütung der Freizeittätigkeit, die zu Überstunden des Arbeitnehmers führt, herangezogen werden.

Sofern ausdrücklich die Leistung von Freizeittätigkeit im Rahmen des Arbeitsvertrages vereinbart wurde, gelten die Grundsätze zur Vereinbarung einer Pauschalierungsabrede von Überstunden auch für eine pauschale Abgeltung der Freizeittätigkeit durch die Vergütung. Sofern eine solche Pauschalierungsabrede vereinbart wurde, kann der Arbeitnehmer aus der Regelung den Gegenwert der Vergütung und damit den Gegenwert der von ihm zu erbringenden Leistung für den Arbeitgeber nicht erkennen, da er unabhängig vom Umfang seines Einsatzes für den Arbeitgeber eine immer gleichbleibende Vergütung erhält. Somit weiß er bei Abschluss des Arbeitsvertrages nicht, was tatsächlich auf ihn zukommen wird und in welchem Umfang er Leistungen für die vereinbarte Vergütung erbringen muss. Demnach ist auch eine einheitliche Abgeltungsklausel zur Anordnung und Vergütung der Freizeittätigkeit nicht im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB klar und verständlich, sodass eine solche Klausel zu einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB führt und damit unwirksam ist. Die Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingung führt nach § 306 Abs. 1 BGB dazu, dass die dispositiven Gesetzesbestimmungen nach § 306 Abs. 2 BGB anzuwenden sind.⁶⁷² Eine ergänzende Vertragsauslegung ist nicht in Betracht zu ziehen, da die gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen des Fehlens einer wirksamen Vergütungsvereinbarung in § 612

⁶⁶⁸ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 16; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 14; Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 15; Urt. v. 05.08.2009, Az. 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105 (1106f.), Rn. 14; Urt. v. 11.10.2006, Az. 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 (89), Rn. 28; Bepler, in: Festschrift Wank, 41 (44); Brors, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 611, Rn. 738.

⁶⁶⁹ BAG, Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 15; Urt. v. 05.08.2009, Az. 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105 (1106f.), Rn. 14.

⁶⁷⁰ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 17; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 14; Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 15; Urt. v. 31.08.2005, Az. 5 AZR 545/04, BAGE 115, 372-386, Rn. 45; Brors, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 611, Rn. 738.

⁶⁷¹ BAG, Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 13; Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 15; Urt. v. 31.08.2005, Az. 5 AZR 545/04, BAGE 115, 372-386, Rn. 45; Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GewO, § 106, Rn. 78.

⁶⁷² BAG, Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 11; Boecken, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 612, Rn. 11; Boemke/Ulrici, in: HK-ArbR, BGB, § 306, Rn. 3, 9.

BGB geregelt wird und es daher keiner ergänzenden vertraglichen Bestimmung bedarf.⁶⁷³

Demnach sind solche Pauschalierungsabreden, nach denen die geleisteten Überstunden oder die ausdrücklich benannte Freizeittätigkeit pauschal mit der Vergütung abgegolten werden sollen, unwirksam, sodass sich die Vergütung der Freizeittätigkeit nach § 612 BGB richtet. Hingegen sind Pauschalierungsabreden wirksam, die bestimmt und damit transparent sind, wenn sie beispielsweise regeln, dass die ersten zwanzig Überstunden im Monat, neben der Normalarbeitszeit, mit der Monatsvergütung abgegolten werden.⁶⁷⁴ Eine solche Formulierung ist klar und verständlich, sodass der Arbeitnehmer mit der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages weiß, was auf ihn zukommt und wieviel er für die vereinbarte Vergütung arbeiten muss. Somit verstößt eine solche Pauschalierungsabrede nicht gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und stellt damit keine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB dar.⁶⁷⁵ Dies gilt auch im Rahmen der ausdrücklich geregelten Abgeltung geleisteter Freizeittätigkeit.

Die Überprüfbarkeit der Klausel, die in dem Arbeitsvertrag eindeutig festlegt, wie viele Überstunden mit dem Gehalt vergütet werden, ist als Hauptabrede auf die Transparenzkontrolle und die Überprüfung der Sittenwidrigkeit beschränkt.⁶⁷⁶ Einer weitergehenden Inhaltskontrolle unterliegt die Pauschalierungsabrede deshalb nicht, da nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der uneingeschränkten Inhaltskontrolle nur dann unterfallen, wenn durch sie von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen getroffen werden.⁶⁷⁷ Darunter fallen nicht solche Klauseln, mit denen der Umfang der von den Parteien geschuldeten Vertragsleistung festgelegt werden soll, zu denen vor allem die Arbeitsleistung und das Arbeitsentgelt gehören.⁶⁷⁸ Wurde eine solche Pauschalierungsabrede mit einer bestimmten Anzahl von abgegoltenen Überstunden oder auch explizit einer bestimmten Anzahl von abgegoltenen Stunden der Freizeittätigkeit im Arbeitsvertrag vereinbart, hält diese einer rechtlichen Überprüfung nach §§ 305 ff. BGB stand.

Die Pauschalierungsabrede muss dann aber auch einer Sittenwidrigkeitsprüfung nach § 138 BGB standhalten. Sofern die Pauschalierungsabrede sittenwidrig und damit unwirksam ist, ist die Vergütung der Überstunden nach § 612 BGB zu bestimmen, dabei setzt die Annahme der Sittenwidrigkeit einer Regelung objektiv voraus, dass ein Lohnwucher nach § 138 Abs. 2 BGB oder ein wucherähnliches

⁶⁷³ BAG, Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 18; Urt. v. 17.03.1982, Az. 5 AZR 1047/79, BAGE 38, 194-200, Rn. 23; Brors, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 611, Rn. 738.

⁶⁷⁴ BAG, Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 22; Brors, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 611, Rn. 738.

⁶⁷⁵ BAG, Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 22; Brors, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 611, Rn. 738.

⁶⁷⁶ BAG, Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 20ff.; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 91.

⁶⁷⁷ BAG, Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 24ff.; Urt. v. 27.08.2008, Az. 5 AZR 820/07, BAGE 127, 319-329, Rn. 22; Urt. v. 14.03.2007, Az. 5 AZR 630/06, BAGE 122, 12-21, Rn. 24.

⁶⁷⁸ BAG, Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 24ff.; Urt. v. 27.08.2008, Az. 5 AZR 820/07, BAGE 127, 319-329, Rn. 22; Urt. v. 14.03.2007, Az. 5 AZR 630/06, BAGE 122, 12-21, Rn. 24.

Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB vorliegt.⁶⁷⁹ Dazu muss ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegen, das regelmäßig angenommen werden kann, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in dem betreffenden Wirtschaftszweig üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht.⁶⁸⁰ Entspricht der Tariflohn nicht der verkehrsüblichen Vergütung, da dieser unterhalb des Tariflohns liegt, ist an das allgemeine Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet für die Ermittlung des Wertes der Arbeitsleistung anzuknüpfen.⁶⁸¹ Darüber hinaus wird subjektiv für die Annahme des Lohnwuchers eine Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen verlangt.⁶⁸² Für das wucherähnliche Geschäft ist eine verwerfliche Gesinnung des Arbeitgebers erforderlich.⁶⁸³

Sofern eine Pauschalierungsabrede für eine bestimmte Anzahl an Überstunden oder explizit an Stunden der Freizeittätigkeit nach §§ 305 ff. BGB sowie § 138 BGB wirksam vereinbart wurde, kann der Arbeitnehmer für die mit der Vergütung abgegoltenen zusätzlichen Arbeitsstunden und damit auch für die Freizeittätigkeit keine zusätzliche Vergütung verlangen. Die Vergütung der Freizeittätigkeit ist somit von der Grundvergütung erfasst. Der Arbeitnehmer kann nur bei Überschreiten der festgelegten Stunden eine zusätzliche Vergütung für die Zeiten der Freizeittätigkeit verlangen.

Unter Anwendung der Pauschalierungsabrede müsste dann aber auch der Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 1, 2 Mindestlohngesetz (im Folgenden: MiLoG) erfüllt werden, der nicht wirksam durch eine Vereinbarung ausgeschlossen werden kann (§ 3 S. 1 MiLoG). Zur Überprüfung der Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohnes ist die vereinbarte Vergütung durch die Gesamtzahl der in dieser Abrechnungsperiode regelmäßig zu leistenden Arbeitsstunden und der Zahl der tatsächlich geleisteten Überstunden zu dividieren.⁶⁸⁴ Wenn das Ergebnis pro Stunde mindestens den gesetzlichen Mindestlohn nach § 1 Abs. 2 MiLoG ergibt und damit im Durchschnitt der Arbeitnehmer mit dem Mindestlohn vergütet wird, ist somit der Mindestlohnanspruch erfüllt.⁶⁸⁵ Wird der Mindestlohn unterschritten, ist für alle tatsächlich erbrachten Arbeitsstunden eines Kalendermonats der Mindestlohn zu leisten.⁶⁸⁶

⁶⁷⁹ BAG, Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 28; Urt. v. 24.03.2004, Az. 5 AZR 303/03, BAGE 110, 79-89, Rn. 34f.; Urt. v. 23.05.2001, Az. 5 AZR 527/99, BeckRS 2009, 52775; Urt. v. 21.06.2000, Az. 5 AZR 806/98, NJW 2000, 3589 (3590); Löwisch, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, BGB, § 138, Rn. 3.1.

⁶⁸⁰ BAG, Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 28; Urt. v. 24.03.2004, Az. 5 AZR 303/03, BAGE 110, 79-89, Rn. 35f.; Urt. v. 23.05.2001, Az. 5 AZR 527/99, BeckRS 2009, 52775; Urt. v. 21.06.2000, Az. 5 AZR 806/98, NJW 2000, 3589 (3590); Löwisch, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, BGB, § 138, Rn. 1.

⁶⁸¹ BAG, Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 28; Urt. v. 24.03.2004, Az. 5 AZR 303/03, BAGE 110, 79-89, Rn. 36; Urt. v. 23.05.2001, Az. 5 AZR 527/99, BeckRS 2009, 52775; Urt. v. 21.06.2000, Az. 5 AZR 806/98, NJW 2000, 3589 (3590); Löwisch, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, BGB, § 138, Rn. 1.

⁶⁸² BAG, Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 30; Löwisch, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, BGB, § 138, Rn. 1.

⁶⁸³ BAG, Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 30; Urt. v. 22.04.2009, Az. 5 AZR 436/08, BAGE 130, 338-346, Rn. 26.

⁶⁸⁴ BAG, Urt. v. 25.05.2016, Az. 5 AZR 135/16, BAGE 155, 202-214, Rn. 26; Franzen, in: Erfurter Kommentar, MiLoG, § 1, Rn. 3; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, MiLoG, § 1, Rn. 19; Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, § 1, Rn. 19; Thüsing, MiLoG, § 1, Rn. 40, 77.

⁶⁸⁵ BAG, Urt. v. 25.05.2016, Az. 5 AZR 135/16, BAGE 155, 202-214, Rn. 26; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, MiLoG, § 1, Rn. 19; Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, § 1, Rn. 18f.

⁶⁸⁶ BAG, Urt. v. 25.05.2016, Az. 5 AZR 135/16, BAGE 155, 202-214, Rn. 24; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, MiLoG, § 1, Rn. 19; Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, § 1, Rn. 17.

Haben die Parteien vertraglich keine Pauschalierungsabrede, sondern eine zusätzliche Vergütung von Überstunden vereinbart, kann diese für Vollzeitkräfte auch nach tarifvertraglichen Vereinbarungen geringer sein, als die sonst übliche Vergütung.⁶⁸⁷ Aber auch hier darf der Mindestlohn nach § 1 Abs. 2 MiLoG nicht unterschritten werden, sodass der Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers zu erfüllen ist.⁶⁸⁸ Zudem kann auch ein Ausgleich der Überstunden durch bezahlte Freizeit („Überstunden abfeiern“) vereinbart werden, der ebenfalls dem Mindestlohnanspruch gerecht werden muss.⁶⁸⁹

Ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers für die geleistete Freizeittätigkeit ergibt sich demnach aus den einzelvertraglichen oder tarifvertraglichen Regelungen, sofern der Vergütungsanspruch nicht durch eine wirksam vereinbarte Pauschalierungsabrede ausgeschlossen ist.⁶⁹⁰ Von der Vergütungspflicht des Arbeitgebers ausgeschlossen ist bereits eine solche Freizeittätigkeit, die ohne eine zurechenbare Veranlassung des Arbeitgebers freiwillig vorgenommen und vom Arbeitgeber auch nicht geduldet wird.⁶⁹¹

b) Gesetzlicher Vergütungsanspruch, § 612 Abs. 1 BGB

Sofern ein vertraglicher Vergütungsanspruch des zusätzlichen Tätigwerdens des Arbeitnehmers abzulehnen ist und die Vergütung auch nicht durch eine Pauschalierungsabrede abgegolten ist, könnte sich ein Vergütungsanspruch nach § 612 BGB ergeben.

Nach § 612 Abs. 1 BGB kann der Arbeitnehmer eine Vergütung vom Arbeitgeber verlangen, wenn die Freizeittätigkeit als Arbeitsleistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Die Regelung des § 612 Abs. 1 BGB ist entsprechend anzuwenden, wenn eine in bestimmter Höhe gewährte Arbeitsvergütung nicht den vollen Gegenwert für die erbrachte Dienstleistung darstellt, da der Arbeitnehmer über die vertraglich geschuldete Leistung hinaus quantitative Mehrleistungen in Form von Überstunden erbringt.⁶⁹²

Die Freizeittätigkeit stellt eine Arbeitsleistung nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend dar, die der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient. Die Vornahme der Freizeittätigkeit als Überstunden müsste nach § 612 Abs. 1 BGB objektiv nur gegen eine Vergütung zu erwarten sein. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte

⁶⁸⁷ BAG, Urt. v. 03.10.1969, Az. 3 AZR 400/68, BAGE 22, 144, Rn. 26ff.; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 611a, Rn. 488; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 611, Rn. 823.

⁶⁸⁸ Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 611a, Rn. 488; Däubler, in: HK-ArbR, MiLoG, § 1, Rn. 8; Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, § 1, Rn. 19.

⁶⁸⁹ BAG, Urt. v. 03.10.1969, Az. 3 AZR 400/68, BAGE 22, 144, Rn. 25; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 611a, Rn. 487; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, MiLoG, § 1, Rn. 19.

⁶⁹⁰ So im Ergebnis kursorisch: v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179).

⁶⁹¹ Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163, (1167); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179); Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757. Nach a.A. setzt die vergütungspflichtige Arbeitszeit eine ausdrückliche Anordnung oder Weisung des Arbeitgebers voraus, so: Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

⁶⁹² BAG, Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 22; Urt. v. 01.09.2010, Az. 5 AZR 517/09, BAGE 135, 250-254, Rn. 9; Urt. v. 17.03.1982, Az. 5 AZR 1047/79, BAGE 38, 194-200, Rn. 23; Urt. v. 16.02.1978, Az. 3 AZR 723/76, AP BGB § 612 Nr. 31.

Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, besteht nicht.⁶⁹³ Die Vergütungserwartung ist vielmehr anhand eines objektiven 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.⁶⁹⁴ Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeit eine Vergütung von Überstunden vorsehen.⁶⁹⁵ Eine Vergütungserwartung wird zumeist nicht gegeben sein, wenn Dienste höherer Art geschuldet sind oder insgesamt dem Arbeitnehmer eine deutlich herausgehobene Vergütung gezahlt wird.⁶⁹⁶ Eine herausgehobene Vergütung ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn das Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet.⁶⁹⁷ Die Vergütungserwartung ist auch bei leitenden Angestellten und Chefärzten für Mehrarbeit im Rahmen ihres Aufgabenkreises abzulehnen, da diese grundsätzlich mit der vereinbarten Vergütung abgegolten ist.⁶⁹⁸ Zudem ist die Vergütungserwartung auch dann abzulehnen, wenn es dem Arbeitnehmer obliegt, Überstunden durch Freizeit selbst auszugleichen.⁶⁹⁹

Sofern die Vergütungserwartung nicht bereits nach diesen benannten Fällen abzulehnen ist, ist zu überprüfen, ob eine Vergütung anhand eines objektiven Maßstabs zu erwarten ist. Dazu ist die Art der Tätigkeit heranzuziehen. Nach der Art der Tätigkeit kann eine Vergütung der Freizeittätigkeit erwartet werden, da der Arbeitnehmer, wie auch während seiner üblichen Arbeitszeit, seine Arbeitsleistung vornimmt.⁷⁰⁰ Der Unterschied zwischen der üblichen Tätigkeit und der Freizeittätigkeit besteht lediglich darin, dass der Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit an einem unbestimmten Ort mittels mobiler Kommunikationsmittel, anstatt an einem bestimmten Arbeitsplatz vornimmt. Der Arbeitnehmer kann aber auch während der üblichen Arbeitszeit über die mobilen Kommunikationsmittel arbeiten, unter anderem dann, wenn er sich in einem Meeting befindet. Auch unterscheidet sich die Tätigkeit des Arbeitnehmers während der üblichen Arbeitszeit, während derer der Arbeitnehmer Anfragen des

⁶⁹³ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 21; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 20; Urt. v. 28.09.2005, Az. 5 AZR 52/05, BAGE 116, 66-77, Rn. 15; Bepler, in: Festschrift Wank, 41 (44); Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 612, Rn. 18; Boemke, in: HK-ArbR, BGB, §§ 611, 611a, Rn. 296; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 612, Rn. 21; Palandt, BGB, § 612, Rn. 4.

⁶⁹⁴ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 21; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 20; Urt. v. 11.10.2000, Az. 5 AZR 122/99, BAGE 96, 45-54, Rn. 34; Bepler, in: Festschrift Wank, 41 (44f.); Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 612, Rn. 18; Boemke, in: HK-ArbR, BGB, §§ 611, 611a, Rn. 296; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 612, Rn. 6.

⁶⁹⁵ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 21; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 20; Bepler, in: Festschrift Wank, 41 (45); Kempfen, in: Festschrift Bepler, 256 (260); Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 612, Rn. 21.

⁶⁹⁶ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 21; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 20; Bepler, in: Festschrift Wank, 41 (46); Boemke, in: HK-ArbR, BGB, §§ 611, 611a, Rn. 296; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 612, Rn. 21.

⁶⁹⁷ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 21; Bepler, in: Festschrift Wank, 41 (46); Boemke, in: HK-ArbR, BGB, §§ 611, 611a, Rn. 296.

⁶⁹⁸ BAG, Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 20; Urt. v. 17.03.1982, Az. 5 AZR 1047/79, BAGE 38, 194-200, Rn. 26; Urt. v. 17.11.1966, Az. 5 AZR 225/66, BAGE 19, 126, Rn. 10.

⁶⁹⁹ BAG, Urt. v. 04.05.1994, Az. 4 AZR 445/93, NZA 1994, 1035 (1036f.); Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 611a, Rn. 488.

⁷⁰⁰ A.A. Aufgrund der örtlichen und zeitlichen Flexibilität sowie einem geringeren Aufwand sei nach der Art der Tätigkeit keine Vergütungserwartung anzunehmen, so etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

Arbeitgebers auch im direkten Gespräch beantworten kann nicht gravierend von der Freizeittätigkeit, während derer der Arbeitnehmer ebenfalls Anfragen des Arbeitgebers bearbeitet, dies aber ausschließlich über die mobilen Kommunikationsmittel. Weshalb nach der Art der Freizeittätigkeit keine Vergütungserwartung bestehen soll, aber nach der Art der Tätigkeit während der Arbeitszeit, erscheint nicht nachvollziehbar. Das Arbeiten über die mobilen Kommunikationsmittel, statt am gewöhnlichen Arbeitsplatz, kann eine solche unterschiedliche Behandlung der Tätigkeiten grundsätzlich nicht rechtfertigen.

Die Vergütungserwartung wäre auch im Hinblick auf den Umfang und die Dauer der Freizeittätigkeit anzunehmen. Dabei könnte für die Annahme einer Vergütungserwartung zwischen der kurzen Freizeittätigkeit, die wenige Minuten dauert und der längeren, umfangreichen Freizeittätigkeit unterschieden werden.

Für die Freizeittätigkeit, die eine längere Dauer und einen größeren Umfang hat, ist eine Vergütungserwartung anzunehmen.⁷⁰¹ Nach der Verkehrssitte könnte aber die Vergütungserwartung für eine kurze Freizeittätigkeit, aufgrund des geringen Umfangs und der kurzen Dauer des Einsatzes des Arbeitnehmers, abgelehnt werden, da sie den Arbeitnehmer nur für eine kurze Zeit in Anspruch nimmt.⁷⁰² Sofern der Arbeitnehmer eine solche Tätigkeit am Arbeitsplatz vornehmen würde, wäre eine Vergütungserwartung für die Arbeit bei einer oder mehreren Überminuten über die vertragliche Arbeitszeit hinaus abzulehnen. Der Arbeitnehmer erbringt während seiner üblichen Arbeitszeit nicht ständig seine Arbeitsleistung, sodass es nach der Verkehrssitte auch gerecht wäre, bei einer kurzen Tätigkeit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus, eine Vergütungserwartung und damit einen Vergütungsanspruch abzulehnen. Dies kann aber dann nicht gelten, wenn der Arbeitnehmer während der ständigen Erreichbarkeit in der Freizeit über einen Zeitraum, wie zwischen dem Ende der üblichen Arbeitszeit und dem am nächsten Tag folgenden Beginn der üblichen Arbeitszeit, mehrmals kontaktiert wird, sodass die jeweils kurze Freizeittätigkeit über diesen Zeitraum zusammengerechnet eine längere Dauer und einen größeren Umfang als wenige Minuten erfasst. Demnach ist nach der Verkehrssitte die Erwartung einer Vergütung auch für eine solche kurze Freizeittätigkeit anzunehmen, da eine vergütungsrechtlich unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer, die in einem Zeitraum mehrmals für kürzere Zeiten in ihrer Freizeit tätig werden und derer, die nur für eine lange Zeit eine Freizeittätigkeit vornehmen, nicht zu rechtfertigen wäre.⁷⁰³ Zudem die Dauer der Freizeittätigkeit auch von individuellen Faktoren abhängen kann, sodass der schneller arbeitende Mitarbeiter benachteiligt werden würde, da er wegen der schnellen Bearbeitung keinen Vergütungsanspruch hätte, wohingegen der langsam arbeitende Mitarbeiter einen Vergütungsanspruch hätte.

⁷⁰¹ So etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

⁷⁰² So etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297); Begründung: Von einer Vergütungspflicht sei bei solchen Tätigkeiten, welche die Dauer von zehn Minuten nicht überschreiten, nicht auszugehen, da es sich um vergleichsweise geringe, im Verhältnis zum Umfang der insgesamt geschuldeten Arbeitsleistung nicht nennenswerte Zeitspannen handle, die vom Arbeitnehmer zur Befriedigung fremder Bedürfnisse aufgewandt werde.

⁷⁰³ A.A. etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

Demnach besteht nach den objektiven Maßstäben eine Vergütungserwartung für die Leistung der Freizeittätigkeit nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend, sodass die Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt.⁷⁰⁴ Für die Bestimmung der Höhe der Vergütung der Freizeittätigkeit ist die Grundvergütung des Arbeitnehmers heranzuziehen, nach der auch die Überstunden im Betrieb errechnet werden. Dabei steht der Vergütung von Überstunden nicht entgegen, dass durch die Arbeitsleistung ein Verstoß gegen die Höchst Arbeitszeit nach § 3 ArbZG vorliegt.⁷⁰⁵ Sofern der Arbeitnehmer einen Vergütungsanspruch geltend machen will, muss er aber die Hürde der Darlegungs- und Beweislast nehmen, da der Arbeitnehmer diese für das Bestehen einer Vergütungserwartung sowie dafür trägt, dass er über die vereinbarte Normalarbeitszeit hinaus gearbeitet hat und die Leistung von Überstunden vom Arbeitgeber ausdrücklich oder konkludent angeordnet, gebilligt oder geduldet wurden.⁷⁰⁶ Eine Vergütungserwartung ist aber abzulehnen, wenn der Arbeitnehmer ohne eine zurechenbare Veranlassung des Arbeitgebers freiwillig tätig wurde und der Arbeitgeber die Freizeittätigkeit des Arbeitnehmers auch nicht geduldet hat, sodass für die Leistung der Freizeittätigkeit nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend die Vergütung nicht als stillschweigend vereinbart gilt.⁷⁰⁷

c) Zwischenergebnis

Somit sind die Zeiten, in denen der Arbeitnehmer die Freizeittätigkeit vornimmt, nach § 611 a Abs. 2 BGB als vergütungspflichtige Arbeitsleistung anzusehen, sodass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Vergütung dieser Arbeitszeiten als außerbetriebliche Überstunden verlangen kann. Sofern vertraglich die Vergütung von Überstunden oder ausdrücklich Freizeittätigkeit geregelt ist, richtet sich die Vergütung nach diesen Regelungen. Ein Vergütungsanspruch der Freizeittätigkeit ist aber abzulehnen, wenn eine Pauschalierungsabrede für eine bestimmte Anzahl von Überstunden oder explizit von Stunden der Freizeittätigkeit wirksam vereinbart ist und die Freizeittätigkeit die abgegoltenen Stunden nicht überschreitet.⁷⁰⁸ Sofern keine wirksame Vereinbarung zur Vergütung von Überstunden oder ausdrücklich der Zeiten der Freizeittätigkeit besteht, ist die Freizeittätigkeit aufgrund der Vergütungserwartung nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend zu vergüten. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer durch die jeweilige Freizeittätigkeit die durch die Pauschalierungsabrede abgegoltenen Zeiten überschritten hat.

⁷⁰⁴ Nur bei Tätigkeiten, deren Dauer zehn Minuten überschreiten, so: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

⁷⁰⁵ BAG, Urt. v. 28.09.2005, Az. 5 AZR 52/05, BAGE 116, 66-77, Rn. 15; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn.32; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 2, Rn. 46.

⁷⁰⁶ BAG, Urt. v. 21.12.2016, Az. 5 AZR 363/16, BeckRS 2016, 116753, Rn. 21; Urt. v. 10.04.2013, Az. 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100 (1101); Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 20; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 2, Rn. 58; Boemke, in: HK-ArbR, BGB, §§ 611, 611a, Rn. 298.

⁷⁰⁷ Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163, (1167); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179); Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757. Nach a.A. setzt die vergütungspflichtige Arbeitszeit eine ausdrückliche Anordnung oder Weisung des Arbeitgebers voraus; so: Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2053).

⁷⁰⁸ So auch im Ansatz: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

2. Vergütung der Zeiten der ständigen Erreichbarkeit

Neben der Vergütung der Zeiten der Freizeittätigkeit, könnte der Arbeitnehmer auch die Vergütung solcher Zeiten geltend machen, während der er sich ständig erreichbar hält.

a) Vertraglicher Vergütungsanspruch

Die Vergütung der ständigen Erreichbarkeit könnte sich nach den individual- oder kollektivrechtlichen Regelungen richten. Dabei können bei der Höhe der Vergütung die qualitativen Unterschiede der Beanspruchung des Arbeitnehmers berücksichtigt werden, sodass der Arbeitnehmer für die Zeiten geringer Belastung oder Inanspruchnahme niedriger vergütet wird, als für die übrigen Zeiten, in denen er mehr beansprucht wird.⁷⁰⁹ Die ständige Erreichbarkeit beansprucht im Verhältnis zur Vollarbeit die Arbeitskraft des Arbeitnehmers weniger, da sie sich auf das Ermöglichen der Erreichbarkeit über die mobilen Kommunikationsmittel und damit der Hauptarbeitspflicht beschränkt. Diese geringere Intensität der Beanspruchung des Arbeitnehmers während der ständigen Erreichbarkeit rechtfertigt es, dass der Arbeitnehmer auch eine geringere Vergütung als für die nach § 611 a Abs. 2 BGB vergütungspflichtige Vollarbeit erhält. Somit kann der Arbeitnehmer, wenn eine Vergütung des zusätzlichen Dienstes nicht nur im Hinblick auf die Aktivzeiten und damit die Freizeittätigkeit, sondern auch die Passivzeiten vereinbart wurden, die Vergütung dieser Zeiten, in denen er sich ständig erreichbar hält, verlangen.

Dabei kann die Vergütung der ständigen Erreichbarkeit, statt stündlich, nach einer Pauschalen für einen Dienst, einen Tag oder andere Zeiträume erfolgen oder sogar durch eine Pauschalierungsabrede mit der Grundvergütung abgegolten werden. Eine Pauschalierungsabrede muss aber wirksam sein, sodass diese als arbeitsvertragliche Vereinbarung der AGB-Prüfung nach §§ 305 ff. BGB standzuhalten hat. Das Transparenzerfordernis nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB gilt auch für solche Klauseln, nach denen die Vergütung der Sonderformen von Arbeit wie Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft, die der Arbeitnehmer außerhalb der Normalarbeitszeit vornimmt, mit der Grundvergütung abgegolten werden soll.⁷¹⁰ Auch hier muss der Arbeitnehmer bereits bei Vertragsabschluss überblicken können, was gegebenenfalls auf ihn zukommt und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss.⁷¹¹ Dies gilt auch für eine solche Pauschalierungsabrede, nach der die ständige Erreichbarkeit mit der Vergütung abgegolten werden soll. Sofern eine solche Abrede nicht klar und verständlich im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ist, kann der Arbeitnehmer nicht überblicken, wie viel er für die Vergütung leisten muss. Demnach führt eine solche intransparente Klausel zu einer unangemessenen Benachteiligung und ist nach § 307 Abs. 1 S. 1

⁷⁰⁹ BAG, Urt. v. 19.11.2014, Az. 5 AZR 1101/12, BAGE 150, 82-87, Rn. 16; Urt. v. 12.03.2008, Az. 4 AZR 616/06, NJOZ 2008, 4189 (4195f.), Rn. 35; Urt. v. 28.01.2004, Az. 5 AZR 530/02, BAGE 109, 254-264, Rn. 40; Urt. v. 05.06.2003, Az. 6 AZR 114/02, BAGE 106, 252-269, Rn. 62; Urt. v. 12.02.1969, Az. 4 AZR 308/68, BAGE 21, 348, Rn. 38; LAG Köln, Urt. v. 15.10.2015, Az. 8 Sa 540/15, BeckRS 2015, 72909, Rn. 21ff.; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2, Rn. 50; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 2, Rn. 53, 46.

⁷¹⁰ BAG, Urt. v. 18.11.2015, Az. 5 AZR 751/13, NZA 2016, 487 (489f.), Rn. 22ff.; LAG Düsseldorf, Urt. v. 06.05.2010, Az. 13 Sa 1129/09, BeckRS 2010, 71339; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 92; Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757 (758).

⁷¹¹ BAG, Urt. v. 18.11.2015, Az. 5 AZR 751/13, NZA 2016, 487 (489f.), Rn. 22ff.; Urt. v. 16.05.2012, Az. 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324-330, Rn. 21; LAG Düsseldorf, Urt. v. 06.05.2010, Az. 13 Sa 1129/09, BeckRS 2010, 71339; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 310, Rn. 92.

BGB unwirksam. Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers für die ständige Erreichbarkeit wäre dann nach § 612 BGB zu ermitteln.

b) Gesetzlicher Vergütungsanspruch, § 612 Abs. 1 BGB

Besteht für die Vornahme der ständigen Erreichbarkeit keine Vereinbarung hinsichtlich der Vergütung oder ist eine solche Vereinbarung unwirksam, richtet sich die Vergütung der Zeit der ständigen Erreichbarkeit nach § 612 BGB. Diese Vorschrift ist entsprechend anzuwenden, wenn über den Rahmen eines Arbeitsvertrags hinaus Sonderleistungen auf Veranlassung des Arbeitgebers oder mit seiner Billigung geleistet werden, für die eine individualrechtliche oder kollektivrechtliche Vergütungsregelung fehlt und durch die vereinbarte Vergütung auch nicht abgegolten ist.⁷¹² Demnach gilt eine Vergütung für eine solche Sonderleistung als Dienstleistung stillschweigend vereinbart, wenn sie nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Dabei kann Befürwortern der Vergütung der ständigen Erreichbarkeit nicht entgegengehalten werden, dass es sich bei dieser Zeit um Ruhezeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes handelt. Die Qualifikation einer Zeitspanne als Arbeitszeit ist für die Annahme einer Vergütungspflicht nicht entscheidend, da die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz gewährleisten sollen und nicht finanzielle Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber regeln.⁷¹³

Für einen Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers hinsichtlich der ständigen Erreichbarkeit müsste es sich um eine Dienstleistung nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend handeln. Dies setzt voraus, dass der Arbeitnehmer eine den fremden Bedürfnissen, dem Arbeitgeber dienende Tätigkeit vornimmt und damit fremdnützig tätig wird.⁷¹⁴ Hält sich der Arbeitnehmer außerhalb seiner üblichen Arbeitszeit ständig erreichbar, macht er dies nicht aus Eigennutz, um seine Langeweile zu besiegen oder Kontakt mit den Kollegen zu knüpfen.⁷¹⁵ Der Arbeitnehmer möchte mit der ständigen Erreichbarkeit gewährleisten, dass der Arbeitgeber ihn nach Bedarf auch außerhalb seiner Arbeitszeit für betriebliche Belange erreichen kann. Die Leistung der ständigen Erreichbarkeit dient demnach dem Interesse des Arbeitgebers, dem dadurch ermöglicht werden soll, bei Bedarf mit dem Arbeitnehmer Kontakt aufzunehmen und Anfragen vom ihm bearbeiten zu lassen.⁷¹⁶ Die ständige Erreichbarkeit kommt somit dem Arbeitgeber zugute und dient fremden Bedürfnissen. Dabei stellt die Leistung der ständigen Erreichbarkeit nicht die Hauptleistung und damit die vertraglich vereinbarte Tätigkeit des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses dar, für die der Arbeitnehmer nach § 611 a Abs. 2

⁷¹² BAG, Urt. v. 28.01.2004, Az. 5 AZR 503/02, AP TVG § 1 Tarifverträge: DRK Nr. 18; Urt. v. 05.06.2003, Az. 6 AZR 114/02, BAGE 106, 252-269, Rn. 63; Urt. v. 29.01.2003, Az. 5 AZR 703/01, NJOZ 2003, 2847 (2849); Urt. v. 21.03.2002, Az. 6 AZR 456/01, AP TVG § 1 Tarifverträge: Musiker Nr. 17; Urt. v. 16.02.1978, Az. 3 AZR 723/76, AP BGB § 612 Nr. 31; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 612, Rn. 17.

⁷¹³ BAG, Urt. v. 12.03.2008, Az. 4 AZR 616/06, NJOZ 2008, 4189 (4193), Rn. 23; Urt. v. 20.04.2005, Az. 4 AZR 285/04, NJOZ 2007, 503 (505f.); Urt. v. 28.01.2004, Az. 5 AZR 530/02, BAGE 109, 254-264, Rn. 46; Müller-Glöße, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 612, Rn. 22; Wirtz, BB 2014, 1397; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054).

⁷¹⁴ BAG, Urt. v. 12.12.2012, Az. 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158 (1159), Rn. 17; Urt. v. 20.04.2011, Az. 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 (918f.), Rn. 21; Urt. v. 22.04.2009, Az. 5 AZR 292/08, NZA-RR 2010, 231 (233), Rn. 15; Urt. v. 11.10.2000, Az. 5 AZR 122/99, BAGE 96, 45-54, Rn. 29.

⁷¹⁵ So auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

⁷¹⁶ So auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

BGB auch eine Vergütung erhält. Durch die Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit erbringt der Arbeitnehmer eine zusätzliche Leistung, welche die Vornahme der Hauptleistung als Freizeittätigkeit ermöglichen soll und mit dieser in einem Zusammenhang steht. Wurde der Arbeitnehmer zur Vornahme der ständigen Erreichbarkeit durch den Arbeitgeber zurechenbar veranlasst oder hat der Arbeitgeber diese trotz Kenntnis geduldet, hat der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung, als besondere Form der Dienstleistung, nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend vorgenommen.⁷¹⁷ Die Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit wird nicht von der vereinbarten Vergütung erfasst, da es sich um eine besondere und zu der eigentlichen Arbeitsleistung zusätzliche Leistung handelt, die über die Hauptleistungspflicht hinausgeht und damit eine Sonderleistung darstellt.

Darüber hinaus wird für einen Vergütungsanspruch der ständigen Erreichbarkeit nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend objektiv eine Vergütungserwartung vorausgesetzt. Eine Vergütungserwartung ist anhand eines objektiven 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.⁷¹⁸ Dabei ist eine Vergütungserwartung grundsätzlich für solche Tätigkeiten abzulehnen, die im Rahmen von Diensten höherer Art oder bei deutlich herausgehobener Vergütung geleistet werden.⁷¹⁹

Sofern eine Vergütungserwartung grundsätzlich nicht abzulehnen ist, ist festzustellen, ob für die Leistung von ständiger Erreichbarkeit eine Vergütungserwartung besteht. Nach der Art der Tätigkeit könnte die Vergütungserwartung für die ständige Erreichbarkeit abgelehnt werden, da sie sich lediglich im Mitführen von mobilen Kommunikationsmitteln durch den Arbeitnehmer zur Gewährleistung der Erreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit erschöpft.⁷²⁰ Einer solchen Annahme steht aber entgegen, dass der Arbeitnehmer durch die Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit im Rahmen seiner Freizeit in seiner Handlungsfreiheit und seiner persönlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt wird. Der Arbeitnehmer hält sich an solchen Orten auf, an denen die mobilen Kommunikationsmittel Empfang haben, sodass die Erreichbarkeit überhaupt ermöglicht wird. Eine derartige Einschränkung des Arbeitnehmers während seiner Freizeit ist somit nicht unerheblich, weshalb nach der Art der Tätigkeit eine Vergütungserwartung angenommen werden kann.

Darüber hinaus könnte auch nach dem Umfang und der Dauer der mobilen Tätigkeit eine Vergütungserwartung angenommen werden. Der Arbeitnehmer wird in der Ruhezeit durch die Vornahme der Arbeitsleistung für den Arbeitgeber eingeschränkt, da er in seinem Aufenthalt

⁷¹⁷ A.A. Für die Annahme einer Arbeitsleistung nach § 612 Abs. 1 BGB ist nicht auf die Veranlassung oder Duldung des Arbeitgebers abzustellen, da Schaffung und Aufrechterhaltung der Erreichbarkeit über mobile Kommunikationsmittel fremdnützig ist; so etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

⁷¹⁸ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 21; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 20; Urt. v. 11.10.2000, Az. 5 AZR 122/99, BAGE 96, 45-54, Rn. 34; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 612, Rn. 18.

⁷¹⁹ BAG, Urt. v. 22.02.2012, Az. 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 (862), Rn. 21; Urt. v. 17.08.2011, Az. 5 AZR 406/10, BAGE 139, 44-51, Rn. 20; Bepler, in: Festschrift Wank, 41 (46); Boemke, in: HK-ArbR, BGB, §§ 611, 611a, Rn. 296; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 612, Rn. 21.

⁷²⁰ So etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

beschränkt wird und jederzeit mit einer Arbeitsaufnahme zu rechnen hat.⁷²¹ Die Annahme der Vergütungserwartung entspricht der Verkehrssitte, sofern ein zusätzlicher Dienst für den Arbeitgeber, der zu Einschränkungen in der Freizeit des Arbeitnehmers führt, finanziell angemessen zu berücksichtigen ist.⁷²²

Wird der Arbeitnehmer durch eine vertragliche Regelung oder die Zuweisung einer Aufgabe dazu veranlasst, sich ständig erreichbar zu halten, leistet er einen zusätzlichen Dienst für ein bestimmtes oder bestimmbares Zeitfenster. Wird der Arbeitnehmer hingegen aus einer Erwartung des Arbeitgebers heraus tätig, kann aber die Dauer und der Umfang der ständigen Erreichbarkeit nicht bestimmt werden. Dabei könnte es sich um eine kurze und zufällige Gewährleistung der Erreichbarkeit handeln, in welcher der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Anfrage gestellt hat und der Arbeitnehmer Kenntnis von dieser bekommen konnte. Der Arbeitnehmer könnte sich aber auch für die gesamte Ruhezeit ständig erreichbar halten und die Anfragen des Arbeitgebers sofort oder auch später beantworten. Somit kann eine solche undefinierte und undefinierbare Gewährleistung von ständiger Erreichbarkeit weder nach der Dauer, noch nach dem Umfang die Annahme einer Vergütungserwartung rechtfertigen.⁷²³ Zudem bestehen bei einer solchen unregelmäßigen ständigen Erreichbarkeit auch keine Vorgaben hinsichtlich der Reaktionszeit des Arbeitnehmers. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer, anders als bei der Rufbereitschaft, sich nicht ständig erreichbar halten muss, um in seiner Freizeit tätig zu werden und entsprechend einer bestimmten Reaktionszeit die Anfragen zu bearbeiten. Somit kann auch nicht aus der Natur der ständigen Erreichbarkeit ein Rückschluss auf den Umfang und die Dauer eines solchen zusätzlichen Dienstes gezogen werden, um danach eine Vergütungserwartung für die ständige Erreichbarkeit annehmen zu können. Sofern sich der Arbeitnehmer für die gesamte Freizeit außerhalb der Arbeitszeit erreichbar hält, könnte die gesamte Ruhezeit für die Vergütung herangezogen werden. Dazu bedarf es aber einer Verpflichtung des Arbeitnehmers, seine ständige Erreichbarkeit in einem solchen Umfang zu gewährleisten. Dies kann nicht bereits der Zurverfügungstellung mobiler Kommunikationsmittel als konkludente Anordnung zur ständigen Erreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit entnommen werden.⁷²⁴ Einem solchen Erklärungswert kann die Zurverfügungstellung mobiler Kommunikationsmittel bereits nicht entnommen werden.

Demnach ist die Möglichkeit der Erreichbarkeit des Arbeitnehmers außerhalb der üblichen Arbeitszeit über die mobilen Kommunikationsmittel für die Annahme einer Vergütungserwartung nicht ausreichend.⁷²⁵ Anders als die Arbeitsschutzvorschriften, die den Arbeitnehmer vor einer

⁷²¹ So etwa: Krause, NZA 2016, 1004f.; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (19f.); Wank, RdA 2014, 285 (288f.); Falder, NZA 2010, 1150 (1151).

⁷²² BVerwG, Beschl. v. 04.09.2012, Az. 6 P 10/11, BeckRS 2012, 213365, Rn. 12; BAG, Urt. v. 12.02.1969, Az. 4 AZR 308/68, BAGE 21, 348, Rn. 38.

⁷²³ So im Ergebnis auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

⁷²⁴ So auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

⁷²⁵ So auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

Beeinträchtigung der Gesundheit schützen sollen, soll die Regelung des § 612 BGB dem Leistenden lediglich einen Vergütungsanspruch zuerkennen, auch wenn keine oder keine wirksame Vereinbarung hinsichtlich der Vergütung getroffen wurde.⁷²⁶ Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keinen bestimmten oder zumindest bestimmbareren Zeitraum vorgegeben, indem der Arbeitnehmer sich erreichbar halten soll, kann eine Vergütungserwartung für mögliche Zeiten der ständigen Erreichbarkeit nicht angenommen werden.⁷²⁷ Bereits nach der Verkehrssitte kann die Möglichkeit der Vornahme einer Arbeitsleistung keine Vergütungserwartung auslösen, da damit jedem Arbeitnehmer aufgrund der Möglichkeit zur Leistungsvornahme, ohne die tatsächliche Vornahme der Leistung, ein Vergütungsanspruch zustehen würde.⁷²⁸ Einer solchen strengen Handhabung für die Annahme der Vergütungserwartung nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend steht auch nicht entgegen, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, ohne eine Gegenleistung zu erhalten. Der Arbeitnehmer hat sich außerhalb seiner üblichen Arbeitszeit grundsätzlich nicht erreichbar zu halten, sofern keine individualrechtliche oder kollektivrechtliche Vereinbarung zur Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit besteht. Ordnet der Arbeitgeber die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers ohne eine solche vertragliche Grundlage an, hat er kein Anordnungsrecht dazu und überschreitet auch sein Weisungsrecht, sodass der Arbeitnehmer nicht zu einem solchen zusätzlichen Dienst wirksam verpflichtet wird. Der Arbeitnehmer hat somit der Weisung nicht Folge zu leisten und braucht auch keine wirksamen arbeitsrechtlichen Maßnahmen des Arbeitgebers gegen ihn zu befürchten. Wird der Arbeitnehmer trotz dessen tätig, muss er damit rechnen, dass er für den Einsatz mangels Bestimmbarkeit des zusätzlichen Dienstes keine Vergütung erhält. Dies gilt erst recht, wenn der Arbeitnehmer glaubt, dass der Arbeitgeber von ihm die ständige Erreichbarkeit erwartet. Die Entscheidung zur Gewährleistung einer ständigen Erreichbarkeit liegt bei ihm. Darüber hinaus kann der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch den freiwilligen Einsatz seiner Arbeitskraft keine Leistung aufdrängen und damit durch sein eigenes Verhalten die Vergütungspflicht des Arbeitgebers nicht auslösen.⁷²⁹

Demnach kann nach dem Umfang und der Dauer der Tätigkeit eine Vergütungserwartung nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber für einen bestimmten oder bestimmbareren Zeitraum zur ständigen Erreichbarkeit veranlasst wurde, sodass der Umfang und die Dauer der ständigen Erreichbarkeit bestimmt oder zumindest bestimmbar sind.⁷³⁰ Die Vergütung für die Sonderleistung des Arbeitnehmers gilt dann nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend als stillschweigend vereinbart.

