

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

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

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

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

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

Einführung

A. Einführung in die Diskussion zur Arbeitszeit 4.0

I. Konträre Auffassungen einer modernen Arbeitszeitgestaltung

Sind der Achtstundentag und eine ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden noch zeitgemäß? Diese Frage gehört zu den Brennpunktthemen der Digitalisierung der Arbeitswelt. Für die Arbeitsgestaltung im Zeitalter der Digitalisierung sind flexible Arbeitszeiten mehr denn je von Bedeutung.¹ Flexible Arbeitszeiten werden dabei sowohl von Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmerseite² eingefordert. Auseinander geht das Meinungsbild naturgemäß hinsichtlich der dahinterstehenden Interessen. Während die Arbeitnehmerseite selbstbestimmter arbeiten möchte, um eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf, aber auch allgemein eine individuelle Work-Life-Balance zu erreichen, möchte die Arbeitgeberseite am steigenden „just-in-time“-Markt flexibel agieren können, um wettbewerbsfähig zu sein.³ Die seit der Jahrtausendwende erheblich veränderten Möglichkeiten

-
- 1 BMAS, Weißbuch „Arbeiten 4.0“, 2016, u.a. S. 6, 10, 26, 73 ff.; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2017/2018, S. 36; *Baeck/Winzer*, NZA 2020, 96; *Bayreuther*, NZA-Beilage 2018, 103, 105ff.; *Bissels/Krings*, NJW 2016, 3418; *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1028; *H.Hanau*, EuZA 2019, 423; *Henssler/Lunk*, NZA 2016, 1425, 1429; *Jacobs*, NZA 2016, 733; *Krause*, NJW-Beilage 2016, 33, 34; *ders.*, NZA 2016, 1004; *ders.* NZA-Beilage 2019, 86; *Kunz/Henssler/Brand/Nebeling/Henssler/Pickenhahn*, Praxis des Arbeitsrechts, 2018, § 79 Rn. 3; *Maier*, DB 2016, 2723; *Maier/Ossoinig*, DB 2015, 2391; *Schirmer*, NZA-Beilage 2016, 85, 86; *Steffan*, NZA 2015, 1409, 1412.
 - 2 Entsprechend der Personenbezeichnungen des Arbeitszeitgesetzes und der Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG) sowie aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird ausschließlich die männliche Form verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter (m/w/d).
 - 3 BDA, New Work, Zeit für eine neue Arbeitszeit, 2018; BDA, Positionspapier zur Digitalisierung von Wirtschaft und Arbeitswelt, Chancen der Digitalisierung nutzen, Mai 2015; BDA, Positionen zum Grünbuch „Arbeiten 4.0“ des BMAS, Arbeitswelt 4.0 – Chancen nutzen, Herausforderungen meistern, November 2015, S. 6; BDA, Stellungnahme zum Weißbuch Arbeiten 4.0 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, 2016, S. 3; BVAU-Positionen, Erste Eckpunkte für eine praktikable Anwendung des Arbeitszeitgesetzes, August 2015; *Wolf*, Reformbedarf im Arbeitszeitrecht, S. 61, 62 ff.

der mobilen Arbeit haben zu einer schnelleren, vernetzteren sowie zeit- und ortsunabhängigeren Arbeit geführt.

Insbesondere von Arbeitgeberseite wird eine Aufweichung des Grundsatzes der ununterbrochenen Mindestruhezeit von elf Stunden (§ 5 Abs. 1 ArbZG) gefordert. Gelegentliche Kürzungen (um zwei oder maximal drei Stunden) oder auch eine Nichtberücksichtigung unwesentlicher Unterbrechungen sollen die starre elfstündige Mindestruhezeit flexibler machen.⁴ Auch der Achtstundentag bzw. die Verlängerung auf maximal zehn Stunden (§ 3 S. 2 ArbZG) wird als zu unflexibel angesehen und eine Ablösung der täglichen Höchstarbeitszeit durch die ebenfalls in der Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG)⁵ verankerte wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48-Stunden gefordert.⁶ Arbeitnehmervertreter äußern dagegen Bedenken hinsichtlich einer Minderung des Arbeits- und Gesundheitsschutzes durch eine Entgrenzung der Arbeit und der damit verbundenen Überforderung der Arbeitnehmer.⁷ Sie fordern einen effektiven Schutz der täglichen Höchstarbeits- und Ruhezeiten u.a. durch Verbesserung der Mitbestimmungsrechte, ein Recht auf Bestimmung der Arbeitszeitlage und des Arbeitsortes sowie ein Recht auf Nichterreichbarkeit.⁸ Auch einzelne Start-Up-Unternehmen sehen eine moderne Arbeitszeitgestaltung in einer

4 BDA, Positionspapier zum Grünbuch, 2015 S. 6; für eine Kürzung auf 8 Stunden unter Beibehaltung eines Durchschnitts von 11 Stunden im 6-Monatszeitraum, BVAU-Positionen, S. 3; zuletzt auch BDA, Neustart im Arbeitsrecht unterstützen, 2020, S. 3.

5 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (im Folgenden ArbZ-RL), Abl. Nr. L 299 S. 9.

6 BDA, Positionspapier zum Grünbuch, 2015, S. 6; BDA, New Work, Zeit für eine neue Arbeitszeit, 2018; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2017/2018, S. 36; Abweichung durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, BVAU-Positionen, S. 2; Abweichung nur durch oder aufgrund Tarifvertrag, Gesetzesentwurf FDP-Fraktion, BT-Drs. 19/1174, S. 3; Entschließungsantrag der Landesregierung, NRW, BR-Drs. 24/19 v. 15.1.2019.

7 DGB Kommentar, Digitalisierung der Arbeitswelt, Juni 2015; Ver.di, Gewerkschaftliche Erklärung: „Gute Arbeit in Zeiten des digitalen Umbruchs!“, Berlin, 11.9.2014, S. 2.

8 DGB Arbeitspapier, Anforderungen an ein Weißbuch Arbeiten 4.0, 2016, S. 4; DGB NRW, Stellungnahme zum Antrag „Gute Arbeitszeiten sichern – Schutzrechte der Beschäftigten stärken – Die Digitalisierung der Arbeitswelt gestalten!“, 2018, S. 4 ff.; Ver.di-Erklärung, 11.9.2014, S. 2; Ver.di Stellungnahme zum Weißbuch „Arbeiten 4.0“, 2017, S. 3; Gesetzesentwurf Fraktion Bündnis 90/Die Grünen BT-Drs. 19/2511 v. 5.6.2018; Fraktion Die Linke BT-Drs. 19/2522 v. 5.6.2018.

Begrenzung der Arbeitszeit. So wird nach schwedischem Vorbild den Arbeitnehmern eine verkürzte Vollzeit (Vier-Tage-Woche mit 36 Stunden⁹ oder einer Fünf-Tage-Woche mit Fünf-Stunden-Arbeitstag¹⁰) bei gleichbleibendem Gehalt angeboten. Ziel ist neben der Erhöhung der Mitarbeiterzufriedenheit eine Produktivitätssteigerung durch längere Ruhezeiten.¹¹

Die unterschiedlichen Ansichten dazu, was eine ideale Arbeitszeitgestaltung ausmacht, spiegeln sich in einer zur Rechtslage konträren Praxis wider. Insbesondere bei hochqualifizierten Arbeitnehmern wird eine über den Grenzen des Arbeitszeitgesetzes hinausgehende Arbeitszeitgestaltung gelebt. Eine Untersuchung des Fraunhofer Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation (Fraunhofer IAO) aus 2017 ergab, dass mit zunehmender Arbeitszeitflexibilität auch der Anteil der Arbeitnehmer steigt, der gegen die tägliche Mindestruhezeit von elf Stunden verstößt. Im Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit wurde gegen die Mindestruhezeit häufiger verstoßen als bei Gleitzeit oder festen Arbeitszeiten. So gaben 25,5 % der Arbeitnehmer in Vertrauensarbeitszeit an, dass sie mehrmals als einmal im Monat die Ruhezeit verkürzt haben. Arbeitnehmer mit Gleitzeit oder festen Arbeitszeiten hielten dagegen überwiegend (89,2 % und 91,3 %) die Mindestruhezeit ein.¹²

Mit zunehmender Arbeitszeitflexibilität stieg nach der Studie auch der Anteil der Arbeitnehmer, der mehr als einmal im Monat über zehn Stunden täglich und damit über der Grenze des § 3 S. 2 ArbZG gearbeitet hat. Während der Anteil bei Arbeitnehmern mit festen Arbeitszeiten bei 17,5 % und der bei Arbeitnehmern in Gleitzeit bei 22,6 % lag, gab unter Arbeitnehmern mit Vertrauensarbeitszeit fast jeder Zweite (48,2 %) an, mehr als einmal im Monat über zehn Stunden täglich zu arbeiten.¹³ Trotz vermehrter Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz mit zunehmender

9 Bik Citizens, <https://enorm-magazin.de/wirtschaft/beruf-arbeit/new-work/funktioniert-die-4-tage-woche> (zuletzt abgerufen am 9.4.2021).

