

# Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts?

Von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## I. „Entgrenzung“ als Begriff

Soziologen diskutieren spätestens seit 1998 über „Entgrenzung“. Diese bezieht sich keineswegs nur auf abhängige Arbeit, sondern ergreift „feste personale Identitäten“ wie die des Familienvaters und Ernährers, die dauerhafte Zugehörigkeit zu einem bestimmten Beruf, die Unterscheidung zwischen bestimmten Schichten und Lebensstilen und vieles andere mehr.<sup>1</sup> Für die Beschreibung eines Untersuchungsgegenstands oder gar für eine juristische Begriffsbildung erscheint ein solches Phänomen als viel zu diffus, zumal es in verdächtige Nähe zu jeder Form von sozialer Veränderung gerät, wenn von „Erosion von Normalitäten“ die Rede ist.<sup>2</sup>

Im Folgenden soll es deshalb um einen konkreteren Teilbereich gehen: Welche Trends gibt es im Verhältnis zwischen Arbeit und Freizeit? Wird etwa das Leben vieler abhängig Arbeitender – wie von verschiedenen Seiten vermutet - von der Arbeit total überlagert, ja „aufgefressen“? Und weiter: Könnte der Expansion der Arbeit mit juristischen Mitteln begegnet werden? Als erster Schritt ist eine Bestandsaufnahme nötig. Wie sind die Grenzen der abhängigen Arbeit in zeitlicher örtlicher und funktionaler Hinsicht beschaffen? Welche Durchbrechungen kennen sie schon heute? Führt die faktische Pflicht, ständig erreichbar zu sein, für viele Beschäftigte zu einer Grenzverschiebung, ja zu einer Beseitigung der bisherigen Grenzen?<sup>3</sup>

## II. Das traditionelle Modell der „begrenzten“ Arbeit

Als freier Mensch steht der Einzelne nicht mit seiner gesamten Existenz in den Diensten seines Arbeitgebers. Traditioneller Weise verdingt man sich als Vollzeit- oder als Teilzeitkraft, wobei in aller Regel im Arbeitsvertrag eine bestimmte Zahl von Wochenstunden

---

<sup>1</sup> Dazu der Überblick bei Gottschall/Voß, Einleitung, in: Gottschall/Voß (Hrsg.), Entgrenzung von Arbeit und Leben, 2003, S. 11 ff.

<sup>2</sup> Schier/Jurczyk/Szymenderski, Entgrenzung von Arbeit und Familie – mehr als Prekarisierung, WSI-Mitt. 2011, 402 ff.

<sup>3</sup> Zur Problematik s. insbesondere Buschmann, Beschäftigte online. Die ständige Erreichbarkeit und ihre Folgen, PersR 2011, 247 ff.

festgelegt wird. Gleichwohl ist die Trennung zwischen „Arbeit“ und „Freizeit“ keine hermetische; nicht immer beginnt am späteren Nachmittag oder am Abend mit dem Durchschreiten des Fabriktores oder dem Verlassen des Bürogebäudes das „Reich der Freiheit“.

## **1. Die Grundsatzentscheidungen**

### **a) Zeitliche Grenzen**

Abhängige Arbeit hat zeitliche Grenzen. Dieser im ArbZG niedergelegte Grundsatz ist keine Selbstverständlichkeit, sondern Ergebnis einer langen historischen Entwicklung.

Die verbindliche rechtliche Festlegung einer täglichen Höchstarbeitszeit war für die Arbeiterbewegung von ihren Ursprüngen an eine zentrale Forderung.<sup>4</sup> Der Grund ist leicht zu erkennen: Körperliche Arbeit von 12, 14 oder 16 Stunden täglich führt zu einem frühzeitigen Verschleiß von Arbeitskraft und zu schweren Gesundheitsschäden. Gleichzeitig macht sie den Einzelnen zum Anhängsel des Arbeitsprozesses; für seine persönlichen Bedürfnisse bleibt so gut wie keine Zeit mehr übrig. Eine Teilnahme am sozialen, kulturellen und politischen Leben ist faktisch unmöglich, die wenige verbleibende Zeit muss für häusliche Tätigkeiten und eine notdürftige Regeneration der Arbeitskraft verwendet werden. Eine kürzere Arbeitszeit soll deshalb die Möglichkeit schaffen, nicht nur „Arbeitsroboter“, sondern auch Mensch als soziales und kulturelles Wesen zu sein.

Die Durchsetzung einer „menschlichen“ Arbeitszeit nahm viele Jahrzehnte in Anspruch. Am stärksten engagierten sich ursprünglich ehemalige Handwerker, deren Zeitverständnis noch durch die vorkapitalistischen Verhältnisse geprägt war: Systematisches, rationelles Erwerbsstreben war in den Zünften ebenso unbekannt wie eine „Zeitökonomie“, die nach dem „Output“ pro Stunde fragt.<sup>5</sup> Hier war der Eingriff in die gewohnte Lebenswelt sehr viel stärker fühlbar als bei den Arbeitskräften, die aus der Landwirtschaft kamen und die den Regeln der „Gesindeordnungen“ entsprechend einer extremen Form von Fremdbestimmung

---

<sup>4</sup> Zur Entwicklung in anderen europäischen Ländern s. Ramm, *Laissez-faire and State Protection of Workers*, in: Hepple (ed.), *The Making of Labour Law in Europe*, 1986, p. 104 ff.

<sup>5</sup> Zu vorindustriellen Zeitstrukturen s. insbesondere Deutschmann, in: Offe/Hinrichs/Wiesenthal (Hrsg.), *Arbeitszeitpolitik. Formen und Folgen einer Neuverteilung der Arbeitszeit*, 2. Aufl. 1983, S. 32 ff., 40; Scharf, *Geschichte der Arbeitszeitverkürzung*, 1987, S. 28 ff.; Michael Schneider, *Streit um Arbeitszeit, Geschichte des Kampfes um Arbeitszeitverkürzung in Deutschland*, 1984, S. 19 ff.

unterworfen waren.<sup>6</sup> Um 1850 lag die tägliche Arbeitszeit bei durchschnittlich 14 Stunden. 1875 belief sie sich immer noch auf 12 und um die Wende zum 20. Jahrhundert auf 10 ½ Stunden.<sup>7</sup> Eine Vorreiterrolle bei der Arbeitszeitverkürzung hatte die Carl-Zeiss-Stiftung in Jena: Dort wurde der Arbeitstag von zunächst 11 ¾ Stunden allmählich auf 9 Stunden gesenkt, ehe dann im Jahre 1900 erstmals der Acht-Stunden-Tag eingeführt wurde.<sup>8</sup> Dies war weniger die „soziale Großtat“ einer aufgeklärten Unternehmensleitung, sondern primär Folge der Erkenntnis, dass bei kürzerer Arbeitszeit intensiver gearbeitet und das bisherige Arbeitsergebnis sogar übertroffen wurde.<sup>9</sup> Andere folgten diesem Beispiel nur vereinzelt, doch wurde die durchschnittliche Arbeitszeit bis 1914 auf 9 ½ Stunden werktäglich reduziert. Während des Krieges wurden dann wieder frühere Werte erreicht.

Einen ersten großen Durchbruch brachte die November-Revolution von 1918. Sie machte den Acht-Stunden-Tag verbindlich und setzte damit Maßstäbe, die bis in die Gegenwart gültig sind. Dabei wurde allerdings nicht wie heute die Fünf-Tage- sondern die Sechs-Tage-Woche zugrunde gelegt, so dass sich eine Höchstbelastung von 48 Stunden pro Woche ergab. Mehrarbeit musste von der Arbeitsaufsicht genehmigt werden. Unterblieb dies, war ihre „Entgegennahme“ strafbar. Diese bemerkenswerte Regel wurde allerdings bereits 1923 wieder aufgehoben; außerdem gab es viele Ausnahmen vom Acht-Stunden-Tag. Es besteht deshalb wenig Grund zu der Annahme, dass die 48-Stunden-Woche generell verwirklicht war.<sup>10</sup> Dies galt auch für die Zeit nach 1933; die bis 1994 geltende Arbeitszeitordnung (AZO) von 1938 schrieb die 48-Stunden-Woche und auch sonst im Wesentlichen den Rechtszustand fort, der bereits 1923 erreicht war. Dass es nicht wie in anderen Teilen des Arbeitsrechts zu einem Abbau von Arbeitnehmerrechten kam, lag vermutlich daran, dass sich in der Zwischenzeit die Arbeitsanforderungen so erhöht hatten, dass die Produktivität erheblich gelitten hätte, wäre man zu einer über 8 bis 10 Stunden hinausgehenden Arbeitszeit zurückgekehrt.<sup>11</sup> Das grundsätzliche Verbot der Sonntagsarbeit und seine Durchbrechungen – seit 1891 in den §§ 105a ff. GewO geregelt – blieben gleichfalls unangetastet.

---

<sup>6</sup> Zu ihnen Vormbaum, Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert (vornehmlich in Preußen 1810 bis 1918), 1980; Rainer Schröder, Das Gesinde war immer frech und unverschämt. Gesinde und Gesinderecht vornehmlich im 18. Jahrhundert, 1992, S. 91 ff.

<sup>7</sup> S. die Übersicht bei Kramer, Freizeit und Reproduktion der Arbeitskraft, 1975, S. 52 und Michael Schneider Die Mitbestimmung 1985, 252

<sup>8</sup> Kramer, S. 43 ff.

<sup>9</sup> Kramer, S. 45 ff.; Michael Schneider (oben Fn. 1) S. 48 ff.

<sup>10</sup> S. Michael Schneider (oben Fn. 1) S. 130 ff.

<sup>11</sup> Kramer (oben Fn. 3) S. 55 ff.

Das am 1. Juli 1994 in Kraft getretene ArbZG<sup>12</sup> fasste die in unterschiedlichen Gesetzen enthaltenen Vorschriften zusammen. Zentrale Norm ist § 3 ArbZG, der sich einerseits zum Acht-Stunden-Tag bekennt, andererseits eine Erhöhung auf zehn Stunden zulässt, sofern innerhalb von sechs Monaten (oder 24 Wochen) wieder ein Durchschnitt von acht Stunden pro Werktag erreicht wird. Im Interesse der Flexibilisierung wurde so aus dem realen ein statistischer Acht-Stunden-Tag.<sup>13</sup> Das Abstellen auf den „Werktag“ beließ die wöchentliche Obergrenze bei 48 Stunden. Im Interesse des Gesundheitsschutzes sind daneben Pausen (§ 4 ArbZG) und Ruhezeiten (§ 5 ArbZG) vorgeschrieben. Die Nachtarbeit ist in § 6 ArbZG nicht prinzipiell eingeschränkt, jedoch soll ihre Ableistung bestimmten Mindeststandards genügen. Das in § 9 ArbZG ausgesprochene Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit wird durch einen beeindruckend langen Katalog von Ausnahmen in § 10 ArbZG durchbrochen. Die 1993 erlassene Arbeitszeit-Richtlinie der EG<sup>14</sup> veränderte insbesondere die rechtliche Qualifizierung von Bereitschaftsdiensten und führte zur Novellierung des ArbZG vom 24. 12. 2003.<sup>15</sup>

## **b) Räumliche Grenzen**

Arbeit findet traditioneller Weise an einem konkreten Ort statt, der vom Arbeitgeber bestimmt wird. Dieser ist nicht mit der Wohnung des Arbeitnehmers und seiner Familie identisch, sondern räumlich von dieser getrennt. Insoweit besteht ein grundlegender Unterschied zu vorkapitalistischen Produktionsweisen: Der mittelalterliche Handwerker und der Kaufmann lebte in aller Regel mit seinen Hilfspersonen im selben Gebäude, in dem er auch seiner Tätigkeit nachging. Erst recht war dies in der Landwirtschaft der Fall, die ökonomisch und von der Zahl der Beschäftigten her bei weitem im Vordergrund stand.

Die Trennung von Wohnung und Arbeitsplatz hatte in der Vergangenheit den gewichtigen Vorteil, „zu Hause“ von allen unmittelbaren Arbeitsanforderungen frei zu sein. Dies schloss nicht aus, dass die vorwiegend körperliche Arbeit den Einzelnen so sehr in Anspruch nahm, dass er mit dieser „Freiheit“ nichts anfangen konnte, sondern sich regenerieren musste. Auch war die Bezahlung bis Mitte der fünfziger Jahre so bescheiden, dass sich auch deshalb bezahlte „Freizeitkultur“ kaum entwickeln konnte. Auf der anderen Seite hatten

---

<sup>12</sup> BGBl I S. 1170

<sup>13</sup> Überblick bei Zmarzlik DB 1994, 1082 ff.

<sup>14</sup> ABl v. 13. 12. 1993, Nr. L 307/18, in dieser ursprünglichen Fassung auch abgedruckt bei Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, unter Nr. 446

<sup>15</sup> BGBl I S. 3002

„Selbsthilfeorganisationen“ eine weit größere Bedeutung als heute; sie reichten von den Konsumgenossenschaften über die Arbeitersportvereine bis hin zu politischen Bildungseinrichtungen. In den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg erreichten sie bei weitem nicht mehr die Bedeutung wie in Weimar und unter dem Kaiserreich. Die ab 1950 deutlich steigenden Verdienste ermöglichten stattdessen ein anspruchsvolleres Leben in der Freizeit, was vom Gaststätten- und Kinobesuch bis zur Reise in den Süden reichte. Die „Freiheit“, in bestimmten Bereichen zu tun und zu lassen was man wollte, gewann ein beträchtliches Stück an Realität – was in der Konkurrenz zu dem anderen Sozialmodell im Osten Deutschlands von ganz gravierender Bedeutung war.

Eine unmittelbare rechtliche Garantie zugunsten der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung gibt es nicht. Allerdings umfassen das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG und das Grundrecht der Freizügigkeit nach Art. 11 GG auch das Recht, die Wohnung dort zu wählen, wo man es für richtig hält. Der Wohnsitz hat den Arbeitgeber grundsätzlich nicht zu interessieren,<sup>16</sup> insoweit gilt der Grundsatz der freien Gestaltung des Privatlebens.<sup>17</sup>

Volle Dispositionsfreiheit besteht während der Zeit des jährlichen Erholungsurlaubs. Einen gesetzlichen Urlaubsanspruch gibt es erst seit Ende der 1940-er Jahre. Er war zunächst in den Urlaubsgesetzen der Länder niedergelegt; soweit sie nicht existierten, leitete die Rechtsprechung einen „ungeschriebenen“ Anspruch aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ab.<sup>18</sup> Erst durch das Bundesurlaubsgesetz vom 8. Januar 1963<sup>19</sup> trat eine bundeseinheitliche Regelung in Kraft, die sich zunächst auf zwei Wochen jährlich beschränkte. Im Zusammenhang mit der Ratifizierung des ILO-Übereinkommens Nr. 132<sup>20</sup> wurde der Urlaubsanspruch für alle auf drei Wochen erhöht<sup>21</sup>; mit Rücksicht auf die Arbeitszeitrichtlinie der EG<sup>22</sup> gilt seit 1. 1. 1995 ein Mindesturlaub von vier Wochen.<sup>23</sup> Im internationalen Vergleich stellt dies keineswegs eine Selbstverständlichkeit dar, da beispielsweise weder die USA noch Japan über einen gesetzlichen Mindesturlaub verfügen. Die Tarifpraxis geht zudem erheblich über das gesetzliche Niveau hinaus und ist im Durchschnitt bei knapp sechs

---

<sup>16</sup> Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert, Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 7. Aufl. 2013, § 7 Rn. 36

<sup>17</sup> Kreuder, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handkommentar, 3. Aufl. 2013, § 611 BGB Rn. 563 (im Folgenden: HK-ArbR-Verfasser). Im Grundsatz ebenso BAG NZA 2007, 343, 345 Tz. 31

<sup>18</sup> BAG AP Nr. 6 und 18 zu § 611 BGB Urlaubsrecht

<sup>19</sup> BGBl I S. 2

<sup>20</sup> BGBl 1975 II S. 745

<sup>21</sup> Gesetz vom 27. Juli 1969 (BGBl I S. 946)

<sup>22</sup> Oben Fn. 14

<sup>23</sup> Art. 2 des Arbeitszeitrechtsgesetzes vom 6. 6. 1994 (BGBl I S. 1170)

Wochen angelangt – wobei allerdings zu beachten ist, dass mittlerweile weniger als 60 % aller Arbeitnehmer in der Bundesrepublik von Tarifverträgen erfasst sind. Die „schönsten Tage des Jahres“ stellen im Bewusstsein vieler einen gewissen Ausgleich für eine entfremdete Arbeit dar, der man insgesamt erst dann entkommen kann, wenn man sich der Altersgrenze nähert und einen Altersteilzeitvertrag in Aussicht hat. Der Urlaub leistet so einen nicht unerheblichen Beitrag zu einer bewusstseinsmäßigen Identifizierung mit dem gesellschaftlichen Status quo.