⁷²⁶ So im Ansatz auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

⁷²⁷ So auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

⁷²⁸ So im Ergebnis auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

⁷²⁹ Wisskirchen/Schiller, DB 2015, 1163 (1167).

⁷³⁰ So im Ergebnis auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

Für die Vergütung der Zeiten der ständigen Erreichbarkeit können, aufgrund der Vergleichbarkeit, die Grundsätze und die Höhe für die Zeiten der Rufbereitschaft herangezogen werden.⁷³¹ Darüber hinaus muss der Arbeitgeber keinen Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 1 MiLoG für die ständige Erreichbarkeit erfüllen. Für die Leistung von Rufbereitschaft gilt, dass dem Arbeitnehmer hinsichtlich der Rufbereitschaftszeiten kein Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nach § 1 Abs. 1 MiLoG zusteht, da diese Zeiten keine nach § 611 a Abs. 2 BGB zu vergütende Arbeitszeit sind.⁷³² Der Arbeitnehmer erbringt mit der Rufbereitschaft nicht die primär geschuldete, sondern eine andere zusätzliche Leistung.⁷³³ Die Vergütungspflicht nach dem Mindestlohn setzt vielmehr eine vergütungspflichtige Leistung voraus, bei der es sich um eine im Synallagma stehende Tätigkeit oder Maßnahme handeln muss.⁷³⁴ Dies ist gilt auch für die Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit, die mit der Rufbereitschaft vergleichbar ist und als Sonderleistung keine nach § 611 a Abs. 2 BGB vergütungspflichtige Arbeitstätigkeit ist, sodass diese keinen Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 1 MiLoG auslöst. Wie auch bei der Vergütung der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast von Überstunden zu tragen hat,⁷³⁵ hat der Arbeitnehmer für die Durchsetzung eines Vergütungsanspruchs hinsichtlich der erbrachten Zeiten der ständigen Erreichbarkeit den Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast gerecht zu werden. Somit müsste er darlegen und beweisen, dass eine Vergütungserwartung für die Leistung der ständigen Erreichbarkeit besteht sowie, dass er sich tatsächlich für einen über die normale Arbeitszeit hinausgehenden Zeitraum erreichbar gehalten hat und dies durch den Arbeitgeber zurechenbar veranlasst, geduldet oder von ihm gebilligt wurde. Sofern ein bestimmter oder bestimmbarer Zeitraum für die Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit nicht besteht, wird es für den Arbeitnehmer schwierig, eine Vergütungserwartung im Sinne von § 612 Abs. 1 BGB entsprechend nach dem Umfang und der Dauer der Tätigkeit darzulegen und zu beweisen, sodass sein geltend gemachter Anspruch schon aus diesem Grund fehlgehen würde.

c) Zwischenergebnis

Besteht für das Arbeitsverhältnis keine vertragliche Regelung bezüglich der Vergütung der ständigen Erreichbarkeit, kann dem Arbeitnehmer ein Vergütungsanspruch für diese Zeit nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend zustehen. Dies setzt aber voraus, dass die Zeit, in der der Arbeitnehmer die ständige Erreichbarkeit geleistet hat, bestimmt oder bestimmbar ist und damit auch eine Vergütungserwartung nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend angenommen werden kann.⁷³⁶

⁷³¹ So auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

⁷³² BAG, Urt. v. 29.06.2016, Az. 5 AZR 716/15, NJW 2016, 3675 (3677); Hessisches LAG, Urt. v. 21.11.2016, Az. 16 Sa 1257/15, DStR 2017, 1173 (1174); Düwelling/Schubert, MiLoG, § 1, Rn. 40; Däubler, in: HK-ArbR, MiLoG, § 1, Rn. 9; Franzen, in: Erfurter Kommentar, MiLoG, § 1, Rn. 4; Poeche, in: Küttner, Rufbereitschaft, Rn. 5; Thüsing, MiLoG, § 1, Rn. 50.

⁷³³ Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, § 1, Rn. 68; Thüsing/Hütter, NZA 2015, 970 (973).

⁷³⁴ BAG, Urt. v. 11.10.2017, Az. 5 AZR 591/16, NZA 2018, 32f.; Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, § 1, Rn. 49f.; Thüsing/Hütter, NZA 2015, 970.

⁷³⁵ Beppler, in: Festschrift Wank, 41 (45).

⁷³⁶ So im Ergebnis auch etwa: Freyler, NZA 2017, 1296 (1297).

II. Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz

Führt der zusätzliche Dienst zu einem Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz, bleibt dies nicht folgenlos.

1. Ruhezeit

Die Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit führt nicht zu einer Unterbrechung der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG des Arbeitnehmers, da es sich bei dieser Zeit nicht um Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 ArbZG, sondern um Ruhezeit handelt. Sofern der Arbeitnehmer während der ständigen Erreichbarkeit eine Freizeittätigkeit vornimmt, führt dies zu einer Unterbrechung der Ruhezeit, sodass die Mindestruhezeit von elf Stunden nach Abschluss der Freizeittätigkeit erneut zu laufen beginnt.

Sofern der Arbeitgeber durch die ihm zurechenbare Veranlassung oder Duldung der Freizeittätigkeit gegen die einzuhaltende Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG verstößt, stellt dies ein ordnungswidriges Handeln nach § 22 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG dar.⁷³⁷ Ein solcher Verstoß ist bereits dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber, entgegen seiner betrieblichen Organisations- und Leitungsmacht, der Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften nicht nachkommt.⁷³⁸ Sofern der Arbeitgeber die in § 22 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG angegebene Ordnungswidrigkeit durch die zurechenbare Veranlassung oder Duldung der Freizeittätigkeit vorsätzlich begeht und dadurch die Gesundheit oder die Arbeitskraft des Arbeitnehmers gefährdet (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG) oder die Verletzung der Mindestruhezeit nach § 22 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG beharrlich wiederholt (§ 23 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG), liegt eine Straftat nach § 23 Abs. 1 ArbZG vor. Für den Fall der fahrlässigen Verursachung der Gefahr, hat der Gesetzgeber nach § 23 Abs. 2 ArbZG ein geringeres Strafmaß angesetzt.

2. Höchstarbeitszeit

Die Freizeittätigkeit des Arbeitnehmers kann auch zu einem Verstoß gegen die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG führen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Einhaltung der Höchstarbeitszeit zu kontrollieren, sodass schon die Duldung der Überschreitung der Höchstarbeitszeit als Unterlassen einen Pflichtverstoß des Arbeitgebers darstellt.⁷³⁹ Bereits der fahrlässige Verstoß gegen die Höchstarbeitszeit durch die Freizeittätigkeit stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, sodass der Arbeitgeber mit einem Bußgeld bis zu 15.000 Euro sanktioniert werden könnte (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG). Sofern der Arbeitgeber durch die zurechenbare Veranlassung oder Duldung der Freizeittätigkeit den Verstoß gegen die Höchstarbeitszeit vorsätzlich begeht und dadurch Gesundheit oder Arbeitskraft eines Arbeitnehmers gefährdet oder die Überschreitung der Höchstarbeitszeit beharrlich wiederholt, stellt dies eine Straftat nach § 23 ArbZG dar, die sogar die Verhängung einer Freiheitsstrafe gegenüber dem Arbeitgeber zur Folge haben kann (§ 23 ArbZG). Auch hier gilt, dass die fahrlässige Verursachung der Gefahr nach § 23 Abs. 2 ArbZG ein geringeres Strafmaß hat.

⁷³⁷ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 5, Rn. 12f.; Baunack, AiB 2012, 500 (501).

⁷³⁸ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52); Beschl. v. 06.05.2003, Az. 1 ABR 13/02, BAGE 106, 111-123, Rn. 65; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 08.11.2004, Az. 5 TaBV 36/04, NZA-RR 2005, 424 (425); Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757 (759).

⁷³⁹ Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 22, Rn. 10.

Sofern die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden durch die Freizeittätigkeit auf zehn Stunden verlängert wird, ist die Aufzeichnungspflicht durch den Arbeitgeber nach § 16 Abs. 2 ArbZG zu erfüllen, auch sind die Aufzeichnungen für eine Dauer von mindestens zwei Jahren aufzubewahren. Kommt der Arbeitgeber seiner Aufzeichnungspflicht nicht nach, indem er vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 16 Abs. 2 ArbZG Aufzeichnungen nicht oder nicht richtig erstellt oder nicht für die vorgeschriebene Dauer aufbewahrt, stellt dies eine Ordnungswidrigkeit nach § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG dar. Ein solcher Verstoß gegen die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht erfüllt jedoch nicht den Straftatbestand nach § 23 ArbZG.

3. Sonn- und Feiertagsarbeit

Hält sich der Arbeitnehmer an Sonn- oder Feiertagen ständig erreichbar, führt schon dieses Verhalten des Arbeitnehmers, aber auch die Freizeittätigkeit, zu einem Verstoß gegen die Sonn- und Feiertagsruhe nach § 9 Abs. 1 ArbZG und stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 22 Abs. 1 Nr. 5 ArbZG dar. Ein Verstoß gegen das Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen kann zudem auch unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 ArbZG eine Straftat darstellen.

Sofern die Tätigkeit an Sonn- und Feiertagen zulässig ist, besteht eine Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers über Zeitpunkt, Art und Dauer der Tätigkeit (§ 16 Abs. 2 ArbZG). Kommt der Arbeitgeber seiner Aufzeichnungspflicht nicht nach, indem er vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 16 Abs. 2 ArbZG Aufzeichnungen nicht oder nicht richtig erstellt oder nicht für die vorgeschriebene Dauer aufbewahrt, stellt dies eine Ordnungswidrigkeit nach § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG dar.

4. Schadensersatzansprüche, § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Schutzgesetzen

Darüber hinaus könnte dem Arbeitnehmer ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den arbeitszeitrechtlichen Schutzvorschriften zustehen.

a) Verletzung der Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie

Aufgrund der Überschreitung der zulässigen Höchstarbeitszeit und Unterschreitung der zu gewährenden Mindestruhezeit durch die Freizeittätigkeit könnte dem Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 3, 6 b) der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG zustehen.

Einem solchen Schadensersatzanspruch steht aber entgegen, dass es sich bei den Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie nicht um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt.⁷⁴⁰ Ein Schutzgesetz setzt voraus, dass die jeweilige Vorschrift den Schutz eines Anderen bezweckt oder zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einem bestimmten Personenkreis gegen die Verletzung eines seiner Rechtsgüter zu schützen.⁷⁴¹ Die Regelungen der Art. 3, 6 b) Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG

⁷⁴⁰ EuGH, Urt. v. 07.06.2007, Az. C-80/06, EuZW 2007, 545 (546); BAG, Urt. v. 05.06.2003, Az. 6 AZR 114/02, BAGE 106, 252-269, Rn. 64; Wagner, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 823, Rn. 481.

⁷⁴¹ BAG, Urt. v. 05.06.2003, Az. 6 AZR 114/02, BAGE 106, 252-269, Rn. 64; Urt. v. 12.06.1996, Az. 5 AZR 960/94, BAGE 83, 168-181, Rn. 46; Wagner, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 823, Rn. 481.

gehören zum sekundären Gemeinschaftsrecht und entfalten keine unmittelbare Geltung gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern, da eine horizontale Wirkung zwischen Privatrechtspersonen ausgeschlossen ist, sodass sie keine Schutzwirkung für den einzelnen Arbeitnehmer haben können und demnach auch nicht Schutzgesetze zu Gunsten der Arbeitnehmer sein können, sondern lediglich dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz dienen.⁷⁴² Somit scheidet ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 3, 6 b) der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG wegen Verletzung dieser Vorschriften durch die Freizeittätigkeit aus.

b) Verletzung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes

Dem Arbeitnehmer könnte gegenüber dem Arbeitgeber ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 3, 5 Abs. 1 ArbZG zum einen wegen der Überschreitung der zulässigen Höchstarbeitszeit, zum anderen auch wegen der Unterschreitung der zu gewährenden Ruhezeit zustehen.

aa) Verletzung von Schutzgesetzen

Dazu müsste es sich bei den Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handeln, die durch den zusätzlichen Dienst des Arbeitnehmers verletzt werden. Die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes bestimmen das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht, das nicht nur dem öffentlichen Interesse dient, da die Regelungen zur Höchstarbeitszeit und Mindestruhezeit nach §§ 3, 5 Abs. 1 ArbZG insbesondere dazu dienen, die Arbeitnehmer vor Verletzungen des Lebens und der Gesundheit zu schützen, indem die gesetzlich vorgegebenen Grenzen als Mindestschutz einzuhalten sind.⁷⁴³ Somit handelt es sich bei den Vorschriften der §§ 3, 5 Abs. 1 ArbZG um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.⁷⁴⁴

Für einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers müssten die Regelungen der §§ 3, 5 Abs. 1 ArbZG durch die seitens des Arbeitgebers angeordnete oder zurechenbar veranlasste ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit verletzt werden. Die Zeit, während derer sich der Arbeitnehmer ständig erreichbar hält, stellt keine Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG dar, sodass die ständige Erreichbarkeit weder zu einer Unterbrechung der Ruhezeit nach § 5 ArbZG, noch zu einer Überschreitung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG führt. Die zu der üblichen Tätigkeit geleistete Freizeittätigkeit kann als Arbeitszeit gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG zur Überschreitung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG und auch zur Nichteinhaltung der ununterbrochen zu gewährenden Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG führen. Somit kann die Anordnung oder die in sonstiger Weise durch den Arbeitgeber veranlasste bzw. auch geduldete Freizeittätigkeit die Verletzung der Schutzgesetze nach §§ 3, 5 Abs. 1 ArbZG durch ein Verhalten des Arbeitgebers zur Folge haben.

⁷⁴² BAG, Urt. v. 05.06.2003, Az. 6 AZR 114/02, BAGE 106, 252-269, Rn. 42f., 64; Urt. v. 12.06.1996, Az. 5 AZR 960/94, BAGE 83, 168-181, Rn. 46; Wagner, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 823, Rn. 481.

⁷⁴³ Anziger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 34; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, ArbZG, § 1, Rn. 24; Neumann/Biebl, ArbZG, § 1, Rn. 10.

⁷⁴⁴ Däubler, SR 2016, 2 (14).

Darüber hinaus müsste die Verletzung der Schutzgesetze nach §§ 3, 5 Abs. 1 ArbZG auch durch den Arbeitgeber rechtswidrig und schuldhaft erfolgt sein.

bb) Schaden durch die Verletzung der §§ 3, 5 Abs. 1 ArbZG

Zudem müsste dem einzelnen Arbeitnehmer durch die Verletzung des Schutzgesetzes ein Schaden entstanden sein. Als Schaden ist jeder Nachteil zu bezeichnen, den jemand infolge eines bestimmten Vorgangs oder Ereignisses an seinen Rechtsgütern (Gesundheit, körperliche Integrität, Eigentum) oder an bestimmten Vermögensgütern erleidet.⁷⁴⁵

(1) Nichteinhaltung der Mindestruhezeit, § 5 Abs. 1 ArbZG

Durch die Verletzung der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG müsste dem einzelnen Arbeitnehmer ein Schaden nach §§ 249 ff. BGB entstanden sein.

Nimmt der Arbeitnehmer während der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG die Freizeittätigkeit vor, kann dies dazu führen, dass dem Arbeitnehmer die elfstündige Mindestruhezeit nicht gewährt wird. Die Ruhezeit wird durch die Freizeittätigkeit immer wieder unterbrochen, sodass die elfstündige Mindestruhezeit immer wieder nach der Unterbrechung erneut zu laufen beginnt und der Arbeitnehmer nach der letzten Freizeittätigkeit, vor Ablauf der elfstündigen Frist, seine übliche Tätigkeit wiederaufnimmt. Somit wird durch die Freizeittätigkeit die Ruhezeit nach § 5 ArbZG unterschritten und der Arbeitnehmer erleidet einen Verlust an seiner Freizeit. Sofern der Arbeitnehmer für die vertane Freizeit noch keine Vermögensaufwendungen gemacht hat bzw. ihm durch die zusätzliche Arbeit keine anderweitigen Einnahmen entgangen sind sowie keine besonderen einzel- oder tarifvertraglichen Vereinbarungen bestehen, stellt ein solcher Verlust an Freizeit keinen ersatzfähigen Vermögenswert dar.⁷⁴⁶ Ein solcher finanzieller Ausgleich für die Freizeit wegen der Nichteinhaltung der Ruhezeit wäre mit dem Schutzgedanken des § 5 ArbZG nicht vereinbar. Dies wird auch unter Heranziehung der Rechtsprechung zu den Ruhepausen bestätigt, nach der die finanzielle Entschädigung von nicht gewährten unbezahlten Ruhepausen mit der Begründung abzulehnen ist, dass dadurch der Schutzzweck der Ruhepausen erheblich in Mitleidenschaft gezogen würde, wenn die im Rahmen der Ruhepausen gewährte Freizeit unbezahlt bliebe und die nicht gewährte Freizeit in diesem Rahmen nachträglich zu vergüten wäre.⁷⁴⁷ Dem Arbeitnehmer würde so ein nicht zu unterschätzender Anreiz gegeben, um auf die unbezahlte Freizeit zugunsten der finanziellen Entschädigung zu verzichten.⁷⁴⁸ Diese Rechtsprechung kann auch für die Ruhezeit herangezogen werden, da es sich bei der Ruhezeit nach § 5 ArbZG, wie auch bei den Ruhepausen nach § 4 ArbZG, um unbezahlte Freizeit handelt, die dem Arbeitnehmer zur Erholung von der Arbeit gewährt werden soll und diese somit

⁷⁴⁵ Wagner, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 823, Rn. 540; Linck, in: Schaub ArbR-HdB, § 59, Rn. 5; Schulze, in: Schulze, BGB, Vorbemerkung zu §§ 249–253, Rn. 5.

⁷⁴⁶ BAG, Urt. v. 28.01.2004, Az. 5 AZR 503/02, AP TVG § 1 Tarifverträge: DRK Nr. 18; Urt. v. 28.09.1972, Az. 5 AZR 198/72, AP AZO § 12 Nr. 9; Urt. v. 24.08.1967, Az. 5 AZR 59/67, NJW 1968, 221 (222); BGH, Urt. v. 22.11.1988, Az. VI ZR 126/88, BGHZ 106, 28, 32, Rn. 10; Schulze, in: Schulze, BGB, § 253, Rn. 9.

⁷⁴⁷ BAG, Urt. v. 28.09.1972, Az. 5 AZR 198/72, AP AZO § 12 Nr. 9; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 14.01.2009, Az. 6 Sa 347/08, BeckRS 2009, 56439.

⁷⁴⁸ BAG, Urt. v. 28.09.1972, Az. 5 AZR 198/72, AP AZO § 12 Nr. 9.

miteinander vergleichbar sind. Würde eine finanzielle Entschädigung für die nichtgewährte Freizeit wegen der Unterschreitung der Ruhezeit gewährt werden, würde die damit verbundene Differenzierung zwischen der gewährten unbezahlten Freizeit und der nachträglichen Vergütung der nicht gewährten Freizeit, zu einem falschen Anreiz für den einzelnen Arbeitnehmer führen. Dies wäre mit dem Schutzgedanken nicht zu vereinbaren, da der Arbeitnehmer auf die Einhaltung der Ruhezeit nach § 5 ArbZG nicht verzichten kann und eine solche finanzielle Entschädigung für die nicht gewährte Freizeit zu einer Umgehung dieses unverzichtbaren Schutzes der Ruhezeit führen würde. Somit entsteht bei dem Arbeitnehmer durch die Unterschreitung der Ruhezeit und dem damit verbundenen Verlust der Freizeit kein Schaden.

Die Unterschreitung der Ruhezeit könnte zu einem ersatzfähigen Schaden nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 5 Abs. 1 ArbZG führen, wenn der Arbeitnehmer dadurch einen sonstigen wirtschaftlichen Verlust oder die Beeinträchtigung der Gesundheit erleidet. Dabei kann bereits die bloße Gefahr einer Gesundheitsschädigung und eines damit verbundenen Schadenseintritts, mangels Vorliegens eines echten Schadens, nicht einen Schadenersatzanspruch auslösen. Sofern der Arbeitnehmer einen Unfall in Ausübung der Tätigkeit und damit einen Arbeitsunfall nach § 8 Sozialgesetzbuch Sieben (im Folgenden: SGB VII) erleidet, tritt die gesetzliche Unfallversicherung als Leistungsträger ein, sodass für den Arbeitgeber eine Haftungsbefreiung nach § 104 Abs. 1 S. 1 SGB VII im Rahmen der Leistungsverpflichtung der Unfallversicherung besteht, sofern er den Arbeitsunfall weder vorsätzlich noch auf dem Arbeitsweg verursacht hat.⁷⁴⁹ Der Arbeitnehmer müsste demnach nachweisen, dass die Arbeitsbelastung für den Gesundheitsschaden kausal war, sodass es sich um einen arbeitsbedingten Gesundheitsschaden und keinen Arbeitsunfall handelt.⁷⁵⁰

(2) Überschreiten der Höchstarbeitszeit, § 3 ArbZG

Dem Arbeitnehmer könnte durch das Überschreiten der Höchstarbeitszeit mit der Freizeittätigkeit ein Schaden nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 5 Abs. 1 ArbZG entstanden sein.

Wird der Arbeitnehmer in seiner Freizeit tätig und überschreitet dadurch die zulässige Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG, führt dies dazu, dass sich die Freizeit des Arbeitnehmers verkürzt. In diesem Freizeitverlust könnte der Schaden des Arbeitnehmers bestehen. Die Freizeit stellt aber auch unter Berücksichtigung der Überschreitung der Höchstarbeitszeit keinen ersatzfähigen Vermögenswert dar. Zudem ist auch zu berücksichtigen, dass dem Arbeitnehmer, der einen zusätzlichen Dienst vorzunehmen hat und dadurch seine vertragsübliche Arbeitszeit überschreitet, eine Vergütung nach den vertraglichen Regelungen oder nach der gesetzlichen Regelung des § 612 BGB für diese Zeit zustehen könnte, sofern die Vergütung für einen bestimmten Umfang solcher Sonderleistungen nicht bereits wirksam abgegolten wurde. Demnach würde auch im Rahmen der Überschreitung der Höchstarbeitszeit kein ersatzfähiger Schaden im Sinne des §§ 249 ff. BGB durch den Verlust der Freizeit bestehen. Anders wäre es, wenn der Arbeitnehmer durch die geleisteten Überstunden einen sonstigen

⁷⁴⁹ Kuhn, in: Buschbell, Straßenverkehrsrecht, § 29, Rn. 54; Raif/Swidersky, GWR 2017, 351 (353); Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁷⁵⁰ Däubler, SR 2016, 2 (14).

wirtschaftlichen Verlust oder die Beeinträchtigung der Gesundheit erleidet. Dabei ist auch hier die Haftungsbefreiung des Arbeitgebers nach § 104 Abs. 1 S. 1 SGB VII zu berücksichtigen, sofern ein Arbeitsunfall nach § 8 SGB VII vorliegt.⁷⁵¹

c) Ergebnis

Demnach begründet nicht schon die Unterschreitung der Mindestruhezeit aufgrund der Freizeittätigkeit und die damit verbundene Verletzung des Schutzgesetzes des § 5 Abs. 1 ArbZG einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 5 Abs. 1 ArbZG.

Auch die Überschreitung der Höchstarbeitszeit durch die Freizeittätigkeit und die damit verbundene Verletzung des Schutzgesetzes nach § 3 ArbZG als solche, führt nicht bereits zu einem Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 3 ArbZG mangels Vorliegens eines Schadens.

III. Nichtbeachtung der ordnungsgemäßen Urlaubsgewährung

Des Weiteren wirkt sich die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit auf den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers aus.

1. Anspruch auf Nacherfüllung des Urlaubs

Bereits die durch den Arbeitgeber zurechenbar veranlasste ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers während des Urlaubs führt dazu, dass der Urlaubsanspruch nach § 362 Abs. 1 BGB nicht erfüllt wird, da der Urlaub nicht vorbehaltlos gewährt wird.⁷⁵² Der Arbeitnehmer behält den Urlaubsanspruch nach § 1 BUrlG in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag und kann die Erfüllung dessen dem Arbeitgeber gegenüber geltend machen.

Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Urlaub vorbehaltlos gewährt, hat sich der Arbeitnehmer während des Urlaubs nicht ständig erreichbar zu halten. Sein Urlaubsanspruch wird demnach nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt. Sofern der Arbeitgeber während des vorbehaltlos gewährten Urlaubs mit dem Arbeitnehmer über die mobilen Kommunikationsmittel Kontakt aufnimmt und ihn zum Telefonieren oder Bearbeiten eingegangener E-Mails veranlasst, führt diese Freizeittätigkeit, unabhängig von ihrer Intensität, zu einer Unterbrechung des Urlaubs.⁷⁵³ Der Urlaubstag ist dem Arbeitnehmer nachzugewähren. Eine solche Unterbrechung kann aber auch den verbleibenden Urlaub entwerten, wenn diese über einen Tag hinausgeht und mehrtägige Aktivitäten des Arbeitnehmers fordert oder auch dann, wenn die Freizeittätigkeit den Arbeitnehmer so sehr beschäftigt, dass er den verbleibenden

⁷⁵¹ Raif/Swidarsky, GWR 2017, 351 (353); Oberthür, NZA 2013, 246 (248).

⁷⁵² So in: 3. Kapitel, II., 1.

⁷⁵³ So in: 3. Kapitel, II., 2.

Urlaub nicht mehr wahrnehmen und somit nicht mehr abschalten kann.⁷⁵⁴ Demnach wird der verbleibende Resturlaub in solchen Fällen auch bei einem einmaligen Tätigwerden entwertet und der Urlaubszweck nach § 1 BUrlG beeinträchtigt, sodass der Urlaubsanspruch ab der Kontaktaufnahme nicht erfüllt wird. Darüber hinaus könnte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Rahmen seiner Kontaktaufnahme ausdrücklich oder konkludent anordnen, sich für den verbleibenden Urlaub für Arbeitsbelange erreichbar zu halten, sodass der Urlaub nicht nur für diesen Tag, an dem die Freizeittätigkeit vorgenommen wurde, unterbrochen wird, sondern auch für die folgenden verbleibenden Urlaubstage. Der gesamte folgende Urlaub wird dann durch das sich ständig erreichbar Halten des Arbeitnehmers nicht vorbehaltlos gewährt, sodass der Arbeitnehmer mit einer jederzeitigen Heranziehung zur Freizeittätigkeit rechnen muss. Einer vorbehaltlosen Gewährung von Urlaub steht es auch entgegen, wenn der Arbeitnehmer nicht nur einmal zur Freizeittätigkeit herangezogen wird, sondern mehrmals. Der Arbeitnehmer muss aufgrund eines solchen Verhaltens des Arbeitgebers damit rechnen, weiterhin während des Urlaubs mit Arbeitsbelangen konfrontiert zu werden und sich ständig erreichbar halten zu müssen. Somit wird der gesamte verbleibende Urlaub ab der Kontaktaufnahme dem Arbeitnehmer nachzugewähren sein, wenn die einzelne Unterbrechung des Urlaubs gravierend ist oder weitere Kontaktaufnahmen zu befürchten sind, sodass der Arbeitnehmer nicht mehr die Möglichkeit einer selbstbestimmten Nutzung der Freizeit hat und dadurch der verbleibende Resturlaub entwertet wird.

Zudem ist auch im Rahmen der Urlaubsgewährung der Grundsatz zu beachten, dass der Urlaub nach § 7 Abs. 2 S. 1 BUrlG zusammenhängend zu gewähren ist, es sei denn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe machen eine Teilung des Urlaubs erforderlich. Solche dringenden betrieblichen Gründe liegen oft vor, wenn vorrangige Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer eine Teilung längerer Urlaubsansprüche erforderlich machen.⁷⁵⁵ Sofern solche Gründe vorliegen, hat der Arbeitgeber nach § 7 Abs. 2 S. 2 BUrlG dem Arbeitnehmer zumindest für einen der gewährten Urlaubsteile einen Urlaub von mindestens zwölf aufeinanderfolgenden Werktagen zu gewähren, sofern dies vom Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers umfasst wird. Muss der Arbeitnehmer während des Urlaubs eine Freizeittätigkeit vornehmen, wird ihm sein Urlaub nur gestückelt gewährt. Wird dem Arbeitnehmer der Urlaub nicht zusammenhängend gewährt, kommt der Arbeitgeber seiner Freistellungsverpflichtung nicht nach, sodass eine wirksame Erfüllung des zusammenhängend zu gewährenden Urlaubs abzulehnen und dem Arbeitnehmer ein zusammenhängender Urlaub zu gewähren ist.⁷⁵⁶ Somit können Unterbrechungen des Urlaubs durch eine Freizeittätigkeit, aber auch die nachträgliche ständige Erreichbarkeit mangels vorbehaltloser Gewährung von Urlaub, zu einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Nachgewährung des Urlaubs hinsichtlich des mindestens zusammenhängend zu gewährenden Urlaubs von zwölf Tagen führen. Dabei ist es für den Anspruch auf

⁷⁵⁴ Hanau, NJW 2016, 2613 (2617); Falder, NZA 2010, 1150 (1156f.).

⁷⁵⁵ Oppermann, in: BUrlG-HK, BUrlG, § 7, Rn. 31; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 7, Rn. 25.

⁷⁵⁶ Oppermann, in: BUrlG-HK, BUrlG, § 7, Rn. 32; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 7, Rn. 26.

Nachgewährung unerheblich, ob der Arbeitnehmer mit einer solchen Urlaubsgewährung einverstanden war oder nicht.⁷⁵⁷ Es kann aber eine vom Erfordernis der zusammenhängenden Gewährung des Urlaubs abweichende Urlaubsgewährung durch Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung getroffen werden, da die Regelung der zulässigen Teilungsmöglichkeit nach § 7 Abs. 2 S. 2 BUrlG kein unabdingbares Verbot nach § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG darstellt.⁷⁵⁸ Eine solche Abweichungsmöglichkeit legitimiert den Arbeitgeber aber nicht dazu, dass er einseitig von den Regelungen nach § 7 Abs. 2 BUrlG abweichen kann und dem Arbeitnehmer ein dem Erfordernis der zusammenhängenden Gewährung des Urlaubs widersprechenden, gestückelten Urlaub gewährt.⁷⁵⁹ Demnach kann die Anordnung der Freizeittätigkeit und die nachträgliche Veranlassung zur ständigen Erreichbarkeit nicht eine Teilung des zusammenhängenden Urlaubs legitimieren und damit auch keine wirksame Abweichung vom Grundsatz nach § 7 Abs. 2 BUrlG darstellen.

Dem Arbeitnehmer steht gegenüber dem Arbeitgeber ein Anspruch auf Nachgewährung des gesamten Urlaubs, des Resturlaubs oder eines Urlaubstages, der durch die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit nach § 362 Abs. 1 BGB nicht erfüllt wurde, nach § 1 BUrlG in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag zu. Hat der Arbeitnehmer die Nacherfüllung seines Urlaubs rechtzeitig vom Arbeitgeber verlangt und ist der Arbeitgeber diesem Begehren nicht nachgekommen, sodass der Urlaubsanspruch nach § 7 Abs. 3 BUrlG am Ende des Urlaubsjahres bzw. des Übertragungszeitraums verfallen ist, steht dem Arbeitnehmer ein Schadensersatzanspruch nach § 275 Abs. 1, 4 BGB in Verbindung mit §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 S. 1, 286 Abs. 1 S. 1, 287 S. 2, 249 Abs. 1 BGB auf Gewährung von Ersatzurlaub zu.⁷⁶⁰ Der Ersatzurlaubsanspruch nach § 249 Abs. 1 BGB tritt dann an die Stelle des ursprünglichen Urlaubsanspruchs, sodass der Urlaubsanspruch, der rechtzeitig vom Arbeitnehmer verlangt wurde, nicht ohne eine Kompensation untergeht.⁷⁶¹ Dem Arbeitnehmer steht aber kein Schadensersatzanspruch in Geld nach § 251 Abs. 1 BGB wegen des verfallenen Urlaubs zu, da ein solcher Anspruch vor der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses faktisch eine nicht zulässige Abgeltung von Urlaub während des bestehenden Arbeitsverhältnisses darstellen würde.⁷⁶² Somit kann sich der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer trotz rechtzeitigem Verlangen den Urlaub nicht nachgewährt hat, nicht auf den Verfall des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG berufen. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 S. 1, 286 Abs. 1 S. 1, 287 S. 2, 249 Abs. 1 BGB auf bezahlte Freistellung zu erfüllen.

⁷⁵⁷ Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 7, Rn. 26.

⁷⁵⁸ Oppermann, in: BUrlG-HK, BUrlG, § 7, Rn. 33; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 13, Rn. 12; Koch, in: Schaub/Koch, Urlaub.

⁷⁵⁹ Oppermann, in: BUrlG-HK, BUrlG, § 7, Rn. 33; Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 13, Rn. 12.

⁷⁶⁰ BAG, Urt. v. 16.05.2017, Az. 9 AZR 572/16, NJW 2017, 2638 (2639), Rn. 12; Urt. v. 12.04.2016, Az. 9 AZR 659/14, NZA-RR 2016, 438 (439), Rn. 14; Urt. v. 19.01.2016, Az. 9 AZR 507/14, NZA-RR 2016, 235 (236), Rn. 21.

⁷⁶¹ BAG, Urt. v. 16.05.2017, Az. 9 AZR 572/16, NJW 2017, 2638 (2639), Rn. 12; Urt. v. 26.06.1986, Az. 8 AZR 75/83, BAGE 52, 254-258, Rn. 20.

⁷⁶² BAG, Urt. v. 16.05.2017, Az. 9 AZR 572/16, NJW 2017, 2638 (2639), Rn. 12.

2. Sanktion des Arbeitgebers wegen Verstöße gegen Urlaubsgrundsätze

Kommt der Arbeitgeber seiner Freistellungspflicht für den bewilligten Urlaubszeitraum nicht nach und erfüllt den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nicht, hat dies nicht, wie bei bestimmten Verstößen gegen das Arbeitszeitgesetz, Sanktionen des Arbeitgebers zur Folge. Der Urlaubsanspruch aus § 1 BUrlG in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Anspruch, der nicht wie das Arbeitszeitgesetz Teil des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts ist, sodass die Einhaltung der Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes nicht durch bestimmte Behörden, wie das Gewerbeaufsichtsamt, überwacht oder gesetzlich Bußgelder für Verstöße festgelegt werden.⁷⁶³ Um den Arbeitgeber dazu zu motivieren, den Urlaub der Arbeitnehmer ordnungsgemäß zu gewähren, könnten kollektivrechtliche oder arbeitsvertragliche Regelungen zur Gewährung des Urlaubs sowie abschreckende Folgen von Unterbrechungen des Urlaubs durch den Arbeitgeber geregelt werden. Dazu könnte neben der Klarstellung, dass die Anordnung der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nicht erfüllt, der Arbeitnehmer für die Unterbrechung zusätzliche Urlaubstage bekommen, die zu dem nachzugewährenden Urlaubsanspruch hinzutreten. Eine solche Abweichung zu Gunsten der Arbeitnehmer ist auch mit der Unabdingbarkeit des Bundesurlaubsgesetzes nach § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG vereinbar, sie müsste lediglich vereinbart werden.

Der Durchsetzung solcher Vereinbarungen durch die Gewerkschaften als tarifvertragliche Regelungen könnte die Bindung an die Friedenspflicht entgegenstehen. Die Friedenspflicht gilt aber relativ, sofern die Tarifvertragsparteien eine absolute Wirkung nicht vereinbart haben.⁷⁶⁴ Damit bezieht sich die Friedenspflicht nur auf die tarifvertraglich geregelten Gegenstände, sodass die Tarifvertragsparteien für die Laufzeit des Tarifvertrages die Kampfweise Durchsetzung weiterer Regelungen unterbinden wollen, die in einem sachlichen inneren Zusammenhang mit dem befriedeten Bereich stehen.⁷⁶⁵ Sofern die Regelung zum Urlaub in einem solchen sachlichen inneren Zusammenhang mit dem befriedeten Bereich steht, können auch die Gewerkschaften nicht versuchen gegenüber dem Arbeitgeber oder dem Arbeitgeberverband eine solche Regelung durchzusetzen.

IV. Nichtbeachtung der Arbeitsunfähigkeit

Dem Arbeitgeber droht keine Geldbuße wegen der Heranziehung des Arbeitnehmers zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit im Rahmen der Arbeitsunfähigkeit, da es sich, anders als im Rahmen des Arbeitszeitgesetzes, um keine Ordnungswidrigkeit handelt. Die Regelungen zur Arbeitsunfähigkeit im Rahmen des Entgeltfortzahlungsgesetzes sehen keinen Bußgeldtatbestand für die Beschäftigung des

⁷⁶³ Hackmann, in: Festschrift Kohte, 293 (307); Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 1, Rn. 12; Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, § 1, Rn. 56f.

⁷⁶⁴ BAG, Urt. v. 10.12.2002, Az. 1 AZR 96/02, BAGE 104, 155-174, Rn. 39; Urt. v. 27.06.1989, Az. 1 AZR 404/88, BAGE 62, 171-192, Rn. 29; Urt. v. 21.12.1982, Az. 1 AZR 411/80, BAGE 41, 209-229, Rn. 38; Soost, in: Festschrift Kohte, 513 (523).

⁷⁶⁵ BAG, Urt. v. 10.12.2002, Az. 1 AZR 96/02, BAGE 104, 155-174, Rn. 39; Urt. v. 27.06.1989, Az. 1 AZR 404/88, BAGE 62, 171-192, Rn. 29; Urt. v. 21.12.1982, Az. 1 AZR 411/80, BAGE 41, 209-229, Rn. 38; Soost, in: Festschrift Kohte, 513 (523f.).

Arbeitnehmers während der Arbeitsunfähigkeit vor, sondern lediglich die Fortzahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall, wenn der Arbeitnehmer wegen der Arbeitsunfähigkeit von seiner Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB befreit wird. Weitere Bestimmungen, die den Arbeitnehmer im Rahmen seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit vor Beeinträchtigungen des Arbeitgebers schützen sollen, bestehen nicht.

Es handelt sich vielmehr um die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, dessen Verletzung durch den Arbeitgeber aufgrund der Beschäftigung des Arbeitnehmers trotz krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 611 a BGB auslösen kann.⁷⁶⁶ Der Arbeitgeber trägt im Rahmen des Arbeitsverhältnisses die Fürsorge- und Schutzpflicht gegenüber dem Arbeitnehmer nach § 241 Abs. 2 BGB, sodass er seine Rechte aus dem Arbeitsverhältnis so auszuüben hat und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren hat, wie ihm dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebes und der Interessen der gesamten Belegschaft nach Treu und Glauben billigerweise möglich ist.⁷⁶⁷ Demnach ist der Arbeitgeber zur Rücksichtnahme und zum Schutz der Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitnehmers gehalten. Der Arbeitgeber soll auf das Wohl und die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen und ihn vor Gesundheitsgefahren, auch psychischer Art, schützen.⁷⁶⁸ Dazu gehört auch die Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer im Rahmen seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht mit den betrieblichen Belangen zu konfrontieren, sondern ihn in dieser Zeit von den betrieblichen Belangen fern zu halten und ihm die Genesung zu ermöglichen, sodass er alsbald seine Arbeitsfähigkeit wiedererlangen kann. Zudem soll der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht auch nicht die Situation ausnutzen, dass der Arbeitnehmer sich bei Anfragen des Arbeitgebers verpflichtet fühlt, auf diese auch während seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit umgehend reagieren zu müssen. Der Arbeitnehmer könnte durch die Kontaktaufnahme des Arbeitgebers denken, er sei unentbehrlich oder er müsse den zusätzlichen Dienst vornehmen, da ihm im Übrigen arbeitsrechtliche Konsequenzen drohen würden. Der zusätzliche Dienst könnte auch dazu führen, dass die Genesung des Arbeitnehmers gehindert oder der Gesundheitszustand sogar verschlechtert wird. Der Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer trotz der Kenntnis der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit heranzieht, verletzt demnach seine Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer nach §§ 611 a, 241 Abs. 2 BGB. Der Arbeitgeber kann sich auch nicht darauf berufen, dass der Arbeitnehmer im Rahmen des zusätzlichen Dienstes weniger belastet wird, eine solche Teilarbeitsunfähigkeit gibt es nicht.⁷⁶⁹

⁷⁶⁶ LAG Hamm, Urt. v. 10.11.1988, Az. 17 Sa 605/88, BeckRS 1980, 45055, Rn. 112ff.; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 611a, Rn. 617.

⁷⁶⁷ BAG, Urt. v. 16.02.2012, Az. 8 AZR 98/11, AP HGB § 87 Nr. 13; Urt. v. 13.08.2009, Az. 6 AZR 330/08, BAGE 131, 325-341, Rn. 31; Kreitner, in: Küttner, Fürsorgepflicht, Rn. 3.

⁷⁶⁸ BAG, Urt. v. 28.10.2010, Az. 8 AZR 546/09, NZA-RR 2011, 378 (379), Rn. 18; Urt. v. 13.08.2009, Az. 6 AZR 330/08, BAGE 131, 325-341, Rn. 31; Urt. v. 16.05.2007, Az. 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154 (1161), Rn. 72.

⁷⁶⁹ So in: 3. Kapitel, III., 3.

Die Vornahme des zusätzlichen Dienstes kann auch nicht seitens des Arbeitgebers als Anzeige der Gesundung verstanden werden, sodass der Arbeitgeber sich nicht auf das Fehlen des Vertreten Müssens nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB und damit nicht auf das Fehlen des Verschuldens berufen kann. Dazu müsste der Arbeitnehmer seine Regelarbeitspflicht aufnehmen, die Vornahme des zusätzlichen Dienstes reicht hierfür nicht aus.⁷⁷⁰

Des Weiteren muss die Verletzung der Fürsorgepflicht aber auch einen Schaden im Sinne des § 280 BGB zur Folge haben. Der Arbeitnehmer kann sich nicht auf den Verlust der Freizeit berufen, denn die Nichtgewährung der Freizeit stellt keinen ersatzfähigen Schaden dar,⁷⁷¹ dies gilt auch im Rahmen der Arbeitsunfähigkeit durch die Heranziehung zum zusätzlichen Dienst während dieser Zeiten. Dem Arbeitnehmer könnte aufgrund der Heranziehung zum zusätzlichen Dienst trotz krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ein ersatzfähiger Schaden entstanden sein, indem er dadurch in seiner Gesundheit geschädigt wurde. Dazu reicht es aber nicht bereits aus, dass der vom behandelnden Arzt prognostizierte Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung überschritten wird, da es sich bei dieser nur um eine Prognose des Krankheitsverlaufes handelt, der sich bestätigen kann, aber wegen verschiedener Faktoren nicht bestätigen muss.⁷⁷²

Demnach kann dem Arbeitnehmer ein Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der Fürsorgepflicht durch die Heranziehung des Arbeitnehmers zum zusätzlichen Dienst während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 611 a BGB zustehen, sofern dem Arbeitnehmer ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist. Dem Arbeitnehmer steht aber bei einer solchen Heranziehung zum zusätzlichen Dienst kein Anspruch auf Nachgewährung der Zeit der Arbeitsunfähigkeit wegen Verletzung der Fürsorgepflicht nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 611 a BGB gegenüber dem Arbeitgeber zu.

V. Ersatzpflichten bezüglich der genutzten Kommunikationsmittel

Dem Arbeitnehmer könnten gegenüber dem Arbeitgeber im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit Ersatzansprüche im Hinblick auf die genutzten Kommunikationsmittel zustehen.

1. Verlust oder Schäden an den Kommunikationsmitteln

Werden die genutzten Kommunikationsmittel beschädigt oder gehen sie verloren, könnte dem Arbeitnehmer ein Ersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber nach § 670 BGB analog zustehen.

⁷⁷⁰ Zur vorzeitigen Rückgewinnung der Arbeitsfähigkeit in: 3. Kapitel, III., 2.

⁷⁷¹ BAG, Urt. v. 28.01.2004, Az. 5 AZR 503/02, AP TVG § 1 Tarifverträge: DRK Nr. 18; Urt. v. 28.09.1972, Az. 5 AZR 198/72, AP AZO § 12 Nr. 9; Urt. v. 24.08.1967, Az. 5 AZR 59/67, NJW 1968, 221 (222); BGH, Urt. v. 22.11.1988, Az. VI ZR 126/88, BGHZ 106, 28, 32, Rn. 10; Schulze, in: Schulze, BGB, § 253, Rn. 9.