10 Rheingans Digital Enabler, <https://sz-magazin.sueddeutsche.de/die-loesung-fuer-alles/leute-wollt-ihr-viel-kuerzer-arbeiten-bei-gleichem-lohn-85782> (zuletzt abgerufen am 9.4.2021).

11 Zur höheren Produktivität bei kürzeren Arbeitszeiten *Seifert*, Böckler Impuls 2007, S. 6.

12 *Piele/Piele*, Flexible Arbeitszeiten – Arbeitszeitmodelle und Flexibilitätsanforderungen, 2018, S. 44.

13 *Piele/Piele*, Flexible Arbeitszeiten – Arbeitszeitmodelle und Flexibilitätsanforderungen, 2018, S. 42 f.

Arbeitszeitflexibilisierung steigt die Zufriedenheit der Arbeitnehmer mit steigendem Einfluss auf die Arbeitszeitgestaltung.¹⁴

Über Verstöße gegen die tägliche Höchstarbeitszeit und Mindestruhezeit hinaus, lässt sich zudem eine Polarisierung der Arbeitszeitdauer innerhalb der Arbeitnehmerschaft feststellen. So zeigte bereits ein Bericht der EU-Kommission von 2010, dass die durchschnittliche Wochenarbeitszeit in der EU zwar stetig gesunken ist und weit unterhalb der unionsrechtlichen Höchstgrenze von 48 Stunden liegt, die Arbeitszeit einzelner Arbeitnehmergruppen aber auf über 48 bis zu 80 Stunden die Woche gestiegen ist.¹⁵ Auch in Deutschland ist die durchschnittliche Wochenarbeitszeit seit 1991 kontinuierlich um insgesamt 3,5 Stunden gesunken.¹⁶ Vollzeitbeschäftigte arbeiteten 2018 im Durchschnitt 41,4 Stunden.¹⁷ Nach dem Arbeitszeitreport der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) von 2016 gaben aber auch in Deutschland 17% aller befragten Beschäftigten an, tatsächlich mindestens 48 Stunden oder mehr in der Woche zu arbeiten.¹⁸

Das ArbZG sieht – mit Ausnahme von leitenden Angestellten, Arbeitnehmern in häuslicher Gemeinschaft oder im liturgischen Bereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften (§ 18 Abs. 1 ArbZG) – für alle Arbeitnehmer die gleichen Arbeitszeitgrenzen vor. Abweichungen sind hauptsächlich auf ortsabhängige Tätigkeiten (Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst) und bestimmte Branchen (insbesondere Versorgungseinrichtungen wie Pflegeeinrichtungen, Verkehrsbetriebe etc.) beschränkt. Dies erklärt sich bereits daraus, dass das ArbZG von 1994 die ortsunabhängige Wissensarbeit über moderne Kommunikations- und Informationstechnologien, wie sie heute möglich ist, noch nicht berücksichtigen konnte. So gab es zwar bereits zu diesem Zeitpunkt Computerarbeit und Internet, der Übergang von der analogen zur digitalen Informations- und

14 *Brenscheidt/Siefer/Hinnenkamp/Hünefeld*, Arbeitswelt im Wandel, BAuA Studie 2018, S. 39; *Piele/Piele*, Flexible Arbeitszeiten – Arbeitszeitmodelle und Flexibilitätserfordernisse, 2018, S. 50 ff.

15 Mitteilung der EU-Kommission v. 24.3.2010 KOM (2010) 106, S. 7.

16 Statistisches Bundesamt, Durchschnittliche normalerweise geleistete Wochenarbeitszeit im Jahr 2018 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-3/woechentliche-arbeitszeitl.html> (zuletzt abgerufen am 9.4.2021).

17 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 020 v. 16.1.2020.

18 *Wöhrman/ua*, Arbeitszeitreport, BAuA Bericht, 2016 S. 25.

Kommunikationstechnologie, insbesondere durch mobile Endgeräte, vollzog sich aber erst nach der Jahrtausendwende.¹⁹

Zunehmende Brisanz hat die Debatte um eine Reform des Arbeitszeitrechts durch das Urteil des EuGH in der Rs. „*Federación de Servicios de Comisiones Obreras/ Deutsche Bank SAE (CCOO)*“²⁰ erhalten. So entschied der EuGH, dass die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber dazu verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Die vielfach als „*Stechuhr-Urteil*“ titulierte Entscheidung²¹ bezeichnet die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) als „*wie aus der Zeit gefallen*“.²² Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung wird insbesondere von der Arbeitgeberseite als Ausbremsung flexibler und eigenverantwortlicher Arbeitszeitgestaltung angesehen.²³ Von Gewerkschaften hingegen wird sie als Zeichen gegen den Missbrauch flexibler Arbeitszeitmodelle durch „*Flatrate-Arbeit*“ begrüßt.²⁴

II. Politische Reformbestrebungen der letzten Jahre und Zugzwang durch den EuGH

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat sich der umfassenden Diskussion zur digitalen Arbeitswelt bereits im Jahr 2015 angenommen. Nachdem es zunächst ein Grünbuch „Arbeiten 4.0“²⁵ veröffentlichte, um Ideen zur Weiterentwicklung zusammenzufassen, trug es erste Ergebnisse und Reformvorschläge Ende 2016 in einem Weißbuch²⁶ zusammen. Danach soll eine Arbeitszeitflexibilisierung vorrangig auf kollektivrechtlicher Ebene erreicht werden. Das Weißbuch greift die Idee eines „Wahlarbeitszeitgesetzes“ des Deutschen Juristinnenbundes (DJB) auf, welcher der Leitgedanke der „regulierten Selbstregulierung“ zugrunde liegt.²⁷

19 BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, 2016, S. 19.

20 EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683, Rs. „CCOO“.

21 *Fuhrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263; *Kortmann*, ZAP 2019, 883; Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15.5.2019, Nr. 112, S. 15; Süddeutsche Zeitung 14.5.2019 Nr. 111, S. 22.

22 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15.05.2019, Nr. 112, S. 1, 15.

23 *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456, 463.

24 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15.05.2019, Nr. 112, S. 15.

25 BMAS, Grünbuch „Arbeiten 4.0“, 2015.

26 BMAS, Weißbuch „Arbeiten 4.0“, 2016.

27 DJB-Kommission, DJBZ 2015, 121 ff.

Der bisher gescheiterte Entwurf²⁸ eines befristeten Wahlarbeitszeitgesetzes, welches konditionierte und zeitlich befristete Öffnungsklauseln vorsieht, geht über das Konzept des DJB hinaus und soll zunächst temporär als Experimentierphase, ggf. aber auch dauerhaft, Abweichungen vom Achtstundentag sowie der elfstündigen Mindestruhezeit ermöglichen.²⁹ So soll die Höchstarbeitszeit auf bis zu zwölf Stunden erhöht und die Ruhezeit auf bis zu neun Stunden an max. zwei Tagen in der Woche gekürzt werden können. Die Öffnung soll dabei unter dem Vorbehalt einer schriftlichen Einwilligung des einzelnen Arbeitnehmers, einer tariflichen Vereinbarung sowie einer Betriebsvereinbarung, die ein Wahlarbeitszeitkonzept umfasst, stehen.