### c) Funktionale Grenzen

Die Arbeit nimmt nicht den ganzen Menschen in Dienst. Vielmehr muss der Einzelne sich nur solche Beschränkungen gefallen lassen, die für die Erfüllung der übernommenen Arbeit erforderlich sind. Soweit die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht berührt sind, kann er tun und lassen, was er will. Welche Freunde und Hobbies der Arbeitnehmer hat, mit wem er zusammenlebt, welche wirtschaftlichen Dispositionen er trifft, das alles ist seine „Privatsache“.<sup>24</sup> Konsequenterweise ist es dem Arbeitgeber untersagt, einen Bewerber nach solchen Dingen zu fragen<sup>25</sup> oder sie gar zum Anlass für eine Versetzung oder Kündigung zu nehmen. Allgemein abgelehnt wird beispielsweise die Frage, ob sich eine Bewerberin mit Heiratsabsichten trägt.<sup>26</sup> Auch die Lebensgewohnheiten bleiben für den Arbeitgeber tabu; ob jemand Sport treibt, gelegentlich Alkohol trinkt oder raucht, ist allein seine Angelegenheit.<sup>27</sup>

Dieser Grundsatz wird von der Rechtsprechung auch auf wenig angesehene Verhaltensweisen erstreckt. So stellt es keine Pflichtverletzung dar, wenn eine Arbeitnehmerin in ihrer Freizeit an softpornographischen Fotos mitwirkt.<sup>28</sup> Auch ehewidrige Beziehungen eines Arbeitnehmers zu einer verheirateten Kollegin sind arbeitsrechtlich ohne Bedeutung.<sup>29</sup> Dasselbe gilt für eine Lehrerin, die in ihrer Freizeit einen Swingerklub mit betreibt.<sup>30</sup> Weiter

---

<sup>24</sup> Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 11. Aufl. 2008 (Neudruck 2012) Rn. 50a

<sup>25</sup> S. etwa den Überblick bei Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013, § 26 Rn 18 ff.

<sup>26</sup> LAG Baden-Württemberg DB 1957, 972; Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 50a; Kittner/Zwanziger/Deinert-Becker (oben Fn. 12) § 19 Rn. 54; Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 123 BGB Rn. 18 (im Folgenden: HWK-Bearbeiter); Raab, in: Wiese/Kreutz u. a.

Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 94 Rn. 44 (im Folgenden: GK-BetrVG-Bearbeiter)

<sup>27</sup> Keine Frage nach Trinkgewohnheiten: Däubler, Arbeitsrecht 2 (oben Fn. 14) Rn. 50a; Schaub-Linck § 26 Rn 18. HWK-Thüsing (§ 123 BGB Rn 20) will dies auch auf gelegentlichen Drogenkonsum erstrecken. Keine Frage, ob jemand raucht: ErfK-Preis, 14. Aufl. 2014, § 611 BGB Rn. 282; Schaub-Linck § 26 Rn. 28; HWK-Thüsing § 123 BGB Rn. 21; Däubler, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 4. Aufl. 2014, § 32 Rn. 17 (im Folgenden: DKWW-Bearbeiter)

<sup>28</sup> ArbG Passau NZA 1998, 427

<sup>29</sup> KR-Fischermeier, 10. Aufl. 2013, § 626 BGB Rn 414

<sup>30</sup> LAG Hamm AuR 2002, 433

vertrat das ArbG Berlin<sup>31</sup> den Standpunkt, das Bekenntnis eines Krankenpflegers zu sadomasochistischen Praktiken bei einer Fernseh-Talkshow lasse nicht den Rückschluss zu, es könne auch bei der Arbeit zu Übergriffen oder zu unangemessenem Verhalten gegenüber Patienten kommen. Unerheblich sind schließlich häufige Besuche des Leiters einer Bankfiliale in einer Spielbank.<sup>32</sup>

Soweit die Arbeitsleistung nicht leidet und das Arbeitsverhältnis auch sonst nicht berührt ist, spielt es keine Rolle, wenn sich das „Freizeitverhalten“ im Betriebsgelände abspielt. Versammeln sich Zeitungszusteller nach getaner Arbeit regelmäßig im Betriebsratsbüro, um gemeinsam Haschisch zu konsumieren, so ist das Arbeitsverhältnis nicht betroffen, wenn alle Beteiligten am nächsten Tag ihre Arbeit wieder völlig korrekt erfüllen.<sup>33</sup> Dasselbe gilt für tätliche Auseinandersetzungen, wenn ihr Schwerpunkt im Privatbereich liegt. So hat etwa das LAG Frankfurt/Main<sup>34</sup> weder eine außerordentliche noch eine ordentliche Kündigung für gerechtfertigt erklärt, als es zu einer handgreiflichen Auseinandersetzung zwischen einem Vorgesetzten und seiner Untergebenen kam, weil zwischen beiden eine private Liebesbeziehung bestand, aus der sich der Vorgesetzte lösen wollte. Die Grenze zur Pflichtverletzung kann allerdings bei räumlicher Nähe zum Betrieb schnell überschritten sein; so wurde das Verkaufen von gestohlenen Handys auf dem Firmenparkplatz u. a. auch an Arbeitskollegen von der Rechtsprechung als Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung gewertet.<sup>35</sup>

Auch gegenüber Dritten verübte Straftaten können arbeitsrechtlich irrelevant sein, wenn sie ohne Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis bleiben. Dies wurde etwa von der Rechtsprechung bei einer Verurteilung wegen Geheimbündelei angenommen.<sup>36</sup> Dasselbe gilt für die einmalige private Trunkenheitsfahrt eines Triebfahrzeugführers einer U-Bahn mit dem Auto, der für seine eigentliche Tätigkeit keinen (allgemeinen) Führerschein benötigte.<sup>37</sup> Begeht der Arbeitnehmer aus privaten Gründen einen Totschlag, so kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, ob die Weiterbeschäftigung des »Totschlägers« wirklich unzumutbar ist.<sup>38</sup> Wird eine Freiheitsstrafe verhängt und vollstreckt, so kommt eine personenbedingte

---

<sup>31</sup> BB 2000, 1042

<sup>32</sup> LAG Hamm LAGE § 626 BGB Nr. 119. Die Entscheidung stammt aus einer Zeit, in der Banken generell als „seriös“ und Spielbanken eher als „anrühig“ galten.

<sup>33</sup> LAG Baden-Württemberg LAGE § 626 BGB Nr. 76

<sup>34</sup> AuR 1989,287

<sup>35</sup> BAG NZA 2004, 919, 921

<sup>36</sup> BAG AP Nr. 58 zu § 626 BGB

<sup>37</sup> BAG AP Nr. 137 zu § 626 BGB

<sup>38</sup> BAG DB 2001, 285: Im öffentlichen Dienst in der Regel unzumutbar.

Kündigung in Betracht. Der Arbeitgeber muss allerdings daran mitwirken, dass der Arbeitnehmer den Freigängerstatus erhält und so seine Tätigkeit fortsetzen kann.<sup>39</sup>

Auch diese funktionale Bestimmung der Arbeitnehmerpflichten ist nicht selbstverständlich. Schaut man sich die ältere Rechtsprechung an, so treten verwunderliche Dinge zu Tage.<sup>40</sup> Ein Bewerber war vor der Einstellung nach seinen Schulden gefragt worden und hatte diese zu niedrig angegeben: Diese Unwahrhaftigkeit berechtigte den Arbeitgeber zur Kündigung.<sup>41</sup> Führten Frau und Tochter eines Arbeitnehmers „einen recht bewegten Lebenswandel“<sup>42</sup>, so konnte er gekündigt werden, wenn eine vorherige Abmahnung fruchtlos blieb.<sup>43</sup> Was soll er tun, wenn ein Appell mit Gelächter oder nachsichtigem Lächeln quittiert wird? Muss er sich scheiden lassen, um eine Kündigung zu vermeiden? Oder ein weiteres Beispiel. Bei kaufmännischen Angestellten war die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall davon abhängig, dass nach § 63 HGB ein „unverschuldetes Unglück“ vorlag. Im Regelfall wurde dies bei Krankheit immer bejaht, nicht aber dann, wenn es sich um eine schwangerschaftsbedingte Erkrankung einer Arbeitnehmerin handelte und die Schwangerschaft auf einem außerehelichen Verkehr beruhte.<sup>44</sup> Auch über das von einem Arbeitgeber verhängte Verbot, die freundschaftlichen Beziehungen zu einem ausgeschiedenen Arbeitskollegen fortzusetzen, hatte die Rechtsprechung zu entscheiden.<sup>45</sup> Hier war eben doch der ganze Mensch dem Arbeitgeber unterworfen, ein Gedanke, der sich nicht zuletzt auch in der Vorschrift des § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO niederschlug, wonach ein „liederlicher Lebenswandel“ Grund für eine fristlose Kündigung war. Erst durch das 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14. 9. 1969<sup>46</sup> wurde diese Vorschrift aufgehoben.

## 2. Die Ausnahmen

Die hier skizzierten Grundprinzipien kennen seit jeher Ausnahmen, deren Bedeutung im Einzelfall erheblich variiert. Auch hier soll nach der Dauer der Arbeitszeit, der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung sowie dem funktionalen Bezug auf die Arbeitnehmerpflichten differenziert werden.

---

<sup>39</sup> BAG NZA 1995, 777

<sup>40</sup> Informativer Überblick bei Mayer-Maly, Arbeitsverhältnis und Privatsphäre, AuR 1968, 1 ff.

<sup>41</sup> ArbG Husum ARSt. XXVI S. 103 (Nr. 293)

<sup>42</sup> So die Formulierung bei Mayer-Maly AuR 1968, 2

<sup>43</sup> LAG Niedersachsen ARSt. XXIV S. 79

<sup>44</sup> RAG ARS 15, 568 ff.

<sup>45</sup> LAG München ARSt. XV S. 145

<sup>46</sup> BGBl I S. 1106



## a) Längere Arbeitszeit

Nach seinem § 18 findet das ArbZG keine Anwendung auf leitende Angestellte und Chefärzte sowie Dienststellen- und Personalleiter im öffentlichen Dienst. Insoweit gilt nur § 618 BGB, der keine exakten zeitliche Grenzen vorsieht, sondern lediglich vermeidbare gesundheitliche Gefährdungen verbietet. In der Praxis verschafft er nur in Extremfällen Schutz.<sup>47</sup>

Eine „Öffnung nach oben“ (in Richtung Verlängerung) ermöglicht grundsätzlich bei allen Arbeitnehmern § 7 Abs. 2a ArbZG, wonach die Arbeit durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung über acht Stunden werktäglich hinaus verlängert werden kann, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt und durch besondere Regelungen sichergestellt ist, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird. Eine Obergrenze für die Verlängerung existiert nicht; auch macht das Gesetz keine Aussage, wie die „besonderen Regelungen“ beschaffen sein müssen, die eine Gesundheitsgefährdung abwehren sollen. § 7 Abs. 7 ArbZG verlangt lediglich, dass der Arbeitnehmer schriftlich einwilligt. Außerdem hat er das Recht, diese Einwilligung unter Wahrung einer Frist von sechs Monaten zu widerrufen. Hier wird plötzlich die Privatautonomie des Arbeitnehmers wieder entdeckt, obwohl das BVerfG im Zusammenhang mit der Nacharbeit ausdrücklich ausgeführt hatte, ihre aus gesundheitlichen Gründen gebotene Beschränkung dürfe nicht den Arbeitsvertragsparteien überlassen werden.<sup>48</sup> Auch wird in der Literatur mit Recht ein Verstoß gegen die Arbeitszeitrichtlinie der EG gerügt.<sup>49</sup>

Eine weitere gewichtige Lücke stellt die Nichterfassung der Selbständigen dar. Bedenklich ist dies insbesondere bei arbeitnehmerähnlichen Personen. Aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit werden sie zu einer 11. oder einer 12. Arbeitsstunde schwerlich „nein“ sagen können, auch wenn sie formal berechtigt wären, die Tätigkeit auf den nächsten oder den übernächsten Tag zu verschieben. Ein Zwang zu langer Arbeit kann nicht nur auf einer Weisung, sondern auch darauf beruhen, dass der Auftraggeber eine anders nicht leistbare schnelle Erledigung wünscht. Nur bei wirtschaftlich unabhängigen Selbständigen besteht die

---

<sup>47</sup> S. den Fall BAG AP Nr. 15 zu § 618 BGB: Ein leitender Angestellter arbeitete werktags wie sonntags 12 bis 16 Stunden für seinen Arbeitgeber und ging auch nie in Urlaub. Nach einigen Jahren erlitt er einen Schlaganfall, der nach ärztlichem Urteil insbesondere auf Überarbeitung beruhte. Das BAG verurteilte den Arbeitgeber zu Schadensersatz, weil er ein solches Verhalten seines Angestellten nicht hätte dulden dürfen.

<sup>48</sup> BVerfG DB 1992, 377

<sup>49</sup> Buschmann/Ulber, Arbeitszeitgesetz, Basiskommentar, 7. Aufl. 2011, § 7 Rn 24c

Möglichkeit, die Erledigung zu verschieben und notfalls auf den allzu ungeduldigen Kunden zu verzichten.

Im Vergleich zu diesen drei genannten Fällen ist die in § 14 ArbZG enthaltene Ermächtigung weniger bedeutsam und auch inhaltlich weniger angreifbar, wonach die Behörden in Notsituationen oder unter außergewöhnlichen Umständen eine Abweichung von der Höchstdauer der Arbeitszeit und von anderen Bestimmungen des ArbZG genehmigen können.