⁷⁷² BAG, Urt. v. 14.09.1983, Az. 5 AZR 70/81, BAGE 43, 291-297, Rn. 15; Urt. v. 02.02.1981, Az. 5 AZR 89/80, BAGE 37, 172-181, Rn. 28; LAG Köln, Urt. v. 21.11.2003, Az. 4 Sa 588/03, NZA-RR 2004, 572; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, EFZG, § 5, Rn. 17.

a) Anwendbarkeit des § 670 BGB auf das Arbeitsverhältnis

Ein Aufwendungsersatzanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber nach § 670 BGB entsprechend setzt voraus, dass diese Regelung überhaupt auf das Arbeitsverhältnis anwendbar ist.

Der Anspruch auf Ersatz nach § 670 BGB setzt die Vornahme von Aufwendungen durch den Beauftragten voraus, die er zum Zwecke der Ausführung des unentgeltlichen Auftrags gemacht hat und die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Beim Arbeitsverhältnis handelt es sich aber nicht um ein solches unentgeltliches Auftragsverhältnis im Sinne von § 662 BGB auf das sich der Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB bezieht. Der Arbeitnehmer erhält für die Vornahme der Arbeitsleistung eine Vergütung (§ 611 a Abs. 2 BGB). Zu beachten ist aber, dass die Regelung des § 670 BGB einen Rechtsgedanken enthält, der unabhängig vom zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, verallgemeinerungsfähig ist und auch auf das Arbeitsverhältnis entsprechend angewandt werden kann.⁷⁷³ Dieser allgemeine Rechtsgedanke ist, dass derjenige, der im Interesse eines anderen Aufwendungen macht, für die er keine Vergütung erhält, von diesem die getätigten Aufwendungen ersetzt verlangen können soll.⁷⁷⁴ Er soll davor geschützt werden, dass er durch die Geschäftsbesorgung, im Interesse des Auftraggebers, einen Nachteil erleidet.⁷⁷⁵ Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses vorgenommene Aufwendungen, die ein Arbeitnehmer zwecks Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung tätigt, liegen oftmals im Interesse beider Arbeitsvertragsparteien.⁷⁷⁶ Für eine entsprechende Anwendung des Rechtsgrundsatzes aus § 670 BGB auf das Arbeitsverhältnis wird somit vorausgesetzt, dass dem Arbeitgeber nur dann das alleinige Tragen der Aufwendungen auferlegt werden kann, wenn sein Interesse so weit überwiegt, dass das Interesse des Arbeitnehmers vernachlässigt werden kann und der Arbeitnehmer, neben der vereinbarten Arbeitsvergütung, keine weiteren materiellen Vorteile aus dem Tätigwerden zieht.⁷⁷⁷ Diese zusätzlichen Aufwendungen des Arbeitnehmers sind nicht durch die Vergütung abgegolten, sodass der Arbeitgeber deshalb zum Ersatz nach § 670 BGB entsprechend verpflichtet wird.⁷⁷⁸ Im Übrigen würde der Arbeitnehmer keinen Ausgleich für seine Aufwendungen bekommen und müsste diese tragen.

⁷⁷³ BAG, Urt. v. 21.05.2015, Az. 8 AZR 956/13, BAGE 151, 367-381, Rn. 32; Urt. v. 21.08.2014, Az. 8 AZR 655/13, BAGE 149, 47-56, Rn. 36; Urt. v. 14.12.2011, Az. 10 AZR 283/10, NZA 2012, 501 (502), Rn. 17; Urt. v. 12.04.2011, Az. 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97 (99), Rn. 25; Urt. v. 11.04.2006, Az. 9 AZR 500/05, BAGE 118, 16-22, Rn. 21; Urt. v. 14.10.2003, Az. 9 AZR 657/02, NJW 2004, 2036 (2037); Reichold, in: MünchHdB, § 93, Rn. 25.

⁷⁷⁴ BAG, Urt. v. 11.04.2006, Az. 9 AZR 500/05, BAGE 118, 16-22, Rn. 21; Urt. v. 19.05.1998, Az. 9 AZR 307/96, BAGE 89, 26-30, Rn. 23; Urt. v. 14.02.1996, Az. 5 AZR 978/94, BAGE 82, 164-172, Rn. 11; Urt. v. 21.08.1985, Az. 7 AZR 199/83, NZA 1986, 324f.; Martinek/Ormlor, in: Staudinger, BGB, § 670, Rn. 2.

⁷⁷⁵ BAG, Urt. v. 12.04.2011, Az. 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97 (99), Rn. 25; Urt. v. 11.04.2006, Az. 9 AZR 500/05, BAGE 118, 16-22, Rn. 21.

⁷⁷⁶ BAG, Urt. v. 12.04.2011, Az. 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97 (99), Rn. 25; Urt. v. 11.04.2006, Az. 9 AZR 500/05, BAGE 118, 16-22, Rn. 21.

⁷⁷⁷ BAG, Urt. v. 21.08.2014, Az. 8 AZR 655/13, BAGE 149, 47-56, Rn. 36; Urt. v. 12.04.2011, Az. 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97 (99), Rn. 25; Urt. v. 16.10.2007, Az. 9 AZR 170/07, BAGE 124, 210-219, Rn. 23; Urt. v. 11.04.2006, Az. 9 AZR 500/05, BAGE 118, 16-22, Rn. 21. Nach der früher von der Rechtsprechung vertretenen Aufwendungsersatztheorie stützt sich der Ersatzanspruch der Arbeitnehmer von Eigenschäden auch auf eine (doppelt) analoge Anwendung von § 670 BGB, so etwa: BAG, Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 38ff.; Urt. v. 16.11.1978, Az. 3 AZR 258/77, BAGE 31, 147-152, Rn. 11ff.

⁷⁷⁸ BAG, Urt. v. 14.06.2016, Az. 9 AZR 181/15, BAGE 155, 257-263, Rn. 18; Urt. v. 12.03.2013, Az. 9 AZR 455/11, NJW 2013, 2923f., Rn. 7f.; Urt. v. 16.10.2007, Az. 9 AZR 170/07, BAGE 124, 210-219, Rn. 23; Urt. v. 14.10.2003, Az. 9 AZR 657/02, NJW 2004, 2036 (2037); Urt. v. 19.05.1998, Az. 9 AZR 307/96, BAGE 89, 26-30, Rn. 23; Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 38; Bieder, S. 29; Palandt, BGB, § 611, Rn. 125a.

Demnach ist die Anwendung der Vorschrift des § 670 BGB für das Arbeitsverhältnis so selbstverständlich und von der Sache her so notwendig, dass diese auch ohne eine ausdrückliche Statuierung analog anzuwenden wäre.⁷⁷⁹

Somit ist die Regelung des § 670 BGB auf das Arbeitsverhältnis anwendbar, sodass dem Arbeitnehmer ein Ersatzanspruch nach § 670 BGB entsprechend hinsichtlich der im Interesse des Arbeitgebers getätigten Aufwendungen grundsätzlich zustehen kann.

b) Ersatz von Beschädigungen und Verlust nach § 670 BGB entsprechend

Der Ersatzanspruch nach § 670 BGB entsprechend müsste auch die Beschädigung und den Verlust der genutzten Kommunikationsmittel erfassen. Nach dem Wortlaut des § 670 BGB sind lediglich Aufwendungen zu ersetzen. Unter den Begriff der Aufwendung sind freiwillig erbrachte Aufopferungen von Vermögenswerten zu fassen, die der Beauftragte zum Zwecke der Auftragsführung auf sich nimmt oder die als notwendige Folge des Auftrages anzusehen sind.⁷⁸⁰ Sofern die Kommunikationsmittel beschädigt werden oder verloren gehen, erleidet der Arbeitnehmer eine unfreiwillige Einbuße. Eine solche unfreiwillige Einbuße stellt dann einen Schaden dar.⁷⁸¹ Demnach könnte nach § 670 BGB entsprechend dem Arbeitnehmer kein Ersatzanspruch für Beschädigungen und Verlust der genutzten Kommunikationsmittel zustehen. Der Arbeitnehmer soll aber vor den Nachteilen, die ihm bei der Wahrnehmung der Interessen des Arbeitgebers entstehen, geschützt werden. Eine Differenzierung nach Aufwendungen und Schäden für den Ersatzanspruch würde dazu führen, dass dem Arbeitnehmer ein Ersatzanspruch für die Aufwendungen zustehen würde, aber nicht für die in diesem Zusammenhang entstandenen Schäden, sodass unbillige Ergebnisse entstehen und das Wesen der Sache verkannt werden, damit die Schäden des Tätigwerdens bei der Ausführung des Auftrages schlechthin nicht erstattungsfähig wären.⁷⁸² Dies hätte zur Folge, dass der Arbeitgeber das Schadensrisiko auf den Arbeitnehmer abwälzen könnte, sofern er sich der eingebrachten Sachen des Arbeitnehmers als Arbeitsmittel bedient und somit auch bessergestellt wäre, als der Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmern betriebseigene Sachmittel zur Verfügung stellt und für diese grundsätzlich auch ersatzpflichtig ist.⁷⁸³ Demnach sollte der Begriff der Aufwendungen im Rahmen des § 670 BGB nicht isoliert betrachtet werden, sodass unter die gesetzliche Regelung auch die erlittenen Schäden als besondere Opfer zu fassen sind, die der Arbeitnehmer im Rahmen einer Tätigkeit für einen anderen und im Interesse des anderen erleidet.⁷⁸⁴ Somit kann dem Arbeitnehmer nach § 670 BGB entsprechend ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen und auch erlittenen Schäden zustehen.

⁷⁷⁹ BAG, Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 38.

⁷⁸⁰ BAG, Urt. v. 14.10.2003, Az. 9 AZR 657/02, NJW 2004, 2036 (2037); Urt. v. 19.05.1998, Az. 9 AZR 307/96, BAGE 89, 26-30, Rn. 27; Martinek/Ormlor, in: Staudinger, BGB, § 670, Rn. 7.

⁷⁸¹ BAG, Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 41.

⁷⁸² BAG, Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 41.

⁷⁸³ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (93), Rn. 35; Urt. v. 28.10.2010, Az. 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 (408), Rn. 26ff.

⁷⁸⁴ BAG, Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 44.

Ein Ersatzanspruch nach § 670 BGB entsprechend setzt aber voraus, dass dem Arbeitnehmer Schäden an den Kommunikationsmitteln entstanden sind. Somit ist danach zu differenzieren, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Kommunikationsmittel im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung gestellt hat oder der Arbeitnehmer die eigenen, privaten Kommunikationsmittel für die geschäftlichen Belange nutzt. Sofern der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Kommunikationsmittel zur Verfügung stellt, führt ihr Verlust oder ihre Beschädigung nicht zu einem unfreiwilligen Vermögensnachteil beim Arbeitnehmer und damit nicht zu einem ersatzpflichtigen Schaden nach § 670 BGB entsprechend, da es sich nicht um das Eigentum des Arbeitnehmers handelt. Der Arbeitnehmer wird durch die Beschädigung und den Verlust nur dahingehend benachteiligt, dass er das Kommunikationsmittel nicht mehr nutzen kann. Hat der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer die Vornahme des zusätzlichen Dienstes vereinbart und dem Arbeitnehmer in diesem Zusammenhang ein mobiles Kommunikationsmittel zur Verfügung gestellt, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, dass ihm der Arbeitgeber ein anderes mobiles Kommunikationsmittel zur Verfügung stellt, wenn er dieses nicht mehr benutzen kann. Eines Ersatzanspruches entsprechend § 670 BGB bedarf es hierfür nicht, da diese Pflicht sich bereits aus der Nebenpflicht des Arbeitgebers nach § 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 611 a BGB und dem Arbeitsvertrag ergibt. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer solche, für die Erbringung der Arbeitsleistung erforderlichen, Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen.⁷⁸⁵ Sofern eine Vereinbarung hinsichtlich der Zurverfügungstellung der Kommunikationsmittel besteht, kann der Arbeitnehmer einen Ersatzanspruch bereits hieraus ableiten. Zu beachten ist aber auch, dass dem Arbeitnehmer bei schuldhafter Beschädigung oder schuldhaftem Verlust der mobilen Kommunikationsmittel des Arbeitgebers nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sowie nach § 823 Abs. 1 BGB eine Ersatzpflicht gegenüber dem Arbeitgeber treffen kann. Dabei ist die Haftungsmilderung für den Arbeitnehmer nach dem Grad seines Verschuldens zu beachten, auch hat der Arbeitgeber grundsätzlich die bestehenden Versicherungen vorrangig in Anspruch zu nehmen.⁷⁸⁶

Sofern der Arbeitnehmer sein privates Kommunikationsmittel für den zusätzlichen Dienst nutzt, stellt dessen Beschädigung und Verlust einen Schaden des Arbeitnehmers dar, da es sich hierbei um das Eigentum des Arbeitnehmers handelt. Ein solcher Schaden könnte nach § 670 BGB entsprechend ersetzt werden.

c) Verlust oder Beschädigung im Zusammenhang mit dem jeweiligen Einsatz

Der Ersatzanspruch nach § 670 BGB setzt zudem voraus, dass die Aufwendung zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemacht wurde und der Beauftragte diese den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Im Hinblick auf die Schäden wird für den Ersatzanspruch vorausgesetzt, dass

⁷⁸⁵ BAG, Urt. v. 11.04.2006, Az. 9 AZR 500/05, BAGE 118, 16-22, Rn. 21; Schäfer, in: MünchKomm-BGB, Band 2, BGB, § 670, Rn. 11; Linck, in: Schaub ArbR-HdB, § 59, Rn. 5; Koch, in: Schaub/Koch, Arbeitsmittel; Schulze, in: Schulze, BGB, Vorbemerkung zu §§ 249–253, Rn. 5.

⁷⁸⁶ BAG, Urt. v. 12.11.1998, Az. 8 AZR 221/97, BAGE 90, 148-153, Rn. 24; Urt. v. 25.09.1997, Az. 8 AZR 288/96, NJW 1998, 1810 (1811f.); Urt. v. 23.01.1997, Az. 8 AZR 893/95, NZA 1998, 140f.; Griese, in: Küttner, Arbeitnehmerhaftung, Rn. 12, 18; Wagner, in: MünchKomm-BGB, Band 6, BGB, § 823, Rn. 128.

dieser sich aus der mit dem Auftrag verbundenen Gefahr ergibt; der Schaden muss somit bei der Ausführung des Auftrages entstanden sein, sodass dieser in einem inneren adäquaten Zusammenhang als eine Aufwendung für den Zweck des Auftrages (§ 670 BGB) anzusehen ist.⁷⁸⁷ Für das Arbeitsverhältnis bedeutet dies, dass dem Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung des § 670 BGB ein Ersatzanspruch bei solchen Schäden zusteht, die ihm bei Erbringung der Arbeitsleistung ohne Verschulden des Arbeitgebers entstehen.⁷⁸⁸ Der entstandene Eigenschaden ist nicht dem Lebensbereich des Arbeitnehmers, sondern dem Betätigungsbereich des Arbeitgebers zuzuordnen und nicht durch den Arbeitnehmer zu tragen, denn dieser Schaden ist nicht bereits durch die Vergütungszahlung abgegolten.⁷⁸⁹ Arbeitsadäquate Sachschäden im Arbeitsverhältnis sind nicht nach § 670 BGB entsprechend ersatzpflichtig, da der Arbeitnehmer mit diesen nach der Art und Natur des Betriebs oder der Arbeit zu rechnen hat; insbesondere solche Schäden, die notwendig oder regelmäßig entstehen.⁷⁹⁰ Dies gilt auch für solche Schäden an Sachen durch natürlichen Verschleiß, da diese zur selbstverständlichen Einsatzpflicht bei der Arbeit gehören und durch die Vergütung mit abgegolten werden.⁷⁹¹ Somit fallen nur die außergewöhnlichen nicht arbeitsadäquaten Sachschäden unter die Ersatzpflicht, da der Arbeitnehmer nach der Art des Betriebs oder der Arbeit nicht ohne weiteres mit diesen zu rechnen braucht.⁷⁹² Diese werden auch nicht mit der Vergütungszahlung abgegolten.⁷⁹³

Der Arbeitnehmer hat somit nur dann einen Ersatzanspruch gegen den Arbeitgeber entsprechend § 670 BGB, wenn mit einer Beschädigung oder dem Verlust der privaten Kommunikationsmittel nach der Art und Natur des Betriebs oder der Arbeit nicht zu rechnen war, sodass es sich weder um einen arbeitsadäquaten Schaden handelt, noch um einen natürlichen Verschleiß, der zur selbstverständlichen Einsatzpflicht bei der Arbeit gehört und durch die Vergütung mit abgegolten wird. Sofern der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber ständig erreichbar und in seiner Freizeit tätig ist, handelt es sich bei den Beschädigungen oder dem Verlust der genutzten privaten Kommunikationsmittel nicht um einen arbeitsadäquaten Schaden, da nach der Art und Natur der Arbeit nicht mit einer Beschädigung oder dem Verlust des privaten Kommunikationsmittels zu rechnen ist. Anhaltspunkte für einen

⁷⁸⁷ BAG, Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 43; Schäfer, in: MünchKomm-BGB, Band 2, BGB, § 670, Rn. 16; Volker Wiese/Reiner, in: Schulze, BGB, § 670, Rn. 7.

⁷⁸⁸ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (92), Rn. 20; Urt. v. 28.10.2010, Az. 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 (408), Rn. 26; Urt. v. 08.05.1980, Az. 3 AZR 82/79, BAGE 33, 108-112, Rn. 9; Bieder, S. 28f.; Wiese/Schulze, in: Schulze, BGB, § 670, Rn. 8.

⁷⁸⁹ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (92), Rn. 20; Urt. v. 28.10.2010, Az. 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 (408), Rn. 26; Urt. v. 20.04.1989, Az. 8 AZR 632/87, NZA 1990, 27; Urt. v. 08.05.1980, Az. 3 AZR 82/79, BAGE 33, 108-112, Rn. 11; Wiese/Schulze, in: Schulze, BGB, § 670, Rn. 8; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (768f.). Nach der h.L. wird bei Eigenschäden des Arbeitnehmers die Haftung des Arbeitgebers als gebotene Verteilung des Betriebsrisikos angesehen; so: Canaris, RdA 1966, 41 (45f.).

⁷⁹⁰ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (92), Rn. 21; Urt. v. 28.10.2010, Az. 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 (408), Rn. 27; Urt. v. 20.04.1989, Az. 8 AZR 632/87, NZA 1990, 27; Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 48; Reichold, in: Münch-Hdb., § 93, Rn. 29; Griese, in: Küttner, Aufwendungsersatz, Rn. 8.

⁷⁹¹ BAG, Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 48; Bieder, S. 29; Reichold, in: Münch-Hdb., § 93, Rn. 29.

⁷⁹² BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (92), Rn. 21; Urt. v. 20.04.1989, Az. 8 AZR 632/87, NZA 1990, 27; Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 51; Reichold, in: Münch-Hdb., § 93, Rn. 29.

⁷⁹³ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (92), Rn. 21; Urt. v. 28.10.2010, Az. 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 (408), Rn. 26; Urt. v. 20.04.1989, Az. 8 AZR 632/87, NZA 1990, 27; Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 51; Reichold, in: Münch-Hdb., § 93, Rn. 29.

arbeitsadäquaten Schaden können vertragliche Regelungen über besondere Zahlungen sein, die darauf hindeuten, dass bei diesen Arbeiten entstehende Sachschäden des Arbeitnehmers von ihm selbst zu tragen sind, da diese durch die zusätzliche Leistung bereits abgegolten werden und demnach kein Nachteil für den Arbeitnehmer entsteht.⁷⁹⁴ Solche Regelungen sind im Rahmen der Nutzung mobiler Kommunikationsmittel abwegig, da mit ihrer Beschädigung grundsätzlich nicht gerechnet wird. Die Beschädigung oder der Verlust des privaten Kommunikationsmittels im Rahmen des zusätzlichen Dienstes stellt keinen natürlichen Verschleiß dar, der bereits durch die Vergütung abgegolten wird.

Bei Schäden an privaten Kommunikationsmitteln, die im Rahmen des zusätzlichen Dienstes entstehen, handelt es sich demnach nicht um arbeitsadäquate Schäden, sondern solche nach § 670 BGB entsprechend ersatzpflichtige Schäden, mit denen der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zu rechnen hat.

Des Weiteren setzt die Ersatzpflicht der privaten Kommunikationsmittel voraus, dass die Beschädigung oder der Verlust im Rahmen des Einsatzes im Betätigungsbereich des Arbeitgebers erfolgte und damit ein innerer Zusammenhang zur vorgenommenen Arbeitsleistung besteht. Ein solcher Einsatz von Gegenständen im Betätigungsbereich des Arbeitgebers kann angenommen werden, wenn ohne den Einsatz der Arbeitgeber die Gegenstände zur Verfügung stellen müsste und damit die Gefahr der Beschädigung oder des Verlustes zu tragen hätte oder der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aufgefordert hat, die eigenen Gegenstände zu nutzen.⁷⁹⁵ Hat der Arbeitgeber die Nutzung des Gegenstandes durch den Arbeitnehmer im Rahmen seines Tätigwerdens durch seine Kenntnis hiervon gebilligt, dann konnte der Arbeitnehmer es für erforderlich halten den Gegenstand zu nutzen, da sein Einsatz im gesteigerten Interesse des Arbeitgebers lag und die Nutzung des Gegenstandes in den Risikobereich des Arbeitgebers fiel.⁷⁹⁶ Die Nutzung im Betätigungsbereich des Arbeitgebers ist dann abzulehnen, wenn der Arbeitnehmer mehrere Optionen hatte, um seine Tätigkeit auszuführen oder der Einsatz des Gegenstandes im eigenen Interesse lag.⁷⁹⁷

Nutzt der Arbeitnehmer ein privates Kommunikationsmittel im Rahmen des BYOD-Programms für betriebliche Zwecke und hat der Arbeitgeber die Nutzung mit dem Angebot von BYOD gebilligt, fällt der Einsatz in den Betätigungsbereich des Arbeitgebers, wenn der Arbeitnehmer dieses auf betriebliche Veranlassung nutzt und die damit einhergehende Beschädigung oder der Verlust des Kommunikationsmittels im Rahmen der Erfüllung der dienstlichen Tätigkeit oder im Zusammenhang damit entsteht.⁷⁹⁸ Nutzt der Arbeitnehmer dann das private Kommunikationsmittel in seiner Freizeit,

⁷⁹⁴ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (92), Rn. 20; Urt. v. 14.12.1995, Az. 8 AZR 875/94, NZA 1996, 417 (418); Mansel, in: Jauernig, BGB, § 670, Rn. 11; Reichold, in: Münch-Hdb., § 93, Rn. 31.

⁷⁹⁵ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (92), Rn. 22; Urt. v. 28.10.2010, Az. 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 (408), Rn. 28; Urt. v. 23.11.2006, Az. 8 AZR 701/05, NJW 2007, 1486, Rn. 13; Urt. v. 17.07.1997, Az. 8 AZR 480/95, NJW 1998, 1170 (1171); Urt. v. 14.12.1995, Az. 8 AZR 875/94, NZA 1996, 417.

⁷⁹⁶ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (92f.), Rn. 26ff.; Volker Wiese/Reiner, in: Schulze, BGB, § 670, Rn. 8.

⁷⁹⁷ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (92f.), Rn. 26ff.; Urt. v. 23.11.2006, Az. 8 AZR 701/05, NJW 2007, 1486 (1487), Rn. 15f.

⁷⁹⁸ Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (769).

um sich für einen bestimmten Zeitraum ständig erreichbar zu halten sowie die Freizeittätigkeit vorzunehmen und wird das private Kommunikationsmittel in diesem Rahmen beschädigt oder geht es verloren, fällt der Einsatz in den Betätigungsbereich des Arbeitgebers und es besteht ein innerer Zusammenhang zur vorgenommenen Arbeitstätigkeit. Der Arbeitgeber müsste dem Arbeitnehmer für den zusätzlichen Dienst betriebliche Kommunikationsmittel zur Verfügung stellen, um die Kontaktaufnahme mit dem Arbeitnehmer, unabhängig von seinem Aufenthaltsort, zu ermöglichen. Nutzt der Arbeitnehmer seine privaten Kommunikationsmittel und tritt im Betätigungsbereich des Arbeitgebers ein Schaden ein, kann dies nicht zu Lasten des Arbeitnehmers gehen. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Arbeitnehmer das mobile Kommunikationsmittel auch für private Belange mit sich führt, denn das Mitführen dessen und die damit verbundene Nutzung in der Freizeit wird durch die Kenntnis des Arbeitgebers vom zusätzlichen Dienst gebilligt. Aufgrund der Billigung konnte der Arbeitnehmer es für erforderlich halten, den Gegenstand auch im Rahmen der Freizeit für den Arbeitgeber zu nutzen, sodass der Einsatz im gesteigerten Interesse des Arbeitgebers lag und die Nutzung des Gegenstandes in den Risikobereich des Arbeitgebers fiel. Ein solcher Zusammenhang zwischen der Beschädigung und der betrieblich veranlassten Nutzung ist unter anderem dann anzunehmen, wenn dem Arbeitnehmer das Smartphone im Rahmen des zusätzlichen Dienstes beispielsweise während eines Telefonats mit dem Vorgesetzten aus der Hand fällt und es beschädigt wird oder wenn das auf dem Tisch stehende iPad, welches der Arbeitnehmer für die Bearbeitung seiner E-Mails nutzt, während einer Zugfahrt durch Erschütterungen auf den Boden fällt und nicht mehr funktionstüchtig ist. Dem Arbeitnehmer entstehen im Rahmen der Erfüllung der dienstlichen Tätigkeit Schäden an seinem privaten Kommunikationsmittel, die im Einsatz des Betätigungsbereichs des Arbeitgebers erfolgen und damit dem Risikobereich des Arbeitgebers angehören.

Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer an einem solchen BYOD-Programm nicht teilnimmt und ihm keine betrieblichen Kommunikationsmittel zur Verfügung gestellt werden, der Arbeitgeber aber gleichzeitig erwartet, dass der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Freizeit erreichbar ist, E-Mails abrufen oder Telefonate auch von unterwegs aus entgegennimmt. Durch sein Verhalten billigt der Arbeitgeber die Nutzung privater Kommunikationsmittel für den zusätzlichen Dienst, sodass der Einsatz im Betätigungsbereich des Arbeitgebers erfolgt und damit eine betriebliche Veranlassung der Beschädigung oder des Verlustes im Rahmen des zusätzlichen Dienstes anzunehmen ist. Zudem konnte der Arbeitnehmer den Einsatz des privaten Kommunikationsmittels für den zusätzlichen Dienst für erforderlich halten, da er im Rahmen des Dienstes in seiner Freizeitgestaltung relativ uneingeschränkt und nicht an einen bestimmten Aufenthaltsort gebunden sein soll, sodass er den zusätzlichen Dienst nicht an seinem Arbeitsplatz, unter Nutzung der dort vorhandenen Betriebsmittel (Festnetztelefon, Computer usw.), vorzunehmen hat und er somit den zusätzlichen Dienst nur mittels privater Kommunikationsmittel leisten konnte. Demnach kann die Nutzung im Betätigungsbereich des Arbeitgebers auch nicht abgelehnt werden, weil der Arbeitnehmer nicht mehrere Optionen hatte, um den zusätzlichen Dienst vorzunehmen. Die Nutzung des privaten Kommunikationsmittels fällt in den Risikobereich des Arbeitgebers, da der Einsatz im Rahmen des zusätzlichen Dienstes im gesteigerten

Interesse des Arbeitgebers liegt. Wird dieses im Rahmen des zusätzlichen Dienstes beschädigt oder geht es verloren, erfolgt der Einsatz im Betätigungsbereich des Arbeitgebers, sodass ein innerer Zusammenhang zur vorgenommenen Arbeitsleistung besteht und damit eine weitere Voraussetzung für die Ersatzpflicht nach § 670 BGB entsprechend erfüllt wird.

Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mobile Kommunikationsmittel zur Verfügung gestellt und nutzt der Arbeitnehmer, ohne Kenntnis des Arbeitgebers und ohne hierzu angewiesen worden zu sein, aber die eigenen Kommunikationsmittel für den zusätzlichen Dienst, ist eine betriebliche Veranlassung der Beschädigung oder des Verlusts abzulehnen, da der Arbeitnehmer die ihm zur Verfügung gestellten Kommunikationsmittel für den zusätzlichen Dienst nutzen sollte und nicht seine eigenen. Die Benutzung des privaten Kommunikationsmittels diene demnach nicht dem überwiegenden Interesse des Arbeitgebers, da sich der Arbeitnehmer mit dem durch den Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Kommunikationsmitteln in gleicher Weise ständig erreichbar halten konnte. Somit fällt die Nutzung mangels betrieblicher Veranlassung nicht unter den Betätigungsbereich des Arbeitgebers, sodass eine Ersatzpflicht des Arbeitgebers nach § 670 BGB entsprechend abzulehnen ist und die in diesem Zusammenhang entstandene Beschädigung oder Verlust des mobilen Kommunikationsmittels in den Lebensbereich des Arbeitnehmers fällt.

Demnach kann für den Ersatzanspruch nach § 670 BGB entsprechend bei Beschädigung oder Verlust des privaten Kommunikationsmittels im Rahmen des zusätzlichen Dienstes angenommen werden, dass diese im Zusammenhang mit dem jeweiligen Einsatz des Arbeitnehmers, damit im überwiegenden Interesse des Arbeitgebers entstehen und somit bei Ausführung der Arbeitstätigkeit gemacht wurden. Dieser Annahme steht auch nicht entgegen, dass der Schaden des Arbeitnehmers außerhalb der üblichen Arbeitszeit eintritt, denn auch solche Eigenschäden des Arbeitnehmers, die außerhalb der Arbeitszeit entstanden sind, lösen eine Erstattungspflicht des Arbeitgebers aus, sofern diese im inneren Zusammenhang mit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers stehen.⁷⁹⁹ Dies gilt auch für die im Rahmen des zusätzlichen Dienstes entstehenden Schäden, da beim zusätzlichen Dienst die Besonderheit ist, dass dieser außerhalb der üblichen Arbeitszeit in der Freizeit vorgenommen wird.

d) Mitverschulden des Arbeitnehmers hinsichtlich Beschädigung und Verlust

Der Ersatzanspruch des Arbeitnehmers bei Beschädigung oder Verlust privater Kommunikationsmittel nach § 670 BGB entsprechend kann aber durch das Mitverschulden des Arbeitnehmers in entsprechender Anwendung des § 254 BGB ausgeschlossen oder gemindert werden. Für die Berücksichtigung des Mitverschuldens sind die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung heranzuziehen.⁸⁰⁰ Nach diesem Grundsatz entfällt eine Mithaftung des Arbeitnehmers, wenn ihn ein Verschulden im Sinne der bloß leichtesten Fahrlässigkeit trifft; bei normaler Schuld des Arbeitnehmers

⁷⁹⁹ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (92), Rn. 20.

⁸⁰⁰ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (94), Rn. 36; Urt. v. 28.10.2010, Az. 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 (409), Rn. 35; Urt. v. 23.11.2006, Az. 8 AZR 701/05, NJW 2007, 1486 (1487), Rn. 19; Urt. v. 17.07.1997, Az. 8 AZR 480/95, NJW 1998, 1170 (1171); Urt. v. 14.12.1995, Az. 8 AZR 875/94, NZA 1996, 417 (418); Urt. v. 08.05.1980, Az. 3 AZR 82/79, BAGE 33, 108-112, Rn. 18; Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 51, Palandt, BGB, § 611, Rn. 125a.

und damit bei mittlerer Fahrlässigkeit, ist der Ersatzanspruch grundsätzlich anteilig, unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles nach Billigkeitsgrundsätzen und Zumutbarkeitsgesichtspunkten, zu mindern; bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schadensverursachung ist der Ersatzanspruch des Arbeitnehmers grundsätzlich ganz ausgeschlossen.⁸⁰¹

Somit ist für den Ersatzanspruch des Arbeitnehmers auch dessen Verhalten für die Beschädigung oder den Verlust des privaten Kommunikationsmittels heranzuziehen. Hat der Arbeitnehmer beispielsweise während der Zugfahrt kurz eine Toilettenpause eingelegt, dabei sein iPad auf dem Tisch stehen lassen und wurde dieses in der Zwischenzeit von einem Mitfahrer gestohlen, handelt es sich um einen durch den Arbeitnehmer fahrlässig verursachten Verlust des Geräts. Dabei trifft den Arbeitnehmer eine mittlere Fahrlässigkeit, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat und der rechtlich missbilligte Erfolg bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt voraussehbar und vermeidbar gewesen wäre (§ 276 Abs. 2 BGB).⁸⁰² Dass jemand ein elektronisches Gerät an einem öffentlichen Ort zurücklässt, sodass es aufgrund der unbeschränkten Zugriffsmöglichkeit durch die Mitfahrer gestohlen werden kann, verstößt gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und ist daher offensichtlich. Es handelt sich um ein begehrtes und wertvolles Gerät, zudem auch grundsätzlich bekannt ist, dass Wertgegenstände nicht unbeaufsichtigt in Zügen liegen gelassen werden sollten, auch wenn es sich nur um eine kurze Abwesenheit handelt. Somit wäre der Verlust des iPads vermieden worden, wenn der Arbeitnehmer diese im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt und das iPad mitgenommen hätte. Durch ein solches fahrlässige Verhalten des Arbeitnehmers wäre der Ersatzanspruch wegen des Verlusts des iPads aufgrund des Mitverschuldens entsprechend § 254 BGB zu mindern. Demnach wäre für den Ersatzanspruch nach § 670 BGB entsprechend ein Mitverschulden des Arbeitnehmers in entsprechender Anwendung des § 254 BGB hinsichtlich der Beschädigung oder des Verlustes des privaten Kommunikationsmittels zu prüfen.

e) Pflicht zur Wiederbeschaffung des privaten Kommunikationsmittels

Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, bei Verlust des privaten Kommunikationsmittels ein Neues anzuschaffen, wenn dieses ohne eine betriebliche Veranlassung verloren gegangen oder unbrauchbar geworden ist.⁸⁰³ Eine solche Verpflichtung kann nicht aus einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht abgeleitet werden, da die notwendigen Arbeitsmittel regelmäßig vom Arbeitgeber zu stellen sind.⁸⁰⁴ Für eine solche Pflicht des Arbeitnehmers zur Ersatzbeschaffung bedarf es vielmehr einer Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die den Wirksamkeitsanforderungen der §§ 305 ff. BGB genügen muss.⁸⁰⁵ Hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die dienstliche Nutzung des

⁸⁰¹ BAG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91 (94), Rn. 36; Urt. v. 28.10.2010, Az. 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 (409), Rn. 35; Urt. v. 23.11.2006, Az. 8 AZR 701/05, NJW 2007, 1486 (1487), Rn. 19; Urt. v. 17.07.1997, Az. 8 AZR 480/95, NJW 1998, 1170 (1171); Griese, in: Küttner, Aufwendersersatz, Rn. 14.

⁸⁰² BAG, Urt. v. 11.08.1988, Az. 8 AZR 721/85, BAGE 59, 203-217, Rn. 25; Preis, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 619a, Rn. 16.

⁸⁰³ Kreitner, in: Küttner, Arbeitsmittel, Rn. 3; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (769).

⁸⁰⁴ Koch, in: Schaub/Koch, Arbeitsmittel.

⁸⁰⁵ Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (769).

privaten Kommunikationsmittels unentgeltlich eingeräumt, besteht zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber ein Leihverhältnis über das private Gerät, sodass der Arbeitnehmer dieses nach § 604 Abs. 3 BGB jederzeit zurückfordern könnte; die Abweichung von dieser Bestimmung durch Vereinbarung einer längeren Leihdauer würde den Arbeitnehmer nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB regelmäßig unangemessen benachteiligen, da hierdurch von dem nach § 611 a BGB geltenden Grundsatz abgewichen würde, dass der Arbeitnehmer zwar seine Arbeitskraft in das Unternehmen einbringt, die Stellung von Arbeitsmitteln aber dem Arbeitgeber obliegt.⁸⁰⁶ Somit kann der Arbeitnehmer nicht ohne weitere Regelungen zu einer solchen Ersatzbeschaffung wirksam in Anspruch genommen werden. Wurde hingegen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber keine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung begründet, sondern ein Mietvertrag abgeschlossen, der im Gegenzug zur Einbringung des Kommunikationsmittels eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entrichtung eines angemessenen Mietzinses verpflichtet, weicht die Vereinbarung einer Ersatzpflicht des Arbeitnehmers nicht von der nach § 535 Abs. 1 S. 1 BGB bestehenden Vermieterpflicht zur Besitzeinräumung ab und wäre demnach nach § 307 Abs. 3 BGB kontrollfrei.⁸⁰⁷ Somit könnte eine solche Vereinbarung die Pflicht des Arbeitnehmers zur Ersatzbeschaffung des privaten Kommunikationsmittels begründen. Im Übrigen besteht eine solche Pflicht des Arbeitnehmers nicht, denn der Arbeitgeber hat bei der Erforderlichkeit der Nutzung von mobilen Kommunikationsmitteln für den zusätzlichen Dienst, diese dem Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen.

f) Zwischenergebnis

Demnach kann dem Arbeitnehmer ein Ersatzanspruch nach § 670 BGB entsprechend gegen den Arbeitgeber zustehen, wenn seine privaten Kommunikationsmittel im Einsatz des Betätigungsbereichs des Arbeitgebers beschädigt werden oder verloren gehen. Dabei ist ein Mitverschulden des Arbeitnehmers entsprechend § 254 BGB zu berücksichtigen. Dem Arbeitnehmer steht aber dann kein Ersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber zu, wenn im Rahmen des BYOD-Programms bereits Regelungen für den Verlust oder die Beschädigung privater Kommunikationsmittel getroffen wurden und aus diesem Grund für einen Ersatzanspruch nach § 670 BGB entsprechend kein Raum besteht. Ein Ersatzanspruch des Arbeitnehmers nach § 670 BGB für die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten mobilen Kommunikationsmittel ist hingegen abzulehnen.

2. Kosten durch die Nutzung der Kommunikationsmittel

Dem Arbeitnehmer könnte auch ein Erstattungsanspruch für die Nutzung der Kommunikationsmittel und die damit in Verbindung stehenden Kosten nach § 670 BGB entsprechend gegenüber dem Arbeitgeber zustehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein solcher Erstattungsanspruch lediglich hinsichtlich der privaten Kommunikationsmittel bestehen kann, da hier der Arbeitnehmer mit dem Mobilfunkbetreiber oder dem Internetanbieter im direkten Vertragsverhältnis steht und für die mit der Nutzung entstehenden Kosten aufkommen muss. Hinsichtlich der zur Verfügung gestellten

⁸⁰⁶ Kreitner, in: Küttner, Arbeitsmittel, Rn. 1; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (769).

⁸⁰⁷ Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (769).

Kommunikationsmittel können solche Kosten für den Arbeitnehmer grundsätzlich nicht entstehen, da der Vertragspartner und damit auch der Kostenträger der Arbeitgeber ist.

Nach § 670 BGB entsprechend hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf diejenigen durch den Arbeitseinsatz angefallenen Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte und die nicht durch die Arbeitsvergütung abgegolten sind.⁸⁰⁸ Die vorgenommenen Aufwendungen des Arbeitnehmers zwecks Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung können aber im Interesse beider Arbeitsvertragsparteien liegen.⁸⁰⁹ Somit können die Aufwendungen dem Arbeitgeber bei entsprechender Anwendung des § 670 BGB nur dann auferlegt werden, wenn sein Interesse so weit überwiegt, dass das Interesse des Arbeitnehmers vernachlässigt werden kann.⁸¹⁰

Demnach muss der Arbeitnehmer die mit der Nutzung der privaten Kommunikationsmittel in Verbindung stehenden Kosten als freiwillige Vermögensopfer im Interesse des Arbeitgebers aufwenden, wenn er seine Arbeitsleistung für diesen erbringt und seine Kommunikationsmittel im Betätigungsbereich des Arbeitgebers einsetzt. Im Rahmen des zusätzlichen Dienstes ist der Arbeitnehmer zwingend auf die Nutzung mobiler Kommunikationsmittel angewiesen, da er nur unter Nutzung dieser von seinem jeweiligen Aufenthaltsort für die Belange des Arbeitgebers ständig erreichbar sein und die Freizeittätigkeit vornehmen kann. Dabei telefoniert der Arbeitnehmer für dienstliche Zwecke, schreibt E-Mails und verwaltet seinen Kalender. Die in diesem Zusammenhang entstehenden Kosten dienen dem Interesse des Arbeitgebers, sodass diese nicht zu den Lebensführungskosten des Arbeitnehmers gehören, nicht mit der Arbeitsvergütung abgegolten und damit auch nicht primär im Eigeninteresse des Arbeitnehmers getätigt werden.

Zu solchen Aufwendungen gehört auch der Abschluss eines Tarifs im Hinblick auf die dienstliche Nutzung und mit Billigung des Arbeitgebers, sodass die vertragliche Grundgebühr für diesen Tarif als Aufwendung nach § 670 BGB entsprechend dem Arbeitnehmer zu erstatten ist.⁸¹¹ Der Arbeitnehmer hat diesen Tarif im Interesse des Arbeitgebers abgeschlossen, um den zusätzlichen Dienst für den Arbeitgeber vornehmen zu können. Für private Zwecke benötigt der Arbeitnehmer einen solchen Tarif nicht, sodass ein Eigeninteresse des Arbeitnehmers an der Aufwendung abzulehnen ist. Nutzt der Arbeitnehmer eine Telefonflatrate oder hat er ein Freikontingent für die Internetnutzung, hat der Arbeitnehmer dies dem Arbeitgeber nicht kostenlos zur Verfügung stellen.⁸¹² Solche Aufwendungen, auch wenn sie im Interesse des Arbeitnehmers liegen, dienen überwiegend dem Interesse des Arbeitgebers, um sie zur Vornahme der Arbeitsleistung zu nutzen. Diese Kosten werden auch nicht

⁸⁰⁸ BAG, Urt. v. 14.06.2016, Az. 9 AZR 181/15, BAGE 155, 257-263, Rn. 18; Urt. v. 12.03.2013, Az. 9 AZR 455/11, NJW 2013, 2923f., Rn. 7f.; Urt. v. 16.10.2007, Az. 9 AZR 170/07, BAGE 124, 210-219, Rn. 23; Urt. v. 14.10.2003, Az. 9 AZR 657/02, NJW 2004, 2036 (2037); Urt. v. 19.05.1998, Az. 9 AZR 307/96, BAGE 89, 26-30, Rn. 23; Beschl. v. 10.11.1961, Az. GS 1/60, BAGE 12, 15, Rn. 38; Palandt, BGB, § 611, Rn. 125a; Griese, in: Küttner, Aufwendungsersatz, Rn. 1.

⁸⁰⁹ BAG, Urt. v. 12.04.2011, Az. 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97 (99), Rn. 25; Urt. v. 11.04.2006, Az. 9 AZR 500/05, BAGE 118, 16-22, Rn. 21.

⁸¹⁰ BAG, Urt. v. 12.04.2011, Az. 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97 (99), Rn. 25; Urt. v. 16.10.2007, Az. 9 AZR 170/07, BAGE 124, 210-219, Rn. 28; Urt. v. 14.10.2003, Az. 9 AZR 657/02, NJW 2004, 2036 (2037).

⁸¹¹ Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (768).

⁸¹² Wank, RdA 2014, 285 (289).

bereits von der monatlichen Vergütung des Arbeitnehmers abgedeckt. Sie gehören daher dem Betätigungsbereich des Arbeitgebers an und sind Aufwendungen, die dem Arbeitnehmer entsprechend § 670 BGB zu erstatten sind.

Die Nutzung des privaten Kommunikationsmittels und die damit getätigten Aufwendungen liegen überwiegend im Interesse des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitnehmer mit diesen andere Ziele absieht, als die Vornahme der Arbeitsleistung. Dies gilt beispielsweise dann, wenn er vom günstigen Mobilfunkanbieter zum teuren Mobilfunkanbieter wechselt, um einen besseren Empfang gewährleistet zu bekommen und diesen besseren Empfang für private Telefonate auf dem Heimweg von der Arbeit nutzen will. Ein Zusammenhang zur Arbeit ist hier nicht ersichtlich. Anders wäre es, wenn der Wechsel des Mobilfunkanbieters erforderlich ist, um die ständige Erreichbarkeit von unterwegs zu ermöglichen, sodass dann ein Zusammenhang zur Arbeitsleistung besteht und die Aufwendung dem überwiegenden Interesse des Arbeitgebers zugutekommt. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer Aufwendungen zu Gunsten des Arbeitgebers vornimmt, indem er eine Internetflatrate hinzubucht, um auch von unterwegs unbeschränkt E-Mail-Anfragen bearbeiten zu können, sodass auch hier ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Aufwendung und damit der Einsatz im Betätigungsbereich des Arbeitgebers anzunehmen ist.