Auch die Große Koalition griff die Idee einer Tariföffnung in ihrem Koalitionsvertrag 2018 auf, in dem sie eine Reform des Arbeitszeitgesetzes ankündigte. So hieß es im Koalitionsvertrag:

„Wir werden über eine Tariföffnungsklausel im Arbeitszeitgesetz Experimentierräume für tarifgebundene Unternehmen schaffen, um eine Öffnung für mehr selbstbestimmte Arbeitszeit der Arbeitnehmer und mehr betriebliche Flexibilität in der zunehmend digitalen Arbeitswelt zu erproben. Auf Grundlage von diesen Tarifverträgen kann dann mittels Betriebsvereinbarungen insbesondere die Höchstarbeitszeit wöchentlich flexibler geregelt werden.“³⁰

Während ein konkreter Gesetzesentwurf von der Bundesregierung (bisher) nicht vorgelegt wurde, brachte die FDP Fraktion im März 2018 einen Entwurf in den Bundestag ein.³¹ Der Gesetzesentwurf setzte ähnlich wie die bisherigen Konzepte auf eine Flexibilisierung des ArbZG auf kollektivrechtlicher Ebene. Abweichungen von den aktuellen gesetzlichen Vorgaben zur Höchstarbeitszeit und der täglichen Mindestruhezeit sollten durch eine Erweiterung der Tariföffnung nach § 7 ArbZG erfolgen. So sah der Entwurf für die Flexibilisierung der Höchstarbeitszeit in § 7 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG die Möglichkeit vor, anstelle der täglichen Arbeitszeit eine wöchentliche Arbeitszeit von durchschnittlich 48 Stunden festzulegen. Während eine Erhöhung der täglichen Arbeitszeit auf über zehn Stun-

28 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 16.6.2017, Nr. 137, S. 17.

29 Mikfeld, damaliger Leiter der Grundsatzabteilung im BMAS: Arbeiten 4.0 und Arbeitszeitpolitik, WSI-Arbeitszeittagung v. 12.7.2017, Präsentation zum Vortrag, Entwurf S. 23, abrufbar unter https://www.boeckler.de/pdf/v_2017_07_12_mikfeld.pdf (zuletzt abgerufen am 9.4.2021).

30 Koalitionsvertrag v. 14.3.2018 zwischen CDU, CSU und SPD, S. 52.

31 BT-Drs. 19/1174 v. 13.3.2018.

den bisher an das Vorliegen großer Anteile von Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst gebunden (Nr. 1 a)) bzw. ansonsten nur durch eine Erweiterung des Ausgleichszeitraums möglich ist (Nr. 1 b)), sollten diese Voraussetzungen nach dem Entwurf ersatzlos entfallen.

Die zweite Neuregelung des Entwurfs betraf die Verkürzung der täglichen Mindestruhezeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG. Danach können die Tarifpartner die Ruhezeit von elf Stunden gem. § 5 ArbZG um bis zu zwei Stunden kürzen, wenn die Art der Arbeit dies erfordert und die Kürzung der Ruhezeit innerhalb eines festzulegenden Ausgleichszeitraums ausgeglichen wird. Der FDP-Entwurf wollte die Abweichungsbefugnis ausdehnen, indem sowohl die Limitierung der Kürzung auf bis zu zwei Stunden als auch die Voraussetzung der Eigenart der Arbeit gestrichen werden sollten. Der Entwurf stieß bereits bei der Anhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales auf große Skepsis.³² Neben gesundheitlichen Bedenken wurde als Hauptkritikpunkt die fehlende Vereinbarkeit mit der Arbeitszeitrichtlinie angeführt.³³

In eine andere Richtung gehen die gleichzeitig diskutierten Anträge der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen³⁴ sowie der Fraktion Die Linke³⁵, nach denen der Bundestag aufgefordert wurde, mehr Zeitsouveränität für Beschäftigte zu ermöglichen. Der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen betraf jedoch nicht das Arbeitszeitgesetz selbst, sondern zielt vielmehr auf eine Änderung des Teilzeit- und Befristungsrechts durch ein Rückkehrrecht, ein Recht auf Home-Office sowie eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertretung. Der Antrag der Fraktion Die Linke umfasste auch das ArbZG. Gefordert wurde ein Recht auf Nichterreichbarkeit, eine umfassende Dokumentationspflicht, verbindliche Regelungen zum Ausgleich von Mehrarbeit sowie eine Herabsetzung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 auf 40 Stunden. Da die Arbeitszeitrichtlinie grundsätzlich nur einen Mindestschutz gewährleistet und günstigere Vorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zulässt (Art. 15 ArbZ-RL), ist der Vorschlag unionsrechtlich unproblematisch. Er soll hier wegen seiner fehlenden Relevanz für die rechtliche Betrachtung der unionsrechtlichen Gestaltungsspielräume

32 12. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales v. 25.6.2018, Protokoll-Nr. 19/12.

33 Zu den Voraussetzungen einer Abweichung auf kollektivrechtlicher Ebene Kapitel 3.

34 BT-Drs. 19/2511 v. 5.6.2018.

35 BT-Drs. 19/2522 v. 5.6.2018.

nicht weiter behandelt werden, aufgrund der durchaus gegenläufigen gesellschaftspolitischen Ansichten zur Erhöhung oder Reduzierung der Arbeitszeit aber dennoch hiermit Erwähnung finden. Alle drei Gesetzesentwürfe wurden nach Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales abgelehnt.³⁶ Der 2019 in den Bundesrat eingebrachte Entschließungsantrag der Landesregierung NRW³⁷, der im Kern den Ideen des FDP-Entwurfes folgt, scheiterte bisher ebenfalls.³⁸

Der Gesetzgeber steht seit der Entscheidung des EuGH in der Rs. „CCOO“ v. 14.5.2019 unter besonderem Zugzwang. Die Entscheidung hat eine erhebliche Kontroverse über den nunmehr notwendigen Handlungsbedarf ausgelöst. Zudem wird gefordert, dass im Zusammenhang mit einer Änderung der Aufzeichnungspflicht in § 16 Abs. 2 ArbZG eine vollständige Reform des Arbeitszeitgesetzes umgesetzt werden soll.³⁹ Auch Bundesarbeitsminister *Heil* kündigte in Folge des EuGH Urteils an, dass man die im Koalitionsvertrag verabredete kollektivvertragliche Flexibilisierung des Arbeitszeitgesetzes und die Umsetzung des EuGH-Urteils als Paket umsetzen wolle.⁴⁰

Der Freistaat Bayern schlug im September 2019 eine neue Richtung ein, indem er die in der juristischen Fachliteratur diskutierte Abstufung des Schutzniveaus nach dem Einkommen der Arbeitnehmer aufgriff.⁴¹ Im Rahmen seines Antrags, Arbeitszeiten familienfreundlich und unbürokratisch zu gestalten, forderte er, größere Flexibilisierungsspielräume für hochbezahlte Experten zu ermöglichen.⁴² Bereits seit einigen Jahren wird unter Rechtswissenschaftlern diskutiert, ob die bisherige rechtliche Unterteilung der Arbeitnehmerschaft in leitende Angestellte und sonstige Arbeitnehmer der Praxis gerecht wird oder die zunehmende Entgrenzung der Arbeit eine neue Abstufung des Schutzkonzeptes (z.B. nach dem Einkommen) notwendig macht.⁴³

36 BT-Drs. 19/4657 v. 28.9.2018.

37 Entschließungsantrag der Landesregierung NRW, BR-Drs. 24/19 v. 15.1.2019.

38 BR-Drs. 24/19 (Beschluss) v. 15.3.2019.

39 *Jacobs*, ZfA 2019, 265, 266; *Oberthür*, MDR 2019, 1029; *Sittard/Esser*, jM 2019, 284, 290.

