

(→ Rn. 133 ff.) **Handlungsautonomie des Arbeitnehmers** ist, könnte dies zu der Schlussfolgerung veranlassen, dass Arbeitszeit und Ruhezeit relative Begriffe sind, die stets bezogen auf ein bestimmtes Arbeitsverhältnis interpretiert werden müssen. Die Frage, ob es sich für die Zuordnung zur Ruhezeit stets um eine selbständige berufliche Tätigkeit handeln muss, hält der EuGH in den Entscheidungsgründen explizit offen und hielt die darauf bezogenen Vorlagefragen mangels Entscheidungsrelevanz im Ausgangsfall für unzulässig (EuGH 11.11.2021 – C-214/20, NZA 2021, 1699 (1700) Rn. 31 – Dublin City Council). Der Tenor des EuGH bezieht sich indes unterschiedslos auf jede „andere berufliche Tätigkeit“, ohne zwischen ihrem selbständigen oder abhängigen Charakter zu differenzieren.

Richtigerweise dürfte genau danach zu differenzieren sein: Nur bei **Begründung eines weiteren Arbeitsverhältnisses** begibt sich der Arbeitnehmer in eine weitere Situation fremder Zeitdisposition und **verliert** in der Durchführungsphase der nebeneinanderstehenden Arbeitsverhältnisse weiter an **Zeitsouveränität**. Dieser kumulierte Autonomieverlust unterscheidet ihn deutlich von einem Arbeitnehmer, der – wie im Ausgangsfall der Rs. Dublin City Council – eine selbständige Nebentätigkeit aufnimmt. Vor einem übermäßigen Verlust an zeitlicher Dispositionsfreiheit möchte das Arbeitszeitrecht gerade schützen. Daher spricht im Ergebnis mehr dafür, die Parallele vom zentralen arbeitnehmerbezogenen Schutzzweck des Arbeitszeitrechts her zu konstruieren und somit die Kumulation auch in dieser Konstellation zu bejahen. **143**

Dies hilft nicht darüber hinweg, dass die **Rechtsfolgen** des Arbeitszeitrechts in dieser Konstellation zumindest teilweise ins Leere laufen: Hat der Arbeitgeber keine **Kenntnis von anderen Arbeitsverhältnissen**, die zu einer Überschreitung der zulässigen Arbeitszeiten führen, wird es jedenfalls am Vorsatz für eine Rechtsverletzung fehlen. Auch dürfte Fahrlässigkeit nur bei greifbaren Anhaltspunkten zu bejahen sein (vgl. BAG 11.12.2001 – 9 AZR 464/00, AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 8). Eine Nachforschungspflicht des Arbeitgebers wird man auch im Kontext einer Nebentätigkeitsanzeige nicht bejahen können. Zugleich begründet strukturell das Interesse an Arbeitszeit-Compliance ein legitimes Interesse des Arbeitgebers, Kenntnis von anderen (Neben-)Tätigkeiten zu erlangen und fundiert damit einen entsprechenden Auskunftsanspruch und eine Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) des Arbeitnehmers zur Anzeige von Nebentätigkeiten und Mitteilung des jeweiligen Arbeitszeitumfangs (allg. ErfK/Preis/Greiner BGB § 611a Rn. 841; BAG 11.12.2001 – 9 AZR 464/00, AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 8 mit Bezug auf BAG 18.1.1996 – 6 AZR 314/95, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 25; 18.1.1996 – 6 AZR 314/95, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 25). (Tarif-)Vertraglich kann die Aufnahme einer Nebentätigkeit von einer Genehmigung abhängig gemacht werden (BAG 26.6.2001 – 9 AZR 343/00, AP TVG § 1 Tarifverträge: Verkehrsgewerbe Nr. 8; 11.12.2001 – 9 AZR 464/00, AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 8), die allerdings zu erteilen ist, wenn der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse an ihrer Verweigerung hat. **144**

