

Ausschussdrucksache **20(11)484**

Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Jens M. Schubert, Potsdam

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 22. April 2024 zum
Antrag CDU/CSU-Fraktion
Arbeitszeit flexibilisieren – Mehr Freiheit für Beschäftigte und Familien
BT-Drucksache 20/10387

Siehe Anlage

Stellungnahme zum Antrag CDU/CSU-Fraktion
Arbeitszeit flexibilisieren – Mehr Freiheit für Beschäftigte und Familien
Drucksache 20/10387 v. 20.2.2024

Der Antrag lautet:

Daher fordert der Deutsche Bundestag die Bundesregierung auf, einen Gesetzentwurf vorzulegen,

1. der die Wünsche der Bevölkerung nach stärkerer Arbeitszeitflexibilisierung aufgreift;
2. der zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf flexiblere Arbeitszeiten und Arbeitszeitmodelle für verschiedene Lebensphasen ermöglicht;
3. der eine wöchentliche statt tägliche Höchstarbeitszeit einführt;
4. der diese im Einklang mit der europäischen Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG) ausgestaltet und besonderen Schutzerfordernissen bei gefahrgeneigten Tätigkeiten Rechnung trägt.

I. Zum Antrag

Der Antrag steuert unterschiedliche Themen an und vermischt diese. Die Ziffern 3. und 4. sprechen das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht an, wobei sich der - im Arbeitsrecht grundsätzlich nicht mehr verwendete - Begriff der gefahrgeneigten Tätigkeit nicht einpassen lässt.² Ziffer 1 ist rein politischer Natur und enthält eine [unscharfe] empirische Behauptung. Ziffer 2 verlässt das reine Arbeitszeitrecht, sondern berührt stärker Themen wie Fragen zur Elternzeit, das kommende Familienstartzeitgesetz (EU-Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige

¹ apl. Professor für Arbeitsrecht und europäisches Recht.

² Schutzerfordernisse gelten für alle Arbeitsverhältnisse, vgl. auch § 5 ArbSchG (Gefährdungsbeurteilung), der branchen- und tätigkeitsübergreifend gilt.

(2019/1158)), das Pflegezeitgesetz bzw. das Familienpflegezeitgesetz sowie die §§ 8, 9, 9a TzBfG.

II. Grundprinzipien

Für die Abgeordneten und deren Entscheidungsfindung sollen die wesentlichen Grundprinzipien aufgeführt werden, die für eine Bewertung und Einordnung des Antrags von Bedeutung sind.

1. Das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht entstammt dem Arbeits- und Gesundheitsschutz und dient nicht zuvörderst einer Flexibilisierung

Das Arbeitszeitrecht steht seit jeher in einem besonderen Spannungsfeld zwischen Gesundheitsschutz und Flexibilitätsüberlegungen. Entgegen dem Wortlaut von § 1 ArbZG sind diese Pole aber nach der unionsrechtlichen Intention nicht gleichwertig, wie bereits Erwägungsgrund 4 der Richtlinie zeigt:

„Die Verbesserung von Sicherheit, Arbeitshygiene und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit stellen Zielsetzungen dar, die keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden dürfen.“ [Unterstreichung durch den Verfasser]

Zudem verweist die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG in Erwägungsgrund 3 sowie in Art. 1 Abs. 4 auf die Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG. In der Entscheidung des EuGH CCOO wird ebenfalls prominent auf die Rahmenrichtlinie verwiesen, was das BAG zu seinem Weg der unionskonformen Auslegung des § 3 ArbSchG (Dokumentation der Arbeitszeit) bestärkt hat.³ Schließlich ist das ArbZG auch im Lichte der jüngst betonten Auffassung des EuGH zu betrachten, nach der die Richtlinie gleichsam das Ziel hat, Beschränkungen der Rechte der „schwächeren Partei“ (= Arbeitnehmer) zu verhindern⁴; dies dürfte ebenfalls allzu großen Flexibilisierungsmöglichkeiten entgegenstehen.