40 Handelsblatt online v. 26.6.2019, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/dgb-mindestlohnkonferenz-heil-will-eu-urteil-zur-arbeitszeiterfassung-umsetzen-und-verteidigt-den-mindestlohn/24498344.html> (zuletzt abgerufen am 9.4.2021).

41 Zur einkommensabhängigen Abstufung noch Kapitel 4 Abschnitt B.II.

42 Antrag des Freistaates Bayern v. 17.9.2019, BR-Drs. 444/19, S. 3 Ziff. 5.

43 So u.a. auf dem 1. Deutschen Arbeitsrechtstag 2014, vgl. Generalbericht *Hensler*, NZA- Beilage 2014, 95.

Während ein Gesamtgesetzespaket auch 2020 von der Bundesregierung nicht vorgelegt wurde, hat der Gesetzgeber aufgrund der COVID-19-Pandemie eine Verordnungsermächtigung zur Abweichung von der gesetzlichen Höchstarbeitszeit sowie der Ruhezeit in außergewöhnlichen Notfällen – insbesondere epidemischen Lagen von nationaler Tragweite – geschaffen⁴⁴, von der das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit durch die COVID-19-Arbeitszeitverordnung⁴⁵ auch Gebrauch machte. Die Verordnung sah vom 10. April 2020 bis 31. Juli 2020 Möglichkeiten der Erhöhung der täglichen Höchstarbeitszeit auf zwölf Stunden sowie Reduzierungen der täglichen Ruhezeit auf neun Stunden in den Bereichen der klassischen Davsinsvorsorge, der Landwirtschaft und Warenlogistik vor. Während Gewerkschaften die Ausweitung als fundamentalen Eingriff in die Arbeitnehmerschutzrechte kritisierten,⁴⁶ nahm die BDA die COVID-19-bedingte Verordnung erneut zum Anlass, eine generelle Flexibilisierung der täglichen Höchstarbeitszeit sowie der Mindestruhezeit für alle Branchen zu fordern.⁴⁷

B. Untersuchungsgegenstand

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit den unionsrechtlichen Gestaltungsspielräumen zur Flexibilisierung von Höchstarbeitszeit und Mindestruhezeit von sog. Wissensarbeitern auseinander. Sie hinterfragt die bisherige Rechtslage, nach der das Arbeitszeitgesetz mit Ausnahme von leitenden Angestellten allen Arbeitnehmern das gleiche gesetzliche Schutzniveau zuspricht, obwohl die heterogene Gruppe der Arbeitnehmer nicht gleichsam schutzbedürftig ist.

Untersucht wird die These, dass sog. Wissensarbeiter flexiblere gesetzliche Rahmenbedingungen der Arbeitszeitgestaltung benötigen. Globalisierung und Digitalisierung haben zu einer massiven Veränderung der Arbeitsorganisation durch Auflösung von Hierarchieebenen, neuen Arbeits-

44 Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutz-Paket) v. 27.3.2020, BGBl. 2020 I S. 575.

45 Verordnung zu Abweichungen vom Arbeitszeitgesetz infolge der COVID-19-Epidemie (COVID-19-Arbeitszeitverordnung – COVID-19-ArbZV), BAnz AT 09.04.2020 V2.

46 DGB Stellungnahme zum Sozialschutz-Paket-I v. 21.3.2020, S. 3.

47 BDA, Neustart im Arbeitsrecht unterstützen, Juni 2020, S. 3.

inhalten und Arbeitsmitteln geführt. Eine klare Weisungsgebundenheit hinsichtlich Inhalt, Zeit und Ort der Arbeitsleistung kennzeichnet heute nur noch einen Teil des Arbeitnehmerkreises.⁴⁸ Hierbei profitieren sog. Wissensarbeiter in besonderem Maße von zeitlicher und örtlicher Flexibilität durch neue Informations- und Kommunikationstechnologien.⁴⁹

Während Einigkeit darüber besteht, dass die Selbst- und Fremdbestimmung innerhalb des Arbeitnehmerkreises enorm variiert, besteht bisher weniger Klarheit darüber, wer genau zu der „neuen“ selbstbestimmten Arbeitnehmergruppe der Wissensarbeiter zählt. Seit einigen Jahren wird auch in der rechtspolitischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion zunehmend vom selbstbestimmten Wissensarbeiter gesprochen.⁵⁰ Ausgehend von einer notwendig näheren Bestimmung des Typus des Wissensarbeiters, soll aufgezeigt werden, dass das derzeitige Arbeitszeitgesetz, diesem selbstbestimmten Typus von Arbeitnehmern, die nicht zwingend leitende Angestellte sind, nicht gerecht wird.

Auf diesen Erkenntnissen aufbauend ist Ziel der Arbeit eine sachgerechtere arbeitszeitrechtliche Differenzierung, die im Einklang mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie dem Unionsrecht das unterschiedliche Schutzbedürfnis innerhalb der Arbeitnehmerschaft berücksichtigt.

C. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung ist in fünf Kapitel gegliedert.

Im ersten Kapitel soll das Untersuchungsobjekt der Wissensarbeit näher bestimmt werden. Untersucht wird der Ursprung der Begrifflichkeit sowie inwiefern es sich beim Wissensarbeiter um einen neuen Typus des Arbeitnehmers handelt. So wird teilweise von einem Mythos gesprochen, da grds. jede Tätigkeit Wissensarbeit darstelle.⁵¹ Häufig wird der Begriff der Wissensarbeit auch synonym zur geistigen Arbeit oder Büroarbeit verwendet.⁵² Das erste Kapitel dient nicht nur der Konkretisierung

48 *Preis/Wieg*, AuR 2016, 313, 319; *Schirmer*, NZA-Beilage 2016, 85.

49 Hierzu noch Kapitel 1 Abschnitt A.II.6.b).

50 BMAS, Weißbuch „Arbeiten 4.0“, 2016, S. 4, 51, 69, 122; *Güntber/Böglmüller*, NZA 2017, 546; *Krause*, NZA 2016, 1004; *Schirmer*, NZA-Beilage 2016, 85, 89; *Uffmann*, NZA-Beilage 2016, 5, 10; *dies.*, NZA 2018, 265, 269 f.

51 *Nickols*, Knowledge Work is a Myth, 2009, S. 1; *Wilson*, The nonsense of 'knowledge management', 2002, S. 31.

52 So *Boes/Kämpf/Langes/Lühr*, Lean und agil im Büro, 2018, S. 13.

des Typus, sondern auch seiner arbeitszeitrechtlichen Einordnung und der Begründung der reformbedürftigen Rechtslage. Bisher differenziert das Arbeitszeitgesetz lediglich nach leitenden Angestellten (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG) und sonstigen Arbeitnehmern. Kritisiert wird das Fehlen einer der Praxis in Großunternehmen gerechten Differenzierung.⁵³ Gerade einmal 1 bis 2 % der Arbeitnehmer⁵⁴ sollen nach Schätzungen (weitere Schätzungen gehen von 0,5 bis 5 % aus⁵⁵) unter den Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes (und damit auch des Arbeitszeitgesetzes) fallen. Nach dem tendenziell noch engeren Begriff des Kündigungsschutzgesetzes sind es noch weniger. Neben strukturellen Veränderungen hat auch die europäische Rechtsprechung⁵⁶ in den letzten Jahren zu einer tendenziellen Ausweitung und Verkomplizierung des Arbeitnehmerbegriffes geführt, durch welche nunmehr regelmäßig auch Teile der Unternehmensleitung als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne anzusehen sind.