Im Übrigen bleiben – mangels Einbeziehung in den persönlichen Anwendungsbereich des ArbZG – selbständige Nebentätigkeiten auch als **Heimarbeiter, Handelsvertreter oder sonstige arbeitnehmerähnliche Person unberücksichtigt**. Sie fallen nicht unter das ArbZG. Es ist also zulässig, neben einem Vollzeitarbeitsverhältnis noch zB als Heimarbeiter tätig zu sein. Nicht unter das Gesetz fallen auch Tätigkeiten **zur Erziehung, Pflege oder Betreuung in häuslicher Gemeinschaft und liturgische Arbeiten im Bereich der Kirchen** (§ 18 Abs. 1 Nr. 3, 4). Diese Arbeiten sind deshalb ebenfalls über die Grenzen der Höchstarbeitszeit hinaus zulässig. Für Jugendliche sind die besonderen Schutzvorschriften nach § 1 Abs. 2 JArbSchG nicht auf gelegentliche **geringfügige Hilfeleistungen** aus Gefälligkeit, in der Familie und in Einrichtungen der Jugendhilfe sowie für die Eingliederung Behinderter anzuwenden. Auch diese Arbeiten bleiben damit von der Zusammenrechnung frei und können zusätzlich zu einem Arbeitsverhältnis ausgeübt werden. **145**

## VI. Sonderregelung für den Bergbau (Abs. 1 S. 2)

- 146 Die Sonderregelung für den **Bergbau unter Tage** (Abs. 1 S. 2) bezieht sich nicht nur auf den Steinkohlenbergbau, sondern auf jeden Bergbau unter Tage, also insbes. auch auf den Kali- und Erzbergbau. Im Bergbau unter Tage werden nach Abs. 1 S. 2 Ruhepausen zur Arbeitszeit gerechnet. Das wird allgemein als **Schichtzeit** bezeichnet. Die frühere Sonderregelung für den Steinkohlenbergbau als Schichtzeit vom Beginn der Seilfahrt bei der Einfahrt bis zum Wiederbeginn der Ausfahrt oder vom Eintritt in das Stollenmundloch bis zum Wiederaustritt findet sich jetzt nur noch in § 4 Abs. 3 JArbSchG. Näher zur kollektivvertraglichen Ausgestaltung der Schichtzeit → 16. Aufl. 2013, Rn. 5.

## VII. Arbeitnehmerbegriff

- 147 Der Begriff des Arbeitnehmers als Grundlage für das gesamte Arbeitsrecht und hier als Voraussetzung für die Anwendung des ArbZG wird seit dem 1.4.2017 mittelbar durch die **vertragsbezogene Definition** des Arbeitsverhältnisses in § 611a Abs. 1 BGB bestimmt. Demnach zeichnet sich der Arbeitsvertrag dadurch aus, dass er den Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann dabei Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbeurteilung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an (zu diesen Regelungsinhalten des § 611a Abs. 1 BGB umfassend ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 33 ff.).
- 148 Der damit umrissene Begriff des **Arbeitsvertrages** bestimmt mittelbar den Arbeitnehmerbegriff. Wer in einem derartigen Vertrag dienstverpflichtet ist, ist **Arbeitnehmer**. Diese Definition dient der Abgrenzung unter anderem zu selbständigen Dienstverpflichteten (freie Mitarbeiter, Handelsvertreter, Heimarbeiter), zu Werkunternehmern, aber auch zu Personen, die auf Grund öffentlich-rechtlicher Bestellung (Beamte, Richter, Soldaten) sowie infolge vereins- oder gesellschaftsrechtlicher Pflichtenbindung tätig werden.
- 149 Abs. 2 beschränkt sich auf die etwas altertümliche Scheindefinition, dass Arbeiter, Angestellte und zur Berufsbildung Beschäftigte vom **persönlichen Anwendungsbereich** erfasst sein sollen. Das entspricht § 5 BetrVG. Immerhin ist damit klargestellt, dass das ArbZG die RL 2003/88/EG lediglich für den Bereich **privatrechtlich fundierter Arbeitsverhältnisse** umsetzt. Keine Anwendung findet es zB auf Beamte und Richter, die aber im Grundsatz gleichfalls von den Bestimmungen der RL 2003/88/EG erfasst sind (vgl. zum Anwendungsbereich Art. 1 Abs. 3 RL iVm Art. 2 RL 89/391/EWG; ausf. dazu § 1 Rn. 6). Der EuGH bestimmt im Kontext der RL 2003/88/EG den Arbeitnehmer- ebenso wie den Arbeitszeitbegriff trotz des Verweises auf die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten in Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG **autonom unionsrechtlich** (→ § 1 Rn. 6 ff.), und gelangt so zu einem weit gefassten Anwendungsbereich, der über den deutschen Arbeitnehmerbegriff deutlich hinausgeht.
- 150 Da der persönliche Anwendungsbereich des deutschen ArbZG hinter dieser persönlichen Reichweite zurückbleibt, fungieren insbes. die Beamtengesetze und beamtenrechtlichen Arbeitszeitverordnungen des Bundes und der Länder als spezialgesetzliche **Umsetzungsgesetze für die Beamten** (→ Einl. Rn. 26).