## **b) Zusammenfallen von Arbeitsplatz und Wohnung**

Auch in der Gegenwart gibt es Tätigkeiten, bei denen Arbeitsplatz und Wohnung zusammenfallen. Wichtigster aktueller Anwendungsfall dürfte die Tätigkeit im Haushalt sein – zur Pflege alter oder kranker Menschen, zur Kindererziehung und zur Bewältigung allgemeiner hauswirtschaftlicher Aufgaben.<sup>50</sup> Arbeitsrechtlich ergeben sich eine Reihe von spezifischen Fragen:<sup>51</sup> Wie kann die Privatsphäre der Arbeitnehmerin geschützt werden? Besteht ein Anspruch auf ein abschließbares Zimmer? Wie kann sich eine Arbeitnehmerin in der nach außen abgeschotteten Welt einer Privatwohnung gegen Übergriffe zur Wehr setzen? Wie kann man dafür sorgen, dass Wohnen und Essen nicht so hoch bewertet werden, dass kaum mehr etwas für eine Barauszahlung übrig bleibt? Wie lässt sich die Arbeitszeit begrenzen? Wie ist der Gesundheitsschutz sicher zu stellen, obwohl das Arbeitsschutzgesetz nach seinem § 1 Abs. 2 Satz 1 nicht anwendbar ist? Wenigstens gelten Unfallverhütungsvorschriften, und § 618 Abs. 2 BGB bestimmt, dass der Arbeitgeber „in Ansehung des Wohn- und Schlafrhythmus, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen (trifft), welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Arbeitnehmers erforderlich sind.“ Doch wie kann der Staat überprüfen, ob diese Generalklausel und andere Vorschriften zum Schutz der Hausangestellten eingehalten werden? Auch ist bis heute unklar, ob die häusliche Pflege „rund um die Uhr“ nicht nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG vom Arbeitszeitrecht ausgenommen ist.<sup>52</sup> Das ILO-Übereinkommen Nr. 189 hat zahlreiche dieser Fragen aufgegriffen,<sup>53</sup> doch kommt ihm selbstredend keine stärkere „Durchschlagskraft“ als den Vorschriften des nationalen Rechts zu. Von Hausangestellten die Anrufung eines Arbeitsgerichts zu erwarten,

---

<sup>50</sup> Näher Däubler, *Domestic workers – the forgotten group?* In: Schömann (ed.), *Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute*, 2011, S. 37 ff.

<sup>51</sup> Kocher NZA 2013, 929, 930

<sup>52</sup> Dagegen Heinlein AuR 2013, 469 ff.; Kocher NZA 2013, 929, 933; Scheiwe/Schwach NZA 2013, 1117; dafür jedoch die Bundesregierung, BT-Drucksache 17/8373 S. 4

<sup>53</sup> Dazu Scheiwe/Schwach NZA 2013, 1116

ist reichlich illusorisch; dem steht die auch im Arbeitsalltag fühlbare Präsenz und Autorität des Arbeitgebers entgegen.

Die Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung fehlt häufig auch im Verhältnis zu landwirtschaftlichen Arbeitnehmern, so dass ähnliche Probleme auftreten können. Ihnen versuchte die vorläufige Landarbeitsordnung vom 24. Januar 1919<sup>54</sup> Rechnung zu tragen, doch wurde sie wegen immer geringer werdender Bedeutung durch das 1. Arbeitsrechtsvereinigungsgesetz vom 14. 9. 1969<sup>55</sup> aufgehoben. Seither gelten neben den §§ 617, 618 Abs. 2 BGB keine Sondervorschriften mehr.

Eine weitere Ausnahme kann durch Arbeitsvertrag geschaffen werden, wonach eine „Werkdienstwohnung“ bezogen werden muss. Voraussetzung ist allerdings, dass die Art der Arbeit eine physische Präsenz auch außerhalb der Arbeitszeit erfordert.<sup>56</sup> Dies wird nur bei einem sehr engen Personenkreis (Hausmeister, Feuerwehrleute und Heimleiter) angenommen.<sup>57</sup> Bei anderen Beschäftigten kann es notwendig sein, die Wohnung „in der Nähe“ des Arbeitsplatzes zu nehmen, um notfalls schnell einsatzbereit zu sein. Dies gilt etwa für hauptberufliche Feuerwehrleute eines Kernkraftwerks<sup>58</sup>, für Mitarbeiter einer Autobahnmeisterei<sup>59</sup> und für Lokalredakteure bei einer Zeitung.<sup>60</sup> Fehlt es an solchen Umständen, ist eine vertraglich vereinbarte „Residenzpflicht“ unwirksam.<sup>61</sup>

Eine Sonderstellung nimmt die Außendiensttätigkeit ein.<sup>62</sup> Sie ist auf der einen Seite weniger stark in den Betrieb eingebunden als eine normale Arbeitnehmertätigkeit und vermittelt deshalb höhere Dispositionsfreiheit. Auf der anderen Seite lassen sich Arbeitszeitschranken kaum kontrollieren; ein Teil der Arbeit wird überdies zu Hause erfolgen. Solange keine technische Kontrolle über GPS oder Handy-Ortung erfolgt,<sup>63</sup> hat die Außendiensttätigkeit viele Ähnlichkeiten mit einer selbständigen Arbeit, was ihre lange Dauer erträglicher macht.

### **c) Beschränkungen als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis**

---

<sup>54</sup> RGBI S. 111.

<sup>55</sup> Oben Rn 46

<sup>56</sup> BAG NZA 2007, 343, 345 Tz. 32

<sup>57</sup> Vgl. BAG NZA 1990, 191

<sup>58</sup> LAG München NZA 1991, 821

<sup>59</sup> BAG NZA 1990, 191

<sup>60</sup> BAG NZA 2007, 343, 345 Tz. 31; zustimmend KZD-Deinert § 7 Rn 36

<sup>61</sup> LAG Nürnberg NZA-RR 2004, 298

<sup>62</sup> Dazu eingehend Udo Mayer, Mitarbeiter im Außendienst, 3. Aufl. 2011

<sup>63</sup> Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften? 5. Aufl. 2010

## **(1) Der Arbeitsvertrag als Grundlage**

Soweit es die Durchführung des Arbeitsverhältnisses gebietet, kann der Arbeitnehmer auch dazu verpflichtet werden, sich in seinem Privatleben darauf einzurichten. Dies betrifft aber nur das „Erforderliche“, etwa die oben<sup>64</sup> erwähnten Beschränkungen der Freizügigkeit, wonach eine Werkdienstwohnung bezogen werden oder eine Wohnung in der Nähe des Arbeitsorts gewählt werden muss. Wichtig ist, dass derartige Pflichten nicht durch schlichte arbeitsvertragliche Abmachung über den Zweck des Arbeitsverhältnisses hinaus erweitert werden dürfen. Eine Residenzpflicht zu vereinbaren, weil das Leben in der Nähe des Arbeitsplatzes „wünschenswert“ sei, ist nicht möglich,<sup>65</sup> und erst recht schließt es die Rechtsprechung aus, den Arbeitnehmer vertraglich zu verpflichten, seine Steuererklärung durch einen vom Arbeitgeber benannten Steuerberater erstellen zu lassen.<sup>66</sup>

Was durch das Arbeitsverhältnis „gefordert“ ist, kann selbstredend unterschiedlich beurteilt werden. Die Rechtsprechung zeichnet sich durch eine auf den ersten Blick wenig einleuchtende Differenzierung aus, wonach in Bezug auf bestimmte Gegenstände die Arbeitnehmerpflichten recht eng bestimmt werden und die Arbeitgeberinteressen daher häufig zurücktreten müssen, während in anderen Bereichen schon bei einem entfernten, ja fiktiven Bezug zum Arbeitsverhältnis eine Pflichtverletzung angenommen wird. Beginnen wir mit dem „großzügigen“ Teil der Rechtsprechung.

## **(2) Lebensführung und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**

Nach § 3 Abs. 1 EFZG ist Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geschuldet, wenn den Arbeitnehmer an der Erkrankung kein Verschulden trifft. Dies könnte man theoretisch so auslegen, dass jede unsorgfältige Handlungsweise in der Freizeit als „Verschulden“ qualifiziert würde und den Entgeltfortzahlungsanspruch entfallen ließe. Ist nicht ein Verkehrsunfall im Hinblick auf den sorgsamen Umgang mit der Arbeitskraft „verschuldet“, weil man am Wochenende das Auto benutzte, statt einen sehr viel ungefährlicheren Spaziergang zu unternehmen? Muss man nicht um 10 Uhr Abends ins Bett gehen, um am nächsten Morgen ausgeschlafen und reaktionsschnell im Straßenverkehr zu sein? Muss man

---

<sup>64</sup> Fn. 56 - 60

<sup>65</sup> LAG Nürnberg NZA-RR 2004, 298

<sup>66</sup> BAG NZA 2013, 268

sich nicht generell durch sorgsame Bekleidung gegen Erkältungen schützen, um so die Arbeitsfähigkeit nicht zu gefährden? Ist es beim Fußballspiel nicht schon fast normal, dass man sich eine Verletzung zuziehen und deshalb einige Zeit nicht arbeiten kann? Wäre deshalb ein pflichtbewusster Arbeitnehmer nicht gehalten, auf solche gefährlichen „Eskapaden“ zu verzichten und sich lieber dem Schachspiel zu widmen?

Die Rechtsprechung hat die damit verbundene Reglementierung des Privatlebens nicht ernsthaft in Erwägung gezogen und das „Verschulden“ auch nicht annäherungsweise in diesem Sinne ausgelegt. Vielmehr lässt sie den Entgeltfortzahlungsanspruch nur dann entfallen, wenn der Betroffene „in grober Weise“ gegen die eigenen Interessen handelte, wie sie ein vernünftiger Mensch bestimmen würde.<sup>67</sup> Dies wurde an zahlreichen Beispielsfällen konkretisiert.

Was die sportliche Betätigung angeht, so darf der Einzelne Fußball spielen,<sup>68</sup> sich als Amateurboxer betätigen<sup>69</sup> und sogar auf einem Tisch einen Schuhplattler aufführen,<sup>70</sup> ohne dass ein dabei erlittener Unfall von vornherein «verschuldet» wäre. Selbst das Fingerhakeln ist – und dies außerhalb Bayerns! – grundsätzlich unbedenklich.<sup>71</sup> Nur bei besonders gefährlichen Sportarten<sup>72</sup> wird eine Ausnahme gemacht, doch ist bislang von höheren Gerichten noch nie eine Sportart als „besonders gefährlich“ qualifiziert worden.<sup>73</sup> Auch das Drachenfliegen,<sup>74</sup> das Ski-Springen<sup>75</sup> und das Inline Skating<sup>76</sup> fallen nicht darunter.<sup>77</sup> Sinnvollerweise sollte man nur darauf abstellen, ob jemand durch das Betreiben einer bestimmten Sportart überfordert ist oder ob er in grober Weise gegen die dort geltenden Regeln verstoßen hat.<sup>78</sup>

Schon etwas weniger großzügig ist man bei Verkehrsunfällen: So hat eine geringfügige Überschreitung der vorgeschriebenen Geschwindigkeit zwar noch keine Folgen,<sup>79</sup> wohl aber

---

<sup>67</sup> S. schon BAG AP Nr. 71 und 77 zu § 1 LohnFG

<sup>68</sup> BAG AP Nr. 39 zu § 1 LohnFG = DB 1976, 1162

<sup>69</sup> BAG DB 1977, 639, sofern Trainerbetreuung vorhanden

<sup>70</sup> LAG Baden-Württemberg, DB 1970, 2326

<sup>71</sup> LAG Frankfurt BB 1974, 1164

<sup>72</sup> BAG DB 1972, 977. Für «Kick-Boxen» bejaht von ArbG Hagen DB 1990, 1422

<sup>73</sup> ErfK-Reinhard § 3 EFZG Rn. 26

<sup>74</sup> BAG AP Nr. 45 zu § 1 LohnFG

<sup>75</sup> LAG Bayern BB 1972, 1324

<sup>76</sup> LAG Saarland NZA-RR 2003, 568

<sup>77</sup> Für Bungee-Springen bejahend Gerauer NZA 1994, 496, verneinend Wedde-Kunz § 3 Rn 105

<sup>78</sup> Richtig ErfK-Reinhard § 3 EFZG Rn 26

<sup>79</sup> LAG Baden-Württemberg, DB 1975, 1035

das leichtsinnige Überschreiten einer viel befahrenen Straße.<sup>80</sup> Erst recht wird das Fahren unter Alkohol anders beurteilt.<sup>81</sup> Wer sich nicht anschnallt, verliert gleichfalls seine Ansprüche, sofern die bei dem Unfall erlittenen Verletzungen auf das Nichtanlegen der Sicherheitsgurte zurückzuführen sind.<sup>82</sup> Dasselbe gilt für das Nichttragen von Sicherheitsschuhen bei der Arbeit.<sup>83</sup> Auch die Beteiligung an Schlägereien begründet in der Regel Verschulden.<sup>84</sup> Selbst der missglückte Selbstmordversuch stellte nach der ursprünglichen Rechtsprechung<sup>85</sup> grundsätzlich ein schuldhaftes Verhalten dar, doch hat das BAG diese Auffassung später revidiert.<sup>86</sup>

In diesen Gerichtsentscheidungen wird stillschweigend ein bestimmtes Menschenbild vorausgesetzt: Wer als korrekter Bürger die Regeln im Grundsatz beachtet, darf auch mal einen Fehler begehen; im Sport hat er dabei (fast) einen Freifahrtschein. Im Regelfall fördert sportliche Betätigung die Gesundheit und damit das erfolgreiche Arbeiten am Arbeitsplatz: Die Rechtsprechung orientiert sich hier am Gesamtinteresse der Arbeitgeber, nicht am Interesse derjenigen, die mit den Kosten der Entgeltfortzahlung belastet sind. Auch mag es eine Rolle spielen, dass die Leistungen der Krankenversicherung lediglich bei vorsätzlicher Selbstschädigung entfallen;<sup>87</sup> allzu unterschiedlich sollten die Maßstäbe nicht sein. Verständnis zeigte das BAG für den regelwidrigen Zustand der Alkoholabhängigkeit. Da sie als Krankheit gewertet wird, soll der Arbeitgeber die Beweislast dafür tragen, dass der Arbeitnehmer diesen Zustand schuldhaft herbeigeführt hat.<sup>88</sup>

§ 3 Abs. 2 EFZG stellt den nichtstrafbaren Schwangerschaftsabbruch einer unverschuldeten Krankheit gleich. Gegen diese Vorschrift bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>89</sup> Etwas überraschend ist demgegenüber die Feststellung, dass ein Organspender, der infolge des Eingriffs für einige Tage arbeitsunfähig wird, seine Krankheit selbst verschuldet habe und deshalb einen finanziellen Ausgleich nur von dritter Seite (Berufsgenossenschaft,

---

<sup>80</sup> BAG BB 1972, 220; LAG Hamm, DB 1984, 515

<sup>81</sup> BAG DB 1973, 1179; BAG AP Nr. 71 zu § 1 LohnFG; BAG DB 1988, 1403

<sup>82</sup> BAG AuR 1983, 124 mit Anm. Klinkhammer = DB 1982, 496 = BB 1982, 618. Dazu Denck, BB 1982, 682. Ebenso schon vorher LAG Berlin, NJW 1979, 2327

<sup>83</sup> LAG Berlin, DB 1982, 707

<sup>84</sup> Näher dazu Kehrman-Pelikan, Lohnfortzahlungsgesetz, 2. Aufl. 1973, § 1 Rn 51

<sup>85</sup> BAG DB 1972, 2403

<sup>86</sup> BAG BB 1979, 1803. Zustimmend ErfK-Reinhard § 3 EFZG Rn 30

<sup>87</sup> Eingehend dazu Denck, RdA 1980, 246 ff.