Das Kapitel widmet sich – neben der Begriffsbestimmung – insbesondere der Frage der Rechtfertigung einer arbeitszeitrechtlichen Sonderstellung von Wissensarbeitern. Neben der Frage, ob die Differenzierung nach Wissensarbeitern und Nichtwissensarbeitern unter Berücksichtigung des Art. 3 Abs. 1 GG funktional zu rechtfertigen ist, wird auch der Frage nach dem Bedarf flexiblerer Regelungen nachgegangen. Entscheidend hierfür ist, wie Arbeitszeit und Ruhezeit in Zeiten ständiger Erreichbarkeit über neue Informations- und Kommunikationstechnologien abzugrenzen sind und weshalb gerade bei Wissensarbeitern ein besonderes Flexibilisierungsinteresse besteht.

Das zweite Kapitel soll sodann den Grundstein für die Untersuchung der unionsrechtlichen Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie sowie des sozialen Grundrechts auf Begrenzung der Arbeitszeit (Art. 31 Abs. 1 GRC) legen. Durch die Regulierung auf nationaler, unionsrechtlicher sowie auf supranationaler Ebene handelt es sich beim Arbeitszeitrecht um eine hochkomplexe Materie. Die Entwicklung des Mehrebenensystems ist für das Verständnis des Schutzzwecks und der sich danach richtenden Auslegung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen von essentieller Bedeutung. Das heu-

53 *Annuß*, NZA 2017, 345, 349.

54 *Sieg*, in: FS Richardi, 2007, S. 777, 780; *Hromadka*, RdA 2015, 65, 75.

55 Vgl. *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Trümmer*, § 5 BetrVG Rn. 225; *Bauer/von Medem*, NZA 2013, 1233, 1234.

56 EuGH 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143, Rs. „Danosa“; 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861, Rs. „Balkaya“; 10.9.2015 – C-47/14, NZA 2016, 183, Rs. „Holterman“.

te maßgeblich von Unionsrecht bestimmte Arbeitszeitrecht enthält teils konträre Regelungen, die in Einklang miteinander gebracht werden müssen.

In den Kapiteln 3 und 4 werden die unionsrechtlichen Gestaltungsspielräume zur Flexibilisierung der Arbeitszeit von Wissensarbeitern ausgelotet. Im Mittelpunkt stehen dabei die Abweichungsregelungen der Art. 17 ff. ArbZ-RL. Zunächst werden die Grenzen der Abweichung durch Kollektivvereinbarung untersucht.⁵⁷ Bisherige Reformvorschläge der Politik konzentrieren sich auf eine Tariföffnung.⁵⁸ Die Auffassungen zu den Anforderungen und Grenzen tariflicher Abweichungsregelungen liegen dabei weit auseinander. Kapitel 3 widmet sich daher der Frage, inwiefern bisherige Vorschläge der Tariföffnung der Flexibilisierung der Arbeitszeit von Wissensarbeitern dienlich sind und welche Einschränkungen sich aus dem Unionsrecht ergeben.

Nach kritischer Auseinandersetzung mit den bisherigen Reformvorschlägen auf kollektivrechtlicher Ebene steht im Fokus des 4. Kapitels eine gesetzliche Flexibilisierung auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL. Für sog. autonome Arbeitnehmer⁵⁹ können danach neben Ausnahmen zur Arbeitszeiterfassung Erhöhungen der Arbeitszeit sowie Kürzungen der Ruhezeit ohne Ausgleichspflicht zugelassen werden.

In der juristischen Fachdiskussion mehren sich bereits seit einigen Jahren die Stimmen für eine Ausweitung der Abweichungsmöglichkeiten für bestimmte Arbeitnehmergruppen. Die engen Ausnahmen des § 18 Abs. 1 ArbZG bieten – *de lege lata* – keine Spielräume für Erweiterungen. Untersucht werden in diesem Rahmen Ausnahmeregelungen aus Österreich und den Niederlanden, die auf Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL gestützt werden. Während Österreich entsprechend Art. 17 Abs. 1 lit. a) ArbZ-RL seit der Arbeitszeitnovelle 2018 auch Arbeitnehmer mit „*selbständiger Entscheidungsbefugnis*“ aus dem Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes ausschließt⁶⁰, nehmen die Niederlande bereits seit Jahrzehnten Topverdiener

57 Hierzu Kapitel 3.

58 Zu den Reformbestrebungen bereits die Einleitung Abschnitt A.II.; Zum Konzept eines Wahlarbeitszeitgesetzes BMAS, Weißbuch „Arbeiten 4.0“, S. 124; DJB-Kommission, DJBZ 2015, 121 ff.; Koalitionsvertrag 2018 zwischen CDU, CSU und SPD 19. Legislaturperiode, S. 52; Gesetzesentwurf der FDP-Fraktion, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes v. 13.3.2018, BT-Drs. 19/1174.

59 EU-Kommission, EU-ABl. Nr. C 165, S. 44.

60 Dazu Kapitel 4 Abschnitt B.I.

aus dem Arbeitszeitschutz aus.⁶¹ Im Weiteren findet auch der Vorschlag, die ortsunabhängige mobile Arbeit aus dem Arbeitszeitschutz auszunehmen, Berücksichtigung.⁶²

Im Schlusskapitel 5 werden konkrete Reformvorschläge für die Flexibilisierung der Arbeitszeit von Wissensarbeitern formuliert. Die Ergebnisse der Untersuchung werden anschließend in Thesen zusammengefasst.

61 Dazu Kapitel 4 Abschnitt B.II.

62 Dazu Kapitel 4 Abschnitt B.III.

Kapitel 1: Rechtfertigung einer arbeitszeitrechtlichen Sonderstellung des Wissensarbeiters

Unter den Stichworten *Digitale Arbeitswelt* und *New Work* werden neue selbstbestimmtere Formen der Arbeit propagiert, denen die derzeitige Rechtslage nicht gerecht werde.⁶³ So heißt es immer wieder, die Digitale Arbeitswelt bedarf flexiblerer Arbeitszeitregelungen.⁶⁴ Der unter Ökonomen bereits seit den letzten Jahrzehnten diskutierte Begriff der Wissensarbeit wird dabei als maßgeblicher Faktor für die Notwendigkeit einer Anpassung angeführt.⁶⁵

Seit einigen Jahren wird auch in der rechtspolitischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion häufiger der Begriff des Wissensarbeiters sowie der Wissensarbeit genutzt.⁶⁶ Allerdings besteht bis heute keine einheitliche Definition. Der Begriff der Wissensarbeit wird teilweise schlicht als Synonym für geistige Arbeit und Büroarbeit verwendet.⁶⁷

Ein vermehrter Gebrauch im juristischen Schrifttum seit 2016 lässt sich vermutlich auf die Verwendung des Begriffs im Weißbuch Arbeit 4.0 des BMAS⁶⁸ zurückführen. Eine nähere Auseinandersetzung sucht man hingegen weitgehend vergeblich. Vielmehr wird der Begriff der Wissensarbeit

63 BDA, *New Work, Zeit für eine neue Arbeitszeit*, 2018; *Frank/Hübschen, Out of Office*, 2015, S. 50, 64.

64 BMAS, Weißbuch „Arbeiten 4.0“, 2016, u.a. S. 6, 10, 26, 73 ff.; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2017/2018, S. 36; *Bissels/Krings*, NJW 2016, 3418; *Güntber/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1028; *Henssler/Lunk*, NZA 2016, 1425, 1429; *Jacobs*, NZA 2016, 733; *Krause*, NJW-Beilage 2016, 33, 34; *ders.*, NZA 2016, 1004; *Kunz/Henssler/Brand/Nebeling/Henssler/Pickenbahn*, Praxis des Arbeitsrechts, 2018, § 79 Rn. 3; *Maier*, DB 2016, 2723; *Maier/Ossoinig*, DB 2015, 2391; *Schirmer*, NZA-Beilage 2016, 85, 86; *Steffan*, NZA 2015, 1409, 1412.

