

Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

94

Christiane Pickenhahn

Unionsrechtliche Gestaltungsspielräume für die Arbeitszeit von Wissensarbeitern



Nomos

**Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Clemens Höpfner,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 94

Christiane Pickenhahn

Unionsrechtliche Gestaltungsspielräume für die Arbeitszeit von Wissensarbeitern



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

u.d.T.: „Unionsrechtliche Gestaltungsspielräume zur Flexibilisierung der Arbeitszeit von Wissensarbeitern“

ISBN 978-3-8487-8281-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-1139-5 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Ende 2020 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt *Herrn Prof. Dr. Martin Henssler*, der mich als Doktorandin stets gefördert und unterstützt hat. Danken möchte ich zudem *Herrn Prof. Dr. Ulrich Preis* für die umgehende Erstellung des Zweitgutachtens sowie der Herausgeberin und den Herausgebern für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Köln, im April 2021

Christiane Pickenbahn

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
A. Einführung in die Diskussion zur Arbeitszeit 4.0	17
I. Konträre Auffassungen einer modernen Arbeitszeitgestaltung	17
II. Politische Reformbestrebungen der letzten Jahre und Zugzwang durch den EuGH	21
B. Untersuchungsgegenstand	25
C. Gang der Untersuchung	26
Kapitel 1: Rechtfertigung einer arbeitszeitrechtlichen Sonderstellung des Wissensarbeiters	30
A. Wissensarbeiter als besondere Arbeitnehmergruppe	32
I. Ökonomischer Ursprung des Begriffs aus dem angloamerikanischen Raum	32
1. Der <i>knowledge worker</i>	32
2. Kelleys <i>gold-collar worker</i>	34
II. Entwicklung des Typusbegriffes in Deutschland	35
1. Komplexität und Neuartigkeit (Experten)	36
2. Autonomie	38
3. Führungsverantwortung	39
4. Wirtschaftssektor und Berufsfeld	39
5. Einkommen	41
6. Fraunhofer IAO Information Work 2009 Studie	41
a) Wissensarbeiter im engeren Sinne	41
b) Wissensarbeiter und Nutzung von mobilen IKT	42
III. Einordnung des Wissensarbeiters in die Kategorien des Arbeitszeitrechts	43
1. Persönlicher Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes	43
2. Ausnahme für leitende Angestellte (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG)	46
a) Hintergrund zum Verweis auf § 5 Abs. 3 BetrVG	47
b) Keine ausreichende Erfassung der Wissensarbeiter	51

Inhaltsverzeichnis

3. (Fehl)anreize zur Vergabe von Wissensarbeiten an externe Arbeitskräfte	58
IV. Stellungnahme und eigene Einordnung	59
1. Wissensarbeiter im engeren Sinne	59
a) Keine abschließende Einordnung der Wissensarbeit nach Berufsbildern	60
aa) Klassifizierung der Berufe (KldB 2010 und ISCO-08)	61
bb) Experten/Professionals sind nicht zwingend Wissensarbeiter	62
b) (Positive) Korrelation zwischen Einkommenshöhe und Schlüsselmerkmale der Wissensarbeit	64
aa) Einkommen und Komplexitätsgrad der Tätigkeit	64
bb) Einkommen und Neuartigkeitsgrad der Aufgaben	66
cc) Einkommen und Autonomiegrad	67
2. Keine Lösung über den Begriff des leitenden Angestellten	68
B. Rechtfertigung flexiblerer Arbeitszeitregelungen für Wissensarbeiter	69
I. Entgrenzung von Arbeitszeit und Ruhezeit	69
1. Arbeitszeitbegriff	69
2. Formen der Arbeit	73
a) Begriffsbestimmungen und ihre arbeitszeitrechtliche Einordnung	73
b) Verdichtung der Rufbereitschaft zum Bereitschaftsdienst	76
3. Erweiterte ständige Erreichbarkeit	78
a) Rechtliche Qualifizierung der erweiterten Erreichbarkeit über IKT	79
aa) BAG-Rechtsprechung zur Abrufarbeit via Funktelefon	79
bb) Meinungsstand im Schrifttum	80
cc) Stellungnahme	81
b) „Aufgedrängte Tätigkeit“ bei Wissensarbeitern	83
aa) Meinungsstand zur Zurechenbarkeit einer Tätigkeit als Arbeitszeit	83
bb) Wissensarbeit außerhalb der üblichen Arbeitszeiten	84