Zur Ausklammerung einzelner Arbeitnehmergruppen aus dem Anwendungsbereich, 151  
zB der leitenden Angestellten, → § 18 Rn. 5 ff.

### VIII. Nachtzeit (Abs. 3)

Die **Nachtzeit** wird gesetzlich auf die Zeit von 23-6 Uhr festgelegt. Die Regelung 152  
entspricht der Richtlinie 2003/88/EG, die eine **Zeitspanne von 7 Stunden** jedenfalls zwischen 24-5 Uhr vorschreibt (Art. 2 Nr. 3). Anträge, diese Zeit auf 22 Uhr vorzulegen, fanden keine Mehrheit (→ Rn. 2). Es ist aber zulässig, durch Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung den Beginn des siebenstündigen Nachtzeitraumes auf die Zeit zwischen 22 und 24 Uhr festzulegen, die Nachtzeit also von 22-5 Uhr oder von 24-7 Uhr oder auch auf dazwischenliegende Zeiten zu verschieben (§ 7 Abs. 1 Nr. 5). Diese Nachtzeit ist nach der mitteleuropäischen Zeit oder der gesetzlich vorgeschriebenen Sommerzeit zu messen (Gesetz über die Einheiten im Messwesen und die Zeitbestimmung, Einheiten- und Zeitgesetz, EinhZeitG idF v. 22.2.1985, BGBl. I 408; zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.7.2016 BGBl. I 1666). An den Übergangstagen verkürzt oder verlängert sich demnach die Nachtzeit um jeweils eine Stunde, sodass sie im Frühjahr dann einmal sechs Stunden und im Herbst einmal acht Stunden dauert. Von der siebenstündigen Dauer des Nachtzeitraumes kann auch durch Tarifvertrag sonst nicht abgewichen werden.

Für **Bäckereien und Konditoreien** ist die Nachtzeit nach Abs. 3 Hs. 2 um eine Stunde 153  
auf 22-5 Uhr vorgezogen; die Regelung wurde mit Aufhebung des früheren BAZG durch Gesetz v. 30.7.1996 (BGBl. I 1186) eingefügt (→ Einl. Rn. 31). Da gleichzeitig das BAZG aufgehoben wurde, gelten auch in diesen Betrieben im Übrigen seither die allgemeinen Regeln. Die Verschiebung durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 bleibt möglich. Diese Regelung betrifft alle Betriebe, in denen Backwaren wie Brötchen, Brote, Brezeln oder ähnliches und Konditorwaren wie Kuchen, Torten, auch Eistorten, Obsttorten und ähnliche Waren hergestellt werden. Bei reinen Eisspeisen gilt die Sonderregelung entsprechend der früheren Sonderbestimmung des § 1 Abs. 2 BAZG nur, wenn gleichzeitig andere Bäcker- und Konditorwaren hergestellt werden. **Dauerbackwarenherstellung** (Zwieback, Keks, Biskuit, Honigkuchen, Lebkuchen, Waffeln uä) lässt die Sonderregelung nur dann eingreifen, wenn gleichzeitig auch Bäcker- und Konditorwaren hergestellt werden (entsprechend dem früheren § 1 Abs. 1 Nr. 3 BAZG). Zu den Bäckerwaren gehört auch die Herstellung von Brötchen, Baguettes, Broten uä, die nur so weit vorbereitet werden, dass sie vom Verbraucher selbst fertiggebacken werden und dann erst frisch zum Verzehr sind (OVG NRW 9.6.1993 – 4 A 2279/92, NVwZ-RR 1994, 82 = GewA 1994, 28).