Die Begrenzung der Höchstarbeitszeit sowie die täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten haben nach Art. 31 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta unional verstanden Verfassungsrang und stellen besonders wichtige Regeln des Sozialrechts in der Union dar. Ihnen kommt ein horizontaler Effekt zu.⁵

2. Übergroße Flexibilität im Heute wäre individualisiert – gesundheitliche Folgen würden in der Zukunft dagegen vergesellschaftet auftauchen

Wenn das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht den Gesundheitsschutz im Mittelpunkt hat, sind Flexibilisierungsvorschläge, die über das schon heute umfangreich gesetzlich Mögliche (siehe 4.) reichen, auch in einer Langzeitperspektive kritisch. Sie mögen im

³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 62; BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 47.

⁴ Zu diesem Arbeitnehmerschutzgedanken vgl. EuGH 2.3.2023 – C-477/21, NZA 2023, 349 Rn. 36 – MÁV-START und EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683, Rn. 44 ff. (CCOO).

⁵ EuArbRK/Gallner, 5. Aufl., Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 2 mzn.

Einzelfall gewünscht sein und damit aus individueller Perspektive passen, besieht man sich aber die Spätfolgen übergroßer Flexibilität (insbesondere Krankheitsausfälle, Erwerbsminderung) treffen diese dann in der Zukunft die Beitragszahler der Sozialversicherungssysteme, ggf. den Steuerzahler und auch die Unternehmen. Der Staat und die Unternehmen haben daher ein ureigenes Interesse an (dauerhaften) gesunden Arbeitsbedingungen.⁶ Dies gilt verstärkt bei einem Arbeits- und Fachkräftemangel. Flexibilisierungserwägungen müssen sich deshalb auch an dieser Langfristüberlegung messen lassen. Dieses (soziale) Nachhaltigkeitsargument darf ein Gesetzgeber in seine Überlegungen mit einbeziehen.

3. Flexibilität muss so konturiert werden, dass nicht das unternehmerische Risiko auf die Beschäftigten verschoben wird

Flexibilität darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass sich Arbeitszeiten vor allem nach den Anforderungen der Arbeitgeber zu richten hätten. Andernfalls würde mit diesem Begriff eine Verschiebung des unternehmerischen Risikos unzulässig auf die Beschäftigten einhergehen, jedenfalls bestünde eine entsprechende Gefahr.

4. Flexibilität wird durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen gewährt; die Flexibilisierungspotentiale werden dabei zu Unrecht als schmal bewertet

Die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG enthält Ausnahme- und Flexibilisierungsmöglichkeiten. Das deutsche Arbeitszeitrecht hat diese u.a. in § 7 ArbZG umgesetzt und geht dabei schon heute mindestens an die Grenze. Zwei Beispiele seien erwähnt: § 3 S. 2 ArbZG erlaubt ein Abweichen vom Acht-Stunden-Tag auf zehn Stunden, wenn ein Ausgleich innerhalb von sechs Monaten erfolgt. Die Richtlinie sieht hier (vom gesundheitlichen Standpunkt vernünftig) einen viermonatigen Ausgleichszeitraum vor, Art. 16b.⁷ Auch § 7 Abs. 2a ArbZG, der die umfangreichsten Ausnahmen zulässt, dürfte an dieser unionsrechtlichen Grenze liegen, weil er den Tarifvertragsparteien alles für eine Regelung überträgt und § 7 Abs. 8 ArbZG nicht zur Anwendung gelangt.⁸ Jedenfalls kann man allein vor diesem Hintergrund sowie der weiteren Möglichkeiten (§§ 3 S. 2, 7, 11, 12, 15 ArbZG) des Gesetzes nicht von einem übergroßen Mangel an Flexibilität sprechen. Allein die Vertragsparteien können, und dies ist wahrscheinlich der Punkt, diese Flexibilität nicht herstellen. Das ist allerdings unionsrechtlich gewollt, um die schwächere Partei des Arbeitsvertrages zu schützen.