65 *Peters/Garrel*, Arbeits- Zeitsouveränität, 2013, S. 6;

66 BMAS Weißbuch „Arbeiten 4.0“, 2016, S. 4, 51, 69, 122; *Güntber/Böglmüller*, NZA 2017, 546; *Kunz/Henssler/Brand/Nebeling/Henssler/Pickenbahn*, Praxis des Arbeitsrechts, 2018, § 79 Rn. 3; *Krause*, NZA 2016, 1004; *ders.*, NJW-Beil 2016, 33; *Maier*, Erweiterte berufsbezogene Erreichbarkeit, 2019; *dies.*, DB 2016, 2723; *Schirmer*, NZA-Beilage 2016, 85, 89; *Uffmann*, NZA 2016, 977; *dies.*, NZA 2018, 265; *Weike*, Arbeitsrechtliche Regulierung der Wissensarbeit, 2012.

67 *Boes/Kämpf/Langes/Lühr*, Lean und agil im Büro, 2018, S. 13; *Spath/Bauer/Braun*, Gesundes und erfolgreiches Arbeiten im Büro, 2011, S 23.

68 BMAS Weißbuch „Arbeiten 4.0“, 2016, u.a. S. 4, 51, 69, 122.

auch hier noch teilweise als Synonym für die Abgrenzung von körperlicher und geistiger Arbeit verwendet.⁶⁹

Die bisher geringe Auseinandersetzung mit dem Typus des Wissensarbeiters in der Rechtswissenschaft liegt sicherlich auch daran, dass der Wissensarbeiter zunächst ein rechtlich bedeutungsloses Novum darstellt. Besonders in jüngerer Zeit werden aber wieder Stimmen laut, die die herkömmliche rechtliche Aufteilung in Organvertreter, leitende Angestellte und sonstige Arbeitnehmer als überholt ansehen und die restriktive Auslegung des Begriffes des leitenden Angestellten (genau genommen die gesetzlich unterschiedlichen Begriffe des leitenden Angestellten u.a. in § 5 Abs. 3 BetrVG, § 14 Abs. 2 KSchG, § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG) als nicht (mehr) praxisgerecht ansehen.⁷⁰ Auch in dieser häufig allgemein unter dem Thema „Arbeit 4.0“ geführten Debatte wird ein neuer Typus des Arbeitnehmers beschrieben, der viel selbstbestimmter ist als der traditionell weisungsabhängige Arbeitnehmer.

Für eine Etablierung des Begriffs „Wissensarbeiter“ als juristische Kategorie ist nicht entscheidend, ob es eine einheitliche Definition von Wissensarbeit und Wissensarbeitern, die Wissensarbeit ausüben, bereits gibt oder nicht. Juristische Definitionen sind stets nur teleologische Definitionen.⁷¹ Zu fragen ist daher vielmehr, ob der Begriff des Wissensarbeiters geeignet ist, eine Sonderstellung funktional zu begründen. Die Anknüpfung unterschiedlicher Rechtsfolgen an den Begriff der Wissensarbeit muss sachlich gerechtfertigt sein. In diesem Zusammenhang stellen sich folgende Fragen:

- Was macht einen Arbeitnehmer zum Wissensarbeiter und wie ist der Typus des Wissensarbeiters in die derzeitigen Kategorien des Arbeitszeitgesetzes einzuordnen (dazu Abschnitt A.)?
- Bedarf es einer Sonderstellung von Wissensarbeiter und ist diese im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie dem Schutzzweck des Arbeitszeitrechts zu rechtfertigen (dazu Abschnitt B.)?

69 So z.B. Krause, Gutachten zum 71. DJT, 2016, B 34.

70 Für eine weitergehende Differenzierung Brammsen, RdA 2010, 267, 271; Bauer/von Medem, NZA 2013, 1233; für eine Erweiterung des Begriffes des leitenden Angestellten Henssler/Lunk, NZA 2016, 1425, 1427.

71 Wank, Juristische Begriffsbildung, 1996, S. 77, 110.

A. Wissensarbeiter als besondere Arbeitnehmergruppe

Entgegen kritischen Stimmen, die dem Wissensarbeiter sowie der Wissensarbeit keinen selbstständigen Gehalt gegenüber der geistigen Arbeit und dem Büroarbeiter zusprechen wollen,⁷² ist das überwiegende Begriffsverständnis der Wissensarbeit enger.⁷³ Was den Wissensarbeiter vom landläufigen Angestellten bzw. Büroarbeiter unterscheidet, soll zunächst ausgehend vom ökonomischen Ursprung näher bestimmt werden. Darauf folgend erfolgt eine Einordnung in die derzeitigen Kategorien des Arbeitszeitgesetzes.

I. Ökonomischer Ursprung des Begriffs aus dem angloamerikanischen Raum

1. Der *knowledge worker*

Bereits in den 1950er Jahren schrieb *Drucker* über die neue Führungsgruppe der *knowledge worker*, deren Einordnung die soziale Frage des 20. Jahrhunderts sei.⁷⁴ *Drucker* charakterisierte diese Gruppe von Arbeitnehmern als freischaffend, aber angestellt.⁷⁵ *Knowledge worker* seien keine Arbeiter im traditionellen Sinne, sondern Techniker, Fachleute und Manager.⁷⁶ Sie wenden entweder Wissen fachmännisch als Spezialisten an oder ihr Fachwissen besteht darin, als Manager, Verhältnisse zu schaffen, unter denen Spezialisten Höchstleistungen erzielen und sich gleichzeitig stärker entfalten können.⁷⁷ Als Beispiele für *knowledge worker* zählte er bereits damals Programmierer, Ingenieure, Mathematiker und Wirtschaftsanalyti-

72 *Nickols*, Knowledge Work is a Myth, 2009, S. 1; *Wilson*, The nonsense of 'knowledge management', 2002, S. 31.

73 *Drucker*, Das Fundament für morgen, 1958, S. 85 ff; *Frank/Hübschen*, Out of Office, 2015, S. 47; *Hacker*, Allgemeine Arbeitspsychologie, 1998, S. 471; *Kelley*, The gold-collar worker, 1985, S. 4; *Antoni/Friedrich/Haunschild/Josten/Meyer*, Work-Learn-Life-Balance in der Wissensarbeit, 2013, S. 23; *North/Güldenbergh*, Produktive Wissensarbeit(er), 2008, S. 22.

74 *Drucker*, Das Fundament für morgen, 1958, S. 85.

75 *Drucker*, Das Fundament für morgen, 1958, S. 85.

76 *Drucker*, Das Fundament für morgen, 1958, S. 92.

77 *Drucker*, Das Fundament für morgen, 1958, S. 101 ff.

ker⁷⁸ (später auch Lehrer⁷⁹) auf. Seine Definition des *knowledge worker* findet sich bis heute in zahlreichen Fachbüchern wieder:

„An employee whose major contribution depends on him employing his knowledge rather than his muscle power and coordination, frequently contrasted with production workers who employ muscle power and coordination to operate machines”⁸⁰

Neben dem Wertbeitrag durch Einsatz von Wissen anstatt Muskelkraft, die den Wissensarbeiter insbesondere vom Arbeiter abgrenzte, sah *Drucker* von Beginn an die Spezialisierung und Entscheidungsfreiheit als charakteristisch für den *knowledge worker* an.⁸¹ Als weitere Besonderheiten betonte er zudem das Erfordernis des kontinuierlichen Lernens sowie der Innovationsbereitschaft. Er erkannte die heute in aller Munde betonte Projektarbeit schon damals als einzig „brauchbare“ Organisation für eine zweckvolle und systematische Wissensarbeit.⁸²

Während ein Teil der Ökonomen den *knowledge worker* als Mythos ansah, da im Grunde jede Arbeit aus Wissensarbeit besteht und damit die Begrifflichkeit sehr weit auslegten,⁸³ verstanden andere den Ansatz von *Drucker* bereits früh als eine neue wesentliche Differenzierung des Beschäftigtenkreises. So sah *Davenport* den Kreis der *knowledge worker* bereits früh als besonderen Personenkreis an. Er definiert *knowledge worker* wie folgt:

„Knowledge worker have high degrees of expertise, education, or experience, and the primary purpose of their jobs involves the creation, distribution, or application of knowledge.”⁸⁴

Wissensarbeit unterscheidet sich von anderen Formen der Arbeit. So werde Wissen erzeugt, mit anderen geteilt und in Entscheidungen oder Handlungen eingebracht.⁸⁵ Als Beispiele nennt er ebenfalls Physiker, Wissenschaftler, (Flugzeug-)Entwickler, aber auch Ärzte und Piloten.⁸⁶ Als besondere

78 *Drucker*, Das Fundament für morgen, 1958, S. 91.