c) Geringfügige Unterbrechungen der Ruhezeit	85
aa) Meinungsstand zur Qualifizierung von geringfügigen Unterbrechungen	85
bb) Keine teleologische Reduktion für alle Arbeitnehmergruppen	88
II. Rechtfertigung der Sonderstellung	89
1. Funktionale Differenzierung anhand der Schlüsselmerkmale der Wissensarbeit	90
2. Vereinbarkeit der Sonderstellung von Wissensarbeitern mit dem Gesundheitsschutzzweck des Arbeitszeitgesetzes	93
a) Entstehungsgeschichte des Arbeitszeitgesetzes	94
aa) Erste Arbeitsschutzbestimmungen und Achtstundentag	94
bb) Änderungen der Arbeitszeitverordnung zur Zeit des Nationalsozialismus	97
cc) Der Weg zum Arbeitszeitgesetz	99
dd) Arbeitszeitgesetz von 1994	101
b) Schutzziele des Arbeitszeitgesetzes	103
c) Rangordnung innerhalb des § 1 ArbZG	105
aa) Argumente gegen eine Gleichrangigkeit	107
bb) Argumente für eine Gleichrangigkeit	108
d) Stellungnahme	109
C. Zusammenfassung	111
Kapitel 2: Das europäische Arbeitszeitrecht als Gestaltungsspielraum	113
A. Entwicklung des europäischen Sekundärrechts	114
I. Entstehung und Regelungsinhalt der Richtlinie 2003/88/EG	116
1. Vorgängerregelungen	116
a) Erste Versuche der Harmonisierung	116
b) Entstehung der Richtlinie 93/104/EG	117
c) Änderungsrichtlinie 2000/34/EG	121
2. Richtlinie 2003/88/EG	122
a) Höchstarbeitszeit und Mindestruhezeiten	123
b) Abweichungsregelungen der Art. 17 bis 22 ArbZ-RL	124
aa) Betroffener Arbeitnehmerkreis	124
bb) Regelungsumfang	125

Inhaltsverzeichnis

cc) Kompensationspflicht	126
dd) Inhaber der Abweichungsbefugnis	126
3. Bisher gescheiterte Reformbestrebungen	128
a) Vorschlag der Neujustierung aktiver und inaktiver Zeiten eines Bereitschaftsdienstes	128
b) Berücksichtigung eines erhöhten Flexibilisierungsbedürfnisses von Wissensarbeitern	130
II. Schutzzweck	132
III. Zwischenfazit	133
B. Der Einfluss internationaler Abkommen zur Arbeitszeit	134
I. UN-Sozialpakt	134
II. Europäische Sozialcharta	136
III. ILO-Verfassung und ILO-Abkommen	138
IV. Zwischenfazit	141
C. Primärrechtlicher Schutz der Arbeitszeit nach Art. 31 Abs. 2 GRC	141
I. Entstehung	142
II. Unmittelbare Wirkung des sozialen Grundrechts zwischen Privaten	143
1. Rechtsprechung des EuGH zu Art. 31 Abs. 2 GRC	146
a) EuGH-Rechtsprechung, zum bezahlten Jahresurlaubsanspruch	146
b) EuGH-Rechtsprechung zur Begrenzung der Arbeitszeit	147
2. Kontroverses Meinungsbild	151
a) Ablehnung einer unmittelbaren Wirkung des Art. 31 Abs. 2 GRC	151
b) Unmittelbare Wirkung aller Gewährleistungen des Art. 31 Abs. 2 GRC	154
III. Gewährleistungsinhalt des Art. 31 Abs. 2 GRC	155
IV. Stellungnahme	158
1. Unmittelbare Horizontalwirkung des Art. 31 Abs. 2 GRC	158
a) Dogmatik	158
b) Einschätzung der EuGH-Auffassung	159
2. Gewährleistungsgehalt	161
D. Zusammenfassung	164

