

Arbeitsrecht

Rechtsanwälte Dr. Marcel Grobys, München, und Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück, Berlin

Smartphone versus Arbeitsrecht

Rechtsanwalt Prof. Dr. Robert v. Steinau-Steinrück,
Berlin

Viele Arbeitnehmer haben inzwischen „dienstlich“ ein Smartphone und sind damit rund um die Uhr nicht nur privat, sondern auch „dienstlich“ erreichbar. Für diese stark wachsende Spezies der „7/24-Onliner“ stellen sich eine Reihe arbeitsrechtlicher Fragen. Vor allem bedürfen die arbeitszeitrechtlichen Grundlagen einer Klärung.

I. Einführung

Die ständige Erreichbarkeit von Arbeitnehmern mit Laptop und Smartphones ist mittlerweile in vielen Bereichen nahezu selbstverständlich. Sie ist einhergegangen mit der fast explosionsartigen Verbreitung internetfähiger Mobiltelefone. Durch die mobile Nutzung von Telefon, E-Mail und Internet unterwegs, abends und am Wochenende haben sich die Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit in vielfacher Hinsicht aufgelöst.

II. Erreichbarkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit – Rufbereitschaft oder Freizeit?

Das legt die Frage nahe, wie die dienstliche Nutzung von Mobiltelefonen überhaupt arbeitszeitrechtlich einzuordnen ist. Der Blick in das ArbZG zeigt, dass das mobile Arbeiten nicht ohne Weiteres unter seine Kategorien zu fassen ist. Arbeitszeit ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen (§ 21 ArbZG). Das ist entweder die Zeit in der der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitet oder aber er die geschuldete Arbeitsleistung dem Arbeitgeber vertragsgemäß anbietet. Für alle Zwischenformen zwischen Arbeitszeit einerseits und arbeitsfreier Zeit andererseits hat die herrschende Meinung die Kategorien „Arbeitsbereitschaft“, „Bereitschaftsdienst“ und „Rufbereitschaft“ entwickelt. Arbeitsbereitschaft ist dann gegeben, wenn sich der Arbeitnehmer am Arbeitsort für die Ausübung seiner Tätigkeit bereithält, aber im Unterschied zur Vollarbeit geringer beansprucht wird (z. B. bei Zeiten ohne Tätigkeiten zwischen der Durchführung von Kontrollen). Bereitschaftsdienst liegt dagegen dann vor, wenn sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort innerhalb oder außerhalb des Betriebs aufzuhalten hat, um erforderlichenfalls unverzüglich seine volle Arbeitstätigkeit aufnehmen zu können. Im Grunde handelt es sich um eine bloße Aufenthaltsbeschränkung, verbunden mit der Pflicht, sofort tätig zu werden (Galperin, DB 1960, 695 und 725). Rufbereitschaft ist schließlich in den Fällen gegeben, in denen sich der Arbeitnehmer verpflichtet, jederzeit für den Arbeitgeber erreichbar zu sein, um auf Abruf die Arbeit aufnehmen zu können. Während die Arbeitsbereitschaft – und inzwischen auch der Bereitschaftsdienst – grundsätzlich der Arbeitszeit

zugerechnet werden, gelten Zeiten der Rufbereitschaft generell nicht als Arbeitszeit. Soweit der Arbeitnehmer aber tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird, ist die Zeit der tatsächlichen Inanspruchnahme Arbeitszeit. Es liegt von daher nahe, die Pflicht zur Erreichbarkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit via Smartphone etc. als Rufbereitschaft zu werten. Entsprechendes hat das BAG (NZA 2001, 165) für einen Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes entschieden, dem daraufhin eine entsprechende Rufbereitschaftsvergütung nach TVÖD zustand. Die (etwas formale) Begründung lautete, der Arbeitnehmer sei während der „Erreichbarkeit per Handy“ in der Wahl seines Aufenthaltsorts beschränkt. Er müsse schließlich einen Platz wählen, an dem er über ständig betriebs- und empfangsbereite Handy erreicht werden könne. Entsprechend dürfe er sich auch nicht außer Hörweite entfernen und müsse Orte mit „Funklöchern“ meiden. Muss der Arbeitnehmer daher ständig per Mobiltelefon erreichbar sein, ist das außerhalb der regulären Arbeitszeit somit als Rufbereitschaft zu werten. Rufbereitschaft ist nach dem ArbZG keine Arbeitszeit, sondern arbeitsfreie Zeit. Ruft der Chef nach Feierabend an und zieht den Arbeitnehmer mit Hilfe des Mobiltelefon „zur Arbeit heran“ wäre dieses Gespräch arbeitszeitrechtlich als Arbeitszeit zu werten. Im Übrigen wäre dies auch eine arbeitsvertraglich erbrachte Arbeitsleistung, die vertragsgemäß zu vergüten ist. Das erscheint richtig, wenn es so vom Arbeitgeber angeordnet wurde.