Im Übrigen verbietet das Arbeitszeitrecht nicht (auch nicht die Regelung zur Dokumentation) Formen wie Vertrauensarbeitszeit, wenn die Kontrollvorgaben aus der EuGH-Entscheidung CCOO erfüllt werden.

⁶ Das Begriffspaar ist auch in Art. 31 der EU-Grundrechtecharta enthalten. Diese Norm ist Maßstab einer chartakonformen Auslegung des Sekundärrechts, wenn ihr nicht sogar Anwendungsvorrang zukommt. Beide Varianten haben gewichtige Auswirkung auf das Verständnis des nationalen Rechts.

⁷ ErfK/Roloff, 24. Aufl., § 3 Rn. 4.

⁸ ErfK/Roloff, 24. Aufl., § 7 Rn. 9; EuArbRK/Gallner, 5. Aufl. 2024, RL 2003/88/EG Art. 22 Rn. 2, 3.

5. Der Acht-Stunden-Tag ist zwar nicht unional geboten, das Unionsrecht steht diesem aber auch nicht entgegen. Es verbietet ihn nicht! Deutschland hat insofern nichts nachzuholen in der Umsetzung der RL 2003/88/EG. Der Acht-Stunden-Tag gehört zur deutschen Tradition, andere Regularien sind hierauf abgestimmt. Deshalb sind punktuelle, nur auf Rechtsfolgen fokussierende Rechtsvergleiche wenig aussagekräftig

Die Behauptung, dass in anderen Ländern Flexibilisierungsmöglichkeiten besser genutzt wurden, wie im Antrag aufgeführt, lässt sich in dieser Allgemeinheit nicht überprüfen. Bei einem Rechtsvergleich nach methodischen Standards⁹ müsste man zumindest einbeziehen, dass dortige Regularien (wie bei uns) tarifdispositiv sind¹⁰, Tarifverträge aber deutlich häufiger erga omnes wirken. Dem zitierten niederländische Recht ist die Achtstundenmarke nicht unbekannt.¹¹ Dies gilt ebenso für das österreichische Recht (§ 3 AZG-Ö).¹² Dieses kennt für die dortigen Arbeitnehmerkammern sogar ein Verbandsklagerecht für Arbeitsvertragsklauseln (in denen z.B. Arbeitszeitregeln enthalten sind). Wenn dies ebenfalls übertragen werden soll, wären Gewerkschaften sicher nicht abgeneigt. In den Pressemitteilungen von dieser Arbeitnehmerkammer finden sich im Übrigen Erhebungen, aus denen sich ergibt, dass die Beschäftigten immer weniger Stunden arbeiten wollen.¹³ Ebenfalls gibt die Kammer bekannt (7.4.2023), dass es 2022 47 Millionen Mehr- und Überstunden ohne Bezahlung oder Zeitausgleich gegeben habe.¹⁴ In den im Antrag aufgeführten Ländern gilt abgesehen davon ebenfalls das Unionsrecht, und zwar nicht nur mit seinem Wochenbezug, sondern gerade auch mit seinem aktuell vom EuGH durchaus erweiterten umfassenden Schutzcharakter. Die Spielräume bei einem Wochenbezug könnten somit überschätzt werden. Auch insofern ist ein rechtvergleichendes Rosinenpicken problematisch. Anders gesagt: Mit einem Wochenbezug wären gleichwohl die Vorgaben des jüngsten Unionsrechts einzuhalten und Flexibilisierung nicht sogleich deutlich weitergehend.¹⁵ Zudem könnte es bei einem Wochenbezug nicht bei den großzügigen Möglichkeiten insbesondere des § 7 ArbZG verbleiben. Schon die Anforderungen an eine Gesundheitsprävention wären bei denkbaren Kumulierungen am Anfang einer Woche andere als es bei einem Acht-Stunden-Tag der Fall ist. Die Regel, dass die tägliche Ruhezeit zusätzlich zur wöchentlichen Ruhezeit zu gewähren ist, auch wenn sie dieser unmittelbar vorausgeht, bestünde dabei auch hier.¹⁶ Gleiches gilt für die taggenaue Arbeitszeitdokumentation nach der EuGH-Entscheidung CCOO (was interessanterweise sehr viel besser zu einer Tagesbetrachtung passt).¹⁷