S. weiterhin → § 6 Rn. 18 ff.

154

### IX. Nachtarbeit (Abs. 4)

Abs. 4 regelt den **Begriff der Nachtarbeit** als Voraussetzung für den Begriff des Nach- 155  
arbeitnehmers, an den dann die Vorschriften des § 6 anknüpfen. Nur wenn alle diese Voraussetzungen erfüllt sind, müssen die Einschränkungen des § 6 eingehalten werden. Die Regelung knüpft an die Vorschriften des IAO-Abkommens Nr. 171 über Nachtarbeit v. 26.6.1990 in Art. 1b und an die Richtlinie 2003/88/EG v. 4.11.2003 an. Danach ist allerdings die Nachtarbeit an die Leistung von normalerweise mindestens drei Stunden der täglichen Arbeitszeit geknüpft, während nach § 2 Abs. 4 mehr als **zwei Stunden** ausreichen, um die Voraussetzungen zu erfüllen. Insofern wird der durch die RL 2003/88/EG gegebene Schutzstandard übererfüllt.

- 156 Der **Beginn der gesetzlichen Nachtzeit** liegt zwar nach Abs. 3 fest, kann aber nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 innerhalb des Zeitraums 22–24 Uhr **kollektivvertraglich verschoben** werden. Dann gilt die danach veränderte Nachtzeit als Vorgabe für die Nachtarbeit. Es ist also möglich, nach der gesetzlichen Rechtslage bis 1 Uhr oder ab 4 Uhr zu arbeiten, ohne dass Nachtarbeit anfällt. Bei Verschiebung durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung auf die Zeit von 24-7 Uhr wird eine Arbeitszeit bis 2 Uhr und bei Vorverlegung auf 22-5 Uhr eine Arbeitszeit ab 3 Uhr unschädlich. In Bäckereien und Konditoreien kommt insoweit nur eine Verlegung auf spätere Zeiten in Betracht, die Regelung des Abs. 3 Hs. 2 ist ebenfalls nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 tarifdispositiv. Der Vorschrift liegt die Auffassung zugrunde, dass bei geringfügiger Nachtarbeit oder bloßer Verschiebung von Schichten regelmäßig noch ausreichend Ruhe- und Schlafenszeit zur Verfügung steht. Erst wenn **mehr als zwei Stunden in die Nachtzeit fallen, ist die Arbeit Nachtarbeit, dann aber von Anbeginn an**, also nicht erst für die Zeit danach oder davor (Anzinger/Koberski Rn. 83 ff.; Baeck/Deutsch/Winzer Rn. 104 ff.; Buschmann/Ulber Rn. 75; Dobberahn Neues ArbZG Rn. 75; Kraegeloh Rn. 7 f.; AR-Blattei/Kufer SD 240 Rn. 64; Roggen-dorff Rn. 60 f.; Schliemann Rn. 145 ff.; ErfK/Roloff Rn. 27, 29).
- 157 S. weiterhin → § 6 Rn. 20 ff.