Der Arbeitnehmer kann solche Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB entsprechend für erforderlich halten, sofern der Arbeitgeber keine betrieblichen Kommunikationsmittel zur Verfügung stellt und die Arbeitsvertragsparteien die dienstliche Nutzung privater Kommunikationsmittel vereinbaren sowie die einzelnen Anschaffungen und Hinzubuchungen von Tarifen für die Vornahme des zusätzlichen Dienstes an wechselnden Aufenthaltsorten erforderlich sind. Die Nutzung der privaten Kommunikationsmittel für betriebliche Belange kann auch aufgrund des zusätzlichen Dienstes vom Arbeitgeber vorausgesetzt oder zumindest geduldet werden. Somit kann der Arbeitnehmer in Rahmen der Nutzung der privaten Kommunikationsmittel für betriebliche Zwecke deren Kosten entsprechend § 670 BGB ersetzt verlangen. Dabei ist für jede Aufwendung eine Einzelfallbetrachtung hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit vorzunehmen.

Der Erstattungsanspruch entsprechend § 670 BGB ist abzulehnen, wenn die Parteien im Rahmen von BYOD-Programmen den Umfang und die aus der betrieblichen Nutzung privater Kommunikationsmittel resultierenden Pflichten, wie die Bereitstellungs- und Ersatzpflichten der Parteien, bereits vertraglich geregelt haben und damit für einen solchen Erstattungsanspruch kein Raum besteht.⁸¹³ Die Vertragsparteien können auch einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Ersatz von Aufwendungen im Rahmen vertraglicher Regelungen abbedingen. Dabei ist zu beachten, dass der Ausschluss einer Kostenübernahme generell ohne eine Gegenleistung des Arbeitgebers den Arbeitnehmer im Einzelfall unangemessen benachteiligen würde, sodass eine solche Klausel nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam wäre.⁸¹⁴

⁸¹³ Walter/Dorschel, WuM 2012, 22 (26).

⁸¹⁴ BAG, Urt. v. 21.06.2011, Az. 9 AZR 203/10, NZA 2011, 1338 (1341f.), Rn. 47ff.; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (768).

3. Ergebnis

Demnach kann dem Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber ein Ersatzanspruch nach § 670 BGB entsprechend hinsichtlich der Beschädigung oder des Verlusts der privaten Kommunikationsmittel sowie der Kosten durch deren Nutzung für den zusätzlichen Dienst zustehen.

VI. Ergebnis

Mit der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit sind nicht unerhebliche Rechtsfolgen verbunden. Der Arbeitnehmer kann auch nicht auf den Schutz der gesetzlichen Arbeitsschutzvorschriften verzichten. Dies gilt auch beim Kündigungsschutz, auf den der Arbeitnehmer im Rahmen einer arbeitgeberseitigen Kündigung des Arbeitsverhältnisses ex ante, vor Ausspruch der Kündigung, nicht verzichten kann.⁸¹⁵ Sofern die Kündigung seitens des Arbeitgebers erteilt wurde, kann der Arbeitnehmer aber auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage und damit auch nachträglich auf die Durchsetzung des Kündigungsschutzes verzichten.⁸¹⁶ Ähnlich ist es auch im Hinblick auf die unverzichtbaren Arbeitsschutzvorschriften. Der Arbeitnehmer kann auch hier im Voraus auf den Schutz des Arbeitszeitgesetzes nicht verzichten. Wurden diese Vorschriften verletzt, kann er aber nachträglich von der Geltendmachung der einzuhaltenden Vorschriften und die sich hieraus ergebenden Ansprüche, wie die Gewährung einer erneuten Ruhezeit, absehen. Nicht anders ist es hinsichtlich des Mindesturlaubsanspruches des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer kann nicht auf den gesetzlichen Urlaubsanspruch verzichten, er kann aber von der Durchsetzung des Urlaubsanspruches absehen. Für den Arbeitnehmer entstehen durch den zusätzlichen Dienst umfangreiche Ansprüche, zu denen auch die Vergütung des zusätzlichen Dienstes und die Ersatzansprüche nach § 670 BGB entsprechend gehören. Macht der Arbeitnehmer diese Ansprüche nicht geltend, kann dies verschiedene Gründe haben. Er könnte den Umfang seiner Ansprüche unterschätzen, sie nicht kennen oder wegen seiner unterlegenen Position sie nicht gegenüber dem Arbeitgeber durchzusetzen versuchen. Aufgrund der unterlegenen Position der Arbeitnehmer sind die Betriebsräte und Gewerkschaften für die Wahrnehmung und Durchsetzung der Rechte der Arbeitnehmer gefragt. Dazu kann der Betriebsrat unter anderem sein Initiativrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ausüben und die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung sowie Regelungsinhalte über die Art und Weise vom Arbeitgeber verlangen.⁸¹⁷ Der Arbeitgeber wird durch die geregelten Sanktionen bei Verstößen gegen die Schutzvorschriften, wie nach §§ 22, 23 ArbZG, zur Einhaltung der Vorschriften gehalten.

⁸¹⁵ BAG, Urt. v. 20.02.2014, Az. 2 AZR 859/11, BAGE 147, 251-266, Rn. 44; Urt. v. 20.06.2013, Az. 2 AZR 790/11, BeckRS 2013, 71024, Rn. 14; Urt. v. 14.05.1987, Az. 2 AZR 380/86, BAGE 55, 298-304, Rn. 16; LAG Hamm, Urt. v. 04.03.2005, Az. 10 Sa 1989/04, BeckRS 2005, 40906, Rn. 38; Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, § 1, Rn. 5; Oetker, in: Erfurter Kommentar, KSchG, § 1, Rn. 14.

⁸¹⁶ BAG, Urt. v. 06.09.2007, Az. 2 AZR 722/06, BAGE 124, 59-70, Rn. 15; Urt. v. 19.04.2007, Az. 2 AZR 208/06, BAGE 122, 111-120, Rn. 15; Vossen in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, § 1, Rn. 8; Oetker, in: Erfurter Kommentar, KSchG, § 1, Rn. 14.

⁸¹⁷ Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 67; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 288; Imping, in: Kilian/Heussen, Teil 7, 70.10, Rn. 5; Blume/Faber, in: Kohte/Faber/Feldhoff, ArbSchG, § 5, Rn. 86; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 5 Rn. 36; Farthmann, RdA 1978, 65 (68f.).

6. Kapitel: Verhinderung der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit

Der ständigen Erreichbarkeit und der damit verbundenen Freizeittätigkeit werden durch die gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen sowie die Beteiligungsrechte der Betriebsräte und Gewerkschaften Grenzen gesetzt. Sofern es zu Überschreitungen dieser Grenzen kommt, bestehen verschiedene Möglichkeiten, um einen solchen zusätzlichen Dienst zu verhindern.

I. Einschreiten des betroffenen Arbeitnehmers

Den einzelnen Arbeitnehmern, die sich für die Freizeittätigkeit ständig erreichbar halten sollen, könnten Abwehrrechte aus dem Arbeitsverhältnis zustehen.

1. Anzeige bei der Behörde, § 17 Abs. 2 ArbZG

Der Arbeitnehmer, der sich ständig erreichbar halten soll, um in seiner Freizeit tätig zu werden, könnte sich an die nach Landesrecht zuständige Behörde (Aufsichtsbehörde) wenden und dort anzeigen, dass der Arbeitgeber die arbeitszeitrechtlichen Vorgaben wie die Höchstarbeitszeit, Ruhezeit sowie das Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen nicht einhält. Dies sind in Niedersachsen die staatlichen Gewerbeaufsichtsämter des Landes Niedersachsen. Wendet sich der Arbeitnehmer an die Aufsichtsbehörde, stellt dies keinen Verstoß gegen die ihm gegenüber dem Arbeitgeber obliegende Treuepflicht dar, der Arbeitnehmer hat aber davor beim Arbeitgeber um Abhilfe zu ersuchen (§ 17 Abs. 2 S. 1 ArbSchG).⁸¹⁸ Dem Arbeitnehmer dürfen aufgrund einer solchen Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde keine Nachteile entstehen (§ 17 Abs. 2 S. 2 ArbSchG), sodass eine aus diesem Grund ausgesprochene Kündigung des Arbeitgebers in aller Regel nichtig ist, sofern die Beschwerde des Arbeitnehmers nicht auf der alleinigen Absicht beruht, dem Arbeitgeber zu schädigen.⁸¹⁹

Die Aufsichtsbehörde kann nach § 17 Abs. 2 ArbZG alle Maßnahmen anordnen, um die Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren, dabei stehen ihr die erforderlichen Befugnisse zu, um die Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes zu überwachen, sicherzustellen und durchzusetzen.⁸²⁰ Da der Aufsichtsbehörde ein Entschließungs- und Auswahlermessen zusteht, entscheidet diese, ob sie einschreitet und welche Maßnahmen sie gegenüber dem Arbeitgeber vornimmt, sodass der Arbeitnehmer nicht das Einschreiten der Aufsichtsbehörde beanspruchen kann, sondern lediglich eine ermessensfehlerfreie Entscheidung verlangen kann.⁸²¹ Um einen vermeintlichen Verstoß des Arbeitgebers gegen das Arbeitszeitgesetz nachprüfen zu können, kann die Aufsichtsbehörde nach § 17 Abs. 4 ArbZG vom Arbeitgeber die erforderlichen Auskünfte und sogar die Vorlage der

⁸¹⁸ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 49; Greiner, in: Ascheid/Preis/Schmidt, ArbSchG, § 17, Rn. 8; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbSchG, § 17, Rn. 2.

⁸¹⁹ BAG, Urt. v. 04.07.1991, Az. 2 AZR 80/91, BeckRS 1991, 30738133; LAG Köln, Urt. v. 10.07.2003, Az. 5 Sa 151/03, BeckRS 2003, 13701; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 50; Greiner, in: Ascheid/Preis/Schmidt, ArbSchG, § 17, Rn. 8; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 17, Rn. 2ff.

⁸²⁰ BVerwG, Urt. v. 04.07.1989, Az. 1 C 3/87, NJW 1990, 529f.; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 48; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 17, Rn. 22; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 17, Rn. 3.

⁸²¹ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 17, Rn. 9; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 17, Rn. 22, Sitzengefrei, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 17, Rn. 11.

Arbeitszeitnachweise, Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen verlangen. Sofern Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz festgestellt sind, ordnet die Aufsichtsbehörde die nach ihrem Ermessen erforderlichen Maßnahmen an.

Durch eine solche Vorgehensweise besteht aber für den Arbeitnehmer der Nachteil, dass er erst die Feststellung der Nichteinhaltung des Arbeitszeitgesetzes durch die Aufsichtsbehörde abwarten muss, die erst danach Maßnahmen ergreift und somit nicht sofort tätig wird. Der Arbeitgeber kann die Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz fortsetzen, indem er den Arbeitnehmer weiterhin die ständige Erreichbarkeit anordnet und ihn zur Freizeittätigkeit heranzieht. Die Anzeige des Arbeitnehmers und die Prüfung der Aufsichtsbehörde könnte den Arbeitgeber zur Vorsicht veranlassen, sodass er hinsichtlich der Anordnungen zum zusätzlichen Dienst zurückhaltender wird. Dies ist aber keine zwingende Folge. Festzuhalten ist somit, dass die Anzeige bei der Aufsichtsbehörde dem Arbeitnehmer keine sofortige Abhilfe verschafft, sodass ein direktes Vorgehen gegenüber dem Arbeitgeber und die klageweise Durchsetzung von Ansprüchen als schnellere Abhilfe zur Vermeidung weiterer Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz zu erwägen wären.

2. Anspruch auf Erfüllung, § 618 Abs. 1 BGB

Dem Arbeitnehmer könnte ein direkter Anspruch auf Erfüllung der Fürsorgepflicht und die damit verbundenen Schutzpflichten nach § 618 Abs. 1 BGB gegenüber dem Arbeitgeber zustehen, die eine schnellere Abhilfe als die Anzeige bei der Aufsichtsbehörde zur Folge hätte.

a) Anwendungsbereich

Der Arbeitgeber hat nach § 618 Abs. 1 BGB die Arbeit und die einzelnen Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass die Arbeitnehmer gegen die Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt sind, wie die Natur der Leistung es gestattet.

Somit hat der Arbeitgeber bestimmte Schutzmaßnahmen vorzunehmen, um die Arbeitnehmer vor Beeinträchtigungen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu schützen. In diesem Zusammenhang sollen die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften, die den Arbeitgeber gegenüber dem Staat oder dem zuständigen gesetzlichen Unfallversicherungsträger (Berufsgenossenschaft) verpflichten, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeit gewährleisten.⁸²² Dem einzelnen Arbeitnehmer steht grundsätzlich kein direkter Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf Einhaltung dieser Vorschriften zu, da sie weder im Rahmen des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden, noch Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber regeln.⁸²³ Vielmehr kann sich der Arbeitnehmer nur an die zuständige Stelle, wie nach § 17 Abs. 2 ArbZG, wenden, die dann für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften verantwortlich ist. Zudem steht dem Arbeitnehmer auch kein Anspruch auf Einschreiten gegenüber der zuständigen Stelle zu. Um den

⁸²² BAG, Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 13; Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, 163 (168); Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618, Rn. 3; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 8.

⁸²³ BAG, Urt. v. 19.05.2009, Az. 9 AZR 241/08, BAGE 131, 18-29, Rn. 25; Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 13; Falter, in: Festschrift Bauer, 291 (295); Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 8.

Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber nicht völlig schutzlos zu stellen, kann die Vorschrift des § 618 Abs. 1 BGB herangezogen werden, nach welcher der Dienstberechtigte im Rahmen der Dienstleistung gegenüber dem Dienstverpflichteten verpflichtet ist, ihn vor Gefahren für Leben und Gesundheit zu schützen, soweit es die Natur der Dienstleistung es gestattet. Diese Regelung ist auf das Arbeitsverhältnis, als besondere Form des Dienstverhältnisses und Teilausprägung der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer anwendbar.⁸²⁴

Nach § 618 Abs. 1 BGB steht dem Arbeitnehmer ein direkter Anspruch auf Vornahme der Schutzmaßnahmen zu, indem die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzpflichten mit dem aus dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis resultierenden Nebenpflichten verknüpft werden und der Arbeitnehmer die Erfüllung der in das Arbeitsverhältnis transformierten öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen, wie die Erfüllung privatrechtlicher Pflichten des Arbeitgebers, von dem Arbeitgeber direkt beanspruchen und durchsetzen kann.⁸²⁵ Der Arbeitnehmer ist somit nicht allein auf die Abhilfe der zuständigen Behörde verwiesen. Demnach werden durch die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen, als unabdingbare Vertragspflichten des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern, die vom Arbeitgeber nach § 618 Abs. 1 BGB einzuhaltenden Mindeststandards für Schutzpflichten konkretisiert.⁸²⁶ Die Transformation der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen in das privatrechtliche Arbeitsverhältnis nach § 618 BGB setzt aber voraus, dass die jeweilige zu transformierende Regelung geeignet ist, um Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung zu sein.⁸²⁷

b) Erfüllung öffentlich-rechtlicher Arbeitsschutznormen

Somit wäre zu ermitteln, ob öffentlich-rechtliche Arbeitsschutznormen bestehen, auf deren Erfüllung sich der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Leistung von ständiger Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit nach § 618 Abs. 1 BGB berufen kann.

aa) Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes

Dem Arbeitnehmer könnte ein Anspruch auf Erfüllung der Vorschrift des § 3 EFZG nach § 618 Abs. 1 BGB zustehen, wenn er im Rahmen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zum zusätzlichen Dienst herangezogen wird.

⁸²⁴ BAG, Urt. v. 19.05.2009, Az. 9 AZR 241/08, BAGE 131, 18-29, Rn. 25; Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 13; Urt. v. 10.03.1976, Az. 5 AZR 34/75, AP BGB § 618 Nr. 17; Falter, in: Festschrift Bauer, 291 (295); Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618, Rn. 1, 3; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 8.

⁸²⁵ BAG, Urt. v. 19.05.2009, Az. 9 AZR 241/08, BAGE 131, 18-29, Rn. 25; Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 13; Urt. v. 21.08.1985, Az. 7 AZR 199/83, NZA 1986, 324f.; Falter, in: Festschrift Bauer, 291 (295); Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618, Rn. 4; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 8.

⁸²⁶ BAG, Urt. v. 19.05.2009, Az. 9 AZR 241/08, BAGE 131, 18-29, Rn. 25; Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 13; Urt. v. 21.08.1985, Az. 7 AZR 199/83, NZA 1986, 324f.; Urt. v. 10.03.1976, Az. 5 AZR 34/75, AP BGB § 618 Nr. 17; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 40; Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, 163 (168f.); Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618, Rn. 4.

⁸²⁷ BAG, Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 16; Urt. v. 21.08.1985, Az. 7 AZR 199/83, NZA 1986, 324f.; Urt. v. 10.03.1976, Az. 5 AZR 34/75, AP BGB § 618 Nr. 17; Ritschel/Weber, in: Festschrift Kohte, 163 (168); Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618, Rn. 5.

Dazu müsste es sich bei der Vorschrift des Entgeltfortzahlungsgesetzes um eine öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschrift handeln. Der Arbeitsschutz des Arbeitgebers soll die aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Gefährdungen hinsichtlich Art, Zeit und Bedingungen der Beschäftigung abwenden.⁸²⁸ Dabei sollen die Arbeitnehmer vor Unfällen und sonstigen Gefahren für ihre Gesundheit geschützt werden, gemeint ist hierbei besonders der betriebliche Unfall- und Gefahrenschutz, der sogenannte technische Arbeitsschutz.⁸²⁹ Es sollen aus gesundheitlichen Erwägungen bestimmte Beschäftigungen verboten oder zumindest zeitlich beschränkt, so besonders der soziale Arbeitsschutz, und die Würde der Arbeitnehmer gewahrt werden, indem an Arbeitsumwelt, Sitte und Anstand bestimmte Anforderungen gestellt werden.⁸³⁰ Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften im engeren Sinne enthalten demnach öffentlich-rechtliche Ge- und Verbote und einen technischen Arbeitsschutz.⁸³¹

Die Regelung des § 3 EFZG soll dem Arbeitnehmer, der aufgrund der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann, die Vergütung sicherstellen und stellt demnach eine Ausnahme von dem Grundsatz „ohne Leistung kein Lohn“ dar.⁸³² Der Arbeitnehmer soll nach § 3 EFZG nicht vor Gefährdungen hinsichtlich Art, Zeit und Bedingungen der Beschäftigung geschützt werden, ihm soll ein privatrechtlicher Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber zustehen. Es handelt sich demnach bei der Regelung des § 3 EFZG nicht um eine öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschrift, für dessen Erfüllung der § 618 Abs. 1 BGB heranzuziehen wäre.

bb) Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes

Der Arbeitnehmer, der den zusätzlichen Dienst leisten soll, könnte sich auf die Erfüllung des §§ 1, 3 BUrlG nach § 618 Abs. 1 BGB berufen. Muss der Arbeitnehmer, der sich in seinem Urlaub befindet, einen zusätzlichen Dienst leisten, übt er seine Freizeitgestaltung nicht selbstbestimmt mit der Folge aus, dass sein Urlaubsanspruch nicht nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt wird.

Der im Rahmen der §§ 1, 3 BUrlG geregelte Urlaubsanspruch ist aber ein privatrechtlicher Anspruch des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber auf Freistellung von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung.⁸³³ Die Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes sind demnach nicht öffentlich-rechtliche Regelungen, die den Arbeitnehmer vor Gefährdungen hinsichtlich Art, Zeit und Bedingungen der Beschäftigung schützen sollen, sondern dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Regeneration der

⁸²⁸ Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 10ff.; Ahrendt, in: Schaub, ArbR-HdB, § 106, Rn. 7; Friedrich, in: Schliemann, Das Arbeitsrecht im BGB, BGB, § 618, Rn. 25.

⁸²⁹ Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 11ff.; Vogelsang, in: Schaub, ArbR-HdB, § 151, Rn. 2.

⁸³⁰ Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 23f.; Vogelsang, in: Schaub, ArbR-HdB, § 151, Rn. 2; Friedrich, in: Schliemann, Das Arbeitsrecht im BGB, BGB, § 618, Rn. 25.

⁸³¹ Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 10ff.; Kortstock, in: Nipperdey Lexikon Arbeitsrecht, Arbeits- und Gesundheitsschutz; Vogelsang, in: Schaub, ArbR-HdB, § 151, Rn. 2.

⁸³² Reinhard, in: Erfurter Kommentar, EFZG, § 3, Rn. 3; Griese, in: Küttner, Entgeltfortzahlung, Rn. 1; Müller/Glöge, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 611, Rn. 12.

⁸³³ Hackmann, in: Festschrift Kohte, 293 (307); Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 1, Rn. 12; Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, § 1, Rn. 56f.

Arbeitskraft und der Freizeitgestaltung zu Gunsten der Familie sowie der Persönlichkeitsentfaltung gewähren sollen.⁸³⁴

Somit handelt es sich auch bei den Regelungen des §§ 1, 3 BUrlG nicht um öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften nach § 618 Abs. 1 BGB, die der Transformation in das Arbeitsverhältnis bedürfen. Dem Arbeitnehmer steht bereits nach §§ 1, 3 BUrlG in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag ein direkter Erfüllungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich seines Urlaubes zu.

cc) Regelungen des Arbeitszeitgesetzes

Der Arbeitnehmer könnte sich im Hinblick auf die Gewährleistung der ständigen Erreichbarkeit und dem Tätigwerden in der Freizeit auf die Erfüllung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes nach § 618 Abs. 1 BGB berufen. Dazu müssten die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften sowie geeignet sein, von den Parteien des Arbeitsvertrages als Arbeitsbedingungen vereinbart zu werden.

Der Zweck der Regelungen des Arbeitszeitgesetzes ist unter anderem die Gewährleistung der Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitszeitgestaltung nach § 1 Nr. 1 ArbZG, sodass ihre Einhaltung den Arbeitnehmer vor Gefahren für Leben und Gesundheit schützen soll. Um einen solchen Schutz zu erreichen, enthalten die Regelungen öffentlich-rechtliche Ge- und Verbote für die Beschäftigung des Arbeitnehmers wie die Einhaltung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG und der Ruhezeit nach § 5 ArbZG. Dadurch soll die Arbeitskraft des Arbeitnehmers erhalten und die durch eine Überbeanspruchung des Arbeitnehmers entstehenden Gefährdungen für die Gesundheit des Arbeitnehmers abgewandt werden. Das Verbot nach § 3 ArbZG, den Arbeitnehmer über die gesetzliche Höchstarbeitsgrenze hinaus zu beschäftigen, ist eine öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschrift, die Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung sein kann.⁸³⁵ Darüber hinaus besteht für den Arbeitgeber auch das Verbot, die Mindestruhezeit nach § 5 ArbZG zu unterschreiten und den Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen nach § 9 ArbZG zu beschäftigen.⁸³⁶ Diese Regelungen stellen öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften dar, deren Gegenstand auch geeignet wäre, um sie in arbeitsvertraglichen Vereinbarungen zu regeln.

Somit steht dem Arbeitnehmer durch die Transformation des § 5 ArbZG in das privatrechtliche Arbeitsverhältnis nach § 618 BGB ein Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Einhaltung der

⁸³⁴ Hackmann, in: Festschrift Kohte, 293 (307); Gallner, in: Erfurter Kommentar, BUrlG, § 1, Rn. 12; Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, § 1, Rn. 56f.

A.A. Mindesturlaubsanspruch ist Teil des sozialen Arbeitsschutzes, da das Arbeitsschutzrecht nicht auf öffentlich-rechtliche Schutznormen beschränkt ist, so: LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.06.2014, Az. 21 Sa 221/14, Rn. 42; Polzer/Kafka, NJW 2015, 2289 (2292); Schubert, NZA 2013, 1105 (1106).

⁸³⁵ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 37; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 3, Rn. 51; Poeche, in: Küttner Personalbuch, Arbeitszeit, Rn. 3; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 1, Rn. 3.

⁸³⁶ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 37; Baeck/Deutsch, ArbZG § 1, Rn. 11; Poeche, in: Küttner Personalbuch, Arbeitszeit, Rn. 3; Neumann, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbZG, § 1, Rn. 3.

vorgeschriebenen Mindestruhezeit zu,⁸³⁷ sodass der Arbeitnehmer im Rahmen der Anordnung der Freizeittätigkeit die Erfüllung der Einhaltung der Mindestruhezeit nach § 618 Abs. 1 BGB beanspruchen kann. Abzulehnen ist hingegen ein Anspruch des Arbeitnehmers gemäß § 618 Abs. 1 BGB auf Erfüllung der Beschäftigung bis zu den Höchstgrenzen nach § 3 ArbZG und der Nichtbeschäftigung an Sonn- und Feiertagen nach § 9 ArbZG, denn der Anspruch des Arbeitnehmers, während einer bestimmten Zeit oder an bestimmten Tagen beschäftigt zu werden, richtet sich grundsätzlich nach den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen, Tarifverträgen sowie Betriebsvereinbarungen.⁸³⁸ Somit ist der Arbeitnehmer in diesem Zusammenhang nicht auf den Erfüllungsanspruch nach § 618 Abs. 1 BGB verwiesen, sondern kann einen direkten Anspruch auf Einhaltung der vereinbarten Arbeitszeit und Arbeitstage geltend machen. Er kann damit auch die Vornahme des zusätzlichen Dienstes aufgrund der Überschreitung der vereinbarten Arbeitszeit oder Abweichung von den vereinbarten Arbeitstagen ablehnen.

Des Weiteren käme ein Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 618 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers nach § 16 Abs. 2 ArbZG in Betracht. Die Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzpflicht ist für solche Vorschriften abzulehnen, die lediglich der Organisation des Arbeitsschutzes dienen und damit nicht Gegenstand eines Erfüllungsanspruches nach § 618 BGB sein können.⁸³⁹ Nach § 16 Abs. 2 ArbZG ist der Arbeitgeber zur Aufzeichnung der über die werktägliche Arbeitszeit hinausgehenden Arbeitszeit verpflichtet, da hierdurch für die Behörden die Einhaltung bzw. die jeweilige Überschreitung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG dokumentiert werden soll, sodass es sich hierbei nicht um eine Schutzvorschrift im Sinne des § 618 Abs. 1 BGB handelt, sondern vielmehr um eine Organisationspflicht des Arbeitgebers zum Arbeitsschutz.⁸⁴⁰

Somit ist lediglich die Vorschrift hinsichtlich der Mindestruhezeit nach § 5 ArbZG als öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschrift in das Arbeitsverhältnis zu transformieren. Deren Einhaltung stellt damit eine privatrechtliche Pflicht des Arbeitgebers dar, dem Arbeitnehmer steht ein direkter Erfüllungsanspruch gegen den Arbeitgeber nach § 618 Abs. 1 BGB zu. Der Arbeitnehmer kann diesen Anspruch auch im Rahmen einer Leistungsklage gerichtlich geltend machen und ist somit nicht auf die Anzeige bei der zuständigen Behörde nach § 17 Abs. 2 ArbZG verwiesen.

dd) Regelungen des Arbeitsschutzgesetzes

Bei den Vorschriften des Arbeitsschutzgesetzes handelt es sich um Arbeitsschutzvorschriften, da diese der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit dienen, die durch Maßnahmen des Arbeitsschutzes gesichert und verbessert werden sollen (§ 1 Abs. 1 ArbSchG). Somit

⁸³⁷ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 41.

⁸³⁸ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 41; Poeche, in: Küttner, Arbeitszeit, Rn. 28; Schröder, S. 94; Breinlinger, in: Festschrift Bepler, 27 (32); Trittin, NZA 2001, 1003 (1005).

⁸³⁹ Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 37; Otto, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 618, Rn. 2; Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618, Rn. 5; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 9.

⁸⁴⁰ Otto, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 2, BGB, § 618, Rn. 2; Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618, Rn. 5.

sollen die Arbeitnehmer vor Gefährdungen im Rahmen der Arbeit und der einzelnen Bedingungen geschützt werden, indem der Arbeitgeber Gefährdungsbeurteilungen nach § 5 Abs. 1 ArbSchG vornimmt und die einzelnen mit der Arbeit verbundenen Gefahren für den Arbeitnehmer untersucht, um mögliche Maßnahmen zur Vorbeugung oder Verringerung der Gefährdungen der Arbeitnehmer zu ermitteln. Die Regelung des § 5 Abs. 1 ArbSchG zur Gefährdungsbeurteilung stellt demnach eine generelle, öffentlich-rechtliche Pflicht des Arbeitgebers dar.⁸⁴¹ Somit handelt es sich hinsichtlich der Regelung des § 5 Abs. 1 ArbSchG um eine öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschrift, die nach ihrem Regelungsgehalt geeignet ist, Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung zu sein. Diese Vorschrift wird in das Arbeitsverhältnis mit der Folge transformiert, dass diese zur privatrechtlichen Pflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer gehört und dem Arbeitnehmer ein direkter Erfüllungsanspruch gegen den Arbeitgeber nach § 618 Abs. 1 BGB auf Durchführung der Gefährdungsbeurteilung zusteht.⁸⁴² Dabei ist zu beachten, dass keine zwingenden Vorgaben über die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung bestehen und damit dem Arbeitnehmer nur ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung des Arbeitgebers zusteht.⁸⁴³ Somit hat der Arbeitnehmer nur einen Anspruch auf eine rechtmäßige Ausfüllung des Spielraums, dem Arbeitgeber steht der Entscheidungsspielraum über die Art und Weise der Gefährdungsbeurteilung zu.⁸⁴⁴ Demnach steht dem Arbeitnehmer ein solcher Erfüllungsanspruch im Hinblick auf die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG hinsichtlich des zusätzlichen Dienstes nach § 618 Abs. 1 BGB zu.

ee) Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes

Die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes, die der Arbeitgeber im Rahmen des zusätzlichen Dienstes zu beachten hat, stellen keine öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften dar, auf dessen Erfüllung sich der Arbeitnehmer nach § 618 Abs. 1 BGB berufen könnte. Durch die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes sollen den Arbeitnehmern durch ihren Repräsentanten, dem Betriebsrat, Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte an Entscheidungen der Betriebs- und Unternehmensleitung eingeräumt werden.⁸⁴⁵ Somit handelt es sich nicht um öffentlich-rechtliche Arbeitsschutznormen, nach denen die aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Gefährdungen hinsichtlich Art, Zeit und Bedingungen der Beschäftigung abgewandt werden sollen.

⁸⁴¹ Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618, Rn. 12; Kreizberg, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, § 5, Rn. 5; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 12.

⁸⁴² BAG, Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 14f.; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 5, Rn. 40.

⁸⁴³ BAG, Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 30; Beschl. v. 08.06.2004, Az. 1 ABR 4/03, BAGE 111, 48-69, Rn. 26; Beschl. v. 08.06.2004, Az. 1 ABR 13/03, BAGE 111, 36-48, Rn. 48.

⁸⁴⁴ BAG, Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 14f.; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 5, Rn. 40.

⁸⁴⁵ Richardi, BetrVG, Einleitung, Rn. 1.

ff) Regelungen des Tarifvertragsgesetzes

Auch abzulehnen ist ein Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 618 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Vorschriften des Tarifvertragsgesetzes, da diese bereits keine öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften darstellen.

c) Zwischenergebnis

Dem Arbeitnehmer stehen im Rahmen der Vornahme des zusätzlichen Dienstes Erfüllungsansprüche gegen den Arbeitgeber nach § 618 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Einhaltung der Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG sowie hinsichtlich der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG zu.

3. Zurückbehaltungsrecht, § 273 BGB

Darüber hinaus könnte der Arbeitnehmer den zusätzlichen Dienst außerhalb der üblichen Arbeitszeit einstellen und sich auf ein Zurückbehaltungsrecht seiner Arbeitsleistung nach § 273 Abs. 1 BGB berufen. Dem Arbeitnehmer steht ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB an der Arbeitsleistung zu, wenn er seine Leistung wegen der Verletzung der Pflicht des Arbeitgebers zur vertragsgemäßen Beschäftigung, der Verletzung von wesentlichen Arbeitsschutzvorschriften sowie der schuldhaften Nichterfüllung, der aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Haupt- oder Nebenpflichten nicht vornimmt.⁸⁴⁶ Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber trotz seiner Fürsorgepflicht seine Schutzpflichten gegenüber dem Arbeitnehmer nicht erfüllt und dem Arbeitnehmer ein Erfüllungsanspruch nach § 618 Abs. 1 BGB zusteht.⁸⁴⁷

Dem Arbeitnehmer stehen im Rahmen des vorgenommenen zusätzlichen Dienstes Erfüllungsansprüche nach § 618 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Einhaltung der Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG sowie hinsichtlich der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG zu. Sofern der Arbeitgeber den sich aus den Vorschriften ergebenden Schutzpflichten nicht nachkommt, soll er hierzu durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB gezwungen werden. Im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG beschränkt sich der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung des Arbeitgebers hinsichtlich der Art und Weise der durchzuführenden Gefährdungsbeurteilung.⁸⁴⁸

Im Rahmen der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 618 Abs. 1 BGB ist zu beachten, dass dieses Recht unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB sowie dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auszuüben ist, sodass ein

⁸⁴⁶ BAG, Urt. v. 13.03.2008, Az. 2 AZR 88/07, BeckRS 2008, 54095, Rn. 40ff.; LAG Berlin, Urt. v. 12.03.1999, Az. 2 Sa 53/98, LS., BeckRS 1999, 30454991; Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, § 1, Rn. 282b; Griese, in: Küttner, Zurückbehaltungsrecht, Rn. 5ff.

⁸⁴⁷ Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618, Rn. 25; Reichold, in: Münch-Hdb., § 41, Rn. 14; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 89; Griese, in: Küttner, Zurückbehaltungsrecht, Rn. 6.

⁸⁴⁸ BAG, Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 14f.; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 5, Rn. 40.

Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers bei geringfügigen oder kurzfristigen Verstößen des Arbeitgebers gegen die Arbeitsschutzpflichten abzulehnen ist, da diese keinen nachhaltigen Schaden bewirken können.⁸⁴⁹ Somit ist die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts im Rahmen des zusätzlichen Dienstes nach § 242 BGB treuwidrig, wenn es sich um einen einmaligen und auch nur geringfügigen Verstoß gegen die Mindestruhezeit handelt. Dies kann unter anderem dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber während seines Auslandsaufenthaltes den Arbeitnehmer in der Nacht zum zusätzlichen Dienst herangezogen hat, er dabei aber die Zeitverschiebung und damit den möglichen Verstoß gegen die Mindestruhezeit nicht berücksichtigt hatte. Sofern aber der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer dauernd die ständige Erreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit anordnet und es vermehrt zur Nichteinhaltung der Mindestruhezeit kommt, verletzt der Arbeitgeber anhaltend die Regelung des § 5 Abs. 1 ArbZG, sodass es sich nicht mehr um geringfügige Verletzungen der Mindestruhezeit handelt. Der Arbeitnehmer kann demnach sein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB, unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nach § 242 BGB, ausüben und die Leistung des zusätzlichen Dienstes zurückhalten. Die ständige Erreichbarkeit führt nicht schon zu einer Unterbrechung der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG. Vielmehr ermöglicht die ständige Erreichbarkeit das Tätigwerden in der Freizeit, für den sich der Arbeitnehmer erreichbar hält und deren Einsatz zu einem Verstoß gegen die Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG führt. Somit besteht das Zurückbehaltungsrecht für den gesamten zusätzlichen Dienst und nicht nur hinsichtlich der Freizeittätigkeit.

Sofern dem Arbeitnehmer nur ein Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung zusteht, kann er die Arbeitsleistung nach § 273 Abs. 1 BGB nur solange berechtigterweise verweigern, bis der Arbeitgeber initiativ geworden ist.⁸⁵⁰ Dies gilt auch für die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG, da dem Arbeitgeber im Rahmen der Durchführung über die Art und Weise Ermessen zusteht.⁸⁵¹ Somit wäre für die Beendigung des Zurückbehaltungsrechts und der damit verbundenen Erfüllung der Schutzpflicht im Rahmen der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG bereits ausreichend, dass der Arbeitgeber die Entscheidung über die Durchführung getroffen hat und initiativ geworden ist, indem er mit dem Betriebsrat über die Auswahl des Verfahrens zur Gefährdungsbeurteilung und die vorzunehmenden Schutzmaßnahmen verhandelt. Sofern für den betroffenen Betrieb des Arbeitnehmers kein Betriebsrat eingerichtet ist, wäre es bereits ausreichend, dass der Arbeitgeber mit den ersten Ermittlungen der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdungen beginnt und damit initiativ wird. Sobald der Arbeitgeber entsprechend tätig wird, wird der Anspruch des Arbeitnehmers auf Durchführung der Gefährdungsbeurteilung im Sinne von § 618 Abs. 1 BGB erfüllt und das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers beendet. Demnach muss der Arbeitgeber durch sein Verhalten dem Arbeitnehmer

⁸⁴⁹ Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618 Rn. 26; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 89; Griese, in: Küttner, Zurückbehaltungsrecht, Rn. 10.

⁸⁵⁰ Wank, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 618, Rn. 26; Reichold, in: Münch-Hdb., § 41, Rn. 14; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 89.

⁸⁵¹ BAG, Urt. v. 12.08.2008, Az. 9 AZR 1117/06, BAGE 127, 205-214, Rn. 14f.; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 5, Rn. 40.

gegenüber deutlich machen, dass er den ersten Anstoß für die Gefährdungsbeurteilung vorgenommen hat.

Anders ist es im Rahmen der einzuhaltenden Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG. Hier steht dem Arbeitgeber kein Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Einhaltung der Mindestruhezeit zu, er muss diese einhalten. Somit endet das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers in diesem Zusammenhang, wenn der Arbeitgeber den zusätzlichen Dienst so anordnet, dass die Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG eingehalten wird.

Hat der Arbeitgeber die Initiative zur Durchführung der Gefährdungsbeurteilung ergriffen und die Mindestruhezeit berücksichtigt, erfüllt der Arbeitgeber die ihn im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen der § 5 Abs. 1 ArbZG sowie § 5 Abs. 1 ArbSchG treffenden Schutzpflichten gegenüber dem Arbeitnehmer. Somit steht dem Arbeitnehmer mangels Gefährdungen für Leben und Gesundheit durch das Verhalten des Arbeitgebers kein Erfüllungsanspruch nach § 618 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Schutzvorschriften zu, sodass das Zurückbehaltungsrecht an dem zusätzlichen Dienst endet.

4. Recht auf Nichterreichbarkeit

Der Arbeitnehmer kann bei einer unberechtigten Anordnung der ständigen Erreichbarkeit neben dem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB, sein Recht auf Nichterreichbarkeit außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit geltend machen. Das Recht auf Nichterreichbarkeit ergibt sich aus dem Zusammenspiel der Grenzen und des Schutzzwecks des Arbeitszeitgesetzes und des Arbeitsschutzgesetzes, den arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten sowie den übrigen gesetzlichen Vorschriften.⁸⁵² Aus diesen Vorgaben, die der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit des Arbeitnehmers entgegenstehen, lässt sich ein Recht auf Nichterreichbarkeit zur Durchsetzung des Schutzes des Arbeitnehmers ableiten. Für die Einhaltung eines solchen Rechts auf Nichterreichbarkeit ist es von erheblicher Bedeutung, dass die Arbeitnehmer ihr Recht auf Nichterreichbarkeit ausüben und die Leistung einer ständigen Erreichbarkeit ablehnen.⁸⁵³

Ordnet der Arbeitgeber den zusätzlichen Dienst an, obwohl diese gegen die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes verstößt, ist diese unzulässig und demnach unwirksam. Der Arbeitnehmer kann dann die geforderte Leistung ablehnen, ohne dass dieses Verhalten eine Arbeitsverweigerung darstellen würde.⁸⁵⁴ Er kann sich vielmehr auf sein Recht auf Nichterreichbarkeit berufen. Der Arbeitnehmer kann aber auch die Vornahme des zusätzlichen Dienstes ablehnen, wenn ihm die Arbeitsleistung als höchstpersönliche Leistung aufgrund seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist und damit der Anspruch des Arbeitgebers auf Leistung

⁸⁵² Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (57); Schuchart, AuR 2016, 341 (343).

⁸⁵³ Schuchart, AuR 2016, 341 (343).

⁸⁵⁴ LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.05.2007, Az. 6 Sa 53/07, BeckRS 2007, 45841, Rn. 38; Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, § 1, Rn. 283.

ausgeschlossen ist.⁸⁵⁵ Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Vornahme eines zusätzlichen Dienstes ist auch dann abzulehnen, wenn der Arbeitnehmer sich in seinem Urlaub befindet. In dieser Zeit ist der Arbeitnehmer von seiner Arbeitspflicht freigestellt und hat die Möglichkeit, seine Freizeit selbstbestimmt zu nutzen. Liegen solche Umstände vor, kann sich der Arbeitnehmer auf sein Recht auf Nichterreichbarkeit berufen, ohne dass der Arbeitgeber gegen ihn wirksam arbeitsrechtliche Maßnahmen vornehmen kann.

5. Recht zur außerordentlichen Kündigung, § 626 BGB

Ordnet der Arbeitgeber die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit an, kann der Arbeitnehmer nicht nur einzelne in diesem Zusammenhang entstehende Ansprüche und Zurückbehaltungsrechte geltend machen, er kann auch das Arbeitsverhältnis durch Ausspruch einer Kündigung beenden. Neben der ordentlichen Kündigung könnte der Arbeitnehmer auch die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB aussprechen, um zeitnah das Arbeitsverhältnis zu beenden. Dabei könnte er sich auf die andauernden Verstöße gegen die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes durch den zusätzlichen Dienst berufen, die nach § 626 Abs. 1 BGB einen wichtigen Grund darstellen könnten, sodass er ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis beenden könnte. Einen wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB stellen solche Tatsachen dar, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Die ständige und erhebliche Überschreitung der Höchstarbeitszeitgrenzen nach §§ 3, 6 Abs. 2 ArbZG, aber auch ständige und erhebliche Verstöße gegen andere Schutzvorschriften des Arbeitszeitgesetzes, wie die wesentliche Unterschreitung der Ruhezeit nach § 5 ArbZG sowie die Arbeit an Sonn- und Feiertagen nach § 9 Abs. 1 ArbZG, stellen einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer dar.⁸⁵⁶ Diese Regelungen des Arbeitszeitgesetzes stellen Schutzvorschriften zur Wahrung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer dar, indem der notwendige Gesundheitsschutz durch bestimmte, im Gesetz festgelegte, gesundheitlich vertretbare Grenzen, die auch die Tarifvertragsparteien und Betriebspartner grundsätzlich nicht überschreiten dürfen, sichergestellt werden soll.⁸⁵⁷ Sofern der Arbeitnehmer diese Schutzvorschriften auf Veranlassung des Arbeitgebers missachtet, gefährdet er demnach seine Gesundheit, indem er durch die Überarbeit Beeinträchtigungen seiner Gesundheit wie Erschöpfungszustände, Beschwerden der Gelenke und Muskulatur sowie des psychischen Wohlbefindens erleiden kann. Dies gilt auch für die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit, die durch die Tätigkeit an den mobilen Kommunikationsmitteln zu jeder Zeit und an jedem Ort unterschiedliche gesundheitliche

⁸⁵⁵ BAG, Urt. v. 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111-125, Rn. 26; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.12.2016, Az. 7 Sa 1401/16, BeckRS 2016, 117632, Rn. 19; Palandt, BGB, § 275, Rn. 24.

⁸⁵⁶ BAG, Urt. v. 28.10.1971, Az. 2 AZR 15/71, AP BGB § 626 Nr. 62; Niemann, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 626, Rn. 160; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 626, Rn. 273f.

⁸⁵⁷ Deutscher Bundestag, Drucksache 12/5888, v. 13.10.1993, S. 20; Schubert, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, Einleitung, Rn. 26.