Kapitel 3: Flexibilisierung der Arbeitszeit von Wissensarbeitern auf kollektivrechtlicher Ebene	166
A. Limitierte Abweichungsbefugnis der Sozialpartner	169
I. Abweichungsbefugnis nach Art. 17 Abs. 2 und Art. 18 ArbZ-RL	169
1. Tätigkeitsfelder der Abweichungstatbestände	169
2. Notwendigkeit der Zulassung durch den Mitgliedstaat	170
II. Abweichungsbefugnis nach Art. 17 Abs. 1 und Art. 22 ArbZ-RL	172
1. Fehlende (echte) Delegationsbefugnis	172
2. Weitere Kritik an Art. 22 Abs. 1 ArbZ-RL	177
III. Begriff der Sozialpartner	179
IV. Zwischenergebnis	181
B. Voraussetzungen der Tariföffnung nach Art. 18 ArbZ-RL	182
I. Gleichwertige Ausgleichsruhezeiten	183
II. Ungeschriebene Voraussetzungen des Art. 18 ArbZ-RL	187
1. Ungeschriebene Anforderungen an die Zulassungsnorm	187
2. Vergleich zum Leiharbeitsrecht (Art. 5 Abs. 3 LeihArb-RL)	189
3. Stellungnahme	190
a) Weiter Gestaltungsspielraum	191
b) Begrenzung der Abweichung durch Schutzziele der Richtlinie	192
c) Begrenzung der Abweichung auf das „unbedingt Erforderliche“?	194
C. Die Vereinbarkeit der nationalen Abweichungstatbestände mit Unionsrecht	195
I. Verlängerung der Höchstarbeitszeit	195
1. Bezugszeitraum des § 3 S. 2 ArbZG	196
2. Bezugszeitraum des § 7 Abs. 8 ArbZG	197
3. Verlängerung der Höchstarbeitszeit ohne Ausgleich (§ 7 Abs. 2a ArbZG)	198
II. Verkürzung der elfstündigen Mindestruhezeit	199
III. Zwischenergebnis	201
D. Vorschläge zur Erweiterung der Abweichungstatbestände des § 7 ArbZG	202
I. Flexibilisierung der Höchstarbeitszeit	203
1. Umstellung auf eine wöchentliche Höchstarbeitszeit	203

Inhaltsverzeichnis

2. Regressionsverbot des Art. 23 ArbZ-RL	204
3. Kritik an einer rein tarifdispositiven Regelung	206
a) Umstellung auf gesetzlicher Ebene	206
b) Vorbild Österreich	207
c) Begrenzte Tarifbindung von Wissensarbeitern	209
4. Stellungnahme	211
II. Flexibilisierung der täglichen Ruhezeit	212
1. Wunsch des Arbeitnehmers und/oder Arbeitszeitautonomie des Arbeitnehmers	213
2. Zusätzliche Bindung an eine Betriebsvereinbarung (Wahlarbeitszeitkonzept)	214
3. Stellungnahme	215
III. Berücksichtigung arbeitsmedizinischer Erkenntnisse	218
IV. Zwischenfazit	221
E. Beschränkte Gestaltungsspielräume für Wissensarbeiter (im engeren Sinne)	225
F. Zusammenfassung	226
 Kapitel 4: Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL als Gestaltungsgrundlage für die Arbeitszeit von Wissensarbeitern	 228
A. Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL	229
I. Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL und § 18 Abs. 1 ArbZG	229
II. Fehlende Messbarkeit/ fehlende Festlegung im Voraus	232
III. Festlegung der gesamten Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer	234
IV. Wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit	236
1. Tätigkeitskausale Arbeitszeitautonomie	237
2. Kein pauschaler Ausschluss ganzer Arbeitnehmergruppen	239
V. Stellungnahme	240
1. Spärliche Konkretisierung des EuGH	240
2. Maßgebliches Kriterium der Selbstfestlegung der gesamten Arbeitszeit	241
3. Bedeutung der Tätigkeitskausalität und Vertrauensarbeitszeit	244
4. Typisch autonome Arbeitnehmergruppen	247

