

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 13

Die Arbeitsleistung als relative Fixschuld am Beispiel der Überstunde

Von

Julia Breucker



Duncker & Humblot · Berlin

JULIA BREUCKER

Die Arbeitsleistung als relative Fixschuld
am Beispiel der Überstunde

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 13

Die Arbeitsleistung als relative Fixschuld am Beispiel der Überstunde

Von

Julia Breucker



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum hat diese Arbeit
im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2747-9021
ISBN 978-3-428-18936-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58936-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung wurden bis Februar 2022 berücksichtigt.

Im Laufe der Arbeit habe ich viel Unterstützung aus meinem beruflichen und privaten Umfeld erfahren, für die ich mich bedanken möchte.

Zunächst danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jacob Jousen, für die umfassende Unterstützung meines Vorhabens. Zudem danke ich Herrn Prof. Dr. Matteo Fornasier für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Arndt Kiehnle für sein Mitwirken in der Prüfungskommission.

Darüber hinaus gilt mein Dank den Mitarbeiter*innen des Lehrstuhls von Prof. Dr. Jacob Jousen für ihre bemerkenswerte Hilfsbereitschaft und die wertvollen Impulse, die ich aus gemeinsamen Gesprächen ziehen konnte. Bedanken möchte ich mich auch bei Dr. Stephan Seiwerth, der durch seine Anregungen vor allem den Beginn der Arbeit maßgeblich gefördert hat.

Weiterer Dank gebührt der Kanzlei SOH aus Essen für die Aufnahme in ihr Promotionsstipendium und die Gewährung des Druckkostenzuschusses.

Zuletzt möchte ich bei meiner Familie bedanken, allen voran bei meinen Eltern, die mich von Anfang an ermutigt haben, dieses Projekt zu wagen. Gemeinsam mit meinem Mann, dem ebenfalls besonderer Dank gilt, haben sie mich stets bedingungslos unterstützt.

Essen, im Mai 2023

Julia Breucker

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einleitung 15

- A. Untersuchungsgegenstand 16
- B. Gang der Untersuchung 18

Kapitel 2

Die Arbeitszeit im Wandel 19

- A. Der Begriff der Arbeitszeit 20
- B. Die Flexibilisierung der Arbeitszeit als Folge von Arbeit 4.0 72

Kapitel 3

Die Arbeitsleistung als relative Fixschuld 81

- A. Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Fixgeschäften 82
- B. Die Ablehnung des Dogmas der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht 93
- C. Konsequenzen aus der Ablehnung des Dogmas der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht 115
- D. Ergebnis 157

Kapitel 4

Die Überstunde 159

- A. Der Begriff der Überstunde 160
- B. Die Überstunde als Anwendungsfall der veränderten Arbeitszeitdogmatik 211
- C. Ergebnis 224

Kapitel 5

Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit	226
Literaturverzeichnis	233
Personen- und Sachverzeichnis	264

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung 15

A. Untersuchungsgegenstand	16
B. Gang der Untersuchung	18

Kapitel 2

Die Arbeitszeit im Wandel 19

A. Der Begriff der Arbeitszeit	20
I. Das Gesetz als Ausgangspunkt	21
1. Art. 2 Nr. 1 ArbZ-RL	21
a) Kumulative Auslegung des Art. 2 Nr. 1 ArbZ-RL	22
b) Definition der drei Merkmale des Art. 2 Nr. 1 ArbZ-RL	25
c) Anwendung der Merkmale des Art. 2 Nr. 1 ArbZ-RL durch den EuGH	27
d) Die Ruhezeit als Gegenbegriff zur Arbeitszeit	28
2. § 2 Abs. 1 ArbZG	29
II. Begriff der Arbeit	30
1. Historische Entwicklung der Arbeit	31
2. Anlehnung an den physikalischen Arbeitsbegriff	36
3. Berücksichtigung der sozialen Verhältnisse	37
a) Zweckgerichtetheit	38
b) § 611a BGB	38
c) Fremdnützigkeit	41
4. Untätigkeit des Arbeitnehmers	42
a) Zur-Verfügung-Stellen der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer	43
b) Zur-Verfügung-Stehen des Arbeitnehmers	45
5. Zwischenergebnis	46
III. Ablehnung der herkömmlichen Bildung des Arbeitszeitbegriffs	47
1. Einheitlicher Arbeitszeitbegriff anstatt Aufspaltung des Arbeitszeitbegriffs	47
a) Herkömmliche Aufspaltung des Arbeitszeitbegriffs	48
aa) Arbeitsschutzrechtlicher Arbeitszeitbegriff	48
bb) Vergütungsrechtlicher Arbeitszeitbegriff	49