Beeinträchtigungen zur Folge haben kann, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr zur Ruhe kommt und der Mindestschutz nach dem Arbeitszeitgesetz dauernd unterlaufen wird. Diese schwerwiegende Schutzpflichtverletzung des Arbeitgebers stellt einen wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses dar. Dabei steht dem Kündigungsrecht des Arbeitnehmers nach § 626 Abs. 1 BGB nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nicht entgegen, dass der Arbeitnehmer zunächst bereit war, die verbotswidrige Arbeit vorzunehmen.⁸⁵⁸ Ein damit verbundener Verzicht des Arbeitnehmers auf die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften des Arbeitszeitgesetzes ist nicht möglich, dies gilt für die Zeit vor, wie auch nach dem Verstoß gegen die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes.⁸⁵⁹ Der Arbeitnehmer kann lediglich von der Geltendmachung der sich aus den Verstößen ergebenden Ansprüche sowie von der Durchsetzung der Einhaltung der Schutzvorschriften absehen. Demnach ist der überindividuelle Schutzzweck der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes gewichtiger als das Gebot der persönlichen Redlichkeit im Rahmen individueller Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁸⁶⁰

Vor Ausspruch einer Kündigung ist es dem Arbeitnehmer grundsätzlich zuzumuten, dass er den Arbeitgeber hinsichtlich der Nichteinhaltung des Arbeitszeitgesetzes vergeblich abmahnt (§§ 611 a, 314 Abs. 2 S. 1 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag), sodass der Arbeitnehmer zumindest einen Versuch unternommen hat, um die arbeitsrechtliche Problemsituation zu beseitigen.⁸⁶¹ Der Ausspruch einer Abmahnung kann sich aber dann erübrigen, wenn der Arbeitnehmer bereits anhand des Verhaltens des Arbeitgebers erkennen konnte, dass die Abmahnung keine Besserung bewirken werde, da der Arbeitgeber nicht bereit gewesen wäre, die Schutzvorschriften des Arbeitszeitgesetzes zu beachten.⁸⁶²

Sofern die Verstöße des Arbeitgebers gegen die Schutzvorschriften des Arbeitszeitgesetzes im Rahmen der Anordnung des zusätzlichen Dienstes aufgrund der Häufigkeit und der Intensität so schwerwiegend sind, dass sie einen wichtigen Grund für die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB darstellen und dem Arbeitnehmer auf Grund der vorliegenden Umstände des Einzelfalles sowie unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann, kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis durch

⁸⁵⁸ BAG, Urt. v. 28.10.1971, Az. 2 AZR 15/71, AP BGB § 626 Nr. 62; Niemann, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 626, Rn. 160; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 626, Rn. 274.

⁸⁵⁹ BAG, Urt. v. 28.10.1971, Az. 2 AZR 15/71, AP BGB § 626 Nr. 62; Urt. v. 19.06.1959, Az. 1 AZR 565/57, BAGE 8, 47, Rn. 8; BGH, Urt. v. 28.01.1986, Az. VI ZR 151/84, NJW 1986, 1486 (1487); OLG Jena, Beschluss vom 02.09.2010 - 1 Ss Bs 57/10, BeckRS 2010, 23535; LAG Nürnberg, Urt. v. 19.09.1995, Az. 2 Sa 429/94, NZA 1996, 882f.; ArbG Berlin, Urt. v. 21.06.2006, Az. 86 Ca 26096/05, BeckRS 2006, 44167, Rn. 38; Jerchel, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert, ArbZG, § 3, Rn. 9; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433); Falder, NZA 2010, 1150 (1152).

⁸⁶⁰ BAG, Urt. v. 28.10.1971, Az. 2 AZR 15/71, AP BGB § 626 Nr. 62; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 46.

⁸⁶¹ BAG, Urt. v. 28.10.1971, Az. 2 AZR 15/71, AP BGB § 626 Nr. 62; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 46; Niemann, in: Erfurter Kommentar, BGB, § 626, Rn. 160; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 117.

⁸⁶² BAG, Urt. v. 28.10.1971, Az. 2 AZR 15/71, AP BGB § 626 Nr. 62; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 46; Henssler, in: MünchKomm-BGB, Band 4, BGB, § 618, Rn. 117.

Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB fristlos beenden, wenn auch die weiteren Kündigungsvoraussetzungen erfüllt sind.

6. Ergebnis

Demnach stehen dem Arbeitnehmer gegen die unzulässige Veranlassung des Arbeitgebers zum zusätzlichen Dienst Erfüllungsansprüche und Zurückbehaltungsrechte sowie das Recht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber zu, sodass der Arbeitnehmer direkt gegen den Arbeitgeber vorgehen kann und nicht auf die Abhilfe der zuständigen Behörden nach § 17 Abs. 2 ArbZG verwiesen ist.

II. Einschreiten des Arbeitgebers

Des Weiteren stehen dem Arbeitgeber, als dem wichtigsten Beteiligten des Arbeitsverhältnisses, unterschiedliche Möglichkeiten zu, um auf den zusätzlichen Dienst der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit des Arbeitnehmers Einfluss zu nehmen.

1. Ausübung des Weisungsrechts, § 106 S. 1 GewO

Sofern der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht zum zusätzlichen Dienst veranlasst hat und der Arbeitnehmer diesen freiwillig vornimmt, hat der Arbeitgeber, der hiervon Kenntnis bekommt, dies zu unterbinden. Dazu kann er den Arbeitnehmer aufgrund seiner Fürsorgepflicht ihm gegenüber nach §§ 611 a, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag anweisen, den zusätzlichen Dienst zu unterlassen und seine Arbeitsleistung während der üblichen Arbeitszeit vorzunehmen.⁸⁶³ Es ist die Aufgabe des Arbeitgebers seinen Betrieb so zu organisieren, dass die Schutzvorschriften eingehalten werden, dazu hat der Arbeitgeber die Übereinstimmung der betrieblichen Abläufe mit den gesetzlichen Vorgaben zu überprüfen und erforderlichenfalls korrigierend einzugreifen, um seiner Verantwortung zur Führung des Betriebs gerecht zu werden.⁸⁶⁴ Dazu gehört es auch, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anweist, die ihm zur Verfügung gestellten mobilen Arbeitsmittel nicht außerhalb der betrieblichen Arbeitszeit in der Freizeit für dienstliche Zwecke zu nutzen, eine solche Anweisung konkretisiert das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO.⁸⁶⁵

Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dazu angewiesen, sich nicht über die mobilen Kommunikationsmittel außerhalb der üblichen Arbeitszeit erreichbar zu halten und kommt der Arbeitnehmer dieser Weisung nicht nach, kann der Arbeitgeber ihn nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag abmahnen. Die Erteilung einer Abmahnung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstößt, sodass der Arbeitgeber auf die

⁸⁶³ So auch etwa: Freyler, S. 124.

⁸⁶⁴ BAG, Beschl. v. 06.05.2003, Az. 1 ABR 13/02, BAGE 106, 111-123, Rn. 65; Wichert, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, ArbZG, § 3, Rn. 33.

⁸⁶⁵ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (53); Steffan, NZA 2015, 1409 (1410).

Pflichtverletzung hinweist, das Verhalten des Arbeitnehmers rügt und die Vornahme arbeitsrechtlicher Maßnahmen, wie die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, für weitere gleichartige Verstöße in Aussicht stellt.⁸⁶⁶

Eine wirksame erteilte Weisung des Arbeitgebers bindet den Arbeitnehmer, der dieser Folge leisten muss, da er im Übrigen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt.⁸⁶⁷ Eine solche Pflichtverletzung rechtfertigt den Ausspruch einer Abmahnung nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag und kann sogar bei weiterer Wiederholung eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus verhaltensbedingten Gründen nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG rechtfertigen, sofern auch die weiteren Voraussetzungen der Kündigung vorliegen.⁸⁶⁸ Weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer an, sich außerhalb der üblichen Arbeitszeit nicht über die mobilen Kommunikationsmittel erreichbar zu halten und in der Freizeit tätig zu werden, handelt es sich um eine abmahnungsrelevante Pflichtverletzung des Arbeitnehmers, wenn er sich dieser Anweisung widersetzt. Der Arbeitgeber kann dann nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag dieses Verhalten des Arbeitnehmers abmahnen. Wiederholt der Arbeitnehmer, trotz erteilter Abmahnungen, seine Pflichtverletzung, indem er weiterhin den zusätzlichen Dienst ohne eine zurechenbare Veranlassung oder Duldung des Arbeitgebers vornimmt, kann der Arbeitgeber unter Einhaltung der weiteren Voraussetzungen eine verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG aussprechen. Dieses Verhalten des Arbeitnehmers stellt eine schuldhaft Pflichtverletzung dar, zudem es durch die erteilten Abmahnungen für den Arbeitnehmer auch erkennbar war, dass er in Zukunft einen zusätzlichen Dienst in der Freizeit nicht mehr vornehmen soll. Demnach kann der Arbeitgeber, neben der Weisung, auch arbeitsrechtliche Maßnahmen einleiten, um den zusätzlichen Dienst des Arbeitnehmers über die mobilen Kommunikationsmittel zu unterbinden.

2. Erlass von Unternehmensregeln für die Arbeitnehmer

Zur Förderung der Nichterreichbarkeit der Arbeitnehmer außerhalb ihrer üblichen Arbeitszeit, kann der Arbeitgeber interne Regeln und Maßnahmen sowie technische Vorkehrungen erlassen, um so auch die Einhaltung des Arbeitszeitrahmens des Arbeitszeitgesetzes zu erreichen.⁸⁶⁹ Sofern die Arbeitnehmer mittels mobiler Kommunikationsmittel einen zusätzlichen Dienst leisten sollen, sind Regelungen, unter Beachtung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, zu treffen, um die Arbeitnehmer vor einer wilden und unbegrenzten Erreichbarkeit zu schützen.⁸⁷⁰

⁸⁶⁶ BAG, Urt. v. 11.12.2001, Az. 9 AZR 464/00, BAGE 100, 70-76, Rn. 21; Eisemann, in: Küttner, Abmahnung, Rn. 1.

⁸⁶⁷ BAG, Urt. v. 19.04.2007, Az. 2 AZR 78/06, BeckRS 2009, 73620, Rn. 27ff.; Preis, in: Erfurter Kommentar, GewO, § 106, Rn. 1; Griese, in: Küttner, Weisungsrecht, Rn. 1f.

⁸⁶⁸ BAG, Urt. v. 19.04.2007, Az. 2 AZR 78/06, BeckRS 2009, 73620, Rn. 27ff.; Preis, in: Erfurter Kommentar, GewO, § 106, Rn. 1; Griese, in: Küttner, Weisungsrecht, Rn. 21.

⁸⁶⁹ So auch etwa: Freyler, S. 155; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (768); v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2012, 178 (179).

⁸⁷⁰ Im Detail dazu: 3. Kapitel, V.

a) Grundsatz Nichterreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit

Hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmer zur Nichterreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit nach § 106 S. 1 GewO angewiesen, sollte dies durch die Unternehmenskultur unterstützt werden, indem die ständige Erreichbarkeit von den Arbeitnehmern nicht gefordert wird, sich die Geschäfts- bzw. Betriebsleitung auch zur Nichterreichbarkeit bejahend positioniert und dies durch die Kommunikations- und E-Mail-Kultur innerhalb des Unternehmens umgesetzt wird.⁸⁷¹ Der Arbeitgeber bzw. der einzelne Vorgesetzte sollte ein verantwortungsbewusstes und sensibles Führungsverhalten zeigen und den Arbeitnehmern die Nichterreichbarkeit vorleben, aber auch Kontaktaufnahmen mit den Arbeitnehmern außerhalb der üblichen Arbeitszeit vermeiden, sodass die Arbeitnehmer ein Bewusstsein für die Nichterreichbarkeit außerhalb der Arbeitszeit entwickeln.⁸⁷²

Die ständige Erreichbarkeit der Arbeitnehmer und ein damit verbundener disziplinloser Umgang mit den mobilen Kommunikationsmitteln werden oftmals auch dadurch begründet, dass der Arbeitgeber keine klaren Regeln für die Nutzung vorgibt, somit könnte die Nichterreichbarkeit der Arbeitnehmer bereits durch klare Nutzungsregelungen für die mobilen Kommunikationsmittel gefördert werden.⁸⁷³ Bei solchen klaren Regelungen wird der Arbeitnehmer nicht wegen einer vermeintlichen Erwartungshaltung des Arbeitgebers zur Gewährleistung der Erreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit motiviert.⁸⁷⁴ Neben unternehmensinternen Verhaltensregeln und Einzelmaßnahmen sollte der Arbeitgeber für die Gewährleistung der Nichterreichbarkeit der Arbeitnehmer die innerbetrieblichen Abläufe so gestalten, dass die Arbeit durch die Arbeitnehmer in der Regel während der regulären Arbeitszeit erledigt werden kann.⁸⁷⁵ Dazu gehört es auch, dass der Arbeitgeber seine Arbeitsorganisation und damit den Personalschlüssel sowie die Arbeitsintensität überprüft, um den Arbeitnehmern die Erledigung der Arbeit innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit zu gewährleisten sowie ausreichende Zeitressourcen für Pausen- und Pufferzeiten für Unvorhergesehenes zur Verfügung zu stellen.⁸⁷⁶

Bei Abwesenheiten der Arbeitnehmer im Rahmen von Urlaub oder Krankheit sollten verbindliche Vertretungsregeln bestehen, um zu verhindern, dass der einzelne Arbeitnehmer sich in seiner Abwesenheit zum Einsatz verpflichtet fühlt und sich aus diesem Grund für Arbeitsbelange ständig erreichbar hält.⁸⁷⁷ Dazu ist es bei längeren, geplanten Abwesenheiten des einzelnen Arbeitnehmers erforderlich, eine Übergabe mit der jeweiligen Vertretung vorzugeben, sodass der Vertreter umfassend über die anhängigen Themen informiert ist und damit auch Rückfragen beim Arbeitnehmer in der Zeit seiner Abwesenheit über die mobilen Kommunikationsmittel vermieden werden können. Sofern der

⁸⁷¹ Hupfeld/Paridon, in: iga.Report 23, Teil 2, S. 56.

⁸⁷² Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20).

⁸⁷³ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Falder, NZA 2010, 1150.

⁸⁷⁴ Welskop-Deffaa, NZA-Beilage 2017, 60.

⁸⁷⁵ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20).

⁸⁷⁶ Hupfeld/Paridon, in: iga.Report 23, Teil 2, S. 60.

⁸⁷⁷ Richter, AuR 2011, 16 (19f.).

Arbeitnehmer wegen krankheitsbedingter Gründe abwesend ist, kann in vielen Fällen mangels Planbarkeit eine solche vorherige Übergabe nicht stattfinden, sodass der Vertreter darauf angewiesen sein kann, dass der arbeitsunfähige Kollege ihm eine Übersicht der aktuellen Themen und der vorzunehmenden Handlungen erstellt, sofern er hierzu in der Lage ist.⁸⁷⁸

Zur Durchsetzung der Nichterreichbarkeit kann der Arbeitnehmer dazu verpflichtet werden, die mobilen Kommunikationsmittel auszuschalten oder vor dem Urlaubsantritt abzugeben, sodass eine Kontaktaufnahme durch den Arbeitgeber nicht ermöglicht wird. Der Arbeitnehmer, der seine privaten Kommunikationsmittel für geschäftliche Belange nutzt, könnte diese dann nicht in seiner Freizeit nutzen, sodass die Abgabe oder das Ausschalten nicht in Betracht kommt. Somit hat der Arbeitgeber solche technischen Vorkehrungen zu treffen, die lediglich die Kontaktaufnahme für geschäftliche Belange verhindern, ohne die Nutzung für private Belange zu beeinträchtigen. Zu solchen Vorkehrungen gehört die Sperrung des einzelnen Accounts des jeweiligen Arbeitnehmers, der sich dann auf den Netzwerkressourcen oder internen Onlineplattformen des Arbeitgebers für die Zeit der Sperrung nicht anmelden kann. Der Arbeitnehmer kann aufgrund der Sperrung auch keine E-Mails verschicken und empfangen. Eine solche technische Vorkehrung verhindert aber lediglich die E-Mail-Kommunikation mit dem Arbeitnehmer. Als weitere technische Lösung zur Verhinderung des Empfangs von geschäftlichen E-Mails kann der Server so eingerichtet werden, dass für bestimmte definierte Zeiten die empfangenen E-Mails des Accounts nicht an die Endgeräte des Arbeitnehmers weitergeleitet werden.⁸⁷⁹ Der Arbeitnehmer kann somit außerhalb der üblichen Arbeitszeit, im Urlaub oder während seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit die E-Mails nicht lesen, da sie von dem genutzten Endgerät nicht hochgeladen werden.⁸⁸⁰ Er erlangt erst während seiner üblichen Arbeitszeit oder nach der Rückkehr aus dem Urlaub von den geschäftlichen E-Mails Kenntnis, da diese erst dann vom Server an die Endgeräte weitergeleitet werden.⁸⁸¹ Auch diese Lösung verhindert lediglich die E-Mail-Kommunikation, sodass die Kommunikation über Anrufe nicht verhindert wird.

Somit wäre eine solche technische Vorkehrung sinnvoll, nach der die Kontaktaufnahme per Anruf zwischen den Arbeitsvertragsparteien verhindert wird und der Arbeitnehmer sich nicht ständig erreichbar halten kann. Dazu wäre eine unternehmensweite Einführung eines „One-Number-Services“ zu empfehlen, nach dem jedem Arbeitnehmer eine Festnetznummer zugeteilt wird und die private oder geschäftliche Mobilfunknummer der Arbeitnehmer nicht für Kontaktaufnahmen im Rahmen geschäftlicher Belange genutzt wird. Der Arbeitnehmer ist dann nur für die betrieblichen Belange erreichbar, wenn er sich an seinem Arbeitsplatz befindet und den Anruf entgegennehmen kann. Sofern der Arbeitnehmer außerhalb seines Arbeitsplatzes eingesetzt wird, da er an Meetings teilnimmt oder andere Tätigkeiten wahrnimmt, kann er seine Erreichbarkeit während der Arbeitszeit gewährleisten,

⁸⁷⁸ Strobel, in: iga.Report 23, Teil 1, S. 26.

⁸⁷⁹ Thüsing, SR 2016, 87 (99); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433f.); Steffan, NZA 2015, 1409 (1410).

⁸⁸⁰ Thüsing, SR 2016, 87 (99); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433f.); Steffan, NZA 2015, 1409 (1410).

⁸⁸¹ Thüsing, SR 2016, 87 (99); Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1433f.); Steffan, NZA 2015, 1409 (1410).

indem er die Anrufe von der Festnetznummer auf eine geschäftliche oder private Mobilfunknummer weiterleiten lässt, ohne dass der Anrufende dies bemerkt und so die Mobilfunknummer unbekannt bleibt.⁸⁸² Der Arbeitnehmer kann die ihm zugeteilte Festnetznummer auch von unterwegs für seine geschäftlichen Anrufe nutzen, indem er den Anruf über eine spezielle App und damit über die Festnetznummer tätigt.⁸⁸³ Bei einem solchen Anruf wird dem Empfänger des Anrufs die Festnetznummer angezeigt, obwohl der Arbeitnehmer physisch den Anruf von einem Mobiltelefon aus vornimmt.⁸⁸⁴ Hat der Arbeitgeber die Nichterreichbarkeit des Arbeitnehmers außerhalb der üblichen Arbeitszeit angewiesen, kann dies durch die Nutzung des „One-Number-Services“ erreicht werden, indem die Anrufe auf der Festnetznummer des Arbeitnehmers außerhalb seiner üblichen Arbeitszeit oder während anderweitiger Abwesenheiten unbeantwortet bleiben und eine Kontaktaufnahme mit dem Arbeitnehmer über das mobile Kommunikationsmittel durch Anruf nicht stattfindet. Dies setzt aber voraus, dass der Arbeitnehmer die Anrufe nicht auf seine Mobilfunknummer weiterleitet. Durch die Nutzung des „One-Number-Services“ kann auch der Arbeitnehmer, der private Kommunikationsmittel für geschäftliche Belange nutzt, vor Kontaktaufnahmen des Arbeitgebers, Kollegen und Kunden bewahrt werden.

Der Arbeitgeber kann somit die Nichterreichbarkeit des Arbeitnehmers außerhalb der üblichen Arbeitszeit durch die benannten technischen Vorkehrungen unterstützen, sodass die Kontaktaufnahme mit dem Arbeitnehmer per Anruf oder E-Mail unterbunden wird.

b) Abweichung vom Grundsatz der Nichterreichbarkeit

Für den Arbeitgeber kann ein Anordnungsrecht zum zusätzlichen Dienst vereinbart werden.⁸⁸⁵ Sofern dieses durch arbeitsvertragliche Regelungen vereinbart wird, muss eine solche Vereinbarung unter anderem den Wirksamkeitserfordernissen nach §§ 305 ff. BGB genügen.⁸⁸⁶ Es müssen dann die Ausnahmen vom Grundsatz der Nichterreichbarkeit für das Arbeitsverhältnis geregelt werden.⁸⁸⁷ Dazu gehören neben den jeweiligen konkreten Ausnahmefällen von der Nichterreichbarkeit, auch die jeweiligen Zeiträume, während derer sich der Arbeitnehmer erreichbar zu halten hat, sodass er sich im Übrigen auf die Nichterreichbarkeit berufen kann.⁸⁸⁸ Um dies zu regulieren, wäre die Erstellung eines Dienstplans, nach dem festgelegt wird, welcher Arbeitnehmer sich für den jeweiligen zusätzlichen Dienst zur Kontaktaufnahme verfügbar hält, sinnvoll. Dabei sollte das Prinzip des geringstmöglichen

⁸⁸² <https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/one-number--telekom-bietet-festnetznummer-fuer-unterwegs-349482>.

⁸⁸³ <https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/one-number--telekom-bietet-festnetznummer-fuer-unterwegs-349482>.

⁸⁸⁴ <https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/one-number--telekom-bietet-festnetznummer-fuer-unterwegs-349482>.

⁸⁸⁵ Im Detail dazu: 2. Kapitel, II., 2.

⁸⁸⁶ Im Detail dazu: 2. Kapitel, II., 2.

⁸⁸⁷ Strobel, in: iga.Report 23, Teil 1, S. 26; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (768).

⁸⁸⁸ Krause, NZA 2016, 1004 (1005); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20); Rudolph, AiB 2012, 378 (379); Falder, NZA 2010, 1150.

Eingriffs beachtet werden.⁸⁸⁹ Neben den konkreten Zeiten bzw. Zeiträumen der Erreichbarkeit über die mobilen Kommunikationsmittel, sind auch die erwarteten Reaktionszeiten festzulegen, sodass der Arbeitnehmer weiß, wann und in welchem Umfang er sich für die Belange des Arbeitgebers erreichbar zu halten hat sowie in welcher Zeit von ihm eine Reaktion erwartet wird.⁸⁹⁰ Gleichzeitig sollten auch bestimmte Nutzungsregelungen für die mobilen Kommunikationsmittel im Rahmen der Erreichbarkeit vorgegeben werden, die für die Arbeitnehmer transparent sind und, sofern möglich, von allen Hierarchieebenen gelebt werden,⁸⁹¹ um dadurch auch einer ausufernden ständigen Erreichbarkeit entgegenzuwirken. Die Vermeidung einer ausufernden ständigen Erreichbarkeit setzt aber auch ein gewisses Maß an Eigeninitiative und Engagement der Arbeitnehmer voraus, die sich streng an die Regelungen halten und sich nicht durch Neugier oder andere Gründe motivieren lassen, sich außerhalb der benannten Erreichbarkeitszeiten erreichbar zu halten. Dazu sollte der Arbeitgeber die Kompetenzen der Arbeitnehmer und Führungskräfte im Umgang mit den besonderen Anforderungen von mobilen Arbeitsformen fördern.⁸⁹²

3. Ergebnis

Demnach kann der Arbeitgeber durch die benannten Maßnahmen und internen Regeln die unzulässige ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit der Arbeitnehmer unterbinden und sie somit vor den mit der ständigen Erreichbarkeit verbundenen Gefahren schützen. Dabei ist zu beachten, dass die für das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Regeln nur dann eingehalten werden, wenn der Arbeitgeber diese auch kontrolliert und auch arbeitsrechtliche Maßnahmen einleitet.

III. Einschreiten des Betriebsrats

Als weiterer Akteur im Rahmen des Arbeitsverhältnisses kommt der Betriebsrat in Betracht. Der Betriebsrat könnte berechtigt sein, gegenüber dem Arbeitgeber wegen der unzulässigen ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit vorzugehen.

1. Wahrnehmung allgemeiner Aufgaben, § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Der Betriebsrat hat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer bestehenden Gesetze, Rechtsverordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden. Dem Betriebsrat steht nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG kein unmittelbarer Anspruch gegen den Arbeitgeber zu, um die Durchführung dieser Vorschriften durchzusetzen.⁸⁹³ Der Betriebsrat kann lediglich zur Wahrnehmung seines Überwachungsrechts die Nichtbeachtung oder fehlerhafte Durchführung der Vorschriften beim

⁸⁸⁹ Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20).

⁸⁹⁰ Strobel, in: iga.Report 23, Teil 1, S. 26; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (20).

⁸⁹¹ Hupfeld/Paridon, in: iga.Report 23, Teil 2, S. 56, 60; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2055).

⁸⁹² Huber, in: Werkheft 02, S. 92; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2055).

⁸⁹³ BAG, Beschl. v. 10.06.1986, Az. 1 ABR 59/84, BAGE 52, 150-159, Rn. 30; Beschl. v. 16.07.1985, Az. 1 ABR 9/83, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 17; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 80, Rn. 7; Seebacher/Silberberger, AiB 2011, 757 (760).

Arbeitgeber beanstanden und auf Abhilfe drängen, dabei wird davon ausgegangen, dass der Arbeitgeber einer berechtigten Beanstandung in aller Regel Rechnung trägt.⁸⁹⁴ Um sein Überwachungsrecht wahrzunehmen, kann der Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG die Informationen und nach § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG die erforderlichen Unterlagen verlangen. Dabei dient das Informationsrecht nach § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG der Wahrnehmung, der sich aus § 80 Abs. 1 BetrVG ergebenden allgemeinen Aufgaben sowie der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats.⁸⁹⁵

Hält sich der Arbeitnehmer ständig erreichbar und wird in seiner Freizeit tätig, kann dies unter anderem zu Verstößen der Arbeitsschutzvorschriften führen. Um dies zu überprüfen, kann der Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG die erforderlichen Informationen, wie Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, einholen und demnach feststellen, ob die Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG sowie die tägliche Höchstarbeitszeit nach § 3 S. 1 ArbZG eingehalten wurden.⁸⁹⁶ Darüber hinaus kann der Betriebsrat die Informationen auch einholen, um die Beachtung der Mitbestimmungsrechte im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hinsichtlich Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hinsichtlich der vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit, nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hinsichtlich der Nutzung von technischen Einrichtungen, die geeignet sind das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen sowie nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hinsichtlich des Gesundheitsschutzes zu prüfen. Das Überwachungsrecht des Betriebsrats dient demnach der Konkretisierung der Pflicht der Betriebsparteien nach § 75 Abs. 2 BetrVG, die freie Entfaltung der Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern, zu der auch der Schutz vor unzulässigen technischen Überwachungsmaßnahmen gehört.⁸⁹⁷

Somit kann sich der Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG einen Überblick über das Arbeitszeitvolumen im Betrieb verschaffen, um vom Arbeitgeber unter anderem die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung für die Arbeitsplätze zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu verlangen oder die Regelung einer Betriebsvereinbarung zur ständigen Erreichbarkeit anzuregen.⁸⁹⁸ Sofern für den Betrieb das Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit gilt, kann der Arbeitgeber aufgrund seiner betrieblichen Organisations- und Leitungspflicht die Auskunft über die Arbeitszeit nicht mit der Begründung verweigern, dass er die Zeit aufgrund des bestehenden Arbeitszeitmodells nicht erfassen kann.⁸⁹⁹ Der Arbeitgeber hat die Übereinstimmung betrieblicher Abläufe mit den normativen Vorgaben zu überprüfen, um bei Bedarf korrigierend einzugreifen, denn die Verantwortung für die

⁸⁹⁴ BAG, Beschl. v. 10.06.1986, Az. 1 ABR 59/84, BAGE 52, 150-159, Rn. 30; Beschl. v. 16.07.1985, Az. 1 ABR 9/83, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 17; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 80, Rn. 7.

⁸⁹⁵ BAG, Beschl. v. 10.10.2006, Az. 1 ABR 68/05, BAGE 119, 356-365, Rn. 18; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 80, Rn. 17; Fitting, BetrVG, § 80, Rn. 51.

⁸⁹⁶ BAG, Beschl. v. 06.05.2003, Az. 1 ABR 13/02, BAGE 106, 111-123, Rn. 58; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 80, Rn. 3; Eylert, NZA-Beilage 2017, 95 (96).

⁸⁹⁷ BAG, Beschl. v. 25.04.2017, Az. 1 ABR 46/15, BAGE 159, 49-68, Rn. 20; Beschl. v. 13.12.2016, Az. 1 ABR 7/15, BAGE 157, 220-229, Rn. 21; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 215; Oberwetter, ZRP 2015, 204 (205).

⁸⁹⁸ Stoppkotte/Stiel, AiB 2011, 423 (426).

⁸⁹⁹ BAG, Beschl. v. 06.05.2003, Az. 1 ABR 13/02, BAGE 106, 111-123, Rn. 65f.; Anziger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 53; Steiner, AiB 2018, 22 (23); Däubler, SR 2016, 2 (12).

Führung des Betriebs liegt beim Arbeitgeber (§ 77 Abs. 1 BetrVG).⁹⁰⁰ Somit kann der Betriebsrat auch bei Vereinbarung eines solchen Arbeitszeitmodells Auskunft bezüglich der Daten zur Arbeitszeit der Arbeitnehmer begehren, um mit der Kenntnis seine Überwachungsaufgabe nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG wahrzunehmen. Die Daten über die tatsächliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer fallen im Betrieb ohne weiteres und ständig an. Somit muss der Arbeitgeber auf geeignete Weise dafür sorgen, dass diese objektiv vorhandenen Daten im Betrieb zur Kenntnis genommen und dem Betriebsrat mitteilbar gemacht werden.⁹⁰¹ Demnach muss der Arbeitgeber auch bei der Vertrauensarbeitszeit in der Lage sein, dem Betriebsrat Informationen hinsichtlich der Arbeitszeit der Arbeitnehmer auch im Rahmen des zusätzlichen Dienstes geben zu können. Dazu können die mit der Digitalisierung verbundenen Möglichkeiten genutzt werden, um die auch außerhalb des Betriebs geleistete Arbeitszeit durch Überwachung der Arbeitnehmer zu ermitteln und zu verhindern. Dabei müsste aber der Schutz der Persönlichkeit durch die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gewahrt werden, sodass der Betriebsrat einer solchen Überwachung entgegenstehen könnte.

Demnach kann der Betriebsrat durch sein Informationsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG in Verbindung mit § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG seine Aufgabe zur Überwachung der Einhaltung normativer Vorgaben im Rahmen des zusätzlichen Dienstes wahrnehmen und dadurch den Ist-Zustand im Betrieb ermitteln, um dann die im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes gegebenen Rechte zu ergreifen.

2. Abschluss von Betriebsvereinbarungen, § 77 Abs. 4 BetrVG

Der Betriebsrat kann den Arbeitgeber zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung nach § 77 BetrVG hinsichtlich der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit auffordern. Dem Betriebsrat stehen im Zusammenhang mit dem zusätzlichen Dienst Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3, 6, 7 BetrVG zu, sodass kollektive Regelungen hinsichtlich der zeitlichen Komponente sowie der Art und Weise der ständigen Erreichbarkeit und der damit verbundenen Freizeittätigkeit über die mobilen Kommunikationsmittel vorgenommen werden können. Dabei kann der Betriebsrat, abgesehen von der Mitbestimmung hinsichtlich der technischen Einrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, ein echtes Initiativrecht ausüben, indem er die Regelungen von sich aus vorschlägt und das Zustandekommen einer Betriebsvereinbarung durch die Einigungsstelle zu erzwingen versucht.⁹⁰² So kann der Betriebsrat nicht nur auf Nachfrage des Arbeitgebers seine Mitbestimmung ausüben. Einer solchen Ausübung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats steht auch nicht die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 12 Abs. 1 GG und das damit geschützte Grundrecht

⁹⁰⁰ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 52/14, NZA 2018, 50 (52), Rn. 24; Beschl. v. 06.05.2003, Az. 1 ABR 13/02, BAGE 106, 111-123, Rn. 65; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 08.11.2004, Az. 5 TaBV 36/04, NZA-RR 2005, 424 (425), Rn. 39; Schuchart, in: iGa.Report 23, Teil 2, S. 16; Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16.

⁹⁰¹ BAG, Beschl. v. 06.05.2003, Az. 1 ABR 13/02, BAGE 106, 111-123, Rn. 64; Anziger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 53.

⁹⁰² BAG, Beschl. v. 14.02.1996, Az. 7 ABR 32/95, BeckRS 2008, 52059; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 9; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 583f.

der Berufsfreiheit entgegen, da das Initiativrecht über die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten hinaus keine Eingriffe in die Betriebsführung gestattet.⁹⁰³

Gegenstand der Betriebsvereinbarung können Regelung des zusätzlichen Dienstes sowie die einzelnen Modalitäten zu diesem sein, wie ergonomische Unterstützung der Nutzung mobiler Kommunikationsmittel, Zeitspanne und Lage des zusätzlichen Dienstes, Umfang, Reaktionszeiten, Vergütung sowie Verteilung auf die Belegschaft.⁹⁰⁴ Dabei wären auch solche Regelungen hinsichtlich der Zeiterfassung der mobilen Arbeit sinnvoll, denn die geleistete Arbeitszeit sollte unabhängig von der Zeit und dem Ort der Erbringung, entsprechend den Regelungen in den Betriebsvereinbarungen und den Tarifverträgen, erfasst sowie vergütet werden.⁹⁰⁵

Nimmt der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber angebotenen BYOD-Programm teil, können die einzelnen Nutzungsbestimmungen ergänzend zu der individualvertraglichen Abrede als Betriebsvereinbarung geregelt werden, sofern die individuellen Abreden eine dynamische Verweisung auf die jeweils geltenden Betriebsvereinbarungen enthalten und somit betriebsvereinbarungsoffen sind.⁹⁰⁶ Dabei kann in der Betriebsvereinbarung zum BYOD-Programm der Kreis der berechtigten Mitarbeiter, die Modalitäten über die Zweckbestimmung und die Art der Endgeräte, die Kontroll- und Zugriffsrechte des Arbeitgebers, etwaige Regelungen zur Kostentragung, zum Verwendungszeitraum sowie die Modalitäten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geregelt werden.⁹⁰⁷ Der Vorteil, die Nutzung der mobilen Kommunikationsmittel im Rahmen von Betriebsvereinbarungen zu regeln, ist auch darin zu sehen, dass die Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG normativ und zwingend für alle hiervon erfassten Arbeitnehmer wirkt und somit die Nutzungsbestimmungen nicht einzeln mit den Arbeitnehmern vereinbart werden müssen.

3. Geltendmachung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs

Dem Betriebsrat könnte ein allgemeiner Unterlassungsanspruch zustehen, um die einseitige Anordnung oder Duldung des zusätzlichen Dienstes mittels mobiler Arbeitsmittel durch den Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern zu unterbinden.

Der allgemeine Unterlassungsanspruch kann unabhängig von einem Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG bestehen und beruht auf einer sich aus dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Verbindung mit § 2 BetrVG ergebenden Nebenpflicht des Arbeitgebers aus dem Betriebsverhältnis als

⁹⁰³ BVerfG, Beschl. v. 18.12.1985, Az. 1 BvR 143/83, NZA 1986, 199 (200); BAG, Beschl. v. 31.08.1982, Az. 1 ABR 27/80, BAGE 40, 107-126, Rn. 34ff.; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 9; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 586.

⁹⁰⁴ So auch etwa: Huber, in: Werkheft 02, S. 92; Welskop-Deffaa, NZA-Beilage 2017, 60.

⁹⁰⁵ So auch etwa: Huber, in: Werkheft 02, S. 92.

⁹⁰⁶ Hoppe, in: Kramer IT-ArbR, B. Individualarbeitsrecht Rn. 626; Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1031); Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (770).

⁹⁰⁷ Hoppe, in: Kramer IT-ArbR, B. Individualarbeitsrecht Rn. 625; Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1031); Pollert, NZA-Beilage 2014, 152 (154).

ein dem gesetzlichen Dauerschuldverhältnis ähnlichen Verhältnis.⁹⁰⁸ Ein solcher Unterlassungsanspruch setzt die Verletzung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats voraus und wird durch die einzelnen Mitwirkungstatbestände des Betriebsrats konkretisiert.⁹⁰⁹ Dabei führt nicht jede Verletzung von Rechten des Betriebsrats zu einem Unterlassungsanspruch, es kommt vielmehr auf die verletzte Mitbestimmungstatbestände, deren konkrete gesetzliche Ausgestaltung und die Art der Rechtsverletzung an.⁹¹⁰

Die Anordnung und Duldung der ständigen Erreichbarkeit verletzen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3, 6 BetrVG, denn der Arbeitgeber hat den Betriebsrat bei mitbestimmungsrelevanten Maßnahmen zu beteiligen und den zusätzlichen Dienst mit dem Betriebsrat zusammen zu regeln. Dies gilt auch für die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung ohne die Beteiligung des Betriebsrats nach § 5 ArbSchG und die damit verbundene Verletzung der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Solche Verletzungen der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Zusammenhang mit dem zusätzlichen Dienst führen demnach zu einer Verletzung der aus dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Verbindung mit § 2 BetrVG ergebenden Nebenpflicht des Arbeitgebers aus dem Betriebsverhältnis. Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die Mitbestimmung nach § 87 BetrVG wiegt bereits so schwer, dass die dadurch entstehende betriebsverfassungswidrige Lage nicht zumindest für einen vorübergehenden Zeitraum zu dulden ist und damit einen allgemeinen Unterlassungsanspruch begründet.⁹¹¹ Dabei setzt der Unterlassungsanspruch nicht eine grobe Pflichtverletzung, wie nach § 23 Abs. 3 BetrVG, voraus, sodass das Vorliegen einer Pflichtverletzung als solche bereits ausreicht, um einen Unterlassungsanspruch zu begründen.⁹¹²

Der allgemeine Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Verletzung der Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG setzt aber eine Wiederholungsgefahr der Pflichtverletzung durch den Arbeitgeber voraus und damit das Vorliegen einer ernstlichen, sich auf Tatsachen gründenden Besorgnis weiterer Eingriffe zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Rahmen eines Gerichtsverfahrens.⁹¹³ Das Vorliegen der Wiederholungsgefahr wird grundsätzlich vermutet, es sei denn, es liegen

⁹⁰⁸ BAG, Beschl. v. 16.06.1998, Az. 1 ABR 68/97, BAGE 89, 139-148, Rn. 33; Beschl. v. 23.07.1996, Az. 1 ABR 13/96, NZA 1997, 274 (276f.); Beschl. v. 03.05.1994, Az. 1 ABR 24/93, BAGE 76, 364-381, Rn. 33; Eisemann, in: Festschrift Bepler, 131 (139); Kloppenburg, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 23, Rn. 49; Trittin, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 87, Rn. 392. Nach einer anderen Ansicht bedarf es nicht einer Absicherung im Gesetz, der Unterlassungsanspruch ergebe sich bereits aus der Absicherung der Mitbestimmung; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 136ff.

⁹⁰⁹ BAG, Beschl. v. 16.06.1998, Az. 1 ABR 68/97, BAGE 89, 139-148, Rn. 33; Beschl. v. 23.07.1996, Az. 1 ABR 13/96, NZA 1997, 274 (276f.); Beschl. v. 03.05.1994, Az. 1 ABR 24/93, BAGE 76, 364-381, Rn. 33; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 90.

⁹¹⁰ Eisemann, in: Festschrift Bepler, 131 (139); Kloppenburg, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 23, Rn. 49.

⁹¹¹ BAG, Beschl. v. 22.08.2017, Az. 1 ABR 4/16, NZA 2018, 191 (192), Rn. 17; Beschl. v. 16.06.1998, Az. 1 ABR 68/97, BAGE 89, 139-148, Rn. 33; Eisemann, in: Festschrift Bepler, 131 (139); Kloppenburg, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 23, Rn. 51; Eylert, NZA-Beilage 2017, 95 (100).

⁹¹² BAG, Beschl. v. 23.07.1996, Az. 1 ABR 13/96, NZA 1997, 274 (276f.); Beschl. v. 03.05.1994, Az. 1 ABR 24/93, BAGE 76, 364-381, Rn. 43; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 90; Eylert, NZA-Beilage 2017, 95 (100).

⁹¹³ BAG, Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 4/99, NZA 2000, 1066 (1068); Kloppenburg, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 23, Rn. 50; Kreitner, in: Küttner, Unterlassungsanspruch, Rn. 14.

Anhaltspunkte gegen eine solche Annahme vor, wie zum Beispiel eine gegensätzliche Entwicklung, die einen neuen Eingriff unwahrscheinlich macht.⁹¹⁴ Nutzt der Arbeitnehmer die mobilen Kommunikationsmittel weiterhin, ist nicht auszuschließen, dass ihm der Arbeitgeber erneut die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit ausdrücklich oder konkludent anordnet bzw. diese duldet. Nach den tatsächlichen Verhältnissen kann aufgrund der Missachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3, 6 und 7 BetrVG die Besorgnis angenommen werden, dass weitere Eingriffe des Arbeitgebers in die Nebenpflichten drohen und demnach kann auch die Wiederholungsgefahr vermutet werden.

Somit steht dem Betriebsrat gegenüber dem Arbeitgeber bei Anordnung oder Duldung der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit ein allgemeiner Unterlassungsanspruch wegen Missachtung der Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG und der sich aus der Verbindung mit § 2 BetrVG ergebenden Nebenpflichtverletzung zu.⁹¹⁵ Den Unterlassungsanspruch könnte der Betriebsrat im Rahmen des Beschlussverfahrens vor dem Arbeitsgericht geltend machen und durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung durchsetzen.⁹¹⁶

4. Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG

Neben dem allgemeinen Unterlassungsanspruch könnte dem Betriebsrat auch nach § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG ein Unterlassungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich der Anordnung oder Duldung des zusätzlichen Dienstes zustehen.

Der Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat bei regelungspflichtigen Tatbeständen nicht beteiligt hat und aus diesem Grund der Betriebsrat den Arbeitgeber, unabhängig von einer betrieblichen Regelung, zur künftigen Beachtung der von beiden Seiten gemeinsam wahrzunehmenden betriebsverfassungsrechtlichen Regelungsbefugnisse anhalten will.⁹¹⁷ Der Verstoß des Arbeitgebers gegen die Beteiligungsrechte des Betriebsrats kann in unterschiedlicher Weise erfolgen und Gegenstände unterschiedlicher Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte betreffen.⁹¹⁸ Dabei ist für den Unterlassungsanspruch bedeutend, dass ein grober Verstoß des Arbeitgebers vorliegt, das heißt eine besonders qualifizierte, objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung, ein Verschulden des Arbeitgebers für die Pflichtverletzung wird nicht vorausgesetzt.⁹¹⁹ Sofern der Arbeitgeber die erzwingbaren Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats mehrfach verletzt, kann dies in der Regel bereits

⁹¹⁴ BAG, Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 4/99, NZA 2000, 1066 (1068); Kloppenburg, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 1, BetrVG, § 23, Rn. 50.

⁹¹⁵ Im Ergebnis auch für Unterlassungsanspruch bei Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG: Falder, NZA 2010, 1150 (1154).

⁹¹⁶ BAG, Beschl. v. 03.05.1994, Az. 1 ABR 24/93, BAGE 76, 364-381, Rn. 44; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 610; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 142.

⁹¹⁷ BAG, Beschl. v. 18.04.1985, Az. 6 ABR 19/84, BAGE 48, 246-258, Rn. 26ff.; Eisemann, in: Festschrift Bepler, 131 (138).

⁹¹⁸ BAG, Beschl. v. 18.04.1985, Az. 6 ABR 19/84, BAGE 48, 246-258, Rn. 19.

⁹¹⁹ BAG, Beschl. v. 18.03.2014, Az. 1 ABR 77/12, Rn. 15; Beschl. v. 07.02.2012, Az. 1 ABR 77/10, Rn. 15; Beschl. v. 29.04.2004, Az. 1 ABR 30/02, BAGE 110, 252-276, Rn. 135; Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 4/99, NZA 2000, 1066 (1068); Beschl. v. 18.04.1985, Az. 6 ABR 19/84, BAGE 48, 246-258, Rn. 28, 40; Eisemann, in: Festschrift Bepler, 131 (138); Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 92f.

die Annahme eines groben Verstoßes begründen.⁹²⁰ Der grobe Verstoß des Arbeitgebers ist abzulehnen, wenn es sich nach dem Anlass und dem Umfang um eine Ausnahmesituation handelt.⁹²¹

Ordnet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit an oder duldet er diese, beachtet er die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht. Der Arbeitgeber war offensichtlich nicht befugt solche Anordnungen bzw. Duldungen des zusätzlichen Dienstes einseitig vorzunehmen, ohne den Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 BetrVG zu beteiligen. Die Vornahme des zusätzlichen Dienstes wird auch mit hoher Wahrscheinlichkeit kein Einzelfall sein, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitsleistung mobile Kommunikationsmittel nutzt und der Arbeitgeber keine technischen Vorkehrungen erlassen hat, um ihre uneingeschränkte Nutzung zu unterbinden. Sofern es wegen des Arbeitsanfalls oder der Kommunikationskultur im Unternehmen ständig zu Kontaktaufnahmen der Arbeitnehmer im Urlaub, bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und nach Feierabend kommt, handelt es sich auch nicht mehr um eine Ausnahmesituation, sondern um gängige Praxis in dem Unternehmen. Die Arbeitnehmer fühlen sich dann oftmals mangels bestimmter Regelungen zur ständigen Erreichbarkeit verpflichtet, der Arbeitgeber der dies duldet, fördert dadurch den zusätzlichen Dienst. Sofern der zusätzliche Einsatz des Arbeitnehmers nicht eine Ausnahme darstellt und durch den Arbeitgeber auch zurechenbar veranlasst oder geduldet wird, indem er diesen trotz Kenntnis nicht verhindert, verletzt der Arbeitgeber mehrfach die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG. Ein grober Verstoß des Arbeitgebers ist bereits bei mehrfacher Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG durch die Anordnung von Überstunden und Duldung freiwilliger Überstunden durch den Arbeitgeber anzunehmen.⁹²² Dies gilt auch für den zusätzlichen Dienst, im Rahmen dessen der Arbeitnehmer auch solche Überstunden vornimmt und darüber hinaus noch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sowie bei Nichtbeteiligung des Betriebsrats im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung für den zusätzlichen Dienst das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG verletzt. Demnach liegen objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzungen wegen der Missachtung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG vor, die die Annahme eines groben Verstoßes durch den Arbeitgeber nach § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG rechtfertigen.