Meistens beruht das als „morbus blackberry“ berüchtigte kurze (!) „checken der E-Mails“ abends oder am Wochenende allerdings weniger auf einer konkreten Weisung des Arbeitgebers, als dem inneren Drang des jeweiligen Smartphone-Besitzers. Hat der Arbeitnehmer ständig sein dienstliches Smartphone bei sich – da er es zumeist privat nutzen darf – und besteht generell keine Pflicht, ständig erreichbar zu sein, dürfte keine Rufbereitschaft vorliegen. Das freiwillige Abhören von Nachrichten, Versenden von E-Mails etc. außerhalb der regulären Arbeitszeit ist dann auch arbeitszeitrechtlich nicht als Arbeitszeit zu werten. Es fehlt in diesen Fällen, in denen der Arbeitnehmer ohne Weisung des Arbeitgebers tätig wird, an der Zurechenbarkeit. Wichtig dürfte für die Beurteilung hierbei auch der Grad der Beanspruchung in zeitlicher und sonstiger Hinsicht sein, etwa wenn es sich jeweils nur um unerhebliche Splitterzeiten handelt, in denen der Arbeitnehmer eine Mail beantwortet oder seine Mailbox abhört. Diese freiwilligen Fälle sind von denjenigen zu unterscheiden, bei denen der Arbeitnehmer eine entsprechende Pflicht trifft. Auch hier dürften die Grenzen allerdings fließend sein.

III. Arbeitszeitrechtliche Folgen

Rufbereitschaft ist demnach gegeben, wenn die ständige Erreichbarkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit auf einer Weisung des Arbeitgebers beruht. Ist die Erreichbarkeit dagegen nur das faktische Ergebnis des freiwilli-

gen Herumtragens eines Mobiltelefons ändert das nichts an der Qualifizierung der Zeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit als Freizeit. Liegt dagegen ein Fall der Rufbereitschaft vor und erbringt der Arbeitnehmer in dieser Zeit tatsächliche Arbeitsleistungen (etwa durch Teilnahme an einer abendlichen Telefonkonferenz) stellen sich weitere Fragen, insbesondere nach der Ruhezeit. Das ist der Zeitraum zwischen dem Ende der täglichen Arbeitszeit und dem Beginn der nächsten täglichen Arbeitszeit. Sie muss gem. § 5 I ArbZG ununterbrochen elf Stunden betragen. Während dieser Zeit darf der Arbeitnehmer nicht in einer Weise beansprucht werden, die eine Einstufung als Arbeitszeit fordert. Auch hier kommt es somit auf den Grad der Beanspruchung an. Ist sie geringfügig, was beim Versenden einer E-Mail oder einem kurzen Telefonat unterstellt werden kann, liegt auch keine Unterbrechung der Ruhezeit vor. Aber auch hier werden die Grenzen fließend sein. Daneben ist das Beschäftigungsverbot von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen gem. § 10 I ArbZG zu beachten. An diesen Tagen kann der Arbeitnehmer nicht zur Verfügbarkeit oder Tätigkeit verpflichtet werden. Ausnahmen bestehen lediglich für die dort enumerativ aufgeführten Tätigkeiten und Beschäftigungsbereiche. Sämtliche genannten Beschränkungen gelten wiederum nicht bei leitenden Angestellten i.S. des § 5 III BetrVG, da auf diese das ArbZG keine Anwendung findet (§ 18 I Nr. 1 ArbZG).

IV. Überstunden und Vergütung

Ist der Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers hin außerhalb der regulären Arbeitszeit tätig geworden, ist diese Tätigkeit auch zu vergüten. Handelt es sich dagegen um freiwillige Tätigkeiten des Arbeitnehmers, ist das nicht der Fall. In der Regel wird die Anordnung zur Erreichbarkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit zu Überstunden führen. Freilich muss sich der Arbeitgeber hierbei auf eine arbeits- oder tarifvertragliche bzw. betriebsverfassungsrechtliche Grundlage stützen können. Entsprechend wirksam angeordnete Überstunden können (teilweise) durch Pauschalierungsklauseln abgegolten werden. Diese müssen aber natürlich den Vorgaben des AGB-Rechts entsprechen.

V. Mitbestimmung

Schließlich sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten. Nach § 87 I Nr. 2 BetrVG hat er über die Lage der Arbeitszeit mitzubestimmen, worunter die Anordnung von Rufbereitschaft fällt. Gleiches gilt nach § 87 I Nr. 3 BetrVG für die Anordnung von Überstunden. Daneben ist das Mitbestimmungsrecht des § 87 I Nr. 6 BetrVG zu beachten, da Smartphones als „technische Überwachungseinrichtungen“ anzusehen sind.

VI. Fazit

Die Erreichbarkeit mit Smartphones etc. und deren Nutzung außerhalb der regulären Arbeitszeit sollte am besten vertraglich geregelt werden. Angesichts der Zunahme der „Burn-Out“-Fälle ist jedem Unternehmen zu raten, die Arbeitnehmer zu einem (selbst-)verantwortlichen Umgang mit allen mobilen Kommunikationsgeräten anzuhalten. ■