<sup>88</sup> BAG DB 1983, 2420 = BB 1984, 339, bestätigt in BAG DB 1991, 2488. Alkoholabhängigkeit ist allerdings kein genereller Entschuldigungsgrund: BAG DB 1988, 1403. Das Weiterrauchen eines Herzinfarktpatienten begründet ebenfalls kein Verschulden: LAG Frankfurt a. M., BB 1984, 1098

<sup>89</sup> So zur Vorgängervorschrift des § 1 Abs. 2 LFZG BVerfG DB 1989, 2488 = NZA 1990, 39; BAG DB 1989, 1522 = NZA 1989, 713; anders ArbG Iserlohn, AP Nr. 70 zu § 1 LohnFG

Krankenkasse) erhalten könne.<sup>90</sup> In beiden Fällen liegt eine persönliche Entscheidung des Arbeitnehmers zugrunde, die nichts mit „Eigenverschulden“ im traditionellen Sinn zu tun hat. Im Falle des Schwangerschaftsabbruchs wird sie von der Rechtsordnung respektiert, im Falle der Organspende im Regelfall sogar nachhaltig begrüßt – warum der Arbeitnehmer im zweiten Fall schlechter stehen soll, verstehe wer will. Eine Überprüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG erscheint durchaus lohnend.

### **(3) Die privaten Vermögensverhältnisse des Arbeitnehmers**

Auch die Vermögensverhältnisse des Arbeitnehmers werden sehr konsequent als „Privatsache“ behandelt, obwohl einige Konstellationen denkbar sind, in denen sie im Arbeitsverhältnis eine erhebliche Rolle spielen könnten. Arbeitnehmer, die – etwa durch Erbschaft – zwei Mietshäuser erworben haben und größtenteils von ihren Einnahmen leben könnten, mögen die Ausnahme sein, doch gibt es keinen zwingenden Grund, diese Gruppe von vorne herein zu vernachlässigen. Bei der sozialen Auswahl könnte man auf die wirtschaftliche Situation abstellen, weil jemand mit einem solchen „Hintergrund“ durch eine Kündigung in seiner Lebensführung sehr viel weniger betroffen ist als ein Arbeitnehmer, die über keine wesentlichen Rücklagen verfügt. Eventuell könnte man dies sogar im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigen, der bei der verhaltens- und der personenbedingten Kündigung eine ganz wesentliche Bedeutung zukommt. Allerdings würde man damit schon im Rahmen der sozialen Auswahl auf eine einheitliche Abwehrfront stoßen: In der Literatur findet sich bei Autoren unterschiedlichster gesellschaftspolitischer Provenienz durchgehend die Aussage, die Vermögensverhältnisse würden zur Privatsphäre gehören und seien deshalb nicht zu berücksichtigen.<sup>91</sup> Auch im Rahmen der Bemessung von Sozialplanleistungen kann sich die Frage stellen, ob kraft Vermögens „wohl versorgte“ Arbeitnehmer dieselbe Abfindung wie andere brauchen, die auf Arbeitslosengeld angewiesen sind. Dies kann insbesondere deshalb naheliegen, weil nach § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG die Abfindung bei „rentennahen“ Jahrgängen in Richtung auf eine bloße Überbrückungshilfe gemindert und ggf. ganz ausgeschlossen werden kann, weil diese Personengruppe durch ihre Rente ja anderweitig abgesichert sei. Neben der Altersrente können dabei auch andere staatliche Transferleistungen wie eine Teil-Erwerbsunfähigkeitsrente berücksichtigt werden.<sup>92</sup> Wie steht es nun mit dem

---

<sup>90</sup> BAG DB 1987, 540

<sup>91</sup> MüKo-BGB-Hergentröder, Band 4, 6. Aufl. 2012, § 1 KSchG Rn. 363; HK-ArbR- M. Schubert (oben Fn. 17) § 1 KSchG Rn. 578; ErfK-Oetker (oben Rn. 27) § 1 KSchG Rn. 336 a. E.; KR-Griebeling (oben Fn. 29) § 1 KSchG Rn 678n u. a.

<sup>92</sup> Besgen BB 2007, 218; Ähnlich Brors, in: Däubler/Bertz Bach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 3. Aufl. 2013, § 10 Rn. 108.

Privatvermögen?<sup>93</sup> Auch hier ist die Antwort negativ; die Trennung zwischen Arbeit und Privatsphäre stehe einer Berücksichtigung entgegen.<sup>94</sup> Das BAG hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1964 in einem Obiter Dictum die „gute Vermögenslage“ bei der sozialen Auswahl zwar berücksichtigt,<sup>95</sup> insoweit jedoch keine Unterstützung gefunden und diese Aussage auch später nie wiederholt. Das LAG Köln<sup>96</sup> hat dagegen ausdrücklich betont, das Privatvermögen des Ehegatten eines Arbeitnehmers müsse unberücksichtigt bleiben.

Ging es bei der Kündigung und bei Sozialplanleistungen in erster Linie um die Berücksichtigung besonders guter Vermögensverhältnisse, so kann in anderen Zusammenhängen eine wirtschaftlich angespannte Lage des Arbeitnehmers von Bedeutung sein. Auch insoweit wird der funktionale Bezug zum Arbeitsverhältnis allerdings eng bestimmt: Im Grundsatz ist schon die Frage nach Schulden und schlechten Vermögensverhältnissen unzulässig, nur bei Vertrauensstellungen mit erheblichen finanziellen Spielräumen soll Abweichendes gelten.<sup>97</sup> Die frühere abweichende Rechtsprechung<sup>98</sup> findet nicht einmal mehr Erwähnung. Die Situation ändert sich erst, wenn die schlechte finanzielle Lage zu Lohnpfändungen führt. Ob diese in der Vergangenheit schon einmal aufgetreten sind, ist nach Auffassung eines Teils der Lehre eine zulässige Frage,<sup>99</sup> während andere den Bewerber vor einer solchen Ausforschung seiner Lebensverhältnisse schützen wollen.<sup>100</sup> Welche Konsequenzen Pfändungen in einem bestehenden Arbeitsverhältnis haben, ist kein Problem der Abgrenzung von Privatsphäre und Arbeitsverhältnis mehr, da letzteres unmittelbar betroffen ist.<sup>101</sup>

### **(3) Die Pflicht zur Förderung des Heilungsprozesses bei Krankheit**

Ein Bezug zum Arbeitsverhältnis wird in anderen Zusammenhängen von der Rechtsprechung

---

<sup>93</sup> Die Frage wird auch in Bezug auf eine Erbschaft aufgeworfen bei Besgen BB 2007, 218

<sup>94</sup> Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 14. Aufl. 2014, §§ 112, 112a Rn 101a (im Folgenden: DKKW-Bearbeiter); die anderen Kommentare scheinen das Problem nicht zu behandeln

<sup>95</sup> BAG AP Nr. 15 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung (26.6.1964)

<sup>96</sup> NZA-RR 2001, 247

<sup>97</sup> Däubler, Arbeitsrecht 2 (oben Fn. 24) Rn. 50a; MüKo-BGB-Hergenröder (oben Fn. 91) § 611 BGB Rn 619; DKKW-Klebe (oben Fn. 94) § 94 Rn 19; H. P. Moritz NZA 1987, 329, 333; GK-BetrVG-Raab (oben Fn. 26) § 94 Rn 42; Schaub-Linck (oben Fn. 25) § 26 Rn 34; HKW-Thüsing (oben Fn. 26) § 123 Rn 10

<sup>98</sup> Oben Fn. 41

<sup>99</sup> MüKo-BGB-Müller-Glöge (oben Fn. 91) § 611 BGB Rn 619; HKW-Thüsing (oben Fn. 26) § 123 BGB Rn 10

<sup>100</sup> DKKW-Klebe (oben Fn. 94) § 94 Rn 19; KZD-Becker (oben Fn. 12) § 19 Rn. 38 (generell unzulässig); Schaub-Linck § 26 Rn 26; GK-Raab (oben Fn. 26) § 94 Rn. 42; H. P. Moritz NZA 1987, 329, 333 (allenfalls bei Personen in Vertrauensstellungen)

<sup>101</sup> Für Kündigungsmöglichkeit des Arbeitgebers BAG AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; dahingestellt in BAG EZA § 1 KSchG n.F. Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 45; kritisch Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler (im Folgenden: KDZ-Bearbeiter) § 1 KSchG Rn 256. Gegen eine Kostenabwälzung auf den Arbeitnehmer BAG NZA 2007, 462; ebenso BGH NJW 2000, 651 für das Verhältnis einer Bank zu einem Kunden



sehr viel schneller angenommen. Ist ein Arbeitnehmer einmal erkrankt, muss er sich um „genesungsförderndes Verhalten“ bemühen. Auch im Privatbereich muss er alles tun, um seine Arbeitsfähigkeit wiederherzustellen; ihn treffen insoweit höhere, die private Lebensführung betreffende Sorgfaltspflichten als einen Gesunden.<sup>102</sup> Verlängert sich die Arbeitsunfähigkeit, weil sich der Arbeitnehmer offensichtlich über einen ärztlichen Rat hinwegsetzte, so liegt Verschulden vor, das für die zusätzliche Arbeitsunfähigkeitszeit die Entgeltfortzahlung ausschließt.<sup>103</sup> Im Einzelfall kann sogar (meist nach vorheriger Abmahnung) eine Kündigung in Betracht kommen.<sup>104</sup> Der erkrankte Arbeitnehmer ist aber nicht verpflichtet, bei mehreren in Betracht kommenden Therapien diejenige zu wählen, die am schnellsten zum Erfolg zu führen verspricht.<sup>105</sup> Erlaubte Nebentätigkeiten sind während der Krankheit nur noch insoweit zulässig, als sie den Heilungsprozess nicht beeinträchtigen. Wer ein Bein gebrochen hat und deshalb seine Tätigkeit als Kraftfahrer nicht ausüben kann, ist nicht daran gehindert, per Telefon Aufträge zu vermitteln oder sich ins Fußballstadion fahren zu lassen. Hilft der Erkrankte während einiger Tage einem Freund bei der Wohnungsrenovierung, so ist die Verletzung der Pflicht zu »genesungsförderndem« Verhalten nicht so schwer, dass ohne Abmahnung gleich gekündigt werden könnte.<sup>106</sup> Anders verhält es sich dann, wenn der Arbeitnehmer auf Skiurlaub nach Zermatt fährt und es sich zudem um einen Mitarbeiter des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen handelt, der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auf ihre Richtigkeit kontrollieren soll.<sup>107</sup> Weiter muss der Arbeitnehmer mit einer Kündigung rechnen, wenn er sich während seiner Krankheit als Linienrichter in einem Fußballspiel betätigt.<sup>108</sup> Auch ein mehrstündiger Besuch im Spielkasino bei längerer An- und Abfahrt kann ihm zum Verhängnis werden.<sup>109</sup> Erst recht ist die Übernahme einer Erwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber ein schwerer Pflichtverstoß, sofern es sich um eine ähnliche Tätigkeit wie die bisher beim Arbeitgeber ausgeübte handelte oder jedenfalls der Heilungsprozess verlangsamt wurde.<sup>110</sup>

Ohne dass dies ausdrücklich angesprochen würde, kann man davon ausgehen, dass die verstärkte Einbeziehung des persönlichen Lebens in den arbeitsvertraglichen Pflichtenkreis eine Art „Gegenleistung“ dafür darstellt, dass das Entgelt fortbezahlt wird, ohne dass es

---

<sup>102</sup> BAG AP Nr. 39 zu § 1 LohnFG; ErfK-Reinhard § 3 EFZG Rn 31

<sup>103</sup> Vgl. BAG DB 1986, 976: Übertretung des ärztlichen Rauchverbots bei schwerer Herzerkrankung

<sup>104</sup> KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 481, insbesondere nicht bei geringfügigen Verstößen

<sup>105</sup> KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 481

<sup>106</sup> LAG Köln AuR 1999, 143

<sup>107</sup> BAG NZA-RR 2006, 636

<sup>108</sup> LAG Niedersachsen BB 1984, 1233

<sup>109</sup> LAG Hamm DB 1983, 235

<sup>110</sup> Vgl. BAG AP Nr. 112 zu § 626 BGB

darauf ankäme, welche Umstände für den Ausbruch der Krankheit maßgebend waren – vom groben Verstoß gegen die eigenen Interessen einmal abgesehen. Der Arbeitgeber übernimmt gewissermaßen einen Teil des Lebensrisikos des Arbeitnehmers; dieser muss sich dafür in seinem (Privat-)Leben größere Einschränkungen gefallen lassen. Dem kann man rechtspolitisch durchaus einiges abgewinnen.

#### **(4) Pflicht, den Arbeitgeber nicht in der Öffentlichkeit zu kritisieren**

Darf der Arbeitnehmer den Arbeitgeber in der Öffentlichkeit kritisieren? Geht es um eine allgemeine politische Auseinandersetzung, so sind rechtlich keinerlei Bedenken ersichtlich; Art. 5 Abs. 1 GG kommt in vollem Umfang zur Geltung. Faktisch sind – abhängig von den jeweiligen Umständen – Nachteile für den Arbeitnehmer nicht auszuschließen, dessen Karriere ggf. einen „Knick“ erleidet. Rechtsprobleme stellen sich dann, wenn ein betrieblicher Bezug besteht. Kritik an den betrieblichen Verhältnissen kann geschäftsschädigend sein. Dies gilt insbesondere (aber nicht nur) dann, wenn betriebliche Missstände aufgedeckt und den Behörden oder der Öffentlichkeit gegenüber namhaft gemacht werden; der „whistleblower“, der solches tut, sieht sich in besonderem Maße möglichen Sanktionen ausgesetzt.

Die frühere Rechtsprechung des BAG<sup>111</sup> hatte über das selbstverständliche Verbot der Beleidigung hinaus die »Grundregeln über das Arbeitsverhältnis« als weitere Schranke der Meinungsfreiheit angenommen.<sup>112</sup> Danach sollte der Arbeitnehmer verpflichtet sein, bei seinen Äußerungen den Interessen des Arbeitgebers nicht zuwiderzuhandeln oder diese zu beeinträchtigen. Eine Meinungsäußerung, durch die diese Pflicht verletzt und dadurch das Arbeitsverhältnis »konkret berührt« werde, sei deshalb nicht mehr durch Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt und könne zum Anlass für eine Kündigung genommen werden.<sup>113</sup> Da das BAG diese Voraussetzungen schon dann annahm, wenn lediglich der »Stand« des Arbeitgebers angegriffen wurde, war damit jeder freien Meinungsäußerung von Arbeitnehmern eine umfassende Grenze gezogen.