Eine Wiederholungsgefahr der Pflichtverletzung durch den Arbeitgeber wird nicht gefordert, sodass die erstmalige Pflichtverletzung bereits für einen Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG ausreicht.⁹²³ Demnach begründet die Anordnung und Duldung der ständigen Erreichbarkeit durch den

⁹²⁰ BAG, Beschl. v. 29.04.2004, Az. 1 ABR 30/02, BAGE 110, 252-276, Rn. 135; Beschl. v. 18.04.1985, Az. 6 ABR 19/84, BAGE 48, 246-258, Rn. 34f.; Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 92.

⁹²¹ BAG, Beschl. v. 29.02.2000, Az. 1 ABR 4/99, NZA 2000, 1066 (1068).

⁹²² BAG, Beschl. v. 27.11.1990, Az. 1 ABR 77/89, NZA 1991, 382 (385); Trittin, in: u.a. Däubler/Kittner, BetrVG, § 23, Rn. 229; Koch, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 23, Rn. 19.

⁹²³ BAG, Beschl. v. 18.04.1985, Az. 6 ABR 19/84, BAGE 48, 246-258, Rn. 41; Eisemann, in: Festschrift Bepler, 131 (138); Anzinger/Koberski, ArbZG, § 1, Rn. 93. A.A. Wiederholungsgefahr wird für den auf die Zukunft gerichteten Anspruch gefordert, aber durch die grobe

Arbeitgeber wegen Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3, 6 BetrVG sowie im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats nach § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG, sodass der Arbeitgeber zur künftigen Beachtung der betriebsverfassungsrechtlichen Regelungsbefugnisse angehalten wird. Der Betriebsrat könnte einen solchen Unterlassungsanspruch im Rahmen des Beschlussverfahrens vor dem Arbeitsgericht durchsetzen.⁹²⁴

5. Ergebnis

Somit kann der Betriebsrat gegen die unzulässige ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit der Arbeitnehmer über die mobilen Kommunikationsmittel einschreiten, da ihm die Rechte zur Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen nach § 80 BetrVG, das Initiativrecht zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen zur Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG und Unterlassungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zustehen.

IV. Einschreiten der Gewerkschaft

Des Weiteren könnten die Gewerkschaften Maßnahmen gegen die durch den Arbeitgeber veranlasste oder geduldete ständige Erreichbarkeit sowie Freizeittätigkeit über die mobilen Kommunikationsmittel ergreifen.

1. Abschluss eines Tarifvertrages

Die Gewerkschaft kann mit dem Arbeitgeber direkt oder über den Arbeitgeberverband, dem der Arbeitgeber angehört, die Bedingungen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit im Rahmen tarifvertraglicher Regelungen nach § 1 Abs. 1 TVG vereinbaren. Die Tarifverträge können Regelungen über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen enthalten (§ 1 Abs. 1 TVG), um durch solche Regelungen der Arbeitsbedingungen die strukturelle Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis auszugleichen.⁹²⁵ Somit kann der zusätzliche Dienst im Rahmen von Tarifverträgen vereinbart werden. Durch den Abschluss eines Tarifvertrags oder auf der Grundlage eines Tarifvertrags durch eine Betriebsvereinbarung kann auch von der Öffnungsklausel nach § 7 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 ArbZG Gebrauch gemacht werden, sodass abweichende Regelungen hinsichtlich der Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG getroffen werden können. Nehmen die Tarifpartner eine solche Möglichkeit wahr, können sie je nach Branche und persönlicher Situation angemessene verbindliche Regelungen finden. Dabei ist die Wirkung solcher kollektiven Regelungen nicht zu

Pflichtverletzung bereits indiziert; so: Koch, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 23, Rn. 18 unter Heranziehung von BAG, Beschl. v. 29.04.2004, Az. 1 ABR 30/02, BAGE 110, 252-276, Rn. 137.

⁹²⁴ Eisemann, in: Festschrift Bepler, 131 (138); Koch, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 23, Rn. 21; Richardi/Thüsing, BetrVG, § 23, Rn. 104.

⁹²⁵ BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991, Az. 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809 (811); Franzen, in: Erfurter Kommentar, TVG, § 1, Rn. 2; Löwisch/Rieble, TVG, § 1, Rn. 12.

unterschätzen, dies gilt für den betrieblichen Frieden, die mit der Beteiligung der Gewerkschaften verbundene Richtigkeitsgewähr sowie die Akzeptanz im Betrieb.⁹²⁶ Durch die tarifvertragliche Regelung wird auch das Aushandeln von Einzelvereinbarungen erspart sowie den Arbeitsverhältnissen und ihrer Arbeitsumgebung eine nachvollziehbare Struktur gegeben.⁹²⁷ Die Tarifparteien sind nahe an der Branche und ihren Akteuren, sodass die Entwicklungen aufgenommen und ihre Bedeutung für die Branche analysiert werden können, um so sachgerechte Regelungen zu finden.⁹²⁸

Gerade das Zusammenspiel von Tarifpolitik und betrieblicher Mitbestimmung bietet Chancen für eine Innovationskultur, die sowohl betriebliche Ideen und Innovationen unterstützt als auch Beschäftigtenbelange angemessen berücksichtigt.⁹²⁹ Dabei können aber auch Konkurrenzen zwischen den Tarifvertragsparteien und den Betriebsparteien entstehen, wenn jeweils Regelungen zum zusätzlichen Dienst durch Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag getroffen werden. Um solche Konkurrenzen zu vermeiden, hat der Gesetzgeber den Tarifvorrang in § 87 Abs. 1 Hs.1 BetrVG geregelt, nach dem das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Betrieben eines tarifgebundenen Arbeitgebers eingeschränkt oder ausgeschlossen ist, soweit tarifliche Regelungen hierzu bereits bestehen.⁹³⁰

Der Tarifvorrang setzt voraus, dass die tariflichen Regelungen für den Arbeitgeber zwingend im Sinne von §§ 4 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 TVG sind und den mitbestimmungspflichtigen Sachverhalt eigenständig sowie abschließend regeln.⁹³¹ Demnach wird nach dem Tarifvorrang davon ausgegangen, dass die berechtigten Interessen und Schutzbedürfnisse der Arbeitnehmer bereits hinreichend geschützt werden, wenn der Arbeitgeber an zwingende Regelungen durch Gesetz oder Tarifvertrag gebunden ist, sodass es eines weiteren Schutzes durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht mehr bedarf.⁹³² Die Tarifbindung der einzelnen Arbeitnehmer an den Tarifvertrag wird für den Tarifvorrang nicht vorausgesetzt.⁹³³ Um die nichttarifgebundenen Arbeitnehmer nicht schutzlos zu stellen, sind die bestehenden tarifvertraglichen Regelungen, bei denen es sich um Normen im Sinne von §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG handelt, auch auf ihre Arbeitsverhältnisse anzuwenden.⁹³⁴ Dies wird der Funktion des Tarifvorrangs entnommen, indem der tarifgebundene Arbeitgeber

⁹²⁶ So auch die Literatur, Richtigkeitsvermutung von Tarifverträgen, so: Kohte, in: Festschrift Bepler, 288 (296); Waltermann, in: Festschrift Bepler, 569 (580); Stiller, NZA Beilage 2017, 62 (64).

⁹²⁷ Stiller, NZA Beilage 2017, 62 (64).

⁹²⁸ Freyler, S. 223; Kohte, in: Festschrift Bepler, 288 (299); Stiller, NZA Beilage 2017, 62 (65).

⁹²⁹ Huber, in: Werkheft 02, 88 (93).

⁹³⁰ BAG, Beschl. v. 18.10.2011, Az. 1 ABR 25/10, BAGE 139, 332-341, Rn. 18; Linck/Koch, in: Festschrift Bepler, 357 (359); Richardi/Maschmann, BetrVG, § 87, Rn. 150.

⁹³¹ BAG, Beschl. v. 18.10.2011, Az. 1 ABR 25/10, BAGE 139, 332-341, Rn. 16, 20f.; Linck/Koch, in: Festschrift Bepler, 357 (359); Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 5, 44; Richardi/Maschmann, BetrVG, § 87, Rn. 151.

⁹³² BAG, Beschl. v. 18.10.2011, Az. 1 ABR 25/10, BAGE 139, 332-341, Rn. 19; Beschl. v. 03.05.2006, Az. 1 ABR 14/05, NJOZ 2006, 3911 (3916), Rn. 29; Beschl. v. 09.12.2003, Az. 1 ABR 44/02, BAGE 109, 61-70, Rn. 33; Beschl. v. 28.05.2002, Az. 1 ABR 37/01, BAGE 101, 203-215, Rn. 7; Beschl. v. 03.12.1991, Az. GS 2/90, BAGE 69, 134-171, Rn. 60; Beschl. v. 24.02.1987, Az. 1 ABR 18/85, BAGE 54, 191-210, Rn. 40; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 43.

⁹³³ BAG, Beschl. v. 18.10.2011, Az. 1 ABR 25/10, BAGE 139, 332-341, Rn. 16, 20f.; Beschl. v. 04.05.2011, Az. 7 ABR 10/10, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 55, Rn. 22; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 5, 44; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 154.

⁹³⁴ BAG, Beschl. v. 18.10.2011, Az. 1 ABR 25/10, BAGE 139, 332-341, Rn. 16; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 15; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 155.

betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet ist, die tariflichen Regelungen ungeachtet der Tarifbindung der Arbeitnehmer im Betrieb anzuwenden, sofern deren Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 BetrVG unterliegen.⁹³⁵ Die Hinnahme einer Schutzlücke für die nichttarifgebundenen Arbeitnehmer würde der Absicht des Gesetzgebers widersprechen, alle betriebszugehörigen Arbeitnehmer in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG vor der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers zu schützen.⁹³⁶ Zudem würde auch dann der Schutz vor einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers im Rahmen der Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG vom Beitritt zu einer bestimmten Gewerkschaft und damit von der Tarifbindung der einzelnen Arbeitnehmer abhängig gemacht, sodass auch ein unzulässiger Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit des Einzelnen bestünde.⁹³⁷ Sofern tarifliche Regelungen zum zusätzlichen Dienst bestehen, greift der Tarifvorbehalt nach § 87 Abs. 1 BetrVG, sodass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats eingeschränkt oder ausgeschlossen ist. Dabei haben die Betriebsparteien für die Regelung einer Betriebsvereinbarung hinsichtlich solcher Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht auch den Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG zu beachten, bei dem eine Sperrwirkung für den Abschluss einer Betriebsvereinbarung bereits durch eine Tarifüblichkeit angenommen wird, da es sich beim Tarifvorbehalt nach § 87 Abs. 1 BetrVG um eine speziellere Regelung zu der Regelung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG handelt (Vorrangtheorie).⁹³⁸ Somit kann das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht bereits abgelehnt werden, wenn die Arbeitsbedingungen üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden, sondern nur dann, wenn ein einschlägiger Tarifvertrag geregelt ist, der dem Arbeitgeber gegenüber eine normative Wirkung entfaltet.⁹³⁹ Der Tarifvertrag sperrt dann die erzwingbare Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG aber nur insoweit, wie die konkrete mitbestimmungspflichtige Angelegenheit zwingend und abschließend durch den Tarifvertrag geregelt wird.⁹⁴⁰ Somit werden vermeintliche Konkurrenzen zwischen den Tarifparteien und den Betriebsparteien im Rahmen der Regelung des zusätzlichen Dienstes bereits durch den Tarifvorbehalt nach § 87 Abs. 1 BetrVG gelöst.

⁹³⁵ BAG, Beschl. v. 18.10.2011, Az. 1 ABR 25/10, BAGE 139, 332-341, Rn. 16; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 156.

⁹³⁶ BAG, Beschl. v. 18.10.2011, Az. 1 ABR 25/10, BAGE 139, 332-341, Rn. 26; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 87, Rn. 15; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 156.

⁹³⁷ BAG, Beschl. v. 18.10.2011, Az. 1 ABR 25/10, BAGE 139, 332-341, Rn. 24; Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 156.

⁹³⁸ BAG, Urt. v. 26.08.2015, Az. 4 AZR 41/14, BeckRS 2016, 66945, Rn. 32; Urt. v. 13.03.2012, Az. 1 AZR 659/10, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 27, Rn. 21; Beschl. v. 29.04.2004, Az. 1 ABR 30/02, BAGE 110, 252-276, Rn. 101; Urt. v. 27.11.2002, Az. 4 AZR 660/01, AP BetrVG 1972 § 87 Tarifvorrang Nr. 34; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 68; Beschl. v. 03.12.1991, Az. GS 2/90, BAGE 69, 134-171, Rn. 52ff.; Diskussion über die Ablehnung der Anwendung des § 77 Abs. 3 BetrVG ausführlich in: Beschl. v. 24.02.1987, Az. 1 ABR 18/85, BAGE 54, 191-210, Rn. 36ff.; Zwanziger, in: Däubler, TVG, § 4a, Rn. 187; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 77, Rn. 53. Die Rechtsprechung und auch die herrschende Literatur verfolgen die benannte Vorrangtheorie. Hiervon abweichend gibt es auch einzelne Stimmen in der Literatur, die eine Zwei-Schranken Theorie verfolgen, nach der die Regelungen des § 77 Abs. BetrVG und des § 87 Abs. 1 BetrVG nebeneinander anzuwenden seien; so etwa: Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 170; Kreutz, in: Gemeinschaftskommentar, BetrVG, § 77, Rn. 161.

⁹³⁹ BAG, Urt. v. 26.08.2015, Az. 4 AZR 41/14, BeckRS 2016, 66945, Rn. 32; Urt. v. 13.03.2012, Az. 1 AZR 659/10, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 27, Rn. 21; Beschl. v. 29.04.2004, Az. 1 ABR 30/02, BAGE 110, 252-276, Rn. 101; Urt. v. 27.11.2002, Az. 4 AZR 660/01, AP BetrVG 1972 § 87 Tarifvorrang Nr. 34; Beschl. v. 03.12.1991, Az. GS 2/90, BAGE 69, 134-171, Rn. 52ff.; Beschl. v. 24.02.1987, Az. 1 ABR 18/85, BAGE 54, 191-210, Rn. 42; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 77, Rn. 56.

⁹⁴⁰ BAG, Urt. v. 26.08.2015, Az. 4 AZR 41/14, BeckRS 2016, 66945, Rn. 32; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 77, Rn. 56.

Darüber hinaus können die Tarifparteien präventiv zur Bewältigung der mit der Digitalisierung verbundenen Herausforderungen einen Tarifvertrag zum Belastungsschutz der Arbeitnehmer vereinbaren.⁹⁴¹ Einen solchen Tarifvertrag haben die Unternehmen des Telekomkonzerns und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di in 2016 abgeschlossen, der als unternehmensweiter Rahmen darauf abzielt, Belastungssituationen der Arbeitnehmer rechtzeitig zu erkennen und diese möglichst frühzeitig (auch präventiv) zu beheben, um die Arbeitnehmer vor physischen und psychischen Belastungen besser zu schützen.⁹⁴² Dabei werden die individuell-subjektiv empfundenen Belastungen anhand von Mitarbeiterbefragungen ermittelt und diese Daten von einem paritätisch besetzten Belastungsschutzgremium bewertet, um die erforderlichen Maßnahmen zur Reduzierung der Belastung zu finden.⁹⁴³ Somit wird durch einen solchen Tarifvertrag ein flexibles und starkes Instrumentarium geschaffen, um die digitalisierungsbedingten Belastungen rechtzeitig aufzuspüren und ihnen einvernehmlich mit einem Maßnahmenkatalog zu begegnen, der auf die konkret identifizierte Belastung zugeschnitten wird.⁹⁴⁴

Der französische Gesetzgeber geht sogar weiter und hat die mit der Digitalisierung der Arbeitswelt einhergehende Problematik damit gelöst, dass ein grundsätzlich anerkanntes "Recht auf Nichterreichbarkeit" ("droit à la déconnexion") zum 1. Januar 2017 geregelt wurde.⁹⁴⁵ Dabei sollte nicht eine materielle Beschränkung, sondern eine Verfahrensvorschrift geschaffen werden, nach welcher der Arbeitgeber mit den repräsentativen Gewerkschaften jährlich über die Nichterreichbarkeit und die Ausnahmen hierzu verhandeln bzw. eine eigene Ordnung aufstellen soll, um hierdurch zu klaren Grenzziehungen zu gelangen, auf die sich die Arbeitnehmer verlassen können.⁹⁴⁶ Durch diese Regelung wird deutlich, dass auch der französische Gesetzgeber den Fokus für die Digitalisierung auf konkrete Regelungen sowie technische Lösungen auf betrieblicher Ebene setzt.⁹⁴⁷ Eine solche Regelung in Deutschland wäre aber abzulehnen, da diese zur Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 9 Abs. 3 GG führen würde, indem der Arbeitgeber zur Verhandlung mit den Gewerkschaften gezwungen wäre.

2. Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG

Darüber hinaus kann die Gewerkschaft, wie auch der Betriebsrat, einen Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber nach § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG geltend machen, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmer, unter Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, zur Vornahme des zusätzlichen Dienstes zurechenbar veranlasst hat oder dieses duldet. Ein solcher Unterlassungsanspruch steht der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft zu, dabei ist nicht ein grober Verstoß des Arbeitgebers gegen die Pflichten

⁹⁴¹ Soost, in: Festschrift Kohte, 513 (520); Welskop-Deffaa, NZA-Beilage 2017, 60 (61).

⁹⁴² Soost, in: Festschrift Kohte, 513 (520); Welskop-Deffaa, NZA-Beilage 2017, 60 (61).

⁹⁴³ Soost, in: Festschrift Kohte, 513 (520); Welskop-Deffaa, NZA-Beilage 2017, 60 (61).

⁹⁴⁴ Welskop-Deffaa, NZA-Beilage 2017, 60 (61).

⁹⁴⁵ Durlach/Renaud, AuR 2017, 196; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (57).

⁹⁴⁶ Durlach/Renaud, AuR 2017, 196f.; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (57).

⁹⁴⁷ Durlach/Renaud, AuR 2017, 196f.; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (57).

aus dem Gesetz gegenüber der Gewerkschaft erforderlich, auch die Verletzung der Rechte des Betriebsrates können einen solchen Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft begründen.⁹⁴⁸ Die Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 BetrVG durch den Arbeitgeber, der den zusätzlichen Dienst mittels mobiler Kommunikationsmittel anordnet bzw. duldet, begründet bereits einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats nach § 23 Abs. 3 BetrVG.⁹⁴⁹ Demnach kann auch die im Betrieb vertretene Gewerkschaft den Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG im Rahmen des Beschlussverfahrens am Arbeitsgericht hinsichtlich solcher Verstöße des Arbeitgebers gegen die gesetzlich geregelte Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG geltend machen.

3. Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG

Die Gewerkschaft kann gegenüber dem Arbeitgeber einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG bei tarifwidrigen betrieblichen Regelungen geltend machen.⁹⁵⁰ Dies setzt voraus, dass die zurechenbare Veranlassung oder Duldung des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und der damit verbundenen Freizeittätigkeit der Arbeitnehmer einen solchen Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG auslöst. Dabei wird der Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass der Gewerkschaft ein Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG gegenüber dem Arbeitgeber zusteht. Der Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG verdrängt nicht den Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG als speziellere Anspruchsgrundlage, die Ansprüche können vielmehr nebeneinander bestehen.⁹⁵¹ Dies folgt aus den unterschiedlichen Zwecken, da der Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung gewährleisten soll und der Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG hingegen auf den Schutz der Koalitionsfreiheit einschließlich der Koalitionsbetätigungsfreiheit abzielt.⁹⁵²

Für einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG müsste eine Rechtsverletzung der Gewerkschaft bestehen. Nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Unterlassungsanspruch zur Abwehr von Eingriffen in alle nach § 823 BGB geschützten Rechte, Lebensgüter und Interessen geltend gemacht werden.⁹⁵³ Unter den Schutzbereich des § 823 BGB in

⁹⁴⁸ Koch, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 23, Rn. 20; Richardi/Thüsing, BetrVG, § 23, Rn. 99.

⁹⁴⁹ Im Detail dazu: 6. Kapitel, III., 4.

⁹⁵⁰ BAG, Beschl. v. 07.06.2017, Az. 1 ABR 32/15, BAGE 159, 222-236, Rn. 19; Urt. v. 17.05.2011, Az. 1 AZR 473/09, BAGE 138, 68-79, Rn. 38; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 68; Moll, in: Festschrift Bepler, 426 (428); Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 77, Rn. 52; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 248; Thees, in: Thüsing/Braun, 10. Kapitel, Rn. 37. Einem solchen Anspruch kritisch entgegensehend: Bauer, NZA 1999, 957 (958ff.); Buchner, NZA 1999, 897 (900).

⁹⁵¹ BAG, Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 87; Kreitner, in: Küttner, Unterlassungsanspruch, Rn. 22.

⁹⁵² BAG, Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 87; Kreitner, in: Küttner, Unterlassungsanspruch, Rn. 22.

⁹⁵³ BAG, Urt. v. 18.11.2014, Az. 1 AZR 257/13, BAGE 150, 50-65, Rn. 26; Urt. v. 20.11.2012, Az. 1 AZR 179/11, BAGE 143, 354-406, Rn. 54; Urt. v. 17.05.2011, Az. 1 AZR 473/09, BAGE 138, 68-79, Rn. 39; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 86.

Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG fällt auch das Recht der Koalition auf koalitionsmäßige, hier gewerkschaftliche Betätigung, sodass es nach Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gewährleistet wird.⁹⁵⁴ Somit kann eine Gewerkschaft als Koalition einen Unterlassungsanspruch gegen rechtswidrige Eingriffe in ihre von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete kollektive Koalitionsfreiheit geltend machen.⁹⁵⁵ Dabei findet der Grundrechtsschutz nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 aufgrund der Drittwirkung auch im Privatrecht Anwendung und kann sich somit auch gegen privatrechtliche Beschränkungen der Koalitionsfreiheit richten.⁹⁵⁶ Damit kann der Grundrechtsschutz auch gegen Maßnahmen des Arbeitgebers oder weiterer Dritter, welche die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft beeinträchtigen, geltend gemacht werden.

Die Anordnung oder Duldung des zusätzlichen Dienstes der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber müsste die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft einschränken oder behindern. Unter den Schutz der Koalitionsfreiheit einschließlich der Koalitionsbetätigungsfreiheit fallen sämtliche Betätigungen, die dem Zweck der Koalitionen dienen, um die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern, somit soll die Koalition nach Art. 9 Abs. 3 GG in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihrer Betätigung geschützt werden.⁹⁵⁷ Die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG wird eingeschränkt oder behindert, wenn die geschützte Regelungsbefugnis der Koalition durch Abreden oder Maßnahmen beeinträchtigt wird, die darauf gerichtet sind, die Wirkung eines Tarifvertrages zu vereiteln oder leerlaufen zu lassen.⁹⁵⁸

Für die Annahme einer Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit müsste ein Tarifvertrag im Anwendungsbereich der fraglichen Abreden oder Maßnahmen normativ gelten, sodass diese eine Veränderung des geltenden Tarifrechts und eine damit verbundene Beeinträchtigung der Regelungsbefugnis der Gewerkschaft begründen können.⁹⁵⁹ Sofern ein Tarifvertrag über die Dauer und Lage der Arbeitszeit sowie die Anordnung und Leistungsmodalitäten von Überstunden wirksam abgeschlossen wurde und für den jeweiligen Betrieb verbindlich gilt, liegt eine normative Wirkung des Tarifvertrages nach § 4 Abs. 1 TVG vor. Demnach kann das geltende Tarifrecht durch Abreden oder Maßnahmen beeinträchtigt werden, die zu einer Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft führen.

⁹⁵⁴ BAG, Urt. v. 18.11.2014, Az. 1 AZR 257/13, BAGE 150, 50-65, Rn. 26; Urt. v. 17.05.2011, Az. 1 AZR 473/09, BAGE 138, 68-79, Rn. 39; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 86; Thees, in: Thüsing/Braun, 10. Kapitel, Rn. 37.

⁹⁵⁵ BAG, Urt. v. 18.11.2014, Az. 1 AZR 257/13, BAGE 150, 50-65, Rn. 26; Urt. v. 17.05.2011, Az. 1 AZR 473/09, BAGE 138, 68-79, Rn. 39; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 86; Urt. v. 17.02.1998, Az. 1 AZR 364/97, BAGE 88, 38-53, Rn. 89; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 248; Thees, in: Thüsing/Braun, 10. Kapitel, Rn. 37.

⁹⁵⁶ BAG, Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 86; Urt. v. 17.02.1998, Az. 1 AZR 364/97, BAGE 88, 38-53, Rn. 71; Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb, GG, Art. 9, Rn. 91; Thees, in: Thüsing/Braun, 10. Kapitel, Rn. 37.

⁹⁵⁷ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 06.02.2007, Az. 1 BvR 978/05, NZA 2007, 394 (395); BAG, Beschl. v. 07.06.2017, Az. 1 ABR 32/15, BAGE 159, 222-236, Rn. 20; Urt. v. 17.02.1998, Az. 1 AZR 364/97, BAGE 88, 38-53, Rn. 52; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 248; Schwarze, RdA 2005, 159 (161).

⁹⁵⁸ BAG, Beschl. v. 07.06.2017, Az. 1 ABR 32/15, BAGE 159, 222-236, Rn. 20; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 97; Kania, in: Erfurter Kommentar, BetrVG, § 77, Rn. 52; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 248; Schwarze, RdA 2005, 159 (161).

⁹⁵⁹ BAG, Beschl. v. 07.06.2017, Az. 1 ABR 32/15, BAGE 159, 222-236, Rn. 21; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 99; Kreitner, in: Küttner, Unterlassungsanspruch, Rn. 21; Thees, in: Thüsing/Braun, 10. Kapitel, Rn. 37; Bauer, NZA 1999, 957 (958).

Darüber hinaus muss der jeweilige Tarifvertrag für den Teil der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, der ihren Gegenstand bildet, den Zweck nicht mehr erreichen können, dabei ist es unerheblich, dass die entsprechenden Abreden oder Maßnahmen nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG nichtig sind und die tarifliche Ordnung nicht in rechtlich erzwingbarer Weise ersetzen können.⁹⁶⁰ Die Koalitionsfreiheit wird bereits durch solche Absprachen und Maßnahmen beeinträchtigt, die faktisch dazu geeignet sind, aufgrund ihres erklärten Geltungsanspruches an die Stelle der tariflichen Regelung zu treten.⁹⁶¹ Für den Schutz nach Art. 9 Abs. 3 GG ist die Zielrichtung der Absprache oder Maßnahme entscheidend, die rechtliche Wirkung hingegen unerheblich.⁹⁶² Dabei setzt der Eingriff in die Tarifautonomie der Gewerkschaft voraus, dass die Tarifnorm als kollektive Ordnung verdrängt und damit ihrer zentralen Funktion beraubt wird.⁹⁶³ Dies erfordert eine betriebliche Regelung, die einheitlich wirken und an die Stelle der Tarifnorm treten soll.⁹⁶⁴ Eine solche Zielrichtung kann nicht nur bei Betriebsvereinbarungen angenommen werden, sondern auch bei vertraglichen Einheitsregelungen als bewährte Instrumente zur Gestaltung der betrieblichen Ordnung.⁹⁶⁵ Dabei ist die Verdrängung der Tarifnorm als kollektive Ordnung offenkundig, wenn die vertragliche Einheitsregelung auf einer Regelungsabrede beruht oder wenn die entsprechenden Vertragsangebote ausdrücklich vom Betriebsrat unterstützt werden.⁹⁶⁶

Ordnet der Arbeitgeber einen zusätzlichen Dienst an oder wird dieser von ihm geduldet, widerspricht die Leistung dessen den im Rahmen eines Tarifvertrages geregelten Arbeitsbedingungen hinsichtlich der Dauer und Lage der Arbeitszeit sowie der Anordnung und Leistungsmodalitäten von Überstunden.

Eine solche Abweichung vom Tarifvertrag kann nicht unter Heranziehung des Günstigkeitsprinzips nach § 4 Abs. 3 TVG zulässig sein. Nach § 4 Abs. 3 TVG können von den Tarifverträgen abweichende Regelungen getroffen werden. Dies setzt aber voraus, dass im Tarifvertrag eine Öffnungsklausel geregelt oder eine solche Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers getroffen wird (Günstigkeitsprinzip).⁹⁶⁷ Das im Rahmen des § 4 Abs. 3 TVG geregelte Günstigkeitsprinzip ist ein Unterfall des im Arbeitsrecht als allgemeine Kollisionsnorm geltende Günstigkeitsprinzip und geht auf das arbeitsrechtliche Schutzprinzip zurück, das Vereinbarungen zugunsten des Arbeitnehmers immer

⁹⁶⁰ BAG, Beschl. v. 07.06.2017, Az. 1 ABR 32/15, BAGE 159, 222-236, Rn. 20; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 97; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 248.

⁹⁶¹ BAG, Beschl. v. 07.06.2017, Az. 1 ABR 32/15, BAGE 159, 222-236, Rn. 20; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 97; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 248.

⁹⁶² BAG, Beschl. v. 07.06.2017, Az. 1 ABR 32/15, BAGE 159, 222-236, Rn. 20; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 97; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 250.

⁹⁶³ BAG, Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 98; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 248; Bauer, NZA 1999, 957 (958).

⁹⁶⁴ BAG, Urt. v. 17.05.2011, Az. 1 AZR 473/09, BAGE 138, 68-79, Rn. 42; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 98; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 248; Bauer, NZA 1999, 957 (958).

⁹⁶⁵ BAG, Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 98; Beschl. v. 16.09.1986, Az. GS 1/82, NZA 1987, 168 (171f.); Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 248.

⁹⁶⁶ BAG, Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 98; Stein, in: Kempen/Zachert, TVG, § 4, Rn. 248; Kreitner, in: Küttner, Unterlassungsanspruch, Rn. 21.

⁹⁶⁷ Kreitner, in: Küttner, Günstigkeitsprinzip, Rn. 1; Koch, in: Schaub/Koch, Günstigkeitsprinzip.

möglich sein sollen.⁹⁶⁸ Das Günstigkeitsprinzip gilt im Verhältnis von Arbeitsvertrag zu Tarifvertrag, aber auch im Verhältnis von Betriebsvereinbarung, als andere Abmachung, zu Tarifvertrag, sofern die §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 BetrVG diesem Prinzip nicht entgegenstehen.⁹⁶⁹ Ordnet der Arbeitgeber den Arbeitnehmern den zusätzlichen Dienst an oder duldet er diesen, handelt es sich weder um eine vom Tarifvertrag abweichende arbeitsvertragliche Regelung, noch um eine im Rahmen einer Betriebsvereinbarung abweichende Regelung vom Tarifvertrag. Das Günstigkeitsprinzip setzt aber voraus, dass unterschiedliche Arbeitsbedingungen im Arbeitsverhältnis gelten und der inhaltliche Widerspruch, die Kollision durch das Günstigkeitsprinzip aufzulösen wäre.⁹⁷⁰ Die Arbeitsbedingungen des Arbeitsverhältnisses werden aber nicht durch die Anordnung oder Duldung des zusätzlichen Dienstes abgeändert, da der Arbeitgeber ein solches Anordnungsrecht nicht einseitig begründen kann.⁹⁷¹ Auch führt die Vornahme des zusätzlichen Dienstes als solche nicht bereits zu einer Konkretisierung oder konkludenten Vereinbarung der Arbeitsbedingungen dahingehend, dass eine Verpflichtung der Arbeitnehmer zum zusätzlichen Dienst begründet wird.⁹⁷² Demnach bestehen durch die Anordnung oder Duldung des zusätzlichen Dienstes des Arbeitgebers nicht unterschiedliche Arbeitsbedingungen im Arbeitsverhältnis, deren Kollision durch das Günstigkeitsprinzip aufzulösen wäre, sodass dieses Prinzip nicht zur Anwendung kommt.

Die Anordnung oder Duldung des zusätzlichen Dienstes durch den Arbeitgeber ist somit nicht vom Günstigkeitsprinzip erfasst und könnte demnach zu einer Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft führen. Eine solche Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft kann angenommen werden, wenn der Geltungsbereich des Tarifvertrags durch Betriebsvereinbarungen oder einheitliche tarifnormwidrige Regelungen in einzelnen Arbeitsverträgen, die auf einer Regelungsabrede beruhen oder als Vertragsangebote ausdrücklich vom Betriebsrat unterstützt werden, beeinträchtigt werden, indem durch diese die Tarifnorm als kollektive Ordnung verdrängt und damit der Tarifvertrag vereitelt wird bzw. leerläuft.⁹⁷³ Die Anordnung oder Duldung des zusätzlichen Dienstes des Arbeitgebers stellt weder eine Betriebsvereinbarung, noch eine vertragliche Einheitsregelung dar, die von der tarifvertraglichen Regelung hinsichtlich der Dauer und Lage der Arbeitszeit sowie der Anordnung und Leistungsmodalitäten von Überstunden abweicht, um die Tarifnormen als kollektive Ordnung zu verdrängen und den Tarifvertrag zu vereiteln bzw. leerlaufen zu lassen. Nach der Rechtsprechung sind nicht bereits tarifnormwidrige Regelungen in einzelnen Arbeitsverträgen oder fehlerhafte Anschlussregelungen auf der betrieblichen Ebene ausreichend, um

⁹⁶⁸ BAG, Urt. v. 05.03.2013, Az. 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 (920), Rn. 55; Beppler, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TVG, § 4, Rn. 95f; Kreitner, in: Küttner, Günstigkeitsprinzip, Rn. 1.

⁹⁶⁹ Beppler, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TVG, § 4, Rn. 100; Kreitner, in: Küttner, Günstigkeitsprinzip, Rn. 2; Löwisch/Rieble, TVG, § 4, Rn. 538.

⁹⁷⁰ Beppler, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Band 3, TVG, § 4, Rn. 100; Löwisch/Rieble, TVG, § 4, Rn. 539; Koch, in: Schaub/Koch, Günstigkeitsprinzip.

⁹⁷¹ Im Detail dazu: 2. Kapitel, II.

⁹⁷² Im Detail dazu: 2. Kapitel, II., 3. und 4.

⁹⁷³ BAG, Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 98; Kreitner, in: Küttner, Unterlassungsanspruch, Rn. 21.

den geltenden Tarifvertrag in Frage zu stellen und damit die Koalitionsfreiheit einzuschränken oder zu behindern.⁹⁷⁴ Die Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit setzt vielmehr voraus, dass solche Abreden und Maßnahmen vorliegen, die faktisch dazu geeignet sind, aufgrund ihres erklärten Geltungsanspruches an die Stelle der tariflichen Regelung zu treten.⁹⁷⁵ Eine solche Handhabung des zusätzlichen Dienstes durch den Arbeitgeber ist aber schon nicht faktisch geeignet, um an die Stelle der tariflichen Regelungen zu treten. Es handelt sich vielmehr um mit der Zurverfügungstellung der mobilen Kommunikationsmittel verbundene (vermeintliche) Erwartungshaltungen, betriebliche Gewohnheiten, einzelne Anordnungen von Vorgesetzten oder dem mit dem Arbeitsanfall verbundenen Erfordernis, auch außerhalb der üblichen Arbeitszeit tätig zu werden. Demnach fehlt es bereits an einer Regulierung, wie den einheitlichen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen oder der Betriebsvereinbarung, die gelten und an die Stelle des Tarifvertrages treten sollen, um die Tarifnorm als kollektive Ordnung zu verdrängen. Zudem eine solche Handhabung auch keine einheitliche Regulierung darstellen kann, da der zusätzliche Dienst unterschiedlich gehandhabt und begründet werden soll. Eine solche Handhabung ist demnach nicht bereits geeignet, um die Wirkung eines Tarifvertrages zu vereiteln bzw. leerlaufen zu lassen. Es fehlt damit an einer Verletzung der Koalitionsfreiheit durch die Anordnung oder Duldung des zusätzlichen Dienstes der Arbeitnehmer seitens des Arbeitgebers. Dem steht auch nicht der verfassungsrechtliche Schutz der Koalitionsfreiheit und die damit verbundene gewerkschaftliche Betätigung der Gewerkschaft entgegen. Die Regelungen der Tarifverträge können durch die einzelnen Arbeitnehmer, für die diese Tarifverträge Anwendung finden, auf individualrechtlicher Ebene durchgesetzt werden.⁹⁷⁶ Diesen Arbeitnehmern steht die Möglichkeit zu, die tarifrechtlichen Regelungen durch Individualklagen geltend zu machen und damit das durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Interesse an der Umsetzung des Tarifvertrages durchzusetzen, sodass damit ein tarifwidriges Verhalten des Arbeitgebers unterbunden wird.⁹⁷⁷ Zudem im Rahmen des Unterlassungsanspruchs gegen tarifwidrige betriebliche Regelungen nicht die Befugnis der Gewerkschaft eingeschlossen wird, Individualansprüche der Mitglieder einzuklagen, da dieser Anspruch lediglich dem Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit dienen soll.⁹⁷⁸ Somit ist bereits eine Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft durch die Anordnung oder Duldung des zusätzlichen Dienstes der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber abzulehnen.

Der Gewerkschaft steht nicht ein Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG wegen der Anordnung und Duldung des zusätzlichen Dienstes zu.

⁹⁷⁴ BAG, Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 98.

⁹⁷⁵ BAG, Beschl. v. 07.06.2017, Az. 1 ABR 32/15, BAGE 159, 222-236, Rn. 20; Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 97.

⁹⁷⁶ Schwarze, RdA 2005, 159 (161f.).

⁹⁷⁷ Schwarze, RdA 2005, 159 (160f.).

⁹⁷⁸ BAG, Beschl. v. 20.04.1999, Az. 1 ABR 72/98, BAGE 91, 210-234, Rn. 102.

V. Lösungen durch gesetzliche und untergesetzliche Regelungen

Zudem können gesetzliche und untergesetzliche Regelungen erlassen werden, durch deren Regelungen Lösungen für die mit der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit verbundenen Auswirkungen für die Arbeitnehmer geschaffen werden würden.

1. Verabschiedung des Wahlarbeitszeitgesetzes

In Diskussion ist die Lockerung der arbeitszeitrechtlichen Grenzen, unter anderem durch die Einführung eines Wahlarbeitszeitgesetzes. Die Öffnung des Arbeitszeitgesetzes für Abweichungen könnte dabei auch die Vornahme des zusätzlichen Dienstes der Arbeitnehmer erleichtern.

a) Regelungsgegenstand des Wahlarbeitszeitgesetzes

Durch die Digitalisierung und die Verwendung neuer technischer Möglichkeiten im Arbeitsalltag muss die Arbeitszeitgestaltung den steigenden Flexibilitätsanforderungen an die Betriebe und den veränderten Bedürfnissen der Beschäftigten gerecht werden, was durch eine gute Verabredungskultur aber auch durch neue Flexibilitätskompromisse erreicht werden könnte.⁹⁷⁹ Den Flexibilitätsanforderungen stehen aber die strengen Grenzen des Arbeitszeitgesetzes entgegen, weshalb Arbeitgeberverbände, allen voran die Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände (BDA), immer stärker die Öffnung des Arbeitszeitgesetzes fordern.⁹⁸⁰ Eine solche Öffnung des Arbeitszeitgesetzes wird im Weißbuch 4.0 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (im Folgenden: BMAS) erläutert. Danach soll die Öffnung durch ein Wahlarbeitszeitgesetz umgesetzt werden, das den einzelnen Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes an die gegenwärtige Realität anzupassen, ohne dabei die Rahmenbedingungen des Gesetzes insgesamt aufzuheben.⁹⁸¹ Das vom BMAS erarbeitete Wahlarbeitszeitgesetz baut auf einem Vorschlag des Deutschen Juristinnenbundes auf.⁹⁸² Die damit zu regelnde Öffnungsklausel soll konditionierte und begrenzte Abweichungen von den derzeit bestehenden Regelungen des Arbeitszeitgesetzes hinsichtlich Tageshöchst Arbeitszeit und Ruhezeit auf Initiative der Beschäftigten oder des Arbeitgebers ermöglichen.⁹⁸³ Die Unternehmen können demnach nicht nach Belieben von den Regelungen des Arbeitszeitgesetzes abweichen, sie können nur unter Einhaltung der strengen Voraussetzungen des Wahlarbeitszeitgesetzes von einer solchen Öffnungsklausel Gebrauch machen. Dabei wird als erste Voraussetzung für die Abweichung gefordert, dass ein Tarifvertrag besteht, welcher die Öffnung des Arbeitszeitgesetzes für Abweichungen zulässt und zumindest die genauen Anforderungen an betriebliche Wahlarbeitszeitkonzepte festlegt, aber auch die Öffnung für bestimmte Beschäftigtengruppen einschränken kann.⁹⁸⁴ Des Weiteren muss eine Betriebsvereinbarung über

⁹⁷⁹ BMAS, in: Weißbuch, S. 81; Lüthge, SPA 2017, 41.

⁹⁸⁰ Lüthge, SPA 2017, 41.

⁹⁸¹ Lüthge, SPA 2017, 41.

⁹⁸² Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

⁹⁸³ BMAS, in: Weißbuch, S. 125; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (57); Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

⁹⁸⁴ BMAS, in: Weißbuch, S. 125; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (57).

Wahlarbeitszeitkonzepte vorliegen, die zumindest klare Festlegungen zur Aufzeichnung der Arbeitszeit und der Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen enthält.⁹⁸⁵ Es muss dann auch die individuelle Zustimmung des von der Abweichung des Arbeitszeitgesetzes betroffenen Arbeitnehmers eingeholt werden.⁹⁸⁶ Auch müssen dem Mehr an Flexibilität neue Schutzrechte entgegengestellt werden, indem beispielsweise eine maximal zweifache Überschreitung der gesetzlichen Tageshöchstleistungszeit von zehn Stunden nicht zu einer Überschreitung der durchschnittlichen wöchentlichen Höchstleistungszeit von 48 Stunden führen darf und spätestens in der Folgewoche ein freier Arbeitstag gewährt werden muss.⁹⁸⁷ Die bisher geltenden Ausgleichszeiträume, in denen im Schnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden dürfen, wären auch enger zu fassen.⁹⁸⁸ Als weitere Voraussetzung für die Öffnung müssen die Betriebe die Bereitschaft aufzeigen, die Auswirkungen der Abweichungen vom Arbeitszeitgesetz im Rahmen eines Experimentierraums zu evaluieren oder evaluieren zu lassen, um die Ergebnisse der Bundesregierung zugänglich zu machen.⁹⁸⁹ Das Wahlarbeitszeitgesetz soll für zwei Jahre befristet werden, sodass die Abweichung von den Regelungen der Tageshöchstleistungszeit und Ruhezeit erprobt werden kann.⁹⁹⁰ Nach Ablauf der zwei Jahre sollen die Ergebnisse im Hinblick auf innovative sozialpartnerschaftliche und betriebliche Kompromisse sowie die Auswirkungen auf die Arbeitszufriedenheit und den Arbeitsschutz ausgewertet werden, um so die Bedeutung der Arbeitszeitgesetzgebung für den Arbeits- und Gesundheitsschutz zu ermitteln.⁹⁹¹ Sofern die Ergebnisse dies unterstützen, könnte die Öffnungsklausel dauerhaft eingeführt werden.⁹⁹²

Wird ein solches Wahlarbeitszeitgesetz eingeführt und die benannten Voraussetzungen für die Öffnung des Arbeitszeitgesetzes erfüllt, könnten sich die Arbeitnehmer, anders wie bisher, über die Grenzen des Arbeitszeitgesetzes hinaus ständig erreichbar halten und in ihrer Freizeit tätig werden, dabei die Höchstleistungszeit nach § 3 ArbZG überschreiten und die elfstündige Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG unterschreiten. Zu beachten ist aber, dass die Abweichung vom Arbeitszeitgesetz nicht unbeschränkt möglich wäre. Es müssten zusätzlich geregelte Schutzrechte eingehalten werden, um die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen und ihn vor Überlastung, Übermüdung und weiteren Beeinträchtigungen zu bewahren. Somit wäre ein maßloses Abweichen von den Bestimmungen der Höchstleistungszeit und der Mindestruhezeit, ohne Einhaltung von Schutzrechten, auch im Rahmen des Wahlarbeitszeitgesetzes nicht möglich. Eine unbeschränkte Erreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit wäre damit auch nach Einführung eines Wahlarbeitszeitgesetzes und der damit verbundenen Öffnung des Arbeitszeitgesetzes unzulässig, da die festgelegten Schutzrechte einzuhalten wären.