Übrigens ist auch das internationale Recht nicht einheitlich. Art. 3 des ILO-Übereinkommens 30 enthält z.B. den Acht-Stunden-Tag. Zwar hat Deutschland dieses

⁹ Also kein Vergleich nur von Rechtsfolgen, sondern ein funktioneller Rechtsvergleich.

¹⁰ Im dänischen Recht vgl. Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl. (Steinrück/Würtz), Rz. 52.

¹¹ Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl., Niederlande (Hoogendoorn/Rogmans), Rz. 54.

¹² Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl., Österreich (Pelzmann), Rz. 70.

¹³ Arbeitsklima Index, 19.7.2023, www.ooe.arbeitnehmerkammer.at.

¹⁴ www.arbeitnehmerkammer.at.

¹⁵ Aufgrund von Pausen und Ruhezeiten, die während eines Tages einzuhalten sind, kombiniert mit dem neueren Verständnis, was alles Arbeitszeit ist [Maßstab ist, ob der Beschäftigte in seinen Möglichkeiten, seine Zeit frei zu gestalten, um sich Tätigkeiten seiner Wahl zu widmen, objektiv gesehen ganz erheblich beschränkt sind], verengen sich (gewollt) Spielräume.

¹⁶ EuGH 2.3.2023, C-477/21 (MAV-Start), NZA 2023, 349.

¹⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683, Rn. 44 ff. (CCOO).

Übereinkommen nicht ratifiziert, die Präambel der rESC (die mittlerweile ratifiziert wurde) verweist aber in ihrem ersten Absatz auf die Menschenrechte, weswegen der dortige Art. 2 Ziffer 1 hinsichtlich der „angemessenen täglichen Arbeitszeit“ auch mit Blick auf das Völkerrecht zu interpretieren sein dürfte. Wem dies zu dünn ist, betrachte Erwägungsgrund 6 der Arbeitszeitrichtlinie. Dieser verweist auf die entsprechenden ILO-Übereinkommen.¹⁸

Kurz: Das deutsche Arbeitszeitgesetz steht mitnichten isoliert dar. Und nochmals: Auch mit einer Anknüpfung an die tägliche Arbeitszeit sind – und das zeigen unzählige tarifliche und betriebliche Regelungen – flexible Gestaltungen möglich.

6. Hinsichtlich der Empirie sollte man sich (auch) auf Quellen der BAUA und des DGB Index ´ Gute Arbeit stützen

Auch die empirische Behauptung nach den Wünschen der Bevölkerung ist ohne genauere Daten schwerlich zu bewerten. Fragt man beispielsweise danach, ob man bereit sei, für mehr Flexibilität des Kollegen/der Kollegin Überstunden bei sich in Kauf zu nehmen, dürfte die Antwort anders ausfallen. Der Eindruck aus jüngeren Tarifbewegungen zeigt, dass „eingerahmte“¹⁹ (also fair regulierte) Flexibilisierung tatsächlich gewünscht wird – mit der Tendenz zu mehr Freizeit, weniger Arbeitsverdichtung und einer Vier-Tage-Woche (nicht selten, um zu einer gendergerechten Verteilung der Care-Arbeit zu gelangen), aber eben keine, die ohne kollektiv-rechtliche Flankierung daherkommt und die sich ausschließlich ökonomisch bestimmt.²⁰ Eine Flexibilisierung allein auf der arbeitsvertraglichen Ebene (also losgelöst von z.B. § 7 ArbZG), wäre in Summe sicherlich nicht mehr so freiwillig, dafür ist der Arbeitnehmer nun einmal die schwächere Vertragspartei. Deshalb wird auch arbeitnehmerseitig weniger von Flexibilität gesprochen, die – auch vom ArbZG – eher der Arbeitgeberseite zugewiesen wird, sondern von einer höheren Arbeitszeitautonomie für die Beschäftigten. Das konturiert die Thematik anders. Jedenfalls sollte man bei dem Thema Arbeitszeit für empirische Behauptungen auch solche mit Bezug auf Arbeits- und Gesundheitsschutz heranziehen. Hierfür eignen sich insbesondere Erhebungen der BAUA²¹ und ein Blick in den DGB Index Gute Arbeit. Diese sprechen eine andere, differenziertere Sprache.²² Herunter gebrochen auf die alltägliche Praxis: Auch eine eMail spät am Abend, mag man sie auch schnell lesen können, kann einer Tiefenerholung entgegenstehen.²³