---

<sup>111</sup> Insbesondere BAG AP Nr. 2 zu § 134 BGB

<sup>112</sup> Ebenso BAG NJW 1978, 1872

<sup>113</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 134 BGB

**In neuerer Zeit** hat diese Position **vorwiegend Kritik** erfahren.<sup>114</sup> Die Rechtsprechung hat ihre Position stillschweigend revidiert. Nunmehr lautet die Frage, ob der Arbeitnehmer kraft einer aus § 241 Abs. 2 und § 242 BGB folgenden **Nebenpflicht** gehalten ist, auf bestimmte Äußerungen im Interesse des Arbeitgebers zu verzichten.<sup>115</sup> Insoweit ist zu differenzieren, wobei typischerweise politische Meinungsäußerungen und Kritik am Arbeitgeber der zu Auseinandersetzungen führende »Stein des Anstoßes« sind.

Droht ein Arbeitnehmer damit, den Arbeitgeber in der Öffentlichkeit oder bei Behörden der Wahrheit zuwider anzuschwärzen, so begeht er eine schwere Pflichtverletzung.<sup>116</sup> Dasselbe gilt erst recht, wenn er diese Absicht effektiv umsetzt und in einer Anzeige bewusst die Unwahrheit sagt.<sup>117</sup> Einen Fall aus dem nicht ganz alltäglichen Leben hatte das LAG Bremen<sup>118</sup> zu entscheiden: Ein angestellter Taxifahrer fuhr seinen Arbeitgeber und alarmierte per Notruf die Polizei, weil dieser ihn bedrohe. Aufgrund seiner aus der Luft gegriffenen Beschuldigungen nahm die Polizei den Arbeitgeber vorläufig fest. Über Funk verkündete der Arbeitnehmer: »Ich habe den Arbeitgeber verhaften lassen«. In allen diesen Fällen wird eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber vor Gericht Bestand haben. Auch leichtfertig erhobene Anschuldigungen stellen eine schwere Pflichtverletzung dar.<sup>119</sup> Der Arbeitnehmer muss sorgfältig prüfen, ob die Informationen zutreffen und aus zuverlässiger Quelle stammen.<sup>120</sup> Hat er dies getan, erweisen sich die Vorwürfe aber gleichwohl später als unzutreffend, so liegt kein „leichtfertiges“ Verhalten vor; der Arbeitnehmer muss keine (legalen) Sanktionen befürchten.<sup>121</sup> Schon objektiv keine Pflichtverletzung stellt es dar, wenn der Arbeitnehmer durch eine Anfrage bei einer Behörde eine Sachfrage klären möchte und dabei den Namen seiner Dienststelle nicht nennt, diese also nicht in „Verruf“ bringt.<sup>122</sup>

Problematisch und viel diskutiert ist der Fall, dass der Arbeitgeber tatsächlich gegen strafrechtliche oder andere im öffentlichen Interesse bestehende Normen verstoßen hat und der Arbeitnehmer dies durch Einschaltung von Behörden oder Presse korrigieren will. Die

---

<sup>114</sup> S. zuletzt Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl. 2010, Rn. 567; ErfK-Dieterich, 11. Aufl., Art. 5 GG Rn. 32; Preis/Stoffels, RdA 1996, 210ff.

<sup>115</sup> BAG NZA 2010, 698; BAG NZA 2006, 650 Tz 22ff.; BAG NZA 2006, 917 Tz 46

<sup>116</sup> LAG Köln LAGE § 626 BGB Nr. 78

<sup>117</sup> LAG Köln NZA-RR 2012, 298

<sup>118</sup> NZA-RR 2004, 128

<sup>119</sup> LAG Düsseldorf DB 2002, 1612; HessLAG DB 2002, 1612. Beispiel bei LAG Hamm NZA-RR 2004, 475: Geschäftsführer habe einen »Mordauftrag« erteilt.

<sup>120</sup> EGMR NZA 2011, 1269 – Fall Heinisch

<sup>121</sup> EGMR a. a. O.

<sup>122</sup> KHG-EKD Hannover NZA-RR 2012, 81

ältere Rspr.<sup>123</sup> hat einen wenig überzeugenden Standpunkt eingenommen und selbst dann das Vorliegen eines »wichtigen Grundes« für eine fristlose Kündigung bejaht, wenn nur höchst zweifelhafte Möglichkeiten zur innerbetrieblichen Abhilfe bestanden. Die neuere Rechtsprechung der Instanzgerichte verfolgt seit Jahren eine sehr viel aufgeschlossenerere Linie. Weiß etwa der Arbeitnehmer, dass lebensmittelrechtliche Vorschriften nicht beachtet wurden und dass dies mit der Geschäftsleitung abgesprochen ist, so kann er die zuständige Behörde (Wirtschaftskontrolldienst) einschalten, ohne damit eine Pflichtverletzung zu begehen.<sup>124</sup> Einem Fahrer ist es erlaubt, sein Fahrzeug von der Polizei auf Fahrtüchtigkeit hin untersuchen zu lassen, wenn der Arbeitgeber zuvor geäußerten Beschwerden des Arbeitnehmers keinerlei Bedeutung beigemessen hatte.<sup>125</sup> Wer in eine Steuerstraftat seines Arbeitgebers mitverwickelt ist, kann der Bestrafung dadurch entgehen, dass er eine Anzeige erstattet; dies wird als nicht pflichtwidrig angesehen, wenn kein anderer Weg zur Verfügung steht.<sup>126</sup> Schließlich hat das LAG Frankfurt/Main<sup>127</sup> auf das Petitionsrecht nach Art. 17 GG verwiesen, das dem Einzelnen das Recht gibt, Behörden auf Missstände aufmerksam zu machen.

Nach der Rspr. des BVerfG<sup>128</sup> ist die Erstattung einer (nicht leichtfertigen) Strafanzeige ein staatsbürgerliches Recht, das nicht zu Nachteilen im Arbeitsverhältnis, erst recht nicht zu einer Kündigung führen darf. Diese ist auch dann ausgeschlossen, wenn sich die Vorwürfe nicht aufklären lassen.<sup>129</sup> Auch Zeugenaussagen, die den Arbeitgeber oder einen Vorgesetzten belasten, stellen keine Pflichtverletzung dar.<sup>130</sup> Die neuere Rechtsprechung der Instanzgerichte hat also höchstrichterliche Bestätigung erfahren.<sup>131</sup>

Im Einzelfall kann der Arbeitnehmer sogar verpflichtet sein, die Mitwirkung an strafbaren Handlungen zu unterlassen und die zuständigen Behörden einzuschalten. Dies ist sicherlich in den Fällen des § 138 StGB zu bejahen, wo die Nichtanzeige von (Kapital-) Verbrechen mit Strafe bedroht ist. Das LAG Köln<sup>132</sup> hat auch im Falle einer illegalen Müllverkipfung eine Pflicht zur Verweigerung der Mitwirkung erwogen, jedoch im Ergebnis angesichts der konkreten Umstände eine schuldhafte Pflichtverletzung verneint. Im Einzelfall kann es

---

<sup>123</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 70 HGB; LAG Baden-Württemberg EzA § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8

<sup>124</sup> LAG Baden-Württemberg NZA 1987, 756

<sup>125</sup> LAG Köln LAGE § 626 BGB Nr. 94; s. auch BAG AP Nr. 8 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung

<sup>126</sup> LAG Hamm LAGE § 626 BGB Nr. 54

<sup>127</sup> BB 1987, 1320

<sup>128</sup> DB 2001, 1622 = NZA 2001, 888

<sup>129</sup> BAG NZA 2007, 502; LAG Düsseldorf DB 2002, 1612; HessLAG DB 2002, 1612

<sup>130</sup> BVerfG a. a. O. (oben Fn. 128)

<sup>131</sup> Vgl. auch KR-Fischermeier (oben Fn. 29), § 626 BGB Rn. 408

<sup>132</sup> AiB 2000, 176 mit Anm. U. Mayer

geboten und sinnvoll sein, sich an den Betriebsrat zu wenden oder eine anonyme Anzeige zu erstatten. Angesichts der Unsicherheit, die in Bezug auf die Einschaltung von Behörden noch immer besteht, kann der Arbeitnehmer – von Extremfällen wie denen des § 138 StGB einmal abgesehen – nicht verpflichtet sein, durch einen »Gang nach draußen« seinen Arbeitsplatz in Gefahr zu bringen.

### **(5) Pflichten in Tendenzbetrieben**

Über den Normalfall hinausgehende Pflichten treffen auch Beschäftigte, die bei einem Tendenzbetrieb tätig sind. Zwar haben auch sie Anspruch auf Schutz ihrer Privatsphäre und dürfen deshalb unter Freunden auch »tendenzwidrige« Meinungen äußern. Bei öffentlichem Auftreten muss sich der Einzelne jedoch an bestimmte Regeln halten und darf beispielsweise als Geschäftsführer einer Partei nicht deren Programm oder deren führende Repräsentanten angreifen. Berichtet ein Presseunternehmen über die Person eines bei ihm beschäftigten Journalisten, so muss bei der Gegendarstellung Rücksicht auf die Tendenz des Arbeitgebers genommen werden.<sup>133</sup> Wichtig ist, dass solche zusätzlichen Pflichten auf die sog. Tendenzträger beschränkt sind. Nur sie, nicht aber die mit tendenzneutralen Aufgaben Betrauten sind zu erhöhter Loyalität verpflichtet. Zu ihnen gehören z.B. Redakteure. Unterläuft ihnen ein »Ausrutscher«, ist zunächst eine Abmahnung auszusprechen.<sup>134</sup> Ihr Familienleben berührt auch dann nicht das Arbeitsverhältnis, wenn andere Presseorgane darüber berichten.<sup>135</sup> Weiter besteht keine Verpflichtung, dem Arbeitgeber Einblick in staatsanwaltschaftliche Ermittlungsakten zu geben, die den Privatbereich betreffen.

### **(6) Pflichten kirchlicher Arbeitnehmer**

Besonders stark greifen arbeitsvertragliche Nebenpflichten in das Privatleben bei kirchlichen Mitarbeitern ein. Nach der Rechtsprechung muss sich der Einzelne auch in seinem Privatleben grundsätzlich an kirchlichen Geboten orientieren. Verletzt er sie, kommt eine Kündigung in Betracht. So konnte die katholische Leiterin eines katholischen Pfarrkindergartens nach Auffassung des BAG<sup>136</sup> gekündigt werden, weil sie einen geschiedenen Mann geheiratet und sich damit über den kirchenrechtlichen Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe hinweggesetzt hatte. Dasselbe gilt erst recht bei einer länger dauernden ehebrecherischen Beziehung im

<sup>133</sup> Zu einem solchen Fall s. BAG NZA-RR 2009, 362; KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn. 121

<sup>134</sup> LAG Sachsen-Anhalt NZA-RR 2003, 244

<sup>135</sup> BAG NZA-RR 2009, 362

<sup>136</sup> NJW 1978, 2116; a. A. LAG Saarbrücken NJW 1976, 645 als Vorinstanz

Sinne des staatlichen Rechts.<sup>137</sup> Die homosexuelle Veranlagung eines beim Diakonischen Werk beschäftigten Konfliktberaters ist als solche kein Kündigungsgrund, wohl aber »praktizierte Homosexualität«; nach entsprechender Abmahnung sei deshalb jedenfalls eine ordentliche Kündigung möglich.<sup>138</sup> Das BVerfG hat diese Grundsätze im Jahre 1985 sogar noch in der Weise erweitert, dass die Kirche selbst entscheidet, was sie unter der »Verwirklichung der Dienstgemeinschaft« versteht, welche Pflichten sie also ihren Beschäftigten auferlegen will.<sup>139</sup> Eine Grenze findet diese Befugnis nur im staatlichen Ordre public.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG steht das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nicht nur der Kirche als solcher, sondern auch allen Einrichtungen zu, die dieser in bestimmter Weise zugeordnet und die dazu berufen sind, »ein Stück Auftrag der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen«.<sup>140</sup> Dies betrifft insbesondere Caritas und Diakonisches Werk. Auf die Rechtsform kommt es nicht an. Maßgebend sind ein ausreichender kirchlicher Einfluss sowie eine Prägung durch religiöse Grundanforderungen, wie sie sich insbesondere in der Sorge für Kranke und in der Erziehung und Ausbildung niederschlagen.<sup>141</sup>

In der Gegenwart stehen kirchliche Einrichtungen unter massivem Kostendruck. Immer häufiger gibt es deshalb den Versuch, bestimmte standardisierte Dienstleistungen auszugliedern und an selbständige Firmen zu vergeben. Auch wenn diese in kirchlichem Mehrheitsbesitz bleiben – ihre Aufgabenerfüllung ist nicht mehr kirchlich geprägt, die Dienste (z. B. Gebäudereinigung) werden zum Teil in gleicher Weise auch anderen Nachfragern gegenüber erbracht. Konsequenterweise finden die spezifischen kirchenarbeitsrechtlichen Grundsätze in diesem Bereich keine Anwendung mehr.<sup>142</sup>

Außerdem sind auch die »Kerneinrichtungen« in der Gefahr, sich nur noch an wirtschaftlicher Effizienz, aber nicht mehr am kirchlichen Auftrag zu orientieren, der primär Zuwendung zum Nächsten verlangt.<sup>143</sup> Insoweit kann man von einer schleichenden Säkularisierung sprechen.

Die am kirchlichen Charakter von Einrichtungen ausgerichteten Rechtsgrundsätze verlieren

---

<sup>137</sup> LAG Düsseldorf LAGE § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 9

<sup>138</sup> BAG NJW 1984, 1917 = EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb Nr. 14

<sup>139</sup> BVerfG AP Nr. 24 zu Art. 140 GG = DB 1985, 2103

<sup>140</sup> BVerfGE 46, 73, 85; ähnlich BVerfGE 53, 366, 391; BVerfGE 70, 138, 162

<sup>141</sup> BVerfGE 57, 220, 243

<sup>142</sup> Richardi, FS Listl, Berlin, 1999, S. 482 ff., der von der »Preisgabe kirchlicher Einrichtungen« spricht; Thüsing, ZTR 2002, 59

<sup>143</sup> Dazu Däubler RdA 2003, 204 ff.

durch diese Entwicklung immer mehr an Legitimität. Dazu kommt, dass auch in der Bevölkerung die Bindung an die Kirchen und die Akzeptanz ihrer Glaubenssätze zurückgeht. Es verwundert daher nicht, dass in jüngerer Zeit der Versuch unternommen wird, die kirchliche Autonomie bei der Bestimmung von Arbeitnehmerpflichten einzuschränken und der kirchlichen Allmacht die Grundrechte der Beschäftigten entgegen zu setzen. Dies wird dadurch entscheidend erleichtert, dass zwei Kammer-Entscheidungen des BVerfG den Beschluss vom 4. 6. 1985<sup>144</sup> so interpretieren, dass er sich für eine Abwägung zwischen kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und den Grundrechten der Beschäftigten ausgesprochen habe<sup>145</sup> Nach zutreffender Auffassung des LAG Rheinland-Pfalz<sup>146</sup> muss daher das kirchliche Selbstbestimmungsrecht unter Umständen hinter den Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG zurücktreten<sup>147</sup> und die Kündigung Schwangerer an Art. 6 Abs. 4 GG scheitern.<sup>148</sup> Das ArbG Lörrach<sup>149</sup> hat darüber hinaus in erfreulicher Deutlichkeit festgestellt, das kirchliche Verbot homosexueller Betätigung sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten und den Ordre public für das staatliche Recht und damit auch im Kündigungsschutzverfahren unbeachtlich. Das ArbG Berlin<sup>150</sup> hat eine konsequente Trennung zwischen der Tätigkeit für den kirchlichen Arbeitgeber und der Privatsphäre vorgenommen: Einem bei einer Einrichtung des Diakonischen Werks beschäftigtem Krankenpfleger, der sich in einer Talkshow zu sadomasochistischen Sexualpraktiken bekannt hatte, durfte nicht gekündigt werden, weil nicht zu befürchten sei, es könne im Verhältnis zu Patienten zu »Distanzverletzungen« kommen. In den alten Bahnen bewegte sich demgegenüber das BAG, als es die Praktizierung einer sog. homologen Insemination (künstliche Befruchtung zwischen Ehegatten) durch einen Chefarzt grundsätzlich als »wichtigen Grund« wertete<sup>151</sup> und dasselbe beim Ehebruch eines führenden Mitarbeiters der Kirche der Mormonen annahm.<sup>152</sup> Das LAG Rheinland-Pfalz<sup>153</sup> ließ den Kirchenaustritt als Kündigungsgrund genügen, stellte dabei jedoch nachdrücklich auf die Teilhabe am Verkündigungsauftrag der Kirche ab, würde also bei einer nicht nach außen in Erscheinung tretenden Tätigkeit vermutlich anders entscheiden. Für eine Differenzierung hat sich auch der VGH Mannheim<sup>154</sup> im Zusammenhang mit der staatlichen Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten Menschen ausgesprochen: Lediglich beim

---

<sup>144</sup> DB 1985, 2103

<sup>145</sup> BVerfG NZA 2001, 717; BVerfG NZA 2002, 609

<sup>146</sup> NZA 1992, 648 = LAGE § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 6

<sup>147</sup> Ebenso Rust, BB 1992, 775 und grundsätzlich auch Vogler, RdA 1993, 257

<sup>148</sup> Rust BB 1992, 77 ff.