⁹⁸⁵ BMAS, in: Weißbuch, S. 125; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (57).

⁹⁸⁶ BMAS, in: Weißbuch, S. 125; Krause, NZA-Beilage 2017, 53 (57); Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

⁹⁸⁷ BMAS, in: Weißbuch, S. 126.

⁹⁸⁸ BMAS, in: Weißbuch, S. 126.

⁹⁸⁹ BMAS, in: Weißbuch, S. 126; Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

⁹⁹⁰ BMAS, in: Weißbuch, S. 126; Braun/Sura, ZRP 2018, 75 (76f.); Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

⁹⁹¹ BMAS, in: Weißbuch, S. 126f.

⁹⁹² BMAS, in: Weißbuch, S. 126.

b) Erfordernis eines Wahlarbeitszeitgesetzes

Es müsste ein Erfordernis für das Wahlarbeitszeitgesetz und damit ein gesetzlicher Handlungsbedarf bestehen, um durch eine solche gesetzliche Regelung auch den zusätzlichen Dienst zu erleichtern.

Die Einführung des Wahlarbeitszeitgesetzes könnte das enge Korsett des Arbeitszeitgesetzes durch einen weitgesteckten Rahmen auflockern, indem den einzelnen Unternehmen zusammen mit den Betriebsräten und Gewerkschaften ermöglicht werden würde, spezielle Lösungen im Hinblick auf die Arbeitszeit zu finden, die den unterschiedlichen Anforderungen des Unternehmens, der Tätigkeit und den Arbeitnehmerbedürfnissen gerecht werden.⁹⁹³ Solche innovativen Arbeitszeitarangements würden dann auf dem Prinzip flexibel, aber selbstbestimmt beruhen.⁹⁹⁴

Einer solchen Regelung eines innovativen Arbeitszeitarangements steht aber entgegen, dass die Abweichung vom Arbeitszeitgesetz einen Tarifvorbehalt und das Erfordernis der Mitwirkung des Betriebsrats vorsieht, sodass ein erheblicher Teil der Unternehmen in Deutschland von der Abweichungsmöglichkeit keinen Gebrauch machen könnten.⁹⁹⁵ Dazu gehören die tarifgebundenen Unternehmen ohne Betriebsrat und die tarifungebundenen Unternehmen mit Betriebsrat, obwohl in diesen Unternehmen der Schutz der Arbeitnehmer durch jeweils Betriebsrat oder Gewerkschaft gewährleistet wird; aus welchen Gründen diese Unternehmen von der Abweichungsmöglichkeit ausgeschlossen werden sollen, ist nicht erkennbar.⁹⁹⁶ Die Gewerkschaften und auch die Betriebsräte können jeweils die Interessen der Arbeitnehmer wahrnehmen und sich vor Eingriffen des Arbeitgebers schützen. Die Betriebsräte und Gewerkschaften können Maßnahmen ergreifen, um den Schutz der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Arbeitszeit zu gewährleisten und die Unterlassung von Maßnahmen des Arbeitgebers zu fordern. Einer angemessenen Interessenwahrnehmung durch den Betriebsrat kann auch nicht eine vermeintliche Abhängigkeit der Mitglieder des Betriebsrats als Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber entgegenstehen, sodass die Wahrnehmung der Schutzrechte erst zusammen mit der Gewerkschaft, wegen ihrer Unabhängigkeit zum Arbeitgeber, gesichert würde. Die Mitglieder des Betriebsrats haben Schutzrechte, wie unter anderem den Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG, um nicht durch den Arbeitgeber im Rahmen ihrer Aufgabenwahrnehmung beeinträchtigt zu werden. Auch ist es nicht nachvollziehbar, weshalb von den Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes nicht allein durch die Gewerkschaften abgewichen werden können soll, sondern die Beteiligung des Betriebsrats, als weitere Voraussetzung des Wahlarbeitszeitgesetzes, für die Abweichung gefordert werde. Die Gewerkschaften sind in der Wahrnehmung der Interessen vom Arbeitgeber unabhängig, sodass im Rahmen der tarifvertraglichen Regelungen ein angemessenes Schutzniveau für die Arbeitnehmer geschaffen werden kann. Zudem ist bereits nach der aktuellen Gesetzeslage nach § 7 ArbZG die Abweichung von der Höchstarbeitszeit und der Mindestruhezeit durch die Tarifparteien, ohne eine Beteiligung des Betriebsrates, möglich, sodass die Vorgaben des

⁹⁹³ Zumkeller, BB 2015, I.

⁹⁹⁴ BMAS, in: Weißbuch, S. 126; Schirmer, NZA-Beilage 2016, 85 (87).

⁹⁹⁵ Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

⁹⁹⁶ So auch etwa: Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

Wahlarbeitszeitgesetzes die Abweichungsmöglichkeit vom Arbeitszeitgesetz erschweren würden. Die benannten Voraussetzungen für die Abweichung vom Arbeitszeitgesetz lassen auch unberücksichtigt, dass der Arbeitnehmerschutz im Sinne einer vertrauensbildenden Interessenberücksichtigung, über die Beteiligung von Betriebsräten und Gewerkschaften hinaus, durch besondere Maßnahmen gesichert werden kann, wie unter anderem durch begleitende Evaluierungen von Konzepten zur Sicherung der Arbeitnehmerinteressen.⁹⁹⁷ Eine angemessene Konzeptausgestaltung könnte durch Audits und Zertifizierungen erreicht werden, mit deren Hilfe inhaltlich-personelle Unterstützung geleistet werden könnte; auch könnten die regionalen Innovations- und Beratungszentren gefördert werden, welche die Betriebe sowie Betriebs- und Personalräte über technische Innovationen informieren und beraten.⁹⁹⁸ Aufgrund der vielfältigen Möglichkeiten zur Gewährleistung des Schutzes der Arbeitnehmer ist auch nicht ersichtlich, weshalb die tarifungebundenen Unternehmen ohne Betriebsrat vom Anwendungsbereich der Öffnungsklausel und damit der Möglichkeit der Abweichung vom Arbeitszeitgesetz ausgeschlossen werden sollten.⁹⁹⁹

Die benannten strengen Voraussetzungen der Öffnungsklausel machen vielmehr den Anschein, nicht der Innovationsförderung zu dienen, sondern primär lenkungspolitisch motiviert zu sein, um die Tarifbindung zu stärken und die Betriebsratsquote zu erhöhen.¹⁰⁰⁰ Die Tarifbindung hat zwar wegen der breiten Geltungskraft der Tarifverträge den Vorteil, dass die Veränderungsprozesse in Zeiten der Digitalisierung durch die Regulierung von Arbeitsbedingungen auch dort möglich wird, wo der Staat sie in allgemeiner Gesetzesform kaum oder gar nicht in vergleichbarer Klarheit, Passgenauigkeit und Detailtiefe fassen könnte.¹⁰⁰¹ Damit haben die Arbeitnehmervertreter für die erfolgreiche Gestaltung von Arbeitsbedingungen eine große Bedeutung, weshalb nach dem BMAS auch die Gründung von Betriebsräten gefördert werden sollte.¹⁰⁰² Die Stärkung der Tarifbindung und die Erhöhung der Betriebsratsquote ist somit grundsätzlich erstrebenswert, um passgenaue innerbetriebliche Lösungen zu finden. Es ist aber nicht erkennbar, weshalb es hierzu eines Wahlarbeitszeitgesetzes bedarf. Die Möglichkeit vom Arbeitszeitgesetz abweichende Regelungen zu treffen, besteht für die Tarif- und Betriebsparteien, sofern diese durch die Tarifparteien dazu legitimiert wurden, bereits nach § 7 ArbZG. Auch können nach § 7 Abs. 3 S. 1 ArbZG im Geltungsbereich eines Tarifvertrags nach § 7 Abs. 1, 2 oder 2a ArbZG abweichende tarifvertragliche Regelungen im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Arbeitgebers durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung oder, wenn ein Betriebs- oder Personalrat nicht besteht, durch schriftliche Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer übernommen werden. Somit können auch Unternehmen ohne eine tarifliche Organisation und ohne einen eingerichteten Betriebsrat in den Betrieben, unter den genannten Voraussetzungen, die Abweichung vom Arbeitszeitgesetz nach § 7 Abs. 3 ArbZG für sich nutzen. Dies müsste auch im Rahmen

⁹⁹⁷ Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (53).

⁹⁹⁸ Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (51).

⁹⁹⁹ So auch etwa: Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

¹⁰⁰⁰ Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (53).

¹⁰⁰¹ BMAS, in: Weißbuch, S. 157.

¹⁰⁰² BMAS, in: Weißbuch, S. 158.

des Wahlarbeitszeitgesetzes berücksichtigt werden, um einen Anreiz zum Verbandsbeitritt zu schaffen, aber gleichzeitig die höhere Gewichtung der positiven Koalitionsfreiheit im Verhältnis zur negativen Koalitionsfreiheit und damit eine Verletzung des Grundrechts nach Art. 9 Abs. 3 GG zu vermeiden. Bisher lässt sich dem Vorhaben eine solche zusätzliche Regelung nicht entnehmen.

Zudem würde die weitere Voraussetzung, dass die Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers für die Abweichung einzuholen wäre, zu einem administrativen Mehraufwand führen und auch die Nutzung der Abweichungsmöglichkeit gefährden, da der Arbeitnehmer seine Zustimmung verwehren könnte.¹⁰⁰³ Das Wahlarbeitszeitgesetz setzt somit hohe Anforderungen an die Abweichung vom Arbeitszeitgesetz und erschwert damit die Öffnung des Arbeitszeitgesetzes für abweichende Regelungen.¹⁰⁰⁴ Bisher haben die Unternehmen von den bereits bestehenden Abweichungsmöglichkeiten nach § 7 ArbZG zurückhaltend Gebrauch gemacht, sodass es fragwürdig erscheint, weshalb sie im Rahmen des Wahlarbeitszeitgesetzes von der dort vorgesehenen strengeren Abweichungsmöglichkeit Gebrauch machen sollten.¹⁰⁰⁵

Zudem würde der Tarifvorbehalt des Wahlarbeitszeitgesetzes voraussetzen, dass die Sozialpartner zügig die Tarifverträge öffnen und damit an dem Experiment der Arbeitszeitflexibilisierung teilnehmen, um so Ergebnisse aus der Praxis zu gewinnen und diese für eine Reform des Arbeitszeitgesetzes zu nutzen.¹⁰⁰⁶ Dabei bedarf es neben den Ergebnissen aus der Praxis auch einer arbeitswissenschaftlichen Untersuchung, nach der überprüft werden sollte, inwieweit das hohe Arbeitsschutzniveau, das der bestehende gesetzliche Rahmen bietet, auch bei veränderten Rahmenbedingungen oder neuen Arbeitsformen sichergestellt wird.¹⁰⁰⁷ Da das Arbeitszeitgesetz der Sicherheit und dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer dient (§ 1 Nr. 1 ArbZG), sollten nur dann Abweichungen zulässig sein, wenn die Auswirkungen der Abweichungen auf die Gesundheit abgebildet werden können, auch bei solchen Abweichungsmöglichkeiten, die als Experimentierklausel vorübergehend eingeführt werden sollen.

Die Zeit- und Ortssouveränität der Arbeitnehmer kann bereits durch die Ausweitung der tariflichen und betrieblichen Angebote und des Personenkreises, der sie in Anspruch nehmen kann sowie eine Unternehmenskultur, die die tatsächliche Inanspruchnahme der Angebote unterstützt,¹⁰⁰⁸ mit den bestehenden gesetzlichen Regelungsmöglichkeiten erreicht werden.¹⁰⁰⁹ Dies gilt auch für die Abweichungen vom Arbeitszeitgesetz zur Flexibilisierung der mit der ständigen Erreichbarkeit verbundenen Freizeitaktivität. Diese kann durch die Kürzung der Mindestruhezeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 3

¹⁰⁰³ Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

¹⁰⁰⁴ Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

¹⁰⁰⁵ Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (53).

¹⁰⁰⁶ Lühge, SPA 2017, 41 (42).

¹⁰⁰⁷ BMAS, in: Weißbuch, S. 121.

¹⁰⁰⁸ BMAS, in: Weißbuch, S. 119.

¹⁰⁰⁹ So: Schubert im Rahmen der 16. NZA-Jahrestagung 2016, in: Einfeld, NZA 2017, 103 (106).

ArbZG und die Regelung von Abweichungen der Mindestruhezeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG flexibler gestaltet werden. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG können, neben der Kürzung der Ruhezeit, vom Erfordernis einer ununterbrochenen Ruhezeit abgesehen sowie die Zusammenlegung der durch die Freizeittätigkeit unterbrochenen Ruhezeit geregelt werden, sodass die einzelnen Bruchteile der Ruhezeit als eine einheitliche Ruhezeit gelten.¹⁰¹⁰ Eine solche Regelung ist für diesen zusätzlichen Dienst insbesondere aus dem Grund eine bedeutende Erleichterung, weil der Arbeitnehmer in seiner Freizeit tätig werden kann, ohne den Neubeginn der Ruhezeit auszulösen und nur die gekürzte Ruhezeit einzuhalten hat. Einer Lockerung der Mindestruhezeit durch die Einführung eines Wahlarbeitszeitgesetzes bedarf es somit nicht, ein Mehrwert einer solchen Regelung für den zusätzlichen Dienst ist im Hinblick auf die Ruhezeit nicht ersichtlich.

Anders könnte es hinsichtlich der Höchstarbeitszeit sein, da nach § 7 ArbZG für die sich aus der ständigen Erreichbarkeit ergebende Freizeittätigkeit keine Möglichkeit besteht, um die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG weiter auszudehnen. Durch das Wahlarbeitszeitgesetz könnte eine solche Möglichkeit eröffnet werden. Im Rahmen der Öffnung des Arbeitszeitgesetzes ist aber eine Abkehr von der Norm des acht Stunden Tages, zugunsten nur noch einer Wochenhöchstarbeitszeit, nach den Zielen des Arbeitsschutzes und der Zeitsouveränität abzulehnen.¹⁰¹¹ Somit müsste der acht Stunden Arbeitstag auch nach dem Wahlarbeitszeitgesetz grundsätzlich beibehalten werden. Darüber hinaus wäre zu beachten, dass der zusätzliche Dienst nur einen vorübergehenden kurzfristigen Bedarf abdecken und dem Arbeitgeber für solche Fälle eine Abrufmöglichkeit geben soll. Demnach soll während der ständigen Erreichbarkeit die Ruhezeit überwiegen, denn der Arbeitnehmer soll nicht wie im Rahmen der üblichen Arbeitszeit ständig Tätigwerden, sondern nach Bedarf und damit nur ausnahmsweise. Sofern ein ständiger Arbeitsbedarf besteht, wäre dieser durch zusätzliches Personal und die Einführung eines Schichtsystems zu regulieren. Der zusätzliche Dienst ist nicht geeignet, um einen solchen ständigen Arbeitsbedarf des Arbeitgebers zu decken. Damit besteht auch grundsätzlich kein Bedarf für die Freizeittätigkeit, die sich aus der regulierten ständigen Erreichbarkeit ergibt, die Höchstarbeitszeit durch die Öffnungsklausel des Wahlarbeitszeitgesetzes noch weiter auszudehnen.

c) Ergebnis

Die arbeitszeitrechtlichen Grenzen für den zusätzlichen Dienst werden bereits durch die Abweichungsmöglichkeiten nach § 7 ArbZG aufgelockert. Die Einführung des Wahlarbeitszeitgesetzes würde keinen Mehrwert bieten, um die Abweichung vom Arbeitszeitgesetz für den zusätzlichen Dienst zu ermöglichen und ein Mehr an Flexibilität anzubieten. Ein gesetzlicher Handlungsbedarf für das Wahlarbeitszeitgesetz zur Erleichterung des zusätzlichen Dienstes ist demnach nicht erkennbar.

¹⁰¹⁰ Deutscher Bundestag, Drucksache 12/5888, v. 13.10.1993, S. 27; Baeck/Deutsch, ArbZG, § 7, Rn. 87; Ambs, in: Erbs/Kohlhaas, ArbZG, § 7, Rn. 6; Wank, in: Erfurter Kommentar, ArbZG, § 7, Rn. 14.

¹⁰¹¹ BMAS, in: Weißbuch, S. 124.

Sofern die Arbeitnehmer vor der digitalen Ansprache in der Freizeit durch den Arbeitgeber geschützt werden sollen, ist auch hier ein gesetzlicher Handlungsbedarf abzulehnen.¹⁰¹² Die Arbeitnehmer sind grundsätzlich nicht verpflichtet, für ihren Arbeitgeber in ihrer Freizeit erreichbar zu sein, es sei denn, es wurden vertragliche und rechtlich zulässige Vereinbarungen zur Leistung eines zusätzlichen Dienstes einschließlich der Modalitäten getroffen. Ein gesetzlicher Handlungsbedarf im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit und der Freizeittätigkeit ist demnach abzulehnen. Es besteht vielmehr ein Handlungsbedarf der einzelnen Unternehmen, die den Umgang mit den mobilen Kommunikationsmitteln regeln und Vereinbarungen zum zusätzlichen Dienst treffen sollten.

2. Erlass einer Verordnung zum Schutz vor Gefährdungen durch psychische Belastung bei der Arbeit (im Folgenden: Anti-Stress-Verordnung)

Die Anti-Stress-Verordnung stellt eine Arbeitsschutzverordnung dar, welche durch die Bundesregierung auf Grundlage von § 18 ArbSchG erlassen werden kann.¹⁰¹³ Es handelt sich bei solchen Verordnungen um untergesetzliche Regelungen, da diese nicht als formelles Gesetz im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahren erlassen werden, aber materiell die Wirkung eines Gesetzes haben.¹⁰¹⁴ Die Fraktion DIE LINKE. und einzelne Abgeordnete haben mit Antrag vom 18. Januar 2017 den Erlass der Anti-Stress-Verordnung gefordert (Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/10892). Die Anti-Stress-Verordnung wurde bisher noch nicht erlassen, da in der Politik Uneinigkeit darüber besteht, ob es einer solchen Verordnung tatsächlich bedarf. Durch die Regelungen der Anti-Stress-Verordnung könnten die Arbeitnehmer auch vor den Belastungen durch die ständige Erreichbarkeit geschützt und die damit verbundenen Gefahren aufgedeckt werden.

a) Regelungsinhalt der Anti-Stress-Verordnung

Die Arbeit kann neben den physischen Belastungen auch psychische Belastungen zur Folge haben und damit die Lebensqualität der Arbeitnehmer verschlechtern. Nach dem Arbeitsschutzgesetz sollen Gefährdungen der physischen und auch der psychischen Gesundheit möglichst vermieden bzw. geringgehalten werden (§ 4 Nr. 1 ArbSchG). Die psychischen Belastungen sollen auch im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG berücksichtigt werden. Die Anti-Stress-Verordnung als Verordnung nach § 18 ArbSchG soll die Bestimmungen des Arbeitsschutzgesetzes zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz auf die möglichen psychischen Belastungen der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Arbeit konkretisieren.¹⁰¹⁵ Nach § 4 Anti-Stress-Verordnung soll eine zu § 5 ArbSchG speziellere Gefährdungsbeurteilung ermöglicht werden, nach der die Gefährdungsfaktoren und die Beurteilungskriterien für die Grundpflichten des Arbeitgebers auf die psychische Belastung

¹⁰¹² BMAS, in: Weißbuch, S. 119.

¹⁰¹³ Urban, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 2.

¹⁰¹⁴ Doerfert, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, § 18, Rn. 1; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Band II, ArbSchG, § 18, Rn. 5; Pieper, ArbSchG, § 18, Rn. 3.

¹⁰¹⁵ Urban, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 2f.

präzisiert werden sollen.¹⁰¹⁶ Der Geltungsbereich der Anti-Stress-Verordnung soll dem Geltungsbereich des Arbeitsschutzgesetzes, bis auf wenige Ausnahmen, entsprechen und alle Branchen und Beschäftigtengruppen, unabhängig von ihrer Betriebsgröße, einschließen.¹⁰¹⁷ Der Regelungsgegenstand der Verordnung soll auf einem relativ abstrakten Niveau festgelegt werden, sodass es im Rahmen der praktischen Umsetzung erforderlich wäre, die Anforderungen der Verordnung durch konkretisierende technische Regeln zu untersetzen.¹⁰¹⁸ Durch solche Regeln soll den unterschiedlichen Belastungsprofilen, je nach Art der Tätigkeit in Produktion oder Dienstleistung, Rechnung getragen werden, um branchen- oder tätigkeitsbezogene Beispiele und Gestaltungslösungen aufzuzeigen.¹⁰¹⁹

Die Anti-Stress-Verordnung würde die Beschäftigten vor negativen Folgen psychischer Belastung bei der Arbeit schützen und den betrieblichen Akteuren die Möglichkeit geben, im Dialog mit den Beschäftigten die Ursachen für psychische Belastungen zu benennen und gezielte Gegenmaßnahmen zu ergreifen.¹⁰²⁰ Die arbeitsbedingten Gefährdungen für die Gesundheit der Arbeitnehmer würden sich nach § 2 Abs. 2 Anti-Stress-Verordnung insbesondere aus einer unzureichenden Gestaltung der Arbeitsaufgabe, der Arbeitsorganisation, der sozialen Einflussfaktoren, der Bedingungen des Arbeitsplatzes und der Arbeitsumgebung sowie der Arbeitszeit ergeben.¹⁰²¹ Bezüglich dieser Gefährdungsfaktoren wären nach der Anti-Stress-Verordnung geeignete Beurteilungskriterien und Gestaltungsmaßgaben für die Gefährdungsbeurteilung vorgegeben.

Im Einzelnen enthält der Entwurf der Anti-Stress-Verordnung einige Regelungen zur Arbeitszeit und Arbeitsorganisation, die auch für die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit herangezogen werden könnten. Im Rahmen der Grundpflichten des Arbeitgebers wäre die Gesundheit und die Sicherheit der Beschäftigten durch geeignete Maßnahmen zu gewährleisten, indem unter anderem die Arbeitsorganisation und die Arbeitszeit gemäß den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen, dem Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene gestaltet werden sollen (§ 3 Abs. 2 Anti-Stress-Verordnung).¹⁰²² Im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung wären die Gestaltungsmaßgaben zur Arbeitsorganisation nach § 7 Abs. 6 Anti-Stress-Verordnung zu beachten, nach welcher der Arbeitsrhythmus (»pattern of work«) eine gesundheitszuträgliche und sozial ausgewogene Aufeinanderfolge von Arbeitszeit und Freizeit ermöglichen soll.¹⁰²³ Dazu gehört auch die Unterbindung der permanenten Erreichbarkeit durch moderne Kommunikationsmittel, Rufbereitschaft, Dienstreisen sowie die Ausgestaltung der Arbeitsorganisation, insbesondere die

¹⁰¹⁶ Urban, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 2.

¹⁰¹⁷ Urban, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 3.

¹⁰¹⁸ Urban, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 3.

¹⁰¹⁹ Urban, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 3.

¹⁰²⁰ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/10892, v. 18.01.2017, S. 1.

¹⁰²¹ Entwurf Anti-Stress-Verordnung, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 6.

¹⁰²² Entwurf Anti-Stress-Verordnung, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 6.

¹⁰²³ Entwurf Anti-Stress-Verordnung, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 10f.

eindeutige Trennung von Arbeitszeit und Freizeit (§ 7 Abs. 8 Anti-Stress-Verordnung).¹⁰²⁴ Nach § 10 Anti-Stress Verordnung sollen für die Gefährdungsbeurteilung insbesondere die Beurteilungskriterien und Gestaltungsmaßgaben bezüglich der Arbeitszeitgestaltung berücksichtigt werden, denn die Arbeitszeit soll so gestaltet werden, dass sie der Gesundheit der Beschäftigten zuträglich ist und die Regeneration fördert.¹⁰²⁵ Dabei soll die tatsächliche Arbeitszeitdauer und die innere Ausgestaltung der Arbeitszeit nach Lage und Verteilung sowie die Pausengestaltung im Zusammenwirken mit der jeweiligen Arbeitsaufgabe und Arbeitsorganisationsform auf ihre Gesundheitsgefährdung hin beurteilt werden (§ 10 Abs. 2 Anti-Stress-Verordnung).¹⁰²⁶ Zu den Beurteilungskriterien und Gestaltungsmaßgaben für die Arbeitszeitgestaltung gehören nach § 10 Abs. 4 Anti-Stress-Verordnung insbesondere die regelmäßige tägliche Arbeitszeit von höchstens acht Stunden, belastungsnahe Zeitausgleiche bei Überschreitung der regelmäßigen Höchstarbeitszeit, eine ausreichende Zahl freier Wochenenden und die Vermeidung biologischer oder sozialer Desynchronisation durch flexible Arbeitszeitsysteme.¹⁰²⁷ Die Vorschriften der Anti-Stress-Verordnung sollen durch die Regelung von Ordnungswidrigkeits- und Straftatbeständen nach § 12 Anti-Stress-Verordnung durchgesetzt werden.¹⁰²⁸

Demnach stellt die Anti-Stress-Verordnung solche Grundsätze auf, die für die ständige Erreichbarkeit und die Freizeittätigkeit relevant sind, indem ein besonderer Schutz vor psychischen Belastungen durch die Arbeitszeit und Arbeitsorganisation der Arbeitnehmer begründet werden soll, die das Hauptproblem des zusätzlichen Dienstes darstellen. Somit wäre auch eine zu § 5 ArbSchG speziellere Gefährdungsbeurteilung möglich und dem Arbeitgeber würden zu § 3 ArbSchG speziellere Grundpflichten auferlegt werden, um Gefährdungen durch psychische Belastungen bei der Arbeit zu vermeiden. Zudem wird die Entgrenzung der Arbeit durch die Anti-Stress-Verordnung konkret erfasst und würde im Hinblick auf die Gefahren durch den zusätzlichen Dienst greifbare Beurteilungskriterien und Gestaltungsmaßgaben vorgeben.

b) Erfordernis einer Anti-Stress-Verordnung

Das Erfordernis für den Erlass der Anti-Stress-Verordnung könnte darin bestehen, dass durch diese die Besonderheiten der psychischen Belastung im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit besser berücksichtigt werden können als im Rahmen der bereits bestehenden Arbeitsschutzvorschriften.

aa) Ablehnung des Erfordernisses einer Anti-Stress-Verordnung

Ein Erfordernis für den Erlass der Anti-Stress-Verordnung zum Schutz der Arbeitnehmer vor psychischen Belastungen ist abzulehnen. Nach der Empfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales

¹⁰²⁴ Entwurf Anti-Stress-Verordnung, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 11.

¹⁰²⁵ Entwurf Anti-Stress-Verordnung, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 13f.

¹⁰²⁶ Entwurf Anti-Stress-Verordnung, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 13f.

¹⁰²⁷ Entwurf Anti-Stress-Verordnung, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 13f.

¹⁰²⁸ Entwurf Anti-Stress-Verordnung, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 16.

mit dem Beschluss vom 17. Februar 2017 (Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/11221) ist der Antrag auf Erlass einer Anti-Stress-Verordnung abzulehnen. Im Rahmen dieser Beschlussempfehlung positionierte sich die Fraktion der CDU/CSU gegen den Erlass einer Anti-Stress-Verordnung. Dabei wies sie auf zahlreiche Initiativen der Koalition zum Thema Arbeitsschutz und psychische Belastungen sowie die Konkretisierung der psychischen Belastungen in der Arbeitsstättenverordnung und die Initiative „Neue Qualität der Arbeit“ hin, nach der die Umsetzung der Regelungen in den Betrieben und im Präventionsstärkungsgesetz auch im Hinblick auf psychische Belastungen ausdrücklich berücksichtigt werde.¹⁰²⁹ Zudem wies die Fraktion auch auf die Untersuchung der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (im Folgenden: BAUA), deren für das Jahr 2018 vorgesehene Ergebnisse abgewartet werden solle, um sie als Basis für konkrete Handlungsaufträge zu nutzen.¹⁰³⁰ Auch die Fraktion der SPD beruft sich für die weitere Vorgehensweise auf das Fehlen ausreichender wissenschaftlicher Erkenntnisse zu diesem Thema.¹⁰³¹

Gegen den Erlass einer solchen Verordnung spreche unter anderem, dass die belastende Empfindung von Stress am Arbeitsplatz und die damit verbundene Einstufung als gesundheitsgefährdend von der jeweiligen Person, ihrem privaten Umfeld und auch der gesundheitlichen Prägung abhängt, sodass eine gründliche Ursachenforschung statt einer verpflichtenden Prävention erforderlich sei.¹⁰³² Demnach könne die im Rahmen der Anti-Stress-Verordnung genannte Arbeitszeitgestaltung als Gefährdungsfaktor (§ 10 Anti-Stress-Verordnung) für den einen Arbeitnehmer belastend, für den anderen Arbeitnehmer als angenehm empfunden werden, sodass es auf die subjektive Empfindung ankomme, die nicht im Rahmen einer Verordnung abgebildet werden könne.¹⁰³³ Zudem lasse sich eine „gesundheitsförderliche Unternehmenskultur“ nicht rechtsverbindlich vorschreiben, der notwendige betriebliche Handlungsrahmen müsse durch die Betriebsparteien mit Betriebsvereinbarungen konkretisiert werden, dabei sollten die einzelnen Handlungen zur Prävention von psychischen Belastungen nicht in die unternehmerische Freiheit eingreifen.¹⁰³⁴ Im Hinblick auf die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG und die zu ergreifenden Maßnahmen des Arbeitgebers nach § 3 ArbSchG seien spezielle auf das Unternehmen oder den Betrieb bezogene Regelungen mit den jeweiligen Betriebsräten oder Gewerkschaften zu treffen, um den Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten zu können. Dem Betriebsrat komme im Hinblick auf den Arbeitsschutz eine bedeutende Rolle zu, da der Betriebsrat neben der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung auch weitere Schutzpflichten hat, dabei stehen dem Betriebsrat zur Wahrnehmung dieser Pflichten auch entsprechende Handlungsmöglichkeiten zu, wie unter anderem im Rahmen der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG.¹⁰³⁵ Dies gelte auch im Hinblick auf die Nutzung mobiler

¹⁰²⁹ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/11221, v. 17.02.2017, S. 3.

¹⁰³⁰ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/11221, v. 17.02.2017, S. 3.

¹⁰³¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/11221, v. 17.02.2017, S. 3.

¹⁰³² BDA, S. 3; so im Ergebnis auch: Bauer, in: Bauer/Klebe/Schunder, NZA 2013, 827 (831).

¹⁰³³ So auch im Ergebnis: BDA, S.3.

¹⁰³⁴ BDA, S. 5.

¹⁰³⁵ BDA, S. 5.

Kommunikationsmittel und der damit verbundenen ständigen Erreichbarkeit, denn der Arbeitnehmer könne vor Überwachungen durch den Arbeitgeber und damit verbundenem Stress unter anderem auch durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG geschützt werden; zudem die Überwachungsmöglichkeit des Arbeitgebers auch im Rahmen der Arbeitstätigkeit des Arbeitnehmers durch das Bundesdatenschutzgesetz (im Folgenden: BDSG) eingeschränkt werde, da Daten von den Mitarbeitern nach § 26 BDSG (früher: § 32 BDSG) grundsätzlich nur dann erhoben werden dürfen, soweit dies für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist.¹⁰³⁶ Darüber hinaus stehen den Gewerkschaften Möglichkeiten zur Mitwirkung hinsichtlich der Gestaltung der Arbeitsbedingungen, wie unter anderem der Abschluss von Tarifverträgen, zu, die auch den Schutz der Arbeitnehmer vor psychischen Belastungen unterstütze.¹⁰³⁷

Somit seien die bestehenden Gesetze und Verordnungen bereits ausreichend, um einen umfassenden Arbeitnehmerschutz, auch im Hinblick auf die Gefährdungen der Arbeitnehmer durch psychische Belastungen, zu gewährleisten.¹⁰³⁸ Die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG und die zu ergreifenden Maßnahmen des Arbeitgebers nach § 3 ArbSchG würden bereits die Gesundheitsbeeinträchtigungen der Arbeitnehmer in Folge von psychischen Belastungen berücksichtigen.¹⁰³⁹ Die Schutzvorschriften der Arbeitnehmer zur Ausgestaltung des Arbeitsplatzes und zu den Arbeitszeiten seien weitgehend zwingendes Recht, zudem die Einhaltung dieser Gesetze unter anderem auch die Überwachung durch die zuständige Behörde voraussetze.¹⁰⁴⁰ Der Verstoß gegen die Schutzvorschriften wird nach § 25 ArbSchG sowie § 22 ArbZG als Ordnungswidrigkeit geahndet und stellt in schweren Fällen sogar eine Straftat nach § 26 ArbSchG, § 23 ArbZG dar, sodass auch dadurch ein entsprechender Druck für den Arbeitgeber bestehe, diese Vorschriften einzuhalten.¹⁰⁴¹

Demnach bedürfe es nicht weiterer Regelungen durch eine Anti-Stress-Verordnung, um den Arbeitnehmer vor Belastungen der psychischen Gesundheit zu schützen.¹⁰⁴²

bb) Annahme des Erfordernisses einer Anti-Stress-Verordnung

Ein Erfordernis für den Erlass der Anti-Stress-Verordnung könnte sich aber aus dem Wandel der Arbeitswelt sowie der damit verbundenen Beschleunigung des Arbeitsalltags ergeben, zu denen neben schlecht planbaren Arbeitszeiten auch die ständige Erreichbarkeit der Arbeitnehmer gehört, die wiederum zu einer Zunahme psychischer Belastungen und damit auch gesundheitlichen Gefährdungen

¹⁰³⁶ Oberwetter, ZRP 2015, 204.

¹⁰³⁷ Soost, in: Festschrift Kohte, 513 (520); Welskop-Deffaa, NZA-Beilage 2017, 60 (61).

¹⁰³⁸ BDA, S. 1.

¹⁰³⁹ BDA, S. 4f.

¹⁰⁴⁰ BDA, S. 4; Oberwetter, ZRP 2015, 204 (205).

¹⁰⁴¹ BDA, S. 12.

¹⁰⁴² BDA, S. 1, 12.

der Arbeitnehmer führen.¹⁰⁴³ Um solche gesundheitlichen Gefährdungen der Arbeitnehmer zu verhindern, seien die bisherigen Maßnahmen, wie die Neuregelung der Arbeitsstättenverordnung im Jahr 2016 und die darin enthaltene Einbeziehung von psychischen Belastungen der Beschäftigten, nicht ausreichend.¹⁰⁴⁴ Es seien unter anderem verbindliche und handhabbare Vorschriften erforderlich, um die psychischen Belastungen in der Arbeitswelt effektiv zu bekämpfen und die Gesundheit der Beschäftigten dauerhaft und nachhaltig schützen zu können.¹⁰⁴⁵ Die bestehenden gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen, dazu gehören das Arbeitsschutzgesetz einschließlich der Verordnungen, die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch im Hinblick auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, das Arbeitszeitgesetz, das Jugendarbeitsschutzgesetz und das Sozialgesetzbuch V bis hin zum Leitfaden Prävention der Gesetzlichen Krankenversicherung und die Arbeitsmedizinische Empfehlung „Psychische Gesundheit im Betrieb“ des Ausschusses für Arbeitsmedizin, würden lediglich einen indirekten und allgemeinen Schutz darstellen.¹⁰⁴⁶ Diese bestehenden Regelungen seien kein verbindliches Instrument, um die Gefährdung durch psychische Belastungen bei der Arbeit aufzuspüren und umzugestalten.¹⁰⁴⁷ Anders sei es in anderen Gefährdungsbereichen, in denen das Arbeitsschutzgesetz durch zahlreiche untergesetzliche Verordnungen, wie die Arbeitsstättenverordnung, die Gefahrstoffverordnung, die Lärm- und Vibrations-Arbeitsschutzverordnung oder die Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge, untersetzt wird; die einzelnen Verordnungen enthielten konkretisierende Anforderungen an den Arbeitgeber, wie etwa eine Arbeitsstätte zu gestalten ist, wie laut es am Arbeitsplatz sein darf oder wie mit Gefahrstoffen umzugehen ist, damit Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit gewährleistet werden.¹⁰⁴⁸

Das Fehlen einer konkretisierenden Verordnung zum Schutz vor Gefährdungen aus psychischer Belastung habe zur Folge, dass sich die Arbeitgeber häufig nicht in der Pflicht sehen, arbeitsgestalterische Maßnahmen zum Schutz vor Gefährdungen durch psychische Belastungen umzusetzen.¹⁰⁴⁹ Zudem seien auch die Arbeitsschutzaufsicht bei der Ausführung ihrer Aufgaben mit Problemen konfrontiert, wenn in Rechtsnormen nicht hinreichend konkret dargelegt wird, welche Belastungskonstellationen unter Gesundheitsschutzaspekten nicht rechtskonform sind und verändert werden müssen, eine solche Situation verursache ein Handlungsdefizit der Beteiligten und führe zu einem Schutzdefizit für die Arbeitnehmer.¹⁰⁵⁰ Die Anti-Stress-Verordnung, als konkretisierende Vorschrift zum Arbeitsschutzgesetz, würde die Verbindlichkeit und den Verpflichtungsgrad für den einzelnen Arbeitgeber und die Arbeitsschutzakteure erhöhen, indem es auch für das „Wie“ der

¹⁰⁴³ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/10892, v. 18.01.2017, S. 1; Wiebauer, NZA 2016, 1430.

¹⁰⁴⁴ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/10892, v. 18.01.2017, S. 1.

¹⁰⁴⁵ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/10892, v. 18.01.2017, S. 1.; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1435f.).

¹⁰⁴⁶ Urban/Pickshaus/Fergen, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 25f.

¹⁰⁴⁷ Urban/Pickshaus/Fergen, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 26.

¹⁰⁴⁸ Urban/Pickshaus/Fergen, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 27.

¹⁰⁴⁹ Urban/Pickshaus/Fergen, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 28.

¹⁰⁵⁰ Urban/Pickshaus/Fergen, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 28.

Gefährdungsbeurteilung sinnvolle Anknüpfungspunkte anbiete.¹⁰⁵¹ Neben den Betriebsräten könnten sich auch die überbetrieblichen Institutionen des Arbeitsschutzes auf die neue Verordnung berufen.¹⁰⁵² Die Prävention vor psychischen Belastungen könne aufgrund der rechtlichen Regularien sowie handhabbaren Instrumente und eindeutigen Gestaltungshinweisen erleichtert werden, sodass die betrieblichen Aktivitäten flächendeckend unterstützt werden würden.¹⁰⁵³

Im Rahmen der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 17. Februar 2017 positionierte sich die Fraktion DIE LINKE. als Antragstellerin, weiterhin für den Erlass der Verordnung, da durch diese dem wachsenden Stress in der Arbeitswelt begegnet werden könne und sich gerade aus den Ergebnissen der neuen Studien zeige, dass ein Handlungsbedarf für die Begrenzung von Stress am Arbeitsplatz bestehe.¹⁰⁵⁴ Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN begrüßte den Antrag, da nach ihrer Ansicht gute und gesunde Arbeitsbedingungen eine Verpflichtung gegenüber den Beschäftigten darstelle sowie unter wirtschaftlichen Aspekten sinnvoll seien, denn die Zunahme der psychischen Belastungen in der Arbeitswelt sei ein Warnsignal, weshalb politisches Handeln dringend geboten sei.¹⁰⁵⁵ Gerade im Hinblick auf die Digitalisierung werde das Problem psychischer Belastungen voraussichtlich noch größer, dabei fehle es ihrer Ansicht nach an verbindlichen Regelungen für den Umgang mit psychischen Belastungen im Arbeitsrecht.¹⁰⁵⁶

cc) Entscheidung für Erfordernis einer Anti-Stress-Verordnung

Für den Erlass der Anti-Stress-Verordnung besteht ein Erfordernis, da verbindliche Regelungen zur Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung zum Schutz vor psychischen Belastungen durch die Arbeit fehlen. Die bestehenden Regelungen des Arbeitsschutzgesetzes sind allgemein und begründen nur eine generelle Verpflichtung des Arbeitgebers zur Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen nach § 5 ArbSchG, ohne dabei einen Druck für den Arbeitgeber zur Berücksichtigung von psychischen Belastungen zu erzeugen. Somit ist es den betrieblichen Akteuren überlassen, die Gefährdungen aufgrund der psychischen Belastungen im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung zu konkretisieren. Die fehlenden verbindlichen Regelungen erstrecken sich auch auf die Ahndung als Ordnungswidrigkeit, wenn der Arbeitgeber Gefährdungen der psychischen Gesundheit unberücksichtigt lässt. Die Bußgeldvorschrift des § 25 ArbSchG reguliert für einen fehlenden Arbeitsschutz hinsichtlich psychischer Belastungen keine Ordnungswidrigkeit, sodass der Arbeitgeber zur Beachtung dieser nicht unter Druck gesetzt wird. Nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG werden nur Zuwiderhandlungen gegen Rechtsverordnungen nach §§ 18, 19 ArbSchG, wie die Arbeitsstättenverordnung, als Ordnungswidrigkeit geahndet. Sofern der Arbeitgeber die psychischen Belastungen im Rahmen der

¹⁰⁵¹ Urban/Pickshaus/Fergen, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 28f.; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1435f.); kursorisch: Schunder und Klebe, in: Bauer/Klebe/Schunder, NZA 2013, 827 (831).

¹⁰⁵² Urban/Pickshaus/Fergen, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 28.

¹⁰⁵³ Urban/Pickshaus/Fergen, in: Eine Initiative der IG Metall, S. 29; kursorisch: Schunder und Klebe, in: Bauer/Klebe/Schunder, NZA 2013, 827 (831).

¹⁰⁵⁴ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/11221, v. 17.02.2017, S. 3.

¹⁰⁵⁵ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/11221, v. 17.02.2017, S. 4.

¹⁰⁵⁶ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/11221, v. 17.02.2017, S. 4.

Gefährdungsbeurteilung nicht berücksichtigt, hat er nicht die Verhängung von Bußgeld nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG zu befürchten. Anders wäre es dann, wenn die Anti-Stress-Verordnung erlassen werden würde, die in § 12 Anti-Stress-Verordnung auf die Vorschrift des § 25 ArbSchG verweist und damit die Ahndung als Ordnungswidrigkeit bei Verstößen im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung begründen würde. Durch eine solche Regelung würde der Arbeitgeber angehalten werden, die Gefährdungsbeurteilung ordnungsgemäß durchzuführen, sodass ein zusätzlicher Druck für den Arbeitgeber zur Berücksichtigung und Vermeidung psychischer Belastungen der Arbeitnehmer bei der Arbeit bestehen würde. Dies wäre gerade auch für solche Betriebe förderlich, in denen ein Betriebsrat nicht eingerichtet ist und die Interessen im Unternehmen nicht durch Gewerkschaften vertreten werden. Der Arbeitgeber wäre dann im Hinblick auf die Auswahl des Verfahrens zur Gefährdungsbeurteilung sowie die vorzunehmenden Schutzmaßnahmen und ihre Kontrolle zwar weiterhin ungebunden und könnte frei den gesetzlich gewährten Gestaltungsspielraum ausnutzen. Dabei müsste der Arbeitgeber die Anti-Stress-Verordnung einschließlich der Bußgeldvorschriften bei der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung beachten und auf die Behebung von Missständen im Hinblick auf psychische Belastungen der Arbeitnehmer im Betrieb hinwirken, da es verbindliche Vorgaben hinsichtlich der die psychische Belastung konkretisierten Gefährdungsfaktoren und Beurteilungskriterien gäbe. Die Gesundheitsgefahren im Zusammenhang mit den psychischen Belastungen bei der Arbeit würden damit auch verbindlich geregelt werden.

Auch liegt bereits das Untersuchungsergebnis der von der Fraktion CDU/CSU für 2018 erwarteten Untersuchung der BAUA im Rahmen des Projekts „Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt - Wissenschaftliche Standortbestimmung“ vor. Diese Untersuchung bezieht sich darauf, wie psychische Belastungsfaktoren im Hinblick auf den gesicherten Stand der Wissenschaft zu bewerten sind, welche neuen Arbeitsanforderungen sich durch den Wandel der Arbeit ergeben und welche Wissenslücken zu Belastungskonstellationen sowie zu deren Entstehungszusammenhängen und Wirkungen auf den Menschen bestehen.¹⁰⁵⁷ Nach der BAUA ist das gemeinsame Ziel der verschiedenen Akteure im Arbeits- und Gesundheitsschutz, die psychische Belastung ihrer Bedeutung entsprechend in die Systeme und Vorgehensweisen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu integrieren und weiterzuentwickeln.¹⁰⁵⁸ Dazu gehören neben zahlreichen operativen Aktivitäten des überbetrieblichen und betrieblichen Arbeitsschutzes vor allem die regulative Konkretisierung im Bereich des Arbeitsschutzgesetzes sowie das Arbeitsprogramm der Gemeinsamen Deutschen Arbeitsschutzstrategie (GDA) und die Gemeinsame Erklärung von BMAS, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände und Deutscher Gewerkschaftsbund.¹⁰⁵⁹ Nach der Gesamtbetrachtung der relevanten Einflüsse von Arbeitsbedingungen auf die Beschäftigten sollten insbesondere die Lücke in der technisch geprägten Gefährdungsbeurteilung geschlossen und ein enger

¹⁰⁵⁷ BAUA, in: Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, S. 10.