cc) Mitbestimmungsrechtlicher Arbeitszeitbegriff	50
b) Einheitlicher Arbeitszeitbegriff für das gesamte Arbeitsrecht	51
aa) Methodisch angreifbare Definitionsbestimmung durch die herkömmliche Ansicht	51
bb) Künstliche Differenzierung durch Aufspaltung des Arbeitszeitbegriffs	52
cc) Anknüpfung an den Begriff der Arbeit	54
dd) Unterscheidung erst auf der Ebene der Rechtsfolgen	55
(1) Arbeitsschutzrechtlich	55
(2) Vergütungsrechtlich	56
(3) Mitbestimmungsrechtlich	57
2. Kein Abstellen auf die Belastung des Arbeitnehmers	58
a) Inkonsequente Anwendung der Belastungstheorie	60
b) Unionsrechtswidrigkeit der Belastungstheorie	61
aa) Belastung als nicht hinreichend objektives Kriterium	61
bb) Unionsrechtswidriges Abstellen auf die Intensität der Arbeit durch das Kriterium der Belastung	62
3. Konkrete Einzelfallsubsumtion anstatt starren Abstellens auf Begrifflichkeiten	64
IV. Ergebnis	71
B. Die Flexibilisierung der Arbeitszeit als Folge von Arbeit 4.0	72
I. Definition der Arbeitszeitflexibilisierung	72
II. Einfluss von Arbeit 4.0 auf die Arbeitszeitgestaltung	75

Kapitel 3

Die Arbeitsleistung als relative Fixschuld	81
A. Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Fixgeschäften	82
I. Der enge Leistungsbegriff des BGB	83
II. Absolutes Fixgeschäft	85
III. Relatives Fixgeschäft	87
IV. Abgrenzung anhand der Frage der Nachholbarkeit	89
B. Die Ablehnung des Dogmas der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht	93
I. Das Dogma der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht	93
II. Ablehnung der herkömmlichen Begründungsstrategien	97
1. Dauerschuldcharakter des Arbeitsverhältnisses	97
2. Rückgriff auf § 615 BGB	99
3. Vergänglicher Wert der Arbeitsleistung	101
4. Rechtliche Unmöglichkeit durch Arbeitszeitbestimmungen	105
5. Konkordante Abbedingung der Nachleistungspflicht	106

6. Arbeitsrechtliches Schutzprinzip	110
a) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	110
b) Unzumutbarkeit für Arbeitnehmer	112
c) Nachteile bei kündigungsschutzrechtlicher Abwägung	113
d) Zwischenergebnis	114
7. Gewohnheitsrecht	114
8. Zwischenergebnis	114
C. Konsequenzen aus der Ablehnung des Dogmas der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht	115
I. Auswirkungen auf den Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung	115
1. Grundsätzliche Einordnung der Arbeitsleistung als relative Fixschuld	115
2. Auswirkungen der Arbeitszeitflexibilisierung auf den Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung	117
a) Beschränkung auf Arbeitszeitmodelle mit Zeitsouveränität für den Arbeitnehmer	117
b) Gleitzeit	119
aa) Definition der Gleitzeit	120
bb) Arbeitszeitsouveränität bei der Gleitzeit	124
cc) Auswirkungen der Gleitzeit auf den Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung	127
(1) Gleitzeit mit Kernarbeitszeit	127
(a) Situation innerhalb der Kernarbeitszeit	127
(b) Situation innerhalb der Gleitzeitspannen	128
(2) Kernlose Gleitzeit	131
c) Vertrauensarbeitszeit	132
aa) Definition der Vertrauensarbeitszeit	132
(1) Eigenverantwortliche Bestimmung der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer	132
(2) Arbeitgeberseitiger Verzicht auf Arbeitszeitaufzeichnungen	133
(3) Abschied von der Präsenzkultur	137
(4) Unterschied zur kernlosen Arbeitszeit	139
bb) Auswirkungen der Vertrauensarbeitszeit auf den Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung	139
d) Zwischenergebnis	139
II. Auswirkungen auf die Rechtsfolgen bei Nichtleistung der Arbeit	140
1. Pflicht zur Nachholung der ausgefallenen Arbeitsleistung	140
2. Ausnahmen von der Nacharbeitspflicht	141
a) § 615 S. 1 a.E. BGB	141
b) Entgeltfortzahlungsfälle	144
c) Lohnersatzleistungsfälle	146
d) Sonstige zeitweilige Erfüllungshindernisse	147

e) Vertraglicher Ausschluss der Nacharbeitspflicht	148
f) Zwischenergebnis	149
3. Nacharbeitsrecht des Arbeitnehmers	149
4. Teilrücktritt	150
5. Nacharbeitszeitraum	152
6. Zwischenergebnis	153
III. Auswirkungen auf die Lage der Arbeitszeit	154
D. Ergebnis	157

Kapitel 4

Die Überstunde 159

A. Der Begriff der Überstunde	160
I. Rechtliche Grundlagen	160
1. Keine Legaldefinition	161
2. Kollektivrechtliche Vereinbarungen	161
3. Arbeitsvertrag	163
4. Richterrecht	163
II. Uneinheitliche Begriffsbildung in Literatur und Rechtsprechung	163
III. Eigene Bestimmung des Begriffs der Überstunde	165
1. Überobligatorische Arbeitsleistung	165
a) Quantitative Bestimmung der überobligatorischen Arbeitsleistung	166
b) Maßgebliche Arbeitszeit für die Bestimmung der überobligatorischen Arbeitsleistung	167
aa) Mögliche Anknüpfungspunkte	167
(1) Gesetzliche Arbeitszeit	167
(2) Kollektiv geltende Arbeitszeit	171
(3) Individuelle Arbeitszeit	171
(4) Betriebsübliche Arbeitszeit	172