<sup>149</sup> AuR 1993, 151; ähnlich LAG Baden-Württemberg NZA 1994, 416

<sup>150</sup> NZA-RR 2000, 244 = LAGE § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer, Nr. 11

<sup>151</sup> BAG AP Nr. 114 zu § 626 BGB

<sup>152</sup> BAG AP Nr. 140 zu § 626 BGB = DB 1997, 1878

<sup>153</sup> NZA 1998, 149

<sup>154</sup> NZA-RR 2003, 629

Kirchenaustritt eines leitenden Mitarbeiters müsse das Integrationsamt wegen einer solchen Loyalitätsverletzung die Zustimmung zur Kündigung erteilen, in anderen Fällen nicht.

Die BAG-Rechtsprechung steht angesichts dieser Entwicklungen auf dem Prüfstand. In jüngster Zeit hat das Gericht zwar weiterhin einen schweren Loyalitätsverstoß angenommen, als der geschiedene Chefarzt eines katholischen Krankenhauses eine zweite Ehe einging. Gleichzeitig hat es jedoch die Wirksamkeit der Kündigung daran scheitern lassen, dass das Krankenhaus auch Nicht-Katholiken einstelle (bei denen ein entsprechendes Verhalten keine Probleme aufgeworfen hätte) und außerdem über das Zusammenleben des Chefarztes mit seiner künftigen Ehefrau informiert gewesen sei, ohne dies irgendwie zu beanstanden.<sup>155</sup> Im Gegensatz dazu wurde die Kündigung eines Sozialpädagogen bestätigt, der aus der katholischen Kirche ausgetreten war: Obwohl er in einer Kinderbetreuungsstätte tätig war, wo keine religiösen Inhalte vermittelt wurden, habe es sich nach kirchlichem Selbstverständnis um einen „Dienst am Menschen“ und damit um einen „verkündungsnahen Bereich“ gehandelt. Die Kirche könne nicht gezwungen werden, in diesem Bereich einen Menschen weiter zu beschäftigen, der sich insgesamt von ihr abgewandt habe.<sup>156</sup>

Die spezifischen Pflichten, die traditionellerweise die kirchlichen Mitarbeiter treffen, bestehen im Grundsatz in der Gegenwart weiter. Ihr Anwendungsbereich geht tendenziell zurück. Inhaltlich werden sie immer mehr in Frage gestellt, wobei sich dies nicht auf den Kirchenaustritt als Kündigungsgrund bezieht.

### **(7) Pflichten aus Sicherheitsgründen**

Wer in „sicherheitsempfindlichen Bereichen“ wie beispielsweise auf Flughäfen tätig ist, muss sich ggf. eine Sicherheitsüberprüfung gefallen lassen. Sie erstreckt sich auch auf die private Lebensführung, weil sich dort Indizien zeigen könnten, ob der Betroffene Geld aus dunklen Quellen erhält oder ob er erpressbar ist und deshalb ein Sicherheitsrisiko darstellt. Wer seinen Arbeitsplatz nicht in Gefahr bringen möchte, wird daher auch im Privatleben „unangepasste“ Verhaltensweisen vermeiden. Einzelheiten sind in dieser Zeitschrift bereits dargestellt worden.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> BAG NZA 2012, 443

<sup>156</sup> BAG 25. 4. 2013 – 2 AZR 579/12 -

<sup>157</sup> Däubler SR 2012



### III. Werden die Ausnahmen zur Regel?

#### 1. Entgrenzung der Arbeitszeit?

Die durchschnittliche tarifliche Wochenarbeitszeit beträgt seit 1995 in den alten Bundesländern konstant 37,5 Stunden, während sie in den neuen Bundesländern derzeit bei 38,6 Stunden liegt.<sup>158</sup> Die tatsächliche Arbeitszeit vollzeitbeschäftigter Männer betrug im Jahre 2012 dagegen 44,2 Stunden, die von vollzeitbeschäftigten Frauen 42,1 Stunden im Wochendurchschnitt.<sup>159</sup> Unterstellt man einen Mittelwert von gut 43 Stunden, wird die tarifliche Wochenarbeitszeit um mehr als 5 Stunden überschritten. Die Forderung nach einer realen 35-Stunden-Woche ist in weite Ferne gerückt; der Markt hat sich vorläufig als stärker erwiesen.

Die genannten Durchschnittswerte bewegen sich im Rahmen des ArbZG. Von genereller „Entgrenzung“ zu sprechen wirkt daher dramatisierend. Sollte die alte Erkenntnis verloren gegangen sein, dass eine allzu lange Arbeitszeit nicht nur der Gesundheit schadet, sondern auch die Produktivität beeinträchtigt?<sup>160</sup> Aus den genannten Zahlen lässt sich dies jedenfalls nicht ableiten.

Was im Grundsatz zutrifft, muss nicht in jedem Einzelfall stimmen. Problematisch erscheint insbesondere die sog. Vertrauensarbeitszeit, bei der Dauer und Lage der Arbeitszeit voll in das Ermessen des Arbeitnehmers gestellt sind. Der Arbeitseinsatz wird allein durch inhaltliche Vorgaben gesteuert. Sie können jedoch häufig in der „Normalarbeitszeit“ von 40 Stunden nicht bewältigt werden. Dahinter steht das Bedürfnis des Arbeitgebers, möglichst viel „Leistung“ für die gezahlte Vergütung zu bekommen, was im internationalen Wettbewerb angesichts der vergleichsweise hohen deutschen Stundenlöhne besonders nahe liegt.

Bisweilen dürfte auch eine Fehleinschätzung einzelner Arbeitnehmer eine Rolle spielen: Bei der Festlegung des Pensums geht man automatisch von störungsfreiem Arbeiten aus, das es in dieser Form nur ausnahmsweise in der Realität gibt.<sup>161</sup> Die Folge sind lange Arbeitszeiten, die bis auf 70 oder 80 Stunden in der Woche ansteigen können. Dadurch geraten die Betroffenen

<sup>158</sup> WSI-Tarifarchiv (Hrsg.), Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2013, Abschnitt 3.4

<sup>159</sup> Böckler-Impuls 3/2014, S. 6

<sup>160</sup> S. oben Fn. 9

<sup>161</sup> Mit Autoren von Aufsätzen und Büchern macht man immer wieder die Erfahrung, dass sie guten Gewissens einen bestimmten Termin zusagen, ihn dann aber doch nicht einhalten. Bisweilen erweckt man als Autor sogar Erstaunen, wenn man pünktlich abgeliefert. Auch bei studentischen Hausarbeiten steigert sich die tägliche Arbeitszeit enorm, je näher der Abgabetermin rückt. Die menschliche Fähigkeit zur exakten Zeiteinteilung ist ersichtlich beschränkt.

in Widerspruch zum ArbZG. Jede Überschreitung des Acht-Stunden-Tags ist nach § 16 Abs. 2 ArbZG zu dokumentieren, innerhalb von 6 Monaten oder 24 Wochen darf der Durchschnitt von 48 Stunden pro Woche nicht überschritten werden. Auch sind die Pausen nach § 4 zu beachten, ebenso die elfstündige Ruhezeit nach § 5 ArbZG. Aus der Praxis wird berichtet, dass man diesen Widerspruch bestehen lässt und keine Kontrolle stattfindet oder dass dem Arbeitnehmer die Aufgabe übertragen wird, über seine Arbeit selbst Buch zu führen und seine Arbeitszeit zu dokumentieren; so mancher abendliche Einsatz bleibt dann unerfasst. Voraussetzung ist, dass das Gehalt nicht vom genauen Umfang der Wochenarbeitszeit abhängig ist, sondern eine fixe Größe darstellt, die ggf. durch einen Bonus auf der Grundlage einer Zielvereinbarung ergänzt wird. Überstundenvergütungen gehören bei dieser Arbeitsform der Vergangenheit an.

Bei anderen Arbeitszeitmodellen kommt es nicht selten zu inoffiziellen Überstunden. Der angestellte Ingenieur verlässt gegen 18 Uhr seinen Arbeitsplatz, stempelt aus, kehrt aber um 19 Uhr wieder an seinen Arbeitsplatz zurück, ohne dass dies im Zeiterfassungssystem sichtbar wäre. Die Ursache kann in einem zu großen Arbeitspensum, aber auch darin liegen, dass er nicht in den Ruf kommen möchte, länger als andere für die Erledigung bestimmter Aufgaben zu benötigen. Das vereinbarte Gehalt umfasst auch die „notwendigen“ Überstunden, so dass die unvollständige Deklaration der Arbeitszeit keine finanziellen Konsequenzen hat.

Weiter lässt auch eine an sich umfassende Zeiterfassung in Randbereichen häufig Lücken, die zu nicht „aktenkundig“ gemachter Arbeit führen. Der Einzelne hat beispielsweise innerhalb des Fabrik- oder Krankenhausesgeländes eine bestimmte Strecke zurückzulegen, bevor er seinen Arbeitsplatz erreicht; erst dort beginnt dann die „wirkliche“ Arbeitszeit.

Umkleidezeiten sind zwar mittlerweile vom BAG als Arbeitszeit anerkannt,<sup>162</sup> doch ist die Umsetzung dieses Grundsatzes insbesondere dann schwierig, wenn geltende Tarifverträge diese Zeiten ausdrücklich ausgeklammert haben. Berichtet wird weiter von dem Fall, dass die Zeiterfassung nur viertelstündlich erfolgt. Wer um 8 Uhr 30 Sekunden den Eingang passiert, wird erst ab 8 Uhr 15 als Arbeitender registriert. Schließlich gibt es Kleinbetriebe, in denen das „länger Dableiben“ wegen nicht erledigter Arbeit zur Normalität gehört, ohne dass man dies erfassen und vergüten würde. Es erscheint daher nicht ganz unrealistisch, wenn nach Schätzung des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung auf jede bezahlte Überstunde eine unbezahlte kommt.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> BAG NZA-RR 2013, 63

<sup>163</sup>

## 2. Aufhebung der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung

Die Benutzung von Informationstechnologien macht es möglich, Arbeit von einem beliebigen Ort aus zu verrichten. Dies führt zu sehr viel gravierenderen Veränderungen als die gelegentliche Nichtbeachtung des ArbZG.

Der erste Schritt in diese Richtung war und ist die Telearbeit, die nach herrschendem Begriffsverständnis durch drei Elemente charakterisiert ist:

- ◆ Die Arbeit findet außerhalb der Betriebsstätte des Arbeitgebers statt;
- ◆ dieses geschieht nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig;
- ◆ am dezentralen Arbeitsplatz werden informationstechnische Geräte wie ein (stationärer) PC, ein Laptop usw. benutzt, mit deren Hilfe die Arbeitsergebnisse an den Arbeitgeber übermittelt werden.<sup>164</sup>

Dabei haben sich verschiedene Formen etabliert, die durchaus erhebliche faktische Unterschiede aufweisen.

- ◆ Am verbreitetsten ist die sog. mobile Telearbeit. Nach einer älteren Untersuchung des Fraunhofer-Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation (IAO) waren schon Mitte der neunziger Jahre etwa 500.000 Beschäftigte in dieser Weise tätig.<sup>165</sup> Dabei handelt es sich i.d.R. um den traditionellen Außendienst, der informationstechnisch »aufgerüstet« wurde<sup>166</sup> und der dadurch effizienter und leichter kontrollierbar werden soll.
- ◆ Zweitwichtigste Form ist die sog. alternierende Telearbeit, die darin besteht, dass ein Teil der Arbeitszeit im Betrieb, ein anderer auf dem »Außenposten« wie z.B. in der Wohnung verbracht wird. Die Fraunhofer-Studie bezifferte die Zahl der auf diese Weise Tätigen mit ca. 350.000.<sup>167</sup> Auch hier liegt das Neue mehr im Gebrauch moderner Technik als in der Arbeitsform als solcher. Ähnliche Erscheinungen gibt es schon lange. Zwar vergleicht man Richter und Professoren nur selten mit gewöhnlichen Arbeitnehmern (warum eigentlich?), doch sei hier einmal eine Ausnahme gemacht: Beide Beschäftigtengruppen müssen nur zu bestimmten Zeiten (Sitzungstermine, Beratungen bzw. Vorlesungen,

<sup>164</sup> S. etwa Boemke, BB 2000, 147; Dulle, S. 5 ff.; Wank Rn. 13; Wedde, Entwicklung der Telearbeit, S. 4; ders., Telearbeit Rn. 1.

<sup>165</sup> Mitgeteilt bei Fenski Rn. 324; Wedde, NJW 1999, 534.

<sup>166</sup> Ebenso Boemke, BB 2000, 147: Moderne Variante des herkömmlichen Außendienstes; Wank, Rn. 78: Die entsprechenden Arbeitnehmer waren auch schon früher »mobil«.

<sup>167</sup> Mitgeteilt bei Fenski Rn. 324.

Prüfungen usw.) im »Betrieb« anwesend sein. Wo die Urteile bzw. die wissenschaftlichen Untersuchungen geschrieben werden, ist dagegen dem Dienstherrn (mit Recht) gleichgültig, so dass es oft zu Hause geschieht. Dies ist eine sozial höchst verträgliche Form von alternierender Telearbeit. Werden dabei PC und Internet eingesetzt, müsste man diese beiden Gruppen (und möglicherweise noch weitere) bei der Gesamtzahl der alternierenden Telearbeitnehmer mitberücksichtigen.