## X. Nachtarbeitnehmer (Abs. 5)

- 158 Der Begriff des **Nachtarbeitnehmers** ist mit der ArbZG-Novelle zum 1.1.2004 neu geschaffen worden. Das frühere Recht kannte ihn nicht. Er beruht auf den Vorgaben des IAO-Übereinkommens 171 über Nachtarbeit v. 26.6.1990 in Art. 1 lit. b und der Begriffsbestimmung des Art. 2 Nr. 4 der EG-Richtlinie 93/104/EG v. 23.11.1993 sowie inhaltsgleich der EG-Richtlinie 2003/88/EG v. 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung. Diese Vorschriften ließen aber einen Spielraum für die nationale Regelung, weil sie nur eine erhebliche Zahl oder einen bestimmten Teil der Nachtarbeit fordern. Voraussetzung für die Erfüllung des Begriffes des Nachtarbeitnehmers ist entweder eine **normale Nachtschicht** oder die **Leistungen an 48 Tagen im Kalenderjahr**. Auch danach war beabsichtigt, nicht jede geringfügige Leistung von Nachtarbeit zu erfassen (BT-Drs. 12/5888, 24).
- 159 Nach dem Wortlaut des Abs. 5 Nr. 1 muss die Nachtarbeit normalerweise in **Wechselschicht** geleistet werden. Bei Wechselschicht müssen sich Arbeitnehmer zur Erfüllung der Aufgabe planmäßig ablösen. Dabei gibt es sowohl 2-Wechselschichten als auch häufig durchgehende 3-Wechselschichten und im Zuge der Arbeitszeitflexibilisierung auch 4-Wechselschichten. Sie müssen sich nicht unmittelbar ablösen, sondern können sich auch überschneiden (→ Rn. 171 ff.). Eine völlige Identität des Arbeitsplatzes ist nicht erforderlich (BAG 18.7.1990 – 4 AZR 295/89, AP TVB II Berlin § 14 Nr. 1 für Taxifahrer). Wer nur **ausnahmsweise Wechselschicht** leistet, wird nicht erfasst, sodass Arbeitnehmer unberührt bleiben, die nur bei einem Übergang von Schichten oder aushilfsweise auch Nachtarbeit leisten, selbst wenn sie dann mehr als zwei Stunden dauert. Kommt es allerdings öfter bei dem Schichtwechsel auch immer wieder zu Nachtarbeit, kann Ziff. 2 erfüllt sein.
- 160 Die Regelung zur regelmäßigen Nachtarbeit wirft das unionsrechtliche Problem auf, dass die RL 2003/88/EG keine Beschränkung des Nachtarbeitsbegriffs auf bestimmte Arbeitszeitmodelle vorsieht. Die Verengung auf Nachtarbeit in Wechselschichten dürfte folglich einer **richtlinienkonformen Auslegung** dahingehend bedürfen, dass dem Begriff „in Wechselschicht“ keine eigenständige Bedeutung gegenüber dem Begriff „normalerweise Nachtarbeit“ beizumessen ist (ebenso EuArbRK/Gallner RL 2003/88/EG Art. 2 Rn. 28).
- 161 Wird ein Arbeitnehmer in die Wechselschicht mit Nachtarbeit umgesetzt oder wird die Nachtarbeit eingeführt, ist von Anfang an die Voraussetzung für den Begriff des Nacht-

arbeitnehmers erfüllt. Es wird nur darauf abgestellt, dass die Wechselschicht „zu leisten“ ist, sodass es allein auf die **arbeitsvertragliche Leistungspflicht** ankommt (Anzinger/Koberski Rn. 88 ff.; Baeck/Deutsch/Winzer Rn. 108; Buschmann/Ulber Rn. 76; Dobberahn Neues ArbZG Rn. 76; AR-Blattei/Kufer SD 240 Rn. 68; Roggendorff Rn. 63; Schliemann Rn. 152 f.; ErfK/Roloff Rn. 29).

Nach Nr. 2 werden Arbeitnehmer erfasst, die an **48 Tagen im Kalenderjahr** Nachtarbeit von mehr als zwei Stunden leisten. Hier kommt es im Gegensatz zu Nr. 1 nicht auf die arbeitsvertragliche Leistungspflicht, sondern nach der unterschiedlichen Wortwahl im Gesetz auf die **tatsächliche Leistung** im Jahr an (BAG 5.9.2002 – 9 AZR 202/01, AP ArbZG § 6 Nr. 4 unter I 1: „jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit ... umfasst“). Typisches Beispiel ist die Zugschaffnerin für Schlaf- und Liegewagen (BAG 18.5.2011 – 10 AZR 369/10, AP ArbZG § 6 Nr. 11). Dabei kann die Leistung auch auf Grund von Schichtarbeit erfolgen. Diese Voraussetzung muss aber nicht vorliegen, sodass auch sonst individuell geleistete Nachtarbeit den Begriff erfüllt.