¹⁰⁵⁸ BAUA, in: Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, S. 6.

¹⁰⁵⁹ BAUA, in: Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, S. 6.

Informationsaustausch mit etwaigen zusätzlichen Aktivitäten zur psychischen Gefährdungsbeurteilung installiert werden; dazu wäre es sinnvoll, den zuständigen Fachkräften auf betrieblicher Ebene mehr Handlungswissen, insbesondere im Hinblick auf die adäquate Gestaltung, zur Verfügung zu stellen.¹⁰⁶⁰ Nach der Untersuchung der BAUA sollten die in den letzten Jahren bereits eingeleiteten Aktivitäten der weiteren Konkretisierung operativer Schutzziele – auf Basis der entsprechenden Anknüpfungspunkte in den einschlägigen Verordnungen – konsequent weiter verfolgt werden.¹⁰⁶¹ Nach diesen Ausführungen kommt die BAUA zu dem Ergebnis, dass der Erlass der Anti-Stress-Verordnung für den Gesundheitsschutz vor psychischen Belastungen förderlich, aber nicht allein ausreichend ist, um die Arbeitnehmer vor den psychischen Belastungen zu schützen. Es wird der gesamte Arbeitsschutz durch die operativen Aktivitäten des überbetrieblichen und betrieblichen Arbeitsschutzes sowie die regulativen Konkretisierungen im Bereich des Arbeitsschutzgesetzes hervorgehoben.¹⁰⁶² Somit ist der Erlass der Anti-Stress-Verordnung nur eine der Maßnahmen, um den Schutz der psychischen Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten.

Im Hinblick auf die ständige Erreichbarkeit wäre die Anti-Stress-Verordnung ein hilfreiches Instrument, um die Arbeitnehmer fokussierter vor den mit dem zusätzlichen Dienst verbundenen Belastungen im Hinblick auf Arbeitszeit und Arbeitsorganisation zu schützen und die erforderlichen Maßnahmen zur Verhinderung einer unregelmäßigen ständigen Erreichbarkeit zu ermitteln. Dabei hätte der Arbeitgeber weiterhin die Schutzvorschriften, unter anderem aus dem Arbeitszeitgesetz, zu berücksichtigen. Auch im Hinblick auf den zusätzlichen Dienst wird deutlich, dass der Arbeitsschutz der Arbeitnehmer ein Zusammenspiel aus verschiedenen Arbeitsschutzvorschriften und Einzelmaßnahmen der Beteiligten, wie Arbeitnehmer, Betriebsrat, Gewerkschaft, zuständige Behörde und andere Beteiligte ist. Demnach ist der Erlass der Anti-Stress-Verordnung im Hinblick auf den Schutz der Arbeitnehmer im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit begrüßenswert, um die Arbeitnehmer vor psychischen Belastungen und den damit verbundenen Gesundheitsgefahren besser zu schützen. Durch den Erlass der Anti-Stress-Verordnung wird der Schutz der Arbeitnehmer vor psychischen Belastungen bei der Arbeit als solcher aber nicht schon absolut gewährleistet. Die Anti-Stress-Verordnung ist nur ein Zahnrad im gesamten Getriebe Arbeitsschutz, wie auch schon nach der Untersuchung der BAUA hervorgehoben wird, ist das Gesamtsystem des Arbeitsschutzes in den einzelnen Betrieben zu berücksichtigen, um einen angemessenen Gesundheitsschutz für die Arbeitnehmer gewährleisten zu können.

3. Ergebnis

Demnach ist ein gesetzlicher Handlungsbedarf hinsichtlich eines Wahlarbeitszeitgesetzes zur Öffnung des Arbeitszeitgesetzes abzulehnen, aber ein solcher für den Erlass der Anti-Stress-Verordnung anzunehmen. Die Anti-Stress-Verordnung würde zusammen mit den Arbeitsschutzmaßnahmen und

¹⁰⁶⁰ BAUA, in: Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, S. 122.

¹⁰⁶¹ BAUA, in: Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, S. 122.

¹⁰⁶² BAUA, in: Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, S. 122.

Gesetzen eine adäquate Lösung für den Schutz der Arbeitnehmer vor den besonderen Herausforderungen des zusätzlichen Dienstes darstellen.

7. Kapitel: Fazit der Arbeit

Mit der ständigen Erreichbarkeit und der damit verbundenen Freizeittätigkeit der Arbeitnehmer über die mobilen Kommunikationsmittel sind vielfältige Rechtsprobleme verbunden.

1. Der Arbeitgeber kann nicht mittels Weisung nach § 106 GewO und damit einseitig den Arbeitnehmer in seiner Freizeit zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit wirksam verpflichten.

Eine solche Anweisung des Arbeitgebers zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit des Arbeitnehmers in seiner Freizeit ist nicht vom Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO hinsichtlich Inhaltes, Ort und Zeit der Arbeitsleistung gedeckt. Das Weisungsrecht konkretisiert die arbeitsvertraglichen, bestehenden betrieblichen und anwendbaren tariflichen Vereinbarungen und wird durch die gesetzlichen Vorschriften beschränkt. Wird der Arbeitnehmer in seiner Freizeit auf zurechenbare Veranlassung oder Duldung des Arbeitgebers tätig, handelt es sich bei diesen Zeiten um Arbeitszeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG, sodass sich die Anweisung zum zusätzlichen Dienst auf die Dauer und auch die Lage der Arbeitszeit auswirkt. Die Dauer der Arbeitszeit und damit der Umfang der Hauptleistungspflicht unterliegt aber nicht der einseitigen Disposition des Arbeitgebers. Eine solche Weisung konkretisiert demnach nicht die vertraglichen Regelungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern geht über diese hinaus. Diese Weisung des Arbeitgebers ist nicht vom Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO gedeckt und nichtig, der Arbeitnehmer muss dieser nicht Folge leisten.

Die Freizeittätigkeit setzt die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers voraus, um die Kontaktaufnahme für die Freizeittätigkeit zu ermöglichen. Weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur ständigen Erreichbarkeit, die als Arbeitsform mit der Rufbereitschaft nicht identisch, aber vergleichbar ist, an, sind deren Zeiten nicht Arbeitszeit im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG, sondern Freizeit. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer grundsätzlich aber keine Vorgaben hinsichtlich der Freizeit machen, da sich die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers der Disposition des Arbeitgebers und damit auch dem Weisungsrecht entzieht. Die Anweisung zur ständigen Erreichbarkeit ist demnach nicht vom Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO gedeckt. Der Arbeitgeber kann somit den Arbeitnehmer auch nicht zu einem zusätzlichen Dienst in der Freizeit über das Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO wirksam verpflichten, auch eine solche Weisung wäre unwirksam und hätte keine Rechtswirkung für den Arbeitnehmer.

Weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu einem solchen zusätzlichen Dienst an, ist er darauf angewiesen, dass der Arbeitnehmer einer unwirksamen Anweisung folgt und den zusätzlichen Dienst somit freiwillig vornimmt. Ein solches Verhalten des Arbeitnehmers über einen längeren Zeitraum

hinweg hat nicht zur Folge, dass sich die Arbeitsbedingungen dahingehend konkretisieren, dass eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung des zusätzlichen Dienstes entsteht. Für eine solche Konkretisierung der Arbeitsbedingungen bedarf es, neben der Leistung des zusätzlichen Dienstes, solcher Umstände, denen zu entnehmen ist, dass der Arbeitnehmer dazu verpflichtet sein soll, den zusätzlichen Dienst ohne Änderung vorzunehmen.

Eine Verpflichtung zum zusätzlichen Dienst kann aber, unter Berücksichtigung der gesetzlichen Grenzen, durch arbeitsvertragliche, betriebsverfassungsrechtliche oder tarifvertragliche Regelungen begründet werden. Besteht eine solche Vereinbarung, steht dem Arbeitgeber das Recht zu, unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen, dem Arbeitnehmer die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit einseitig anzuordnen. Wird ein solches Anordnungsrecht einschließlich dessen Voraussetzungen im Arbeitsvertrag geregelt, muss dieses mit den Vorschriften, die auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden, vereinbar sein und einer Prüfung nach §§ 305ff. BGB standhalten. Dies setzt auch voraus, dass die einzelnen Bestimmungen des Anordnungsrechts bereits vertraglich festgelegt werden, um eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Nr. 1 BGB auszuschließen. Die Voraussetzungen für die Ausübung des Anordnungsrechts müssen bestimmt sein und ein entsprechender Interessenausgleich zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber muss für den zusätzlichen Dienst berücksichtigt werden. Sofern das Anordnungsrecht wirksam vereinbart wurde, hat der Arbeitgeber bei Ausübung eines solchen Leistungsbestimmungsrechts dessen Voraussetzungen einzuhalten, im Übrigen ist die Anordnung nicht vom Anordnungsrecht gedeckt und damit unwirksam. Steht dem Arbeitgeber hingegen ein zulässiger Gestaltungsspielraum des Anordnungsrechts zu und hat er dieses nicht nach billigem Ermessen ausgeübt, ist die Anordnung nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB unverbindlich.

2. Eine unregulierte und damit wilde mobile Arbeit, nach der sich der Arbeitnehmer auf zurechenbare Veranlassung oder Duldung des Arbeitgebers unbegrenzt außerhalb seiner üblichen Arbeitszeit erreichbar hält und in seiner Freizeit tätig wird, ist mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren.

Eine unbeschränkte, wilde mobile Arbeit kann mit dem Arbeitnehmer nicht wirksam vereinbart werden, da sie aufgrund der fehlenden Transparenz und des fehlenden Interessenausgleichs des Arbeitnehmers einer Prüfung nach §§ 305 ff. BGB nicht standhält. Sofern sich der Arbeitnehmer zu einer unbeschränkten ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit verpflichtet, ist seine Verpflichtung gemäß § 134 BGB nichtig und für den Arbeitgeber nicht wirksam durchzusetzen.

Gewährleistet der Arbeitnehmer unbegrenzt seine Erreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit, führt dies zwar nicht zu Verstößen gegen die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG und die Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG, da es sich bei diesen Zeiten nicht um Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG handelt. Die ständige Erreichbarkeit an Sonn- und Feiertagen stellt aber einen Verstoß gegen das Beschäftigungsverbot nach § 9 ArbZG dar. Sofern der Arbeitnehmer aus der ständigen Erreichbarkeit heraus in seiner Freizeit tätig wird, kann diese durch den Arbeitgeber zurechenbar veranlasste oder zumindest geduldete Freizeittätigkeit als Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1

ArbZG zu einem Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz führen, wenn diese die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG überschreitet und die Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG unterschreitet. Deshalb ist die klare Beschränkung der Erreichbarkeit nicht nur für den Arbeitnehmer entlastend, sondern auch zur Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften erforderlich. Dies wird auch im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG hinsichtlich der ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit der Arbeitnehmer ermittelt, nach der neben den ergonomischen Maßnahmen auch die Begrenzung des zusätzlichen Dienstes wegen der psychischen Belastung bei der Arbeit nach § 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG und damit der Gefährdung der psychischen Gesundheit der Arbeitnehmer zwingend erforderlich ist.

Darüber hinaus ist ein solcher zusätzlicher Dienst weder mit den Urlaubsgrundsätzen noch mit der Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmer zu vereinbaren. Der Arbeitnehmer ist in beiden Fällen von seiner Arbeitspflicht befreit, eine Leistungspflicht zum zusätzlichen Dienst und die Befreiung von der Arbeitspflicht können nicht nebeneinander bestehen.

Ordnet der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern den zusätzlichen Dienst an, ohne den Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3, 6, 7 BetrVG zu beteiligen und liegt ein kollektiver Tatbestand vor, werden durch die wilde mobile Arbeit auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verletzt. Damit sind dann auch die einseitigen Anordnungen des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern unwirksam. Dies gilt im Hinblick auf die Verletzung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nur dann nicht, wenn der Arbeitgeber öffentlich-rechtlich verpflichtet ist, eine Maßnahme zur Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz zu treffen und ihm kein Gestaltungsspielraum zusteht. Die fehlende Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hat dann nicht die Unwirksamkeit der Maßnahme zur Folge.

Auch können der Anordnung des zusätzlichen Dienstes durch den Arbeitgeber die für das Arbeitsverhältnis geltenden tarifvertraglichen Regelungen entgegenstehen, die Regelungen zur Dauer und Lage der Arbeitszeit, Anordnung und Leistungsmodalitäten von Überstunden vorsehen, dabei kommt nicht das Günstigkeitsprinzip zur Anwendung.

3. Sofern sich der Arbeitnehmer ständig erreichbar hält und in seiner Freizeit tätig wird, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einerseits zu einem solchen zusätzlichen Dienst heranziehen und das Verhalten des Arbeitnehmers – ist er in seiner Freizeit tatsächlich einmal nicht erreichbar oder nicht arbeitsfähig – abmahnen, andererseits aber eine Vergütungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer mangels vertraglicher Regelung eines Vergütungsanspruchs des zusätzlichen Dienstes ablehnen.

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer lediglich dann nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag abmahnen, wenn der Arbeitnehmer trotz einer wirksamen Verpflichtung zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit, den Dienst ablehnt und demnach seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Weitere Ablehnungen des zusätzlichen Dienstes in Folge können als schuldhaftes Vertragspflichtverletzung des Arbeitnehmers eine verhaltensbedingte Kündigung nach

§ 1 Abs. 1, 2 S. 1 KSchG begründen, sofern die übrigen Voraussetzungen für eine solche Kündigung erfüllt sind. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer trotz Kenntnis von seiner wirksamen Verpflichtung zum zusätzlichen Einsatz sich durch den Konsum von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln in einen Zustand der Arbeitsunfähigkeit versetzt. Auch ein solches Verhalten des Arbeitnehmers kann den Ausspruch einer Abmahnung nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag und bei weiteren Wiederholungen als schuldhaftes Vertragspflichtverletzung eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 1, 2 S. 1 KSchG begründen, wenn der Arbeitnehmer durch die berauschende Wirkung seiner Verpflichtung zum zusätzlichen Dienst nicht gerecht werden kann.

Umgekehrt kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach §§ 611 a, 314 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag abmahnen, wenn der Arbeitnehmer aus Eigeninitiative, ohne eine dem Arbeitgeber zurechenbare Veranlassung, den zusätzlichen Dienst vornimmt, obwohl der Arbeitgeber ihn bereits angewiesen hat, dies zu unterlassen. Es gehört zu der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer nach §§ 611 a, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer anzuweisen, den zusätzlichen Dienst zu unterlassen und seine Arbeitsleistung während der üblichen Arbeitszeit vorzunehmen. Kommt der Arbeitnehmer einer solchen Anweisung nicht nach, kann der Arbeitgeber ihn aufgrund der Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten abmahnen.

Im Hinblick auf die Vergütung des zusätzlichen Dienstes gilt, dass der Arbeitgeber Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers nicht ablehnen kann, wenn eine vereinbarte Vergütungspflicht besteht. Wurde der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber zum zusätzlichen Dienst veranlasst oder wurde ein solcher Dienst von ihm geduldet, kann dem Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers das Fehlen einer Vergütungsvereinbarung des zusätzlichen Dienstes nicht entgegenstehen. Ein Vergütungsanspruch kann sich dann nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend ergeben. Dazu muss eine Vergütungserwartung für den zusätzlichen Dienst bestehen, der für einen bestimmten oder bestimmbaren Zeitraum geleistet wurde. Wird der Arbeitnehmer durch eine vertragliche Regelung oder die Zuweisung einer Aufgabe dazu veranlasst, sich für ein bestimmtes oder bestimmbares Zeitfenster erreichbar zu halten, ist für diesen Dienst eine Vergütungserwartung nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend anzunehmen, sodass die Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt. Wird der Arbeitnehmer hingegen aus einer Erwartung des Arbeitgebers heraus tätig, ist die Dauer und der Umfang der ständigen Erreichbarkeit weder bestimmt noch bestimmbar. Damit kann keine Vergütungserwartung für diesen zusätzlichen Einsatz des Arbeitnehmers nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend angenommen werden. Bereits die Möglichkeit der Erreichbarkeit des Arbeitnehmers außerhalb der üblichen Arbeitszeit über die mobilen Kommunikationsmittel ist für die Annahme einer Vergütungserwartung nicht ausreichend. Sofern sich der Arbeitnehmer aus Eigeninitiative und ohne jegliche Veranlassung bzw. Duldung des Arbeitgebers ständig erreichbar hält, kann dies nicht einen Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers für einen solchen aufgedrängten zusätzlichen Dienst nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend begründen.

Für die Freizeittätigkeit steht dem Arbeitnehmer ein Vergütungsanspruch zu, da es sich bei dieser um die vergütungspflichtige Arbeitsleistung nach § 611 a Abs. 2 BGB handelt. Die Vergütung richtet sich nach den vertraglichen Regelungen. Überschreitet die Freizeittätigkeit die vertraglich vereinbarte Dauer der Arbeitszeit, sind die bestehenden Regelungen zur Vergütung von Überstunden für die Vergütung der Freizeittätigkeit heranzuziehen. Wurde eine Pauschalierungsabrede für eine bestimmte Anzahl von Überstunden wirksam vereinbart und hat die Freizeittätigkeit die Anzahl der aufgrund der Abrede abgegoltenen Überstunden nicht überschritten, steht dem Arbeitnehmer kein Anspruch auf Vergütung der Freizeittätigkeit zu. Sofern keine wirksame Vereinbarung zur Vergütung der Überstunden oder ihrer Abgeltung besteht, ist eine Vergütungserwartung für die Freizeittätigkeit aufgrund der Art sowie der Dauer und des Umfangs der Tätigkeit anzunehmen, gilt die Vergütung dieser nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend als stillschweigend vereinbart. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer durch die jeweilige Freizeittätigkeit, die durch die Pauschalierungsabrede abgegoltenen Überstunden überschreitet oder die Pauschalierungsabrede unwirksam ist. Von der Vergütungspflicht des Arbeitgebers nach § 611 a Abs. 2 BGB ausgenommen ist aber eine solche Freizeittätigkeit, die ohne eine zurechenbare Veranlassung des Arbeitgebers freiwillig vorgenommen und vom Arbeitgeber auch nicht geduldet wird, da es sich bei dieser nicht um eine vom Arbeitgeber verlangte vergütungspflichtige Tätigkeit handelt.

Neben dem Vergütungsanspruch steht dem Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber ein Ersatzanspruch nach § 670 BGB entsprechend hinsichtlich der privaten Kommunikationsmittel zu, wenn diese im Einsatz des Betätigungsbereichs des Arbeitgebers beschädigt werden oder verloren gehen. Dabei ist ein Mitverschulden des Arbeitnehmers entsprechend § 254 BGB zu berücksichtigen. Darüber hinaus steht dem Arbeitnehmer bei betrieblicher Nutzung privater Kommunikationsmittel grundsätzlich ein Erstattungsanspruch hinsichtlich der entstandenen Kosten nach § 670 BGB entsprechend zu.

4. Hält sich der Arbeitnehmer über die übliche Arbeitszeit hinaus ständig erreichbar und wird in seiner Freizeit tätig, wird nicht nur der Arbeitgeber seinen Pflichten nicht gerecht.

Der Arbeitgeber verletzt durch ein solches Gewährenlassen des zusätzlichen Dienstes des Arbeitnehmers seine Kernpflichten in Form der Organisation und Leitung des Betriebs sowie der damit verbundenen Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften. Er hat für seine Arbeitnehmer zwingende Regelungen zum Umgang mit den mobilen Kommunikationsmitteln zu erlassen, technische Vorkehrungen zu treffen, Gefährdungsbeurteilungen durchzuführen und auch arbeitsrechtliche Maßnahmen, wie den Ausspruch von Abmahnungen, vorzunehmen, um die Arbeitnehmer vor Belastungen bei der Arbeit zu schützen und der Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmern nach §§ 611 a, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag nachzukommen. Dazu hat er proaktiv durch die Ausübung seines Direktionsrechts und die Einführung unternehmenseinheitlicher Regelungen, wie den Erlass von Nutzungsregelungen der mobilen Kommunikationsmittel, die Nichterreichbarkeit der Arbeitnehmer außerhalb der üblichen Arbeitszeit zu fördern. Der Arbeitgeber

muss eine Motivation der Arbeitnehmer zur Gewährleistung der Erreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit aufgrund einer vermeintlichen Erwartungshaltung verhindern. Sofern der Arbeitgeber Abweichungsmöglichkeiten vom Grundsatz der Nichterreichbarkeit regeln möchte, hat er ein solches Anordnungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer zum zusätzlichen Dienst mit dem Arbeitnehmer, dem Betriebsrat oder der Gewerkschaft zu vereinbaren, dabei sind die einzelnen Zuständigkeiten und die Geltung kollektivrechtlicher Regelungen zu beachten.

Kommt der Arbeitgeber seinen Pflichten nicht nach, kann die Überschreitung der Höchstarbeitszeit sowie die Unterschreitung der Mindestruhezeit zu Beeinträchtigungen der Gesundheit des Arbeitnehmers führen, die einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 3 ArbZG sowie § 5 Abs. 1 ArbZG begründen können. Dabei ist die Haftungsbefreiung des Arbeitgebers nach § 104 Abs. 1 S. 1 SGB VII zu berücksichtigen, sofern ein Arbeitsunfall nach § 8 SGB VII vorliegt. Übt der Arbeitgeber sein Anordnungsrecht nicht unter Beachtung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften aus, ist die Anordnung des Arbeitgebers unwirksam und der Arbeitnehmer muss dieser nicht folgen. Darüber hinaus drohen dem Arbeitgeber bei Verstößen gegen das Arbeitszeitgesetz Sanktionen nach §§ 22, 23 ArbZG, wenn er die Arbeitnehmer entgegen der Grenzen des Arbeitszeitgesetzes zum zusätzlichen Dienst veranlasst oder dies auch nur duldet.

Neben dem Arbeitgeber haben auch die Betriebsräte ihren gesetzlichen Pflichten nachzukommen und die – unzulässige – ständige Erreichbarkeit aktiv zu verhindern. Der Betriebsrat kann seine Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3, 6, 7 BetrVG ausüben, um mit dem Arbeitgeber Regelungen zur ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit mittels mobiler Kommunikationsmittel zu treffen. Dabei kann der Betriebsrat, abgesehen von der Mitbestimmung hinsichtlich der technischen Einrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, sein Initiativrecht ausüben und Regelungen von sich aus vorschlagen sowie versuchen das Zustandekommen einer Betriebsvereinbarung durch die Einigungsstelle zu erzwingen.¹⁰⁶³ Sofern der Betriebsrat Kenntnis vom zusätzlichen Dienst hat, kann er einen allgemeinen Unterlassungsanspruch wegen Missachtung der Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG und der sich aus der Verbindung mit § 2 BetrVG ergebenden Nebenpflichtverletzung sowie einen Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG geltend machen. Der Unterlassungsanspruch kann dann im Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht durch Erlass einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden.¹⁰⁶⁴ Der Betriebsrat hat auch nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu überwachen, ob die Arbeitsschutzvorschriften eingehalten werden.

Zudem kann auch die Gewerkschaft einen Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG geltend machen, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmer, unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats, zur Vornahme des zusätzlichen Dienstes zurechenbar veranlasst hat oder dies duldet. Der Gewerkschaft steht auch die Möglichkeit zu, die Regelung des zusätzlichen Dienstes im Rahmen eines

¹⁰⁶³ BAG, Beschl. v. 14.02.1996, Az. 7 ABR 32/95, BeckRS 2008, 52059; Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 583f.

¹⁰⁶⁴ Fitting, BetrVG, § 87, Rn. 610; Richardi/Maschmann, BetrVG, § 87, Rn. 142.

Tarifvertrages mit dem Arbeitgeber, unter Beachtung der Friedenspflicht, durchzusetzen. Dabei hat die Gewerkschaft keinen Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG wegen der Anordnung oder Duldung des zusätzlichen Dienstes trotz eines verbindlichen Tarifvertrages mit Regelungen zur Arbeitszeit und Überstunden.

Auch haben die Aufsichtsbehörde nach § 17 Abs. 1 ArbZG die Einhaltung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes zu überwachen und die erforderlichen Maßnahmen zur Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes nach § 17 Abs. 2 ArbZG vorzunehmen.

Demnach hat nicht nur der Arbeitgeber seinen Pflichten gerecht zu werden und den ungeregelten zusätzlichen Dienst zu verhindern, sondern auch die Aufsichtsbehörde, die Betriebsräte und die Gewerkschaften haben die unzulässige ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit der Arbeitnehmer zu verhindern und die gesetzlich zustehenden Möglichkeiten zu nutzen.

5. Die Schutzmaßnahmen und Regelungen zur Verhinderung einer unzulässigen ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit sind vergebens, wenn der Arbeitnehmer sein Recht auf Nichterreichbarkeit, welches ihm bereits aufgrund bestehender Regelungen zusteht und keiner neuen gesetzlichen Regelung bedarf, nicht durchsetzt.

Ein Recht auf Nichterreichbarkeit ergibt sich bereits aus dem Zusammenspiel der Grenzen und des Schutzzwecks des Arbeitszeitgesetzes und des Arbeitsschutzgesetzes, den arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten sowie den übrigen gesetzlichen Vorschriften.¹⁰⁶⁵ Der Regelung eines solchen Rechts bedarf es demnach nicht, sondern vielmehr der Ausnahme von dem Recht auf Nichterreichbarkeit, der Pflicht zur Erreichbarkeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit.

Sofern die Arbeitnehmer eine kurze Freizeittätigkeit vornehmen, nehmen sie diese oft nicht als Arbeit wahr, sie lassen Kontaktaufnahmen durch Anrufe oder Emails des Arbeitgebers in ihrer Freizeit zu. Dies gilt auch für Unterbrechungen des Urlaubs, in denen die Arbeitnehmer tätig werden, sodass der gesamte oder verbleibende Urlaubsanspruch oder einzelne Urlaubstage nicht erfüllt werden. Selten wird der Arbeitnehmer bewusst Anrufe des Vorgesetzten ignorieren oder die Nachgewährung von Urlaubstagen wegen Unterbrechungen verlangen. Dies gilt auch für die Zeiten, in denen der Arbeitnehmer von seiner Arbeitspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB wegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit befreit wird. Um ein Recht auf Nichterreichbarkeit durchzusetzen, muss bei den Arbeitnehmern das Bewusstsein erweckt werden, dass mit dem Ende der betrieblichen Arbeitszeit auch die betriebliche Erreichbarkeit ihr Ende finden muss. Der Arbeitnehmer soll sich auf sein Recht berufen, nicht erreichbar zu sein, und es durchsetzen, wenn der Arbeitgeber verlangt, dass er sich außerhalb der Arbeitszeit ständig erreichbar halten und Arbeiten vornehmen soll.

Dem Arbeitnehmer stehen einige Möglichkeiten zu, um sich gegen die unzulässige ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit zu wehren. Dazu gehören neben der Anzeige der Verletzung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes bei der Behörde nach § 17 Abs. 2 ArbZG, auch die Geltendmachung

¹⁰⁶⁵ Schuchart, AuR 2016, 341 (343).

des Erfüllungsanspruchs nach § 618 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Einhaltung der Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG sowie der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG. Sofern der Arbeitgeber den sich aus den Vorschriften ergebenden Schutzpflichten nicht nachkommt, kann er hierzu durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts hinsichtlich seiner Arbeitsleistung nach § 273 Abs. 1 BGB gezwungen werden. Darüber hinaus steht dem Arbeitnehmer auch das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 623 Abs. 1 BGB, unter Einhaltung dessen Voraussetzungen, zu. Selten wird sich aber der Arbeitnehmer auf seine Rechte berufen, er wird den zusätzlichen Dienst wahrnehmen, ohne die Ansprüche, die sich daraus ergeben, geltend zu machen. Dem Arbeitnehmer können Nacherfüllungsansprüche hinsichtlich des durch die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit unterbrochenen Urlaubs sowie Vergütungsansprüche der Zeiten, für die er in seiner Freizeit tätig wurde, nach den arbeitsvertraglichen Regelungen oder nach § 612 Abs. 1 BGB entsprechend zustehen. Zudem können ihm Kostenerstattungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber nach § 670 BGB entsprechend zustehen, wenn das private Kommunikationsmittel im Rahmen des zusätzlichen Dienstes beschädigt wird oder Kosten durch dessen Nutzung für geschäftliche Belange entstehen.

Somit sind Regelungen und technische Vorkehrungen zur Vermeidung des zusätzlichen Dienstes dort sinnlos, wo sich die Arbeitnehmer an diese nicht halten, sondern aus falschem Pflichtbewusstsein Umgehungsmöglichkeiten für diese nutzen. Demnach setzt die Verhinderung des wilden zusätzlichen Dienstes und die mit ihr verbundenen Beeinträchtigungen neben der Regelung und Aufgabenwahrnehmung durch den Arbeitgeber, die Aufsichtsbehörde, die Gewerkschaft und den Betriebsrat, die Bereitschaft des einzelnen Arbeitnehmers voraus, sich an diese zu halten und einen unzulässigen zusätzlichen Dienst abzulehnen. Der Arbeitgeber kann nur dann einen adäquaten Arbeits- und Gesundheitsschutz den Arbeitnehmern gewähren, wenn sie die ihnen gesetzten Grenzen auch beachten.

6. Es besteht kein gesetzlicher Handlungsbedarf für die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes durch ein Wahlarbeitszeitgesetz, sondern ein Handlungsbedarf der Gewerkschaften zur Öffnung des Arbeitszeitgesetzes, um speziellere und zeitgemäße Regelungen zu Gunsten des zusätzlichen Dienstes zu finden.

Eine mit dem Wahlarbeitszeitgesetz in Aussicht gestellte Flexibilisierung durch die Öffnung des Arbeitszeitgesetzes kann bereits nach der bestehenden Öffnungsklausel des § 7 ArbZG durch einen Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags durch eine Betriebs-/ Dienstvereinbarung erreicht werden. Dazu kann für den zusätzlichen Dienst die Mindestruhezeit gemäß § 5 ArbZG nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG verkürzt sowie auf die Besonderheiten des zusätzlichen Dienstes nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG angepasst werden. Zudem können nach § 7 Abs. 3 S. 1, 2 ArbZG auch im Geltungsbereich eines Tarifvertrags nach § 7 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 ArbZG abweichende tarifvertragliche Regelungen im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Arbeitgebers durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung oder, wenn ein Betriebs- oder Personalrat nicht besteht, durch schriftliche Vereinbarung zwischen dem

Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer übernommen werden. Durch solche Abweichungen kann eine flexible Arbeitszeitgestaltung im Rahmen des zusätzlichen Dienstes ermöglicht und somit auf die Freizeittätigkeit reagiert werden, die dann nicht den erneuten Beginn der Mindestruhezeit zur Folge hätte, wenn der Arbeitnehmer seine Freizeittätigkeit beendet hat. Der Arbeitnehmer kann dadurch am nächsten Tag zur üblichen Arbeitszeit seine Tätigkeit aufnehmen, ohne die ununterbrochene Mindestruhezeit von elf Stunden nach § 5 Abs. 1 ArbZG einhalten zu müssen. Die Öffnungsklausel durch das Wahlarbeitszeitgesetz führt nicht zu einer Erweiterung der bestehenden Regelungen des Arbeitszeitgesetzes, da diese kumulativ die Tarifbindung des Arbeitgebers und das Bestehen eines eingerichteten Betriebsrats für den jeweiligen Betrieb voraussetzt.¹⁰⁶⁶ Solche Unternehmen, in denen die Arbeitnehmerrechte nicht durch Betriebsräte oder Gewerkschaften geschützt werden, können nach dem Wahlarbeitszeitgesetz nicht von den Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes abweichen. Es bleibt somit weiterhin unberücksichtigt, dass der Schutz der Arbeitnehmer, neben der Wahrnehmung der Rechte durch die Betriebsräte oder Gewerkschaften, auch durch andere Maßnahmen gesichert werden können. Bisher ist die Öffnung des Arbeitszeitgesetzes unter den strengen Voraussetzungen nach § 7 Abs. 3 S. 1, 2 ArbZG bereits durch eine Betriebsvereinbarung oder schriftliche Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien möglich. Demnach würde ein solches Wahlarbeitszeitgesetz die Abweichung von den Regelungen des Arbeitszeitgesetzes zu den bisher bestehenden Möglichkeiten erschweren, statt diese zu erleichtern und die Möglichkeit der flexiblen Arbeitszeitgestaltung zu fördern.¹⁰⁶⁷ Dies wird auch durch die, neben der Tarifbindung und der Betriebsvereinbarung, geforderten weiteren Voraussetzungen des Wahlarbeitszeitgesetzes für die Abweichung deutlich. Zu diesen weiteren Voraussetzungen gehören die Einholung der individuellen Zustimmung des von der Abweichung des Arbeitszeitgesetzes betroffenen Arbeitnehmers zur Öffnung, der Schaffung neuer Schutzrechte und die Erklärung der Bereitschaft der Betriebe, die Auswirkungen der Abweichungen vom Arbeitszeitgesetz im Rahmen eines Experimentierraums zu evaluieren oder evaluieren zu lassen, um die Ergebnisse der Bundesregierung zur Verfügung zu stellen.

Zwar ist eine Abweichung von der Höchstarbeitszeit für die ständige Erreichbarkeit nach der bisherigen Regelung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG nicht möglich, aber auch die Einführung des Wahlarbeitszeitgesetzes würde keinen Mehrwert für den zusätzlichen Dienst im Hinblick auf die Überschreitung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG bieten. Diese sollte nicht zu einer Abkehr von der Norm des acht Stunden Tages durch die Öffnung des Arbeitszeitgesetzes, zugunsten nur noch einer Wochenhöchstarbeitszeit, führen, eine solche Handhabung wäre bereits nach den Zielen des Arbeitsschutzes und der Zeitsouveränität abzulehnen.¹⁰⁶⁸ Zudem wäre auch zu beachten, dass im Rahmen eines zusätzlichen Dienstes die Zeiten der ständigen Erreichbarkeit im Verhältnis zu den Zeiten der Freizeittätigkeit überwiegen sollten. Es handelt sich bei einem solchen zusätzlichen Dienst um ein sich verfügbar halten, um dann bei Bedarf vom Arbeitgeber kontaktiert werden zu können. Der

¹⁰⁶⁶ So etwa auch: Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (53).

¹⁰⁶⁷ Als viel zu voraussetzungsvoll ansehend; so: Uffmann, in: NZA-Beilage 2017, 45 (52).

¹⁰⁶⁸ BMAS, in: Weißbuch, S. 124.

Arbeitnehmer soll demnach nicht ständig seine Arbeitsleistung erbringen. Sofern ein ständiger Arbeitsbedarf besteht, wäre dieser durch zusätzliches Personal und die Einführung eines Schichtsystems zu regulieren, nicht durch den zusätzlichen Dienst.

Grundsätzlich sind die Möglichkeiten zur Abweichung von der Mindestruhezeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG sowie nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG durch tarifvertragliche Regelungen und aufgrund eines Tarifvertrages durch betriebliche Regelungen zu nutzen, um auf die Flexibilitätsanforderungen des zusätzlichen Dienstes zu reagieren, ein gesetzlicher Handlungsbedarf zur Verabschiedung eines Wahlarbeitszeitgesetzes ist nicht erkennbar.

7. Die Digitalisierung und die damit verbundenen Flexibilisierungswünsche der Wirtschaft können Verschlechterungen des Arbeitsschutzes nicht rechtfertigen.

Die mit der Digitalisierung verbundenen Änderungen in der Arbeitswelt müssen sich grundsätzlich an die geltenden Arbeitsschutzvorschriften anpassen und nicht andersherum. Die Öffnungsklausel nach § 7 ArbZG ermöglicht bereits Abweichungen vom Arbeitszeitgesetz, um sich ändernden Bedürfnissen und damit auch der Digitalisierung entsprechen zu können. Stellt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern mobile Kommunikationsmittel zur Verfügung, kann er sich nicht darauf berufen, dass durch die Möglichkeit der ständigen Erreichbarkeit die Ruhe- und Höchstarbeitszeit anzupassen wären. Das strenge Arbeitszeitgesetz soll den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer wahren. Sollen diese Regelungen zu Lasten des Arbeitnehmers geändert werden, bedarf es zuvor eingehender Untersuchungen hinsichtlich der Auswirkungen der Verkürzung oder sogar Abschaffung einer täglichen Höchstarbeitszeit und Mindestruhezeit auf die Gesundheit. Erst dann sollten die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes geändert werden, durch eine der Digitalisierung entsprechenden Auslegung der Vorschriften kann dies nicht erfolgen. Sofern den Arbeitnehmern eine Variabilität bezüglich der täglichen Arbeitszeitdauer und der Arbeitszeitlage zur Vereinbarkeit von Familie und Arbeit zustehen soll, hätte der einzelne Arbeitnehmer das Risiko eines angemessenen Zeitmanagements zu tragen und seine Selbstorganisationsfähigkeit anzupassen. Dies erscheint aber im Hinblick auf die Gewährleistung des Gesundheitsschutzes des Arbeitnehmers fragwürdig.

8. Zusammenfassend stellt sich die ständige Erreichbarkeit als tatsächliches Problem der Arbeitswelt und nicht als rechtliches Problem dar, das nicht auf fehlenden gesetzlichen Regelungen beruht, sondern einer fehlenden Regulierung im Arbeitsverhältnis.

Für den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer wäre es leichter, wenn die mobile Arbeit mit den mobilen Kommunikationsmitteln in den Arbeitsschutz ausdrücklich aufgenommen werden würde. Dies hätte durch die Neugestaltung der Arbeitsstättenverordnung geschehen können, sodass der Arbeitgeber im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung auch die Ergonomie der Arbeit mit mobilen Kommunikationsmitteln hätte gewährleisten müssen. Die Begründung, dass das Ausbleiben der Aufnahme der Arbeit mit solchen Geräten in die Arbeitsstättenverordnung bewusst war, um keine Grundlage für die ständige Nutzung dieser zu schaffen, ist nicht nachvollziehbar. Der Schutz der

Arbeitnehmer vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen sollte nicht vom Umfang der Nutzung eines Arbeitsmittels abhängig gemacht werden, sondern von der aus der Nutzung selbst hervorgehenden Gefahr. Somit richtet sich der Schutz der Arbeitnehmer vor den ergonomischen Belastungen, aber auch den mit dem zusätzlichen Dienst verbundenen Gefährdungen für die psychische Gesundheit nach den allgemeinen Vorschriften des Arbeitsschutzgesetzes und der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG. Der Erlass einer Anti-Stress-Verordnung wäre zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer vor psychischen Gefährdungen sinnvoll, da diese für die Gefährdungsbeurteilung speziellere Beurteilungskriterien und Gestaltungsmaßgaben zur Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG vorgeben, die sich auf die Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit fokussieren. Dem Arbeitgeber, bei dem ein Betriebsrat nicht eingerichtet ist, würde somit auch die Handhabung der Gefährdungsbeurteilung hinsichtlich der Gefährdungen für die psychische Gesundheit erleichtert werden. Er hätte sich an die Vorschläge der bekanntgemachten Regelungen zu halten und könnte sich auch darauf verlassen, das Notwendige getan zu haben.¹⁰⁶⁹ Auch den Betriebsräten würde durch die Anti-Stress-Verordnung die Möglichkeit gegeben werden, die psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zu fokussieren. Zudem auch durch die Regelung nach § 12 Anti-Stress-Verordnung, die auf die Vorschrift des § 25 ArbSchG verweist, die benannten Verstöße gegen die Anti-Stress-Verordnung die Ahndung als Ordnungswidrigkeit und Straftat die Gewährleistung der psychischen Gesundheit verschärfen würden.

Der Erlass einer Anti-Stress-Verordnung wäre somit hilfreich, um die Arbeitnehmer vor den mit der Digitalisierung verbundenen Beeinträchtigungen zielgerichteter zu schützen, aber allein zur Gewährleistung des Schutzes der Arbeitnehmer vor Gefährdungen der psychischen Gesundheit durch den zusätzlichen Dienst nicht ausreichend. Die bestehenden Vorschriften gewährleisten bereits einen umfassenden Schutz der Arbeitnehmer vor unzulässiger ständiger Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit. Zudem sollten die Arbeitnehmer im Umgang mit den mobilen Kommunikationsmitteln das richtige Verständnis darüber haben, dass sie durch die ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit einen zusätzlichen Dienst zugunsten des Arbeitgebers leisten, der sogar vergütungspflichtig sein kann. Ein solches Verständnis kann mittels ausdrücklicher Regelungen und Maßnahmen des Arbeitgebers, des Betriebsrats und der Gewerkschaften erreicht werden.¹⁰⁷⁰ Die ständige Erreichbarkeit findet nicht in einem rechtsfreien Raum statt. Es gelten auch hier die üblichen arbeitsrechtlichen (also arbeitsvertrags-, mitbestimmungs-, urlaubs- und arbeitszeitrechtlichen) Grundsätze.¹⁰⁷¹ Nutzt der Arbeitgeber hingegen ein falsches Verständnis der Arbeitnehmer zur Leistung eines zusätzlichen Dienstes und eine damit vermeintliche Pflicht zu dieser aus, liegt dies nicht an der Digitalisierung, sondern an einer schlechten Führungskultur des Vorgesetzten, dem herrschenden Termindruck oder einem hohen Arbeitsaufkommen. Der Arbeitgeber profitiert von einem solchen unregulierten zusätzlichen Dienst,

¹⁰⁶⁹ Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1436).

¹⁰⁷⁰ So auch kursorisch: Braun/Sura, ZRP 2018, 75 (76).

¹⁰⁷¹ Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1031); Schlegel, NZA-Beilage 2014, 16 (22).

denn ohne eine Vereinbarung hierzu, wird selten ein Arbeitnehmer wegen Vergütung oder Nachgewährung von unterbrochenem Urlaub bei ihm vorstellig werden. Somit sollte der Fokus des Arbeitnehmerschutzes weg von gesetzlichen oder untergesetzlichen Regulierungsmöglichkeiten, hin zu betrieblichen Handlungsszenarien und Regulierungen gerichtet werden.¹⁰⁷² Es müssen aktiv Maßnahmen ergriffen werden, auch durch die Aufsichtsbehörden, um die bereits bestehenden gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen in den einzelnen Unternehmen durchzusetzen und diese nicht als hohle Phrasen zu dulden. Gesetze und Vereinbarungen können nur dann ihre Wirkung entfalten, wenn auch deren Einhaltung grundsätzlich gesichert wird. Dies wird auch im Rahmen des Strafgesetzbuches deutlich, nach dem der Verstoß gegen das Strafgesetzbuch durch die Begehung einer Straftat eine Bestrafung des Täters mit einer Geldstrafe oder Haftstrafe zur Folge hat, sodass die Begehung von Straftaten vermieden werden sollen. Würden Bestrafungen unterbleiben, würden sich die Bürger nicht verpflichtet fühlen, sich an das Strafgesetzbuch zu halten. Zielführend ist es auch, technische Vorkehrungen zu treffen, um die Arbeitnehmer von unregulierten zusätzlichen Diensten abzuhalten und ein gesetzeskonformes Arbeiten durchzusetzen. Dazu müssen auch arbeitsrechtliche Konsequenzen seitens des Arbeitgebers gezogen werden, wie unter anderem der Ausspruch einer Abmahnung, um so die Arbeitnehmer von einer wilden ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit abzuhalten. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitnehmer freiwillig einen solchen zusätzlichen Dienst vornehmen. Die Gewerkschaften und die Betriebsräte müssen ebenfalls ihre Rechte und Pflichten wahrnehmen, um auf eine zulässige ständige Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit hinzuwirken. Der unzulässige zusätzliche Dienst und die damit einhergehenden Belastungen der Arbeitnehmer können nicht allein durch die Regelung einer Anti-Stress-Verordnung verhindert werden, es bedarf hierzu vielmehr der Aufgabenwahrnehmung der einzelnen Akteure des Arbeitsverhältnisses zur Einhaltung der bestehenden gesetzlichen Regelungen. Nur wenn alle Zahnräder im Getriebe laufen, kann auch das Getriebe sich drehen und damit seine Aufgabe erfüllen. Dies gilt auch für den Schutz der Arbeitnehmer vor der wilden, unzulässigen ständigen Erreichbarkeit und Freizeittätigkeit.

¹⁰⁷² So ähnlich: Krause, NZA 2016, 1004 (1005).