- ◆ Im Vergleich zu diesen beiden Formen hat die (ausschließliche) häusliche Telearbeit nur untergeordnete Bedeutung. Insoweit war Ende der neunziger Jahre von ca. 22.000 Arbeitsplätzen die Rede.<sup>168</sup> Noch geringer ist die praktische Bedeutung der Arbeit in Satelliten- und Nachbarschaftsbüros; insoweit soll es nur 3500 Arbeitsplätze gegeben haben.<sup>169</sup>

Sämtliche Zahlenangaben sind vermutlich zu niedrig. Zum einen scheuen sich Unternehmen eventuell, Angaben zu den von ihnen praktizierten Formen der Telearbeit zu machen, da diese sozialpolitisch noch immer umstritten ist und man deshalb Aufsehen vermeiden möchte.<sup>170</sup> Weiter ist zu berücksichtigen, dass seit der Untersuchung des Fraunhofer-Instituts über fünfzehn Jahre vergangen sind, in denen sich die Informationstechnik, speziell das Internet, sprunghaft nach oben entwickelt hat.<sup>171</sup> Eine im Jahre 2000 vorgenommene Hochrechnung des Instituts der Deutschen Wirtschaft kam auf 2,1 Mio. Telearbeitsplätze,<sup>172</sup> was aber nur die Tendenz verdeutlicht, jedoch über den realen Umfang keine Aussage zulässt. Dabei dürfte sich am dominierenden Charakter der mobilen und der alternierenden Telearbeit nichts geändert haben.<sup>173</sup> Nicht statistisch erfasst ist die sog. kleine Telearbeit: Der im Betrieb tätige Arbeitnehmer schickt Daten per Mail in seine Wohnung, um ausnahmsweise dort nach- oder weiterzuarbeiten.<sup>174</sup>

---

<sup>168</sup> Mitgeteilt bei Fenski Rn. 324.

<sup>169</sup> Fenski Rn. 324.

<sup>170</sup> Wank Rn. 84.

<sup>171</sup> Angaben bei Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 1 ff.

<sup>172</sup> Mitgeteilt bei Schlachter in: Noack/Spindler (Hrsg.), Unternehmensrecht und Internet, S. 200. Ähnliche Ergebnisse brachte eine »empirica«-Studie – s. Notiz in CF 4/2001, S. 10. S. auch den Kommentar von Nümann-Seidewinkel, Heft 5/2001 von K&R.

<sup>173</sup> Vgl. Wedde, Telearbeit, Rn. 14.

<sup>174</sup> Näher Engelhardt, CF 3/2004, S. 18ff.

Die Telearbeit wurde zunächst höchst argwöhnisch als „neue Heimarbeit“ gesehen, die wie ihr historisches Vorbild zu sozialer Verelendung führen könnte. Dies hat sich so nicht bewahrheitet; auch in den Fällen, in denen ausschließlich zu Hause gearbeitet wird, blieb in aller Regel das Arbeitsverhältnis mit seinen sozialen Sicherungen erhalten. Auch ist die befürchtete Vereinzelung der Beschäftigten nicht in dem befürchteten Umfang eingetreten, da bei der alternierenden Telearbeit die Bindung an den Betrieb im Grundsatz erhalten bleibt. Oft erweist sie sich überdies als segensreich, da bei einer Verlegung des Betriebs oder Betriebsteils ein „Mitgehen“ für viele durchaus machbar ist, wenn sie nur ein oder zwei Tage in der Woche am neuen Ort sein müssen, im Übrigen aber zu Hause arbeiten können.<sup>175</sup>

### **3. Verfügbarkeit unabhängig von Ort und Zeit**

Das Arbeiten mit Informationstechnologien hat über die Ermöglichung von Telearbeit hinaus weitere gewichtige Konsequenzen, die gleichermaßen die zeitliche wie die räumliche Grenze der Arbeit betreffen. Wer ein traditionelles Handy hat, ist im Prinzip jederzeit erreichbar und kann aufgefordert werden, im Rahmen seiner Möglichkeiten in Kürze mit einer Arbeit zu beginnen. Wer ein Smartphone oder einen Tablet-Computer mit sich führt, ist darüber hinaus in vielen Fällen in der Lage, umgehend mit der Arbeit zu beginnen. Denkbar ist z. B., dass sich der Vorgesetzte um 10 Uhr Abends meldet und bis zum nächsten Morgen 8 Uhr eine Powerpoint-Präsentation oder die Ergebnisse einer Internet-Recherche haben will. Das wirft zwar Fragen des Arbeitszeitrechts auf (auf die noch einzugehen ist), doch ist dies ohne Bedeutung, wenn die Berufung auf rechtliche Schranken als Illoyalität und „querköpfiges Verhalten“ gewertet würde.

Die jederzeitige Verfügbarkeit des einzelnen Arbeitnehmers ist keineswegs nur eine abstrakte Möglichkeit. Der internationale Wettbewerb schafft ein verstärktes Arbeitgeberinteresse an möglichst intensiver Nutzung der Arbeitskraft abhängig Beschäftigter. Derselbe Umstand führt zu möglichst knapper Personalkalkulation: Nur soweit unbedingt nötig, werden neue Arbeitskräfte eingestellt oder ausscheidende ersetzt. Viele Beschäftigte klagen darüber, dass sie immer nur das Nötigste erledigen können, weil das Pensum nicht wirklich zu schaffen ist.

Drei Elemente kommen hinzu, die dafür sorgen, dass die Grenzen der Arbeit immer mehr verschwimmen.

---

<sup>175</sup> Vgl. auch Buschmann PersR 2011, 248

Für Viele ergeben sich in der Arbeit selbst erhöhte Dispositionsspielräume. Wer lediglich eine bestimmte Projektskizze bis zum Monatsende fertig zu stellen hat, wird dieses Ziel zwar möglicherweise nur dann erreichen, wenn er wöchentlich 60 Stunden arbeitet. Gleichzeitig bestimmt er jedoch selbst darüber, wann er welche Arbeitsschritte vornimmt und welche Teile des 24-Stunden-Tages er mit Arbeit verbringt. Dies wird als eine Art Privileg empfunden; die Identifikation mit der Arbeit nimmt zu und ist sehr viel höher als in der tayloristischen Welt. Von daher ist die Frustrationstoleranz erheblich größer; man akzeptiert Bedingungen, gegen die sich ein Fließbandarbeiter aufgelehnt hätte.

Die gesundheitsschädlichen Wirkungen überlanger oder mit hohem Stress verbundener Arbeit sind weniger sichtbar als die „handfesten“ Gefährdungen, die die traditionelle Industriearbeit mit sich brachte. Gegen austretende giftige Dämpfe oder gegen eine Explosion konnte man sich individuell nicht wirklich schützen; hier war man auf betriebliche Sicherungen angewiesen, für die man sich notfalls intensiv einsetzte. Bei langen Arbeitszeiten heutigen Zuschnitts und bei Stress ist dies anders. Führt langes (relativ) selbständiges Arbeiten denn wirklich zu Problemen, auch wenn man die Arbeit als solche schätzt, ja als Lebensinhalt begreift? Ist nicht die Stressempfindlichkeit bei einzelnen Menschen sehr unterschiedlich ausgeprägt? Fühlt sich nicht mancher eher unglücklich, wenn um ihn herum Stille herrscht und das gewohnte hektische Treiben verstummt? Ist nicht der Familienstress bisweilen viel schlimmer als der Arbeitsstress? Dies mögen alles Alltagstheorien sein, doch sie wirken gleichwohl in der Praxis. „Alles halb so schlimm“ ist die Reaktion vieler Arbeitnehmer, die sich in der beschriebenen Situation befinden.

Die Fähigkeit, Zumutungen zurück zu weisen, ist in den vergangenen Jahrzehnten geringer geworden. Dies hängt selbstredend mit der Arbeitslosigkeit zusammen, die bei vielen Arbeitnehmern das Gefühl der Ersetzbarkeit geschaffen hat, und zwar sogar bei solchen, denen gar keine Konkurrenz aus der (nach-)industriellen Reservearmee droht. Dazu kommt die Schwäche der kollektiven Interessenvertretung, die sich äußerlich im Rückgang der Zahl der Gewerkschaftsmitglieder sowie darin zeigt, dass nur knapp die Hälfte aller Arbeitnehmer durch einen Betriebsrat oder einen Personalrat vertreten ist. Wer sich den Erwartungen der Arbeitgeberseite verweigert, hat eine gute Chance, Einzelkämpfer zu bleiben. Ist er nicht gerade ein anerkannter Experte oder ein gesuchter Spezialist, wird seine Karriere einen Knick erleiden; statt seiner werden die „fleißigeren“ und „kooperativeren“ Konkurrenten-Kollegen Förderung von oben erfahren.

Die Arbeit okkupiert das Privatleben. Unter den beschriebenen Bedingungen wirken die Grenzen der Arbeitszeit und die Trennung von Wohnung und Arbeitsplatz nicht mehr. Die Arbeitsanforderungen können sich über das ganze Leben legen – bis hin zum Extremfall einer angestellten Unternehmensberaterin in einer weltweit agierenden Beratungsfirma, die auch nachts ihr Handy nicht abschalten darf: es könnte ja ein dringender Anruf aus einer anderen Zeitzone kommen, auf den man selbst um 3 Uhr MEZ in adäquater Weise reagieren muss.

#### **4. Erweiterung von Nebenpflichten mit Auswirkungen auf das Privatleben?**

Auch im Bereich der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten haben sich in der jüngeren Vergangenheit Veränderungen ergeben. Durch die Anti-Terrorismus-Gesetzgebung wurden viele Arbeitsverhältnisse unter Sicherheitsvorbehalt gestellt; nur wer auch durch sein Privatleben nicht zu einem Sicherheitsrisiko wird, kann bestimmte Aufgaben wie Tätigkeiten auf einem Flughafen, in der Nukleartechnik oder bei der Polizei erfüllen. Wer keinen „Persilschein“ von den zuständigen Behörden erhält, der seine weiße Weste bestätigt, ist seinen Arbeitsplatz los. Der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten ist langwierig und ohne große Aussichten, da die geheimdienstlichen Beurteilungsspielräume allemal den Vorrang genießen.<sup>176</sup>

In einem eher singulären Bereich findet sich eine sehr intensive und dauerhafte „Indienstnahme“ des Privatlebens. Im Sportarbeitsrecht drohen besonders starke Eingriffe, die bis zu Vorschriften über die Ernährung und das Verbot anderer (gefährlicher) Sportarten gehen können.<sup>177</sup> Um die Doping-Kontrolle zu ermöglichen, werden Sportler außerdem verpflichtet, ihren jeweiligen Aufenthaltsort einer Kontrollstelle mitzuteilen – dauere er auch nur eine halben Tag oder eine einzige Nacht. Sich dem zu unterwerfen, ist letztlich eine besonders weit gehende Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis; ob eine solche Regelung mit Verfassungsrecht und mit datenschutzrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist, wird unterschiedlich beurteilt.<sup>178</sup>

#### **IV. Wiederherstellung von Grenzen mit Hilfe des Arbeitsrechts?**

---

<sup>176</sup> Einzelheiten bei Däubler SR 2012

<sup>177</sup> Vgl. Bepler, in: Nolte (Hrsg.), Neue Bedrohungen für die Persönlichkeitsrechte von Sportlern, 2011, S. 9 ff.

<sup>178</sup> S. das unveröffentlichte Rechtsgutachten von Wedde, Datenschutzrechtliche Bewertung der Melde- und Kontrollpflichten im Rahmen von Anti-Dopingprogrammen, die die von SP.IN vertretenen Athleten betreffen, September 2011

## 1. Der Betriebsrat als Wächter des Arbeitszeitrechts

Im Regelfall kann vom Einzelnen nicht erwartet werden, dass er die Arbeit verweigert, wenn die Grenzen des ArbZG überschritten werden. Denkbar ist jedoch, dass sich der Betriebsrat einschaltet, der als kollektive Instanz eher zu einem „Nein“ in der Lage sein wird. Die Rechtsprechung bietet ihm einige Anhaltspunkte.

Was zunächst die Vertrauensarbeitszeit betrifft, so hat das BAG den Grundsatz aufgestellt, der Arbeitgeber müsse seinen Betrieb so organisieren, dass der Betriebsrat jederzeit die Einhaltung der Tarifverträge und des ArbZG kontrollieren könne.<sup>179</sup> Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 16 Abs. 2 ArbZG muss er jede Überschreitung des Acht-Stunden-Tags dokumentieren. Daneben ist er ohne Rücksicht auf arbeitsvertragliche Abmachungen zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer gehalten, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit des einzelnen Arbeitnehmers zu erfassen; nur dann kann der Betriebsrat kontrollieren, ob die tariflichen Arbeitszeitgrenzen eingehalten, ggf. die 48-Stunden-Woche des ArbZG überschritten oder die Ruhezeit von 11 Stunden nach § 5 ArbZG nicht eingehalten wurde.<sup>180</sup> Treten Verstöße zutage, kann der Betriebsrat nach § 89 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die zuständige Behörde einschalten. Ob er ihr in diesem Rahmen auch personenbezogene Daten übermitteln darf, ist nicht abschließend geklärt. Das BAG sieht diese Befugnis nur dann als gegeben an, wenn der Betriebsrat oder die Behörde ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Daten hat und schutzwürdige Interessen der betroffenen Arbeitnehmer nicht entgegenstehen.<sup>181</sup> Andere verweisen daraus, diese datenschutzrechtlichen Bedenken seien europarechtlich überholt, da der EuGH eine Datenübermittlung gebilligt habe, die die Aufsichtsbehörde in die Lage versetze, die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften zu kontrollieren.<sup>182</sup> Legt man dies zugrunde, so könnte die Behörde für eine konsequente Einhaltung jedenfalls des ArbZG (nicht aber der Tarifverträge) sorgen.

Mittelbar könnte auch die Rechtsprechung des BAG zur Bezahlung von Überstunden einen Beitrag dazu leisten, dass die Arbeitszeit nicht ins Uferlose wächst und dass der Einzelne auch in Zukunft weiß, was auf ihn zu kommt. Eine arbeitsvertragliche Klausel, wonach alle Überstunden durch das vereinbarte Bruttogehalt abgegolten sind, bezieht sich nicht auf solche

---

<sup>179</sup> BAG NZA 2003, 1348

<sup>180</sup> BAG NZA 2003, 1348

<sup>181</sup> BAG AuR 2003, 265

<sup>182</sup> EuGH NZA 2013, 723; ebenso DKKW-Buschmann § 89 Rn. 25.