79 *Drucker*, Management, 1974, S. 177.

80 *Drucker*, Knowledge-Worker Productivity, 1999, S. 564.

81 *Drucker*, Das Fundament für morgen, 1958, S. 85, 92 ff.

82 *Drucker*, Das Fundament für morgen, 1958, S. 95.

83 *Nickols*, Knowledge Work is a Myth, 2009, S. 1; *Wilson*, The nonsense of 'knowledge management', 2002, S. 31; zum Problem der Abgrenzung auch *Davenport*, Thinking for a Living, 2005, S. 11, 13.

84 *Davenport*, 2005, S. 10.

85 *Davenport*, 2005, S. 10 f.

86 *Davenport*, 2005, S. 11.

Merkmale sieht er die weitgehende Unabhängigkeit und Autonomie⁸⁷ sowie die fehlende Vorhersehbarkeit des Arbeitsprozesses.⁸⁸

2. Kelleys *gold-collar worker*

Eine ausdrückliche Abgrenzung des Wissensarbeiters nicht nur zum Arbeiter, sondern auch zu der vom klassischen Angestellten durchgeführten geistigen Arbeit lieferte Kelley 1985, in dem er *knowledge worker* in Abgrenzung zur bis dato vorhandenen Dichotomie der *blue-collar worker* und *white-collar worker* durch den neuen Begriff des *gold-collar worker*⁸⁹ Ausdruck verlieh.

Während *blue-collar worker* die in Zeiten der Industrialisierung überwiegend in Fabriken arbeitenden Arbeitnehmer bezeichnet und *white-collar worker* die im Dienstleistungssektor tätigen Angestellten, sollen *gold-collar worker* eine neue Sorte von Arbeitnehmern charakterisieren, deren „Brain Power“ für die Neuzeit das sei, was „iron, coke, and oil“ für das Industriezeitalter gewesen sind.⁹⁰

So unterscheiden sich *gold-collar worker* von *white-collar worker* nicht nur durch ihre grundsätzlich höhere Ausbildung, die regelmäßig in einem akademischen Abschluss liegt.⁹¹ Sie sind zudem intelligente, kreative, unabhängige Arbeitnehmer, die besonders komplexe und herausfordernde Problemstellungen bearbeiten. Ihre Arbeit ist daher wenig repetitiv oder vorhersehbar.⁹² Sie wissen oftmals nicht, was sie als nächstes tun werden, ihre Arbeit ergibt selten unmittelbare Lösungen. *Gold-collar worker* seien in Bildungseinrichtungen, Medien- und Softwareunternehmen oder in Freien Berufen tätig. Als Beispiele nennt Kelley ebenso wie Drucker die Gruppe der Forscher, Analysten, Ingenieure und Manager. Eine weitere Gruppe von *gold-collar worker* seien zudem die freiberuflichen Tätigkeiten wie Ärzte, Rechtsanwälte sowie (Steuer-)berater.⁹³ Abzugrenzen sind diese von den weniger qualifizierten *white-collar worker*, darunter Bankangestell-

87 Davenport, 2005, S. 11, 15.

88 Davenport, 2005, S. 17.

89 Kelley, The gold-collar worker, 1985.

90 Kelley, The gold-collar worker, 1985, S. 7.

91 Insbes. Ingenieure, Juristen und MBAs/Master, Kelley, The gold-collar worker, 1985, S. 11.

92 Kelley, The gold-collar worker, 1985, S. 8.

93 Kelley, The gold-collar worker, 1985, S. 9.

te, Buchhändler und anderen Sachbearbeitern oder Ladenangestellten.⁹⁴ Auch Kelley sah bereits 1985 die Projektarbeit als kennzeichnend für die Arbeit eines *gold-collar worker* an.⁹⁵ *Gold-collar worker* unterscheiden sich zudem von *white-collar worker* dadurch, dass sie sowohl inhaltlich als auch zeitlich ihre Arbeit weitgehend selbst festlegen können.⁹⁶

II. Entwicklung des Typusbegriffes in Deutschland

Der Begriff des Wissensarbeiters hat sich für das Phänomen des neuen selbstbestimmteren Arbeitnehmertypus in Deutschland erst in den letzten Jahren durchgesetzt. So wurde der Typus des Wissensarbeiters auch bereits unter den Begriffen „Arbeitskraftunternehmer“⁹⁷ sowie „Arbeitnehmerselbstständiger“⁹⁸ erörtert.

Während im angelsächsischen Raum schon früh vom *knowledge worker* gesprochen wurde,⁹⁹ wurde hierunter in Deutschland zunächst nur der Begriff der *geistigen Arbeit* verstanden. Die Verwendung des Begriffs des *knowledge worker* bzw. *Wissensarbeiter* wird auch heute zu Teilen als Management-Mode kritisiert, die im Gegensatz zur traditionellen Abgrenzung von geistiger und körperlicher Arbeit keinen Mehrwert erbringe.¹⁰⁰ In dem Zusammenhang wird auch von einem Mythos einer neuen Form der Arbeit gesprochen. Im Grunde beinhaltet jede Arbeit den Einsatz von Wissen.¹⁰¹

Die Wissensarbeit unterscheidet sich aber von routinemäßigen (geistigen) Tätigkeiten, die sich überwiegend in der Umsetzung von Vorgaben in Handlungen erschöpfen, durch ihre produktive Tätigkeit, die selbstständige und schöpferische Denkanforderungen an den Tätigen stellt.¹⁰²

94 Kelley, *The gold-collar worker*, 1985, S. 8.

95 Kelley, *The gold-collar worker*, 1985, S. 9.

96 Kelley, *The gold-collar worker*, 1985, S. 10.

97 Voß/Pongratz, *Der Arbeitskraftunternehmer*, 1998; in jüngerer Zeit auch aufgegriffen von H.Hanau, *EuZA* 2019, 423, 431; kritisch Blank, in: FS Wissmann, 2005, S. 15.

98 Zimmermann, *Reflexionen zur Zukunft der Arbeit*, 2013, S. 14, 43.

99 Dazu noch in diesem Kapitel 3 Abschnitt B.I.

100 Wilson, *The nonsense of 'knowledge management'*, 2002, S. 31.

101 Nickols, *Knowledge Work is a Myth*, 2009, S. 1.

102 Hacker, *Allgemeine Arbeitspsychologie*, 1998, S. 474 f.

Wissensarbeit zeichne sich dadurch aus, dass das Arbeitsobjekt „*Information*“ immateriell sei und die Arbeit in der Veredelung von Information besteht.¹⁰³

Hermann definierte 2002 die Wissensarbeit als

*„die Bewältigung von Aufgaben, die zumindest für die betreffende Person so komplex oder neuartig sind, dass ihre Erfahrungen nicht ausreichen, um zu dem erwünschten Ergebnis zu kommen, sodass es für sie notwendig wird, neues Wissen zu erwerben, zu integrieren oder zu entwickeln. Wissensarbeit benötigt vielfältige Informationen und fundiertes Wissen als Rohstoff und erzeugt neues Wissen als Produkt. Sie hat aus Sicht der betreffenden Personen im Grunde mehr mit Nichtwissen und mit dem Umgang mit Unsicherheit zu tun als mit Wissen.“*¹⁰⁴

Die vom Fraunhofer IAO beauftragte Office21-Studie Information Work aus dem Jahr 2009 weist ähnliche Merkmale auf und identifiziert drei Schlüsselmerkmale der Wissensarbeit:

- Komplexität,
- Neuartigkeit und
- Autonomie.¹⁰⁵

1. Komplexität und Neuartigkeit (Experten)

Bereits in den 1990ern wurde auch in Deutschland zur Abgrenzung von Wissensarbeit und Nichtwissensarbeit die Dimension der *Komplexität* aufgeführt.¹⁰⁶ Komplexität meint dabei nicht nur eine besondere Qualifikation (regelmäßig akademischer Abschluss¹⁰⁷) und ein umfangreich vorhandenes Wissen des Wissensarbeiters. Sie ist darüber hinaus auch mit der kognitiv anspruchsvollen Fähigkeit der kontinuierlichen Revidierung des relevanten Wissens sowie der Ansicht, dass das Wissen als permanent verbesserungsfähig angesehen werden kann, verbunden.¹⁰⁸ Die Schlüsselmerkmale Komplexität und Neuartigkeit sind eng miteinander verwo-

103 North/Güldenberger, Produktive Wissensarbeit(er), 2008, S. 22.

104 Hermann, Personal 2002, S. 10, 11.

105 Spath, Office21-Studie, Information Work 2009, 2009, S. 18 f.

106 Pfiffner/Stadelmann, 1995, S. 112.

107 Arlinghaus, MBF-Report Nr. 35, Juni 2017, S. 2.

108 Willke, Systemisches Wissensmanagement, 2001, S. 20 f.

ben.¹⁰⁹ Wissen ist untrennbar mit Nichtwissen verbunden.¹¹⁰ Abzugrenzen ist die neuartige und komplexe Tätigkeit von einer standardisierten sowie routinemäßigen Arbeit.¹¹¹ Das Arbeitsergebnis ist bei der Wissensarbeit grundsätzlich ergebnis- und prozessoffen.¹¹² Neues Wissen entsteht durch Einbringen, Hinterfragen, Bewerten und Verknüpfen von vorhandenem Wissen. Die Neuartigkeit und Komplexität der Problemstellungen erfordert zudem einen Erfahrungsaustausch, weswegen menschliche Kommunikation und Interaktion ebenso als kennzeichnend für Wissensarbeit angesehen werden.¹¹³ Wissensarbeit ist oftmals Projektarbeit, da Lösungen oft nur durch Teilen bzw. Zusammenführen von hochspezialisiertem Wissen entwickelt werden können.¹¹⁴

Das internationale Personaldienstleisterunternehmen *Hays* legte in seiner bereits 2013 sowie 2017 wiederholt durchgeführten Wissensarbeitsstudie¹¹⁵ den Kreis der als Wissensarbeiter angesehenen Studienteilnehmer auf hochqualifizierte Fachkräfte mit Hochschul- oder Universitätsabschluss fest, die mit ihrem Wissen maßgeblich zur Wertschöpfungskette eines Unternehmens beitragen.¹¹⁶ Die Befragung zeigt auf, dass regelmäßig rund die Hälfte der Teilnehmer (Schwankungen zwischen 47 bis 54 %) ihre Tätigkeit als Wissensarbeit einordnet und wie folgt beschreibt: Die Tätigkeit erfordere es, fortwährend neue Kompetenzen zu entwickeln (Tätigkeit ist nicht über feste Regeln und Prozesse definierbar). Sie benötigt viel Gestaltungsspielraum sowie eine Zusammenarbeit und Vernetzung über Abteilungs- und Unternehmensgrenzen hinweg.¹¹⁷ In einer Online-Befragung des sozialen Netzwerkbetreibers *Xing* zur Gegenwart und Zukunft

109 *Arlinghaus*, MBF-Report Nr. 35, Juni 2017, S. 2; *Peters/Garrel*, Arbeits- Zeitsouveränität, 2013, S. 9; *Spath*, Office21-Studie, Information Work 2009, 2009, S. 18.

110 *Willke*, Systemisches Wissensmanagement, 2001, S. 21.

111 *Frank/Hübschen*, Out of Office, 2015, S. 46.

112 *Spath*, Office21-Studie, Information Work 2009, 2009, S. 18.

113 *Frank/Hübschen*, Out of Office, 2015, S. 58; *Hofmann*, Schaffen neue Arbeitsformen neue Beziehungsformen, Werkheft 2, Arbeiten 4.0 des BMAS, 2016, S. 62; *Hube*, 2005, S. 21.

114 *Drucker*, Die postkapitalistische Gesellschaft, 1993, S. 85.

115 *Stiehler/Schabel/Möckel*, Wissensarbeiter und Unternehmen im Spannungsfeld, Hays-Studie 2013; *dies.*, Wissensarbeit im Wandel, Neue Spannungs- und Handlungsfelder, Hays-Studie 2017, abrufbar unter <https://www.hays.de/personaldienstleistung-aktuell/studie/wissensarbeit-im-wandel-2017> (zuletzt abgerufen am 9.4.2021).

116 Individuelle Auskunft zur Hays-Studie *Möckel*, Bestimmung des Teilnehmerkreises, E-Mail v. 13.10.2017 (Anhang 1); *Stiehler/Schabel/Möckel*, s.o., 2017, S. 4.

117 *Stiehler/Schabel/Möckel*, s.o., 2017, S. 8 (Abbildung 4).

der Arbeit nimmt das Unternehmen eine Unterteilung der Arbeitnehmererschaft in fünf Arbeitnehmergruppen vor, darunter auch eine Arbeitnehmergruppe, die als *Wissensarbeiter* bezeichnet wird. Der als Wissensarbeiter eingruppierte Typus an Arbeitnehmern wurde dabei mit dem soziodemographischen Merkmal der akademischen Ausbildung (Fachhochschul- oder Universitätsabschluss) beschrieben.¹¹⁸

2. Autonomie

Neben den Merkmalen der Komplexität und Neuartigkeit zeichnen sich Wissensarbeiter durch ihr autonomes Agieren aus.¹¹⁹ Aufgrund ihres Spezialwissen und der prozessoffenen Arbeit, die einen hohen Entscheidungsspielraum des Wissensarbeiters mit sich bringt, hängt der Arbeitserfolg sehr stark von der Motivation des einzelnen Wissensarbeiters ab. Der Arbeitsprozess lässt sich durch Vorgesetzte aufgrund des oft fehlenden Expertenwissens nicht oder nur schwer kontrollieren oder anleiten.¹²⁰ Das Merkmal der Autonomie geht dabei aber noch über den inhaltlichen Gestaltungsspielraum hinaus und charakterisiert den Grad der freien Gestaltung von Arbeit, insbesondere auch in Bezug auf die örtliche/räumliche Mobilität sowie Flexibilität hinsichtlich der Arbeitszeit.¹²¹ Der überwiegende Teil der Wissensarbeiter kann seine Arbeitszeit überwiegend oder sogar vollkommen frei bestimmen. Dies ist zwar bei Wissensarbeitern ohne Führungsverantwortung in geringerem Prozentsatz als bei Wissensarbeitern, die zugleich Führungskräfte sind, der Fall, aber auch 62 % der Wissensarbeiter ohne Führungsverantwortung geben an, dass sie ihre Arbeitszeit überwiegend frei bestimmen können (25 % vollkommen, 37 % überwiegend),¹²² wobei die auf einer Befragung basierenden Ergebnisse nur einen ersten Anhaltspunkt für die tatsächliche Arbeitszeitautonomie geben können. Das Merkmal der Autonomie wird teilweise in Frage gestellt. So ergibt sich die Autonomie der weitgehend als Wissensarbeiter bezeichneten Arbeitnehmer nicht aus der Natur der Tätigkeit selbst, sondern vielmehr aus einem veränderten Verständnis von Führung, welche

118 Xing, *Kompass neue Arbeitswelt*, 2015, S. 7.

119 *Hube*, 2005, S. 82.

120 *Hube*, 2005, S. 43, 66 und 91.

121 *Spath*, *Office21-Studie, Information Work 2009*, 2009, S. 22.

122 *Stiehler/Schabel/Möckel*, 2013, S. 13 Abb. 7.