¹⁸ Vgl. zum Acht-Stunden-Tag auch Art. 7d des UN-Sozialpakts und die vom zuständigen Ausschuss veröffentlichten 23. General Comments sowie Art. 427 Ziffer 4 der Labour Charter der ILO. Zu alledem vgl. Schubert, Arbeitsvölkerrecht, 183 ff.

¹⁹ So auch der Koalitionsvertrag der „Ampel“: „... wollen wir Gewerkschaften und Arbeitgeber dabei unterstützen, flexible Arbeitszeitmodelle zu ermöglichen. Wir halten am Grundsatz des 8-Stunden-Tages im Arbeitszeitgesetz fest.“

²⁰ Das Unionsrecht unterscheidet zwischen dem Arbeitszeitregime und dem Vergütungsregime eines Arbeitsverhältnisses. Die Arbeitszeitrichtlinie regelt nur ersteres, öffentlich-rechtlicher Arbeitszeitschutz ist daher in der Regel nicht abkaufbar.

²¹ Backhaus/Nold/Entgelmeier/Brenscheidt/Tisch, Arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu Arbeitszeit und gesundheitlichen Auswirkungen, 2. Aufl. 2023, baua: Fokus.

²² BAUA: www.baua.de/DE/Themen/Arbeitsgestaltung/Arbeitszeit/_functions/BereichsPublikationssuche_Formular.html?nn=68250808-4ded-4496-8b70-9cf8549fcdeb; DGB Index Gute Arbeit: <https://index-gute-arbeit.dgb.de>.

²³ Dies übersieht BAG 23.8.2023 – 5 AZR 349/22, NZA 2023, 1607 und lässt Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit verschwimmen; vgl. hierzu Jousen, jM 2024, 155.

7. Das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht und die Regelungen von Vereinbarkeitsfragen dürfen nicht gegeneinander gestellt werden

Beide Punkte behandeln unterschiedliche (teilweise verfassungsrechtlich geschützte) Schutzbereiche, die nicht gegeneinander, sondern nebeneinander zu stellen sind. Vereinbarkeitsfragen werden regelmäßig nicht im öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitrecht geführt, sondern auf der Ebene der arbeitsvertraglichen/tarifvertraglichen individuellen Arbeitszeit, die unterhalb von jenem liegt. Deshalb ist Vereinbarkeit ein Thema anderer Gesetze oder Instrumente (z.B. Arbeitszeitkonten, Stichwort Sabbatical). Flexibilität hinsichtlich des Arbeitsortes wird durch Begriffe wie Homeoffice und Mobile Work ausgefüllt²⁴ und wird durch Digitalisierungsmöglichkeiten der Unternehmen verstärkt. Aber auch diese Veränderungen im Ort der Arbeitsleistung können nicht durch Änderungen im Arbeitszeitrecht ausgestaltet werden. Interessanter wäre es gewesen, wenn der Antrag vorgeschlagen hätte, in den §§ 8 und 9a TzBfG vorzusehen, dass eine Ablehnung des Arbeitgebers nur aus dringenden betrieblichen Gründen (und nicht bereits aus betrieblichen Gründen) zulässig ist.²⁵ Das wäre ein echter Beitrag zur Flexibilität der Beschäftigten gewesen. Dies hätte auch zu dem zutreffenden Aspekt des Antrags, einer Betrachtung von Lebensphasen, gepasst. Jedenfalls kann man Vereinbarkeitsfragen nicht von einer Herabsetzung von Arbeitszeitstandards (das wäre die Kombination aus Wochenbezug und Beibehaltung der Abweichungsmöglichkeiten des ArbZG) abhängig machen.