Teilweise wird angenommen, dass Ziff. 2 erst erfüllt ist, wenn im jeweiligen Kalenderjahr die 48 Nachtarbeitstage erfüllt sind, weil erst dann feststeht, dass das Erfordernis der tatsächlichen Leistung auch erfüllt wird (Anzinger/Koberski Rn. 96; Baeck/Deutsch/Winzer Rn. 113; Dobberahn Neues ArbZG Rn. 76; Junker ZFA 1998, 105; NK-ArbR/Wichert Rn. 43; Schliemann Rn. 163; Schulte/Schütt, Arbeitszeitgesetz, 2005, Rn. 44). Das aber würde bedeuten, dass der Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr erst dann als Nachtarbeitnehmer gilt, wenn er die 48 Nachtarbeitstage hinter sich gebracht hat. Er könnte also seine Ansprüche aus § 6 über Umsetzung auf Tagesarbeit oder Untersuchung nie im Januar, sondern häufig erst sehr viel später geltend machen, obwohl er tatsächlich Nachtarbeit leistet und nur „noch“ kein Nachtarbeitnehmer ist. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Eigenschaft auch dann schon eintritt, wenn **mit Sicherheit von der Ableistung auszugehen** ist oder sie sich aus dem Arbeitsvertrag oder der Arbeit im Vorjahr ergibt (ebenso Buschmann/Ulber Rn. 76; EuArbRK/Gallner RL 2003/88/EG Art. 2 Rn. 28; HK-ArbR/Growe Rn. 11; Roggendorff Rn. 65; ErfK/Roloff Rn. 30).

Abgestellt wird auf **Nachtarbeitstage im Kalenderjahr**. Wer vor Mitternacht und nach Mitternacht Nachtarbeit leistet, erfüllt damit nur die Voraussetzung für einen Tag und nicht etwa für zwei Tage, weil die Zeit in zwei Kalendertage fällt (Schliemann Rn. 164).

Die Nachtarbeitnehmereigenschaft kann auch bei **verschiedenen Arbeitgebern in getrennten Arbeitsverhältnissen** erfüllt werden. Nachtarbeitnehmer ist deshalb auch, wer in einem Arbeitsverhältnis von Tagarbeit zB für vier Stunden, aber Nachtarbeit bei einem anderen Arbeitgeber für weitere vier Stunden leistet. Er ist dann auch in dem Tagarbeitsverhältnis Nachtarbeitnehmer und kann die Vergünstigungen des § 6 insbes. mit der Beschränkung der Höchstarbeitszeit in Anspruch nehmen.

Auch wenn die Arbeitsverhältnisse nicht nebeneinander bestehen, sondern sich **aneinander anschließen**, werden die Nachtarbeitstage in beiden Arbeitsverhältnissen im Kalenderjahr zusammengerechnet für die Frage, ob die 48 Tage erfüllt werden. Es kommt aber immer auf das **jeweilige Kalenderjahr** an, das als Ganzes gilt. Eine Aufteilung ist nicht möglich. Deshalb geht es auch nicht an, die vorgeschriebene Mindestzahl zu kürzen, wenn die Arbeit erst im Laufe des Jahres begonnen hat oder früher beendet wird (aA Anzinger/Koberski Rn. 96). Wer aber im Kalenderjahr die 48 Tage erfüllt hat, bleibt Nachtarbeitnehmer auch in einem weiteren Arbeitsverhältnis. Dann gilt aber ohnehin § 3 Abs. 2 mit der verlängerten Arbeitszeit, wenn keine Nachtarbeit mehr anfällt (§ 6 Abs. 2 S. 3). Der Ausgleich für Nachtarbeit gilt nur im jeweiligen Arbeitsverhältnis. Ein Ausgleich unter verschiedenen Arbeitgebern ist (etwa im Gegensatz zu § 6 BUrlG) nicht vorgesehen (Schliemann Rn. 166).

S. weiterhin § 6 Rn. 18 ff.

167

## XI. Schichtarbeit

- 168 Keine gesetzliche Definition findet sich in § 2 für die **Schichtarbeit** sowie die ihr vorgelagerten Begriffe der Schicht bzw. Schichtzeit. An die Schichtarbeit wird dennoch in § 2 Abs. 5 Nr. 1 angeknüpft, wenn dort die Arbeit in Wechselschicht zur Voraussetzung für die Einordnung als (regulärer) Nachtarbeitnehmer gemacht wird, und in § 6 Abs. 1, wo die Orientierung an den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit nicht nur für die Nacht-, sondern auch die Schichtarbeit postuliert wird (→ § 6 Rn. 25 ff.).
- 169 Der Begriff der **Schicht** oder Schichtzeit findet sich nur noch in § 4 Abs. 2 JArbSchG, ist aber verallgemeinerungsfähig: Demnach ist Schichtzeit die tägliche Arbeitszeit unter Hinzurechnung der Ruhepausen, also die Summe aus Arbeitszeit (§ 2 Abs. 1) und Ruhepausen (§ 4), aber unter Ausklammerung der Ruhezeit (§ 5). Nach dem SPD-Entwurf zum ArbZG (BT-Drs. 12/5282) sollte die Schichtzeit die tägliche Arbeitszeit um nicht mehr als drei Stunden überschreiten dürfen (§ 8 des Entwurfs). Dieser Regelungsansatz wurde im allgemeinen Arbeitszeitrecht nicht verwirklicht. Lediglich in § 12 JArbSchG ist die Schichtzeit Jugendlicher auf zehn Stunden, im Bergbau unter Tage auf acht Stunden, in der Landwirtschaft, im Gaststättengewerbe, in der Tierhaltung sowie auf Bau- und Montagstellungen auf elf Stunden begrenzt.
- 170 Die **RL 2003/88/EG** über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung v. 4.11.2003 (ABl. 2003 L 299, S. 9) enthält in Art. 2 Nr. 5 eine Begriffsbestimmung der **Schichtarbeit**: Demnach ist begrifflich jede Form der Arbeitszeitgestaltung kontinuierlicher oder nicht kontinuierlicher Art erfasst, bei der Arbeitnehmer nach einem bestimmten Zeitplan, auch im Rotationsturnus, sukzessive an den gleichen Arbeitsstellen eingesetzt werden, sodass sie ihrer Arbeit innerhalb eines Tages oder Wochen umfassenden Zeitraums zu unterschiedlichen Zeiten verrichten müssen. Der Begriff **Schicht** beschreibt auch hier die Zeit, in der der Arbeitnehmer ununterbrochen im Betriebe sein muss (aA Baeck/Deutsch/Winzer Rn. 61), um die ihm obliegende Arbeit zu leisten. Er umfasst auch die Pausen (→ Rn. 169). Tariflich können auch besondere, abweichende Begriffe der Schicht festgelegt werden, so zB im Tarifvertrag für das private Omnibusgewerbe in Bayern Nr. 6, wo festgelegt ist, dass bei einer Freizeit von weniger als zwei Stunden keine geteilte Schicht, sondern (vergütungsrechtlich) eine durchgehende Arbeitszeit vorliegt (BAG 17.9.2003 – 4 AZR 540/02, AP TVG § 1 Tarifverträge Verkehrsgewerbe Nr. 9).
- 171 Die Schicht spielt insbes. eine Rolle in den sog. **mehrschichtigen Betrieben**, in denen nicht sämtliche Beschäftigte eines Betriebes zu gleicher Zeit arbeiten, sondern – nicht nur vorübergehend – der eine Teil arbeitet, während der andere Teil feiert, beide sich regelmäßig ablösen (sog. **Schichtarbeit**, RAG ArbRS Bd. 36 S. 179; BAG 23.9.1960 – 1 AZR 567/59, AP AZO § 2 Nr. 4; zuletzt 8.7.2009 – 10 AZR 589/08, AP TVöD § 8 Nr. 2; 21.10.2009 – 10 AZR 807/08, AP TVöD § 7 Nr. 2; 21.10.2009 – 10 AZR 70/09, AP TVöD § 7 Nr. 3; 19.1.2010 – 9 AZR 427/09, AP BUrtG § 7 Nr. 45; 24.3.2010 – 10 AZR 570/09, AP TVöD § 8 Nr. 10; 23.6.2010 – 10 AZR 548/09, AP TVöD § 7 Nr. 4; 21.9.2010 – 9 AZR 486/09, AP TVöD § 27 Nr. 1; 14.12.2010 – 9 AZR 680/09, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 51; 15.3.2011 – 9 AZR 799/09, AP TVöD § 26 Nr. 1; 13.6.2012 – 10 AZR 351/11, NJW-Spezial 2012, 563; vgl. MHdB ArbR/Koberski § 184 Rn. 8; Anzinger/Koberski Rn. 15; Baeck/Deutsch/Winzer Rn. 64; Buschmann/Ulber Rn. 77, § 6 Rn. 6; Dobberahn Neues ArbZG Rn. 93; Schliemann § 6 Rn. 12). Der Begriff ist namentlich auch für die Entlohnung wesentlich, weil in vielen Betrieben der Zeitlohn nicht nach Stunden, sondern nach der Arbeitszeit an einem Tag, also der Schicht, berechnet wird.
- 172 Müssen die Arbeiten in drei unterbrochenen Schichten (Morgen-, Mittags- und Nachtschicht) fortgeführt werden, so liegen **Wechselschichten** vor. Von Wechselschichten wird