B. Konkrete Gestaltungsoptionen auf Grundlage des Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL	249
I. Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis	250
1. Nationale Diskussion	250
2. Vorbild Österreich – Arbeitszeitnovelle 2018	252
a) Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Ziffer 8 AZG	252
b) Ausdehnung oder Beschränkung des bisherigen Ausnahmetatbestandes	256
c) Kriterium der (maßgeblichen) selbstständigen Entscheidungsbefugnis	258
d) Kriterium der Arbeitszeitautonomie	259
3. Stellungnahme	259
4. Eigener Vorschlag: Anknüpfung an den Typus des Wissensarbeiters	264
II. Einkommensabhängige Abstufung – Topverdiener als autonome Arbeitnehmer	265
1. Nationale Diskussion zur einkommensabhängigen Binnendifferenzierung	267
a) Allgemeine Argumente zur einkommensabhängigen Differenzierung	267
b) Argumente im Rahmen des Kündigungsrechts	270
c) Argumente im Rahmen des Arbeitszeitrecht	273
2. Vorbild Niederlande	274
a) Art. 2.1:1 Arbeidstijdenbesluit	275
b) Gesetzesbegründung	277
c) Niederländisches Schrifttum zur Vereinbarkeit mit Art. 17 ArbZ-RL	278
3. Anknüpfungspunkt für die konkrete Einkommensschwelle	279
a) Orientierung an § 18 SGB IV	279
b) Orientierung an § 159 SGB VI	280
c) Weitere Orientierungspunkte	281
4. Zulässigkeit einer Einkommensgrenze	283
a) Kein Verstoß gegen Grundprinzipien des Arbeitsrechts	283
b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	285
c) Kein Verstoß gegen den Gesundheitsschutzzweck des Arbeitszeitrechts	289

Inhaltsverzeichnis

d) Absolute Einkommensgrenze und Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL	290
aa) Mindestlohn	291
bb) Bezugsgröße des § 159 SGB VI	292
e) Indizwirkung des Einkommens	294
5. Einkommensgrenze im Rahmen der Aufzeichnungspflicht (§ 16 Abs. 2 ArbZG)	297
III. Arbeitnehmer im Home-Office/Mobile Office als autonome Arbeitnehmer	299
1. Abweichungen auf Grundlage des Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL	299
2. Unterschiede von Mobile Office und Home-Office	300
3. Die Vereinbarung mobiler Arbeit in der Praxis	302
4. Mobile Office und Home-Office als Indiz	303
IV. Zwischenfazit zu den Gestaltungsmöglichkeiten	305
C. Reichweite des Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL – Vollständiger Ausschluss konkreter Arbeitszeitvorgaben	307
I. Vereinbarkeit der vollständigen Anwendungsbereichsausnahme mit Unionsrecht	307
II. Kritik an einem vollständigen Ausschluss von Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten	310
III. Stellungnahme	311
1. Unterscheidung zwischen Ausklammerung aus der Arbeitszeitrichtlinie oder aus dem Arbeitszeitgesetz	312
2. Zulässigkeit der vollständigen Abbedingung von Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten	314
D. Zusammenfassung	318
Kapitel 5: Schlussbetrachtung	321
A. Reformvorschlag: Abgestufter Arbeitszeitschutz bei Wissensarbeit	321
B. Konkrete Formulierungsvorschläge	322
I. Erweiterung und Anpassung des § 18 Abs. 1 ArbZG	322
1. Aufnahme des Kriteriums der Selbstfestlegung der Arbeitszeit	324
2. Ergänzung der Personengruppen des § 18 Abs. 1 ArbZG	324
3. Begriff des leitenden Angestellten	326

II. Erweiterung und Anpassung des § 7 ArbZG	327
1. Änderung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 und 3 und Abs. 2 ArbZG	327
a) Abweichungstatbestände für (teilweise) autonome Arbeitnehmer	328
b) Aufnahme des Erfordernisses gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten	329
2. Streichung des unionsrechtswidrigen § 7 Abs. 2 a ArbZG	331
3. Anpassung des Bezugszeitraumes in § 7 Abs. 8 ArbZG	331
III. Weitere Vorschläge zur Anpassung des Arbeitszeitgesetzes	332
1. Anpassung der Aufzeichnungspflicht des § 16 Abs. 2 ArbZG	332
2. Anpassung des Arbeitnehmer- und Arbeitszeitbegriffes § 2 ArbZG	335
3. Anpassung des § 3 S. 2 ArbZG und des § 5 Abs. 2 und 3 ArbZG	336
C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	337
Synopse: Arbeitszeitgesetz de lege lata und Reformvorschläge	343
Literaturverzeichnis	351