III. Abschlussbemerkungen

Öffentlich-rechtliches Arbeitszeitrecht, Fragen des Arbeitsorts, Vereinbarkeitsfragen oder auch solche zu Arbeitszeitmodellen zu vermischen, trägt nicht zu einer förderlichen Diskussion für ein „modernes“ Arbeits(-zeit)recht bei. Auch die empirischen und rechtsvergleichenden Aussagen haben in ihrer Allgemeinheit und Undifferenziertheit keine verlässliche Aussagekraft und können keine Grundlage seriöser Gesetzgebung sein.

Dass das Arbeitszeitrecht oft in der Praxis nicht beachtet wurde, ist kein Argument dafür, diesen Zustand nunmehr gesetzlich zu fixieren. Dies beachtet zu wenig den Gesundheitsschutzaspekt des Arbeitszeitrechts. Im Übrigen dürfte sich durch die Entscheidungen zur Arbeitszeitdokumentation (die vielleicht hinter dem vorliegenden Antrag klandestin stehen) vieles verändern. Dies gilt gleichsam für den EuGH und dessen Verständnis, was zur Arbeitszeit gehört (Dienstreisen, Einwirkungen auf Pausen und Rufbereitschaften).²⁶ All dies wird möglicherweise als Flexibilisierungsverengung verstanden, weswegen jetzt Rufe nach deren Verbreitung lauter werden.

Bedenkt man die vorgestellten Grundprinzipien und bindet den Gesundheitsschutz stärker mit ein, sind ergänzende Flexibilisierungsräume aber durchaus im

²⁴ Vgl. hierzu Oberthür/Chandna-Hoppe, HdB Mobile Work, 2024. Daneben besteht das Phänomen workation, das ein Arbeiten vom und am Urlaubsort anspricht.

²⁵ Vgl. hierzu ErfK/Preis, 24. Aufl., §§8, 9a TzBfG Rn. 34 f.

²⁶ EuGH 11.11.2021 – C-214/20, NZA 2021, 1699 –Dublin City Council; EuGH 9.3.2021 – C-344/19, NZA 2021, 485 – Radiotelevizija Slovenija; EuGH 9.3.2021 – C-580/19, NZA 2021, 489 –Stadt Offenbach; EuGH 9.9.2021 – C-107/19, NZA 2021, 1395 – Dopravni podnik hl. m. Prahy.

bestehenden System denkbar. Klug gewählte, mitbestimmte Arbeitszeitkorridore können z.B. international agierenden Unternehmen (Stichwort Zeitverschiebung) helfen. Die aus dem Tarifrecht bekannten „Cafeteria-Modelle“ könnten stärker in den Blick genommen werden. Auch gesetzliche Klarstellungen wie zur Zulässigkeit einer (unionskonformen) Vertrauensarbeit könnte der Gesetzgeber vornehmen, wenn er dies nicht der Rechtsprechung überlassen will.

Der Antrag spricht ein bestehendes Phänomen an, setzt aber mehr auf Flexibilisierung denn auf Arbeits- und Gesundheitsschutz. In einem Arbeitsverhältnis ist es dann der Arbeitgeber, der die Flexibilisierungsregeln bestimmen würde (§ 106 GewO) und die Flexibilitätsrendite erhielte. Ob dies in Zeiten von Arbeits- und Fachkräftemangel ein richtiger Ansatz ist, scheint mir fraglich.