aber auch im 2-Schichtenbetrieb (Früh- und Spätschicht) gesprochen. Zuweilen wird in Tarifverträgen der 3-Schichtenbetrieb vergütungsrechtlich anders behandelt als der 2-Schichtenbetrieb, was vor allem in der Höhe der Zuschläge zum Ausdruck kommen kann. Dagegen liegt keine Schichtarbeit vor, wenn nur einzelne Arbeitnehmer eine andere Arbeitszeit haben. Dagegen ist ein Betrieb „mehrschichtig“, in dem jeweils die Beschäftigten nicht zur gleichen Zeit arbeiten; dabei brauchen sich die einzelnen Schichten nicht abzulösen, sondern können sich auch **teilweise überdecken** (LAG Hamm 30.11.1971 – 3 Sa 804/71, DB 1972, 294). So schadet es nicht, wenn sich die einzelnen Schichten mit zweistündiger Versetzung absetzen (BAG 18.7.1990 – 4 AZR 295/89, AP TVB II Berlin § 14 Nr. 1). Diese Unterscheidung ist bedeutsam bei den tariflichen Regelungen über Zuschläge von Nachtarbeit und im öffentlichen Dienst (BAG 17.4.1958 – 2 AZR 477/55, AP AZO § 2 Nr. 1; 23.9.1960 – 1 AZR 567/59, AP AZO § 2 Nr. 4; zuletzt 20.1.2010 – 10 AZR 990/08, AP TVG § 1 Tarifverträge: Krankenanstalten Nr. 8; 24.3.2010 – 10 AZR 152/09, AP TVöD § 24 Nr. 4; 24.3.2010 – 10 AZR 58/09, AP TVöD § 8 Nr. 11; 13.6.2012 – 10 AZR 351/11, NJW-Spezial 2012, 563). Möglich sind auch vier Schichten mit sehr langer Schichtzeit (von 6.00 bis 18.15 Uhr und 18.00 bis 6.15 Uhr; vgl. Gehringer DB 1981, 1517). Die Einführung der Schichtarbeit und ihre Durchführung unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 BetrVG (BAG 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 20; 27.6.1989 – 1 ABR 33/88, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 35; 28.5.2002 – 1 ABR 40/01, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 96; 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 103; 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 111; 23.7.1996 – 1 ABR 17/96 AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 26; 8.7.2009 – 10 AZR 589/08, AP TVöD § 8 Nr. 2; 13.8.2010 – 1 AZR 173/09, AP GG Art. 9 Nr. 141).

Die Begriffe der „Überschichten“ und „Nebenschichten“ sind vor allem aus dem Bergbau bekannt. Dort bezeichnet man mit einer **Überschicht** die im unmittelbaren Anschluss an eine regelmäßige Arbeitsschicht liegende verlängerte Arbeitszeit. **Nebenschichten** sind hingegen von der normalen Arbeitsschicht durch Pausen getrennte zusätzliche Schichten (BAG 10.10.1957 – 2 AZR 48/55, AP TVG § 1 Auslegung Nr. 12; 16.5.1962 – 4 AZR 277/61, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 7; 15.9.1971 – 4 AZR 93/71, AP BGB § 611 Bergbau Nr. 15).

173