Zeiten, die über das nach ArbZG Zulässige hinausgehen.<sup>183</sup> Insoweit muss der Arbeitgeber eine zusätzliche Vergütung bezahlen, da das ArbZG nur eine Überforderung vermeiden, nicht aber den Vergütungsanspruch ausschließen will;<sup>184</sup> die Rechtsfolgen sind vom Verbotszweck her zu bestimmen. Auch die Pauschalierung als solche („erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten“) lässt sich nach einer späteren Entscheidung nicht mehr aufrecht erhalten, wenn die Zahl der voraussichtlich abzuleistenden Zusatzstunden unklar bleibt; insoweit fehlt es an der durch § 307 Abs.1 Satz 2 BGB geforderten Transparenz.<sup>185</sup> An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung des § 612 Abs. 1 BGB. Danach ist eine Vergütung geschuldet, wenn „die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.“ An dieser Erwartung fehlt es allerdings (und der Arbeitnehmer geht im Ergebnis leer aus) beispielsweise bei einem überdurchschnittlich bezahlten angestellten Rechtsanwalt, der mit der Möglichkeit seiner Übernahme als Partner rechnet.<sup>186</sup> Die Überschreitung der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung soll im Regelfall die Vergütungserwartung entfallen lassen<sup>187</sup> - eine sehr weitgehende Auffassung, die im Grunde alle Führungskräfte aus der speziellen Vergütungspflicht des Arbeitgebers ausnimmt. Auch wenn man dies notgedrungen akzeptiert, bleiben dennoch zahlreiche Fälle, in denen eine Überschreitung der vereinbarten Arbeitszeit für den Arbeitgeber mit erheblichen finanziellen Belastungen verbunden ist. Der Betriebsrat kann den Arbeitgeber auffordern, seine Verpflichtungen effektiv einzuhalten; weitergehende Möglichkeiten werden ihm nicht eingeräumt.

Sehr viel unklarer ist die rechtliche Situation in Bezug auf die Frage, wie die jederzeitige Erreichbarkeit arbeitszeitrechtlich zu qualifizieren ist. Nach traditioneller Auffassung liegt Bereitschaftsdienst (und damit Arbeitszeit im Sinne des ArbZG) dann vor, wenn sich der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz oder in seiner Nähe aufhalten muss, um bei Bedarf sofort mit der Arbeit zu beginnen.<sup>188</sup> Von Rufbereitschaft (die nicht als Arbeitszeit zählt) ist dagegen dann die Rede, wenn der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort im Prinzip frei wählen kann, jedoch erreichbar sein muss, um nach einer entsprechenden (meist telefonischen) Mitteilung binnen angemessener Zeit mit der Arbeit beginnen zu können.<sup>189</sup> Würde der Arbeitgeber den Zeitraum bis zum Arbeitsbeginn sehr knapp bestimmen, beispielsweise eine Präsenz innerhalb von 20 Minuten verlangen, so wäre die freie Wahl des Aufenthaltsorts weitgehend entwertet,

---

<sup>183</sup> BAG NZA 2006, 149

<sup>184</sup> BAG NZA 2006, 149 OS 2

<sup>185</sup> BAG NZA 2011, 575

<sup>186</sup> BAG NZA 2011, 1335

<sup>187</sup> BAG NZA 2012, 861.

<sup>188</sup> Buschmann/Ulber, ArbZG, 7. Aufl. 2011, § 2 Rn. 17

<sup>189</sup> Anzinger/Koberski, ArbZG, § 2 Rn. 53

so dass nach der Rechtsprechung keine Rufbereitschaft mehr vorliegt.<sup>190</sup> Umgekehrt stellt ein Zeitraum von 45 Minuten das Vorliegen von Rufbereitschaft nicht in Frage.<sup>191</sup> Das BAG hat zum früheren § 15 Abs. 6b BAT entschieden, dass Rufbereitschaft vorliege, wenn jemand ein „Funktelefon“ in der Freizeit mitführen und nach einem Anruf über dieses Gerät Anordnungen treffen müsse,<sup>192</sup> doch hat es überhaupt nicht geprüft, ob nicht auch Bereitschaftsdienst vorliegen könnte. Wird lediglich „erwartet“, dass der Arbeitnehmer erreichbar ist und bei Bedarf einen Arbeitsauftrag erledigt, so ist dies nicht anders als eine ausdrückliche Abmachung zu behandeln, wenn derartigen „Erwartungen“ im Betrieb üblicherweise Rechnung getragen wird.<sup>193</sup>

Probleme ergeben sich dann, wenn der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort zwar völlig frei wählen kann, gleichzeitig jedoch erreichbar *und* in der Lage sein muss, sofort mit der Arbeit zu beginnen – was eine realistische Annahme darstellt, wenn es sich um eine Tätigkeit im Internet handelt. Eine unmittelbar einleuchtende Lösung ist nicht in Sicht, weil die traditionelle Unterscheidung an einem festen Arbeitsort anknüpft, der hier nicht mehr gegeben ist. Soweit keine ausdrückliche tarifliche Regelung vorliegt, muss man nach dem Zweck der Unterscheidung fragen: Wer damit rechnen muss, sofort mit der Arbeit zu beginnen, ist stärker beansprucht als jemand, der erst nach einer halben Stunde tätig werden muss. Dies spricht dafür, im ersten Falle Bereitschaftsdienst, im zweiten Rufbereitschaft anzunehmen. Entscheidet man sich in einer konkreten Konstellation für die erste Alternative (was in der Praxis schwierig sein wird, da telefonisch übermittelte Wünsche häufig keine so exakten Zeitvorgaben enthalten werden), so führt dies zu einer enormen Verlängerung der Arbeitszeit; im Durchschnitt könnten – eine 40-Stunden-Woche zugrunde gelegt – nur acht Stunden in der Woche in dieser Weise verplant werden, es sei denn, man würde von den tariflichen Verlängerungsmöglichkeiten nach § 7 ArbZG Gebrauch machen. Vermutlich wird die Rechtsprechung Rufbereitschaft annehmen, es sei denn, im konkreten Fall sei ausdrücklich auf einen sofortigen Arbeitsbeginn Wert gelegt worden. Ist dies der Fall, kann der Betriebsrat auf Einhaltung des ArbZG dringen.

Eine „neue“ Frage ergibt sich dadurch dass ein dienstlicher Anruf oder eine sofort zu beantwortende dienstliche E-Mail „Arbeit“ darstellt, die automatisch die 11-Stunden-Ruhezeit

---

<sup>190</sup> BAG ZTR 2002, 432 = NZA 2002, 871

<sup>191</sup> BAG ZTR 2005, 27

<sup>192</sup> BAG DB 2001, 102

<sup>193</sup> Dies gegen Bissels/Domke/Wisskirchen DB 2010, 2052, die weder Bereitschaftsdienst noch Rufbereitschaft annehmen.

des § 5 ArbZG auslöst. Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung soll dies allerdings nicht gelten, wenn es sich um eine „geringfügige“ Unterbrechung der Freizeit<sup>194</sup> oder wenn es sich um eine „nicht nennenswerte Arbeitsleistung“<sup>195</sup> handelt. Eine gesetzliche Grundlage hierfür gibt es nicht.<sup>196</sup> Insoweit wäre der Gesetzgeber aufgefordert, eine Ausnahme vorzusehen, die gleichzeitig die Grenzen der Geringfügigkeit bestimmen müsste.

## **2. Die Mitbestimmung des Betriebsrats über die Lage der Arbeitszeit**

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG kann der Betriebsrat über Beginn und Ende der Arbeitszeit und damit über deren Lage mitbestimmen. Der Begriff „Arbeitszeit“ wird hier weiter bestimmt als im ArbZG und umfasst auch die Rufbereitschaft.<sup>197</sup> Rechtlich wäre also der Betriebsrat in der Lage, bestimmte Zeiträume aus der Rufbereitschaft (und erst recht aus dem Bereitschaftsdienst) auszunehmen oder diesen von vorne herein auf bestimmte Teile der Woche zu beschränken. Im Falle des Dissenses mit dem Arbeitgeber entscheidet die Einigungsstelle.

In vielen Fällen wird der Betriebsrat eine Arbeitszeitbetriebsvereinbarung geschlossen haben, wonach innerhalb eines bestimmten „Gleitzeitrahmens“, etwa von 7 bis 20 Uhr, gearbeitet wird. Was geschieht, wenn der Arbeitgeber um 21 Uhr einen Arbeitnehmer zu Hause anruft und ihn um die Vorbereitung der morgigen Sitzung bittet was ca. zwei Stunden in Anspruch nimmt? Da die Lage der Arbeitszeit nicht durch die Betriebsvereinbarung gedeckt ist, ist insoweit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht verbraucht; ohne seine Zustimmung darf außerhalb des Gleitzeitrahmens nicht gearbeitet werden. Geschieht dies dennoch, kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht eine einstweilige Verfügung erwirken, durch die dem Arbeitgeber verboten wird, eine solche Arbeit entgegen zu nehmen.<sup>198</sup> Dies folgt auch aus der Pflicht zur Durchführung der Betriebsvereinbarung.<sup>199</sup> Eine Ausnahme wurde nur für die Fälle gemacht, dass der Betriebsrat zugestimmt hat, dass die Einigungsstelle seine Zustimmung ersetzt hat oder dass ein Notfall vorliegt. Die Entscheidung verdient Aufmerksamkeit, weil sich die Arbeiten ausschließlich über Mobiltelefone abgespielt hatten.

---

<sup>194</sup> Baeck/Deutsch, ArbZG, 3. Aufl. 2014, § 5 Rn 14; ähnlich Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052, 2054

<sup>195</sup> Anzinger/Koberski § 5 Rn. 13

<sup>196</sup> Buschmann PersR 2011, 249; Falder NZA 2010, 1152

<sup>197</sup> BAG AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; DKKW-Klebe § 87 Rn 103; Fitting, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 87 Rn 127; Richardi-Richardi, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 87 Rn. 303

<sup>198</sup> ArbG Berlin Beschluss v. 22. 3. 2012 – 54 BV 7072/11 – juris. Dazu eingehend Baunack AiB 2012, 500 ff.

<sup>199</sup> Darauf stützte sich das ArbG Berlin sogar in erster Linie. Dazu Baunack AiB 2012, 500

### 3. Neueinstellungen als Ausweg?

Die Berufung auf das ArbZG und die Mitbestimmungsrechte nach dem BetrVG mögen im Einzelfall höchst hilfreich sein; ein Allheilmittel sind sie nicht. Wie oben<sup>200</sup> dargestellt, ist die Fähigkeit, sich gegen Zumutungen zur Wehr zu setzen, aus nachvollziehbaren Gründen relativ wenig entwickelt. Obwohl der abendliche Anruf keine absolut singuläre Erscheinung sein dürfte, ist der genannte Beschluss des ArbG Berlin der einzige, der sich mit diesem Phänomen auseinandersetzt. Hinzu kommt, dass er in der Fachliteratur nicht einmal im Wortlaut veröffentlicht wurde.<sup>201</sup> Dies legt den Schluss nahe, dass im Normalfall eben nichts geschieht, wenn am Betriebsrat vorbei in den Abendstunden gearbeitet wird: Auch ist bislang kein Fall bekannt geworden, dass ein Arbeitnehmer sich auf § 5 ArbZG berufen und am folgenden Tag erst um 10 Uhr 30 an seinem Arbeitsplatz erschienen wäre. „Die Arbeit muss gemacht werden“, wäre die Antwort, die man bei einer entsprechenden Frage in einem Betriebsräteseminar erhalten würde.

Lässt sich der Arbeitsdruck, der für diese „Extras“ verantwortlich ist, dadurch reduzieren, dass der Arbeitgeber zu Neueinstellungen veranlasst wird? Müsste nicht in vielen Fällen das allzu knapp kalkulierte Personal aufgestockt werden? Rechtliche Möglichkeiten dazu sind vorhanden, auch wenn von ihnen nur wenig Gebrauch gemacht wird. Im Folgenden sollen zwei Entscheidungen vorgestellt werden, deren Bekanntheitsgrad ähnlich wie im Fall des ArbG Berlin relativ gering geblieben ist.

Im Falle des ArbG Stuttgart<sup>202</sup> ging es um einen Maschinenbaubetrieb mit ca. 900 Beschäftigten. Dort war eine Betriebsvereinbarung über flexible Arbeitszeitkonten geschlossen worden. Bewegten sich die Zeitguthaben in einem definierten Rahmen und schied in einer Gruppe ein Mitarbeiter aus, so konnte der Betriebsrat verlangen, dass an seiner Stelle eine andere Person eingestellt wurde. Erreichte das durchschnittliche Arbeitszeitkonto einer (im Anhang näher beschriebenen) Gruppe mehr als 270 Plus-Stunden oder stieg es im Laufe eines Jahres um mehr als 150 Stunden an, so konnte der Betriebsrat Neueinstellungen verlangen, deren Umfang durch eine Formel festgelegt war. Die Betriebsvereinbarung war im Wege von Verhandlungen (ohne Einigungsstelle) zustande gekommen; ihre Gültigkeit war unbestritten. Die gerichtliche Auseinandersetzung bezog sich nur auf die Frage, ob der

---

<sup>200</sup> Unten III 3

<sup>201</sup> Eine Fundstelle in einer Zeitschrift war nicht zu ermitteln; der Aufsatz von Baunack (AiB 2012, 500 ff.) ist bislang die einzige Stellungnahme in der Literatur.

<sup>202</sup> Beschluss v. 13. 1. 2009 – 3 BV 131/08 (soweit ersichtlich unveröffentlicht)

Betriebsrat verlangen konnte, dass die Stelle eines ausgeschiedenen unbefristet Beschäftigten wieder auf der Basis einer unbefristeten Beschäftigung besetzt werden musste. Dies lehnte das Gericht ab; die Betriebsvereinbarung lasse auch die Einstellung eines befristet Beschäftigten oder eines Leiharbeitnehmers zu. Entscheidend an der Betriebsvereinbarung ist der Gedanke, durch Erhaltung oder Aufstockung des Personals die Arbeitsintensität im Griff zu behalten. Insoweit besteht Übereinstimmung mit den sog. quantitativen Besetzungsregeln, die es seit Anfang des 20. Jahrhunderts in der Druckindustrie gibt.<sup>203</sup>

Ein zweiter Fall war vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden und betraf das Eingreifen der Gewerbeaufsicht.<sup>204</sup> Ein Presseunternehmen hatte seine Redakteure in der BUNTE-Redaktion weit über die täglichen acht Stunden hinaus beschäftigt. Die zuständige Gewerbeaufsicht erließ daraufhin einen Bescheid, der den Unternehmer zur Einhaltung des Acht-Stunden-Tags verpflichtete und ihm für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld androhte. Dieser wandte sich dagegen und berief sich auf die Pressefreiheit; er finde keine ausreichende Anzahl von Personen, die seine redaktionelle Linie verfolgen würden. Das Verwaltungsgericht wie der Verwaltungsgerichtshof wiesen diesen Einwand zurück; das Arbeitszeitrecht kenne keine Ausnahme für Pressebetriebe. Wenn er seinen Betrieb im bisherigen Umfang fortführen wolle, müsse er eben sein Personal aufstocken. Dies war zwar nicht Gegenstand des Bescheids, der sich nur auf die Einhaltung der Arbeitszeit bezog, doch ergab sich dies als unmittelbare Konsequenz.<sup>205</sup>

#### **4. Gefährdungsbeurteilung**

---

<sup>203</sup> Vgl. Hensche/Heuschmid in: Däubler (Hrsg.), TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 846 ff.

<sup>204</sup> Bayer. VGH Urteil v. 28. 10. 1993 – 22 B 90.3225, GewA 1994, 192 = VGHE BY 46, 130 und Juris

<sup>205</sup> Zu anderen Sanktionen bei Verstößen gegen das ArbZG s. HK-ArbR-Ernst § 17 ArbZG Rn 5 ff. und HK-ArbR-Growe § 3 ArbZG Rn 18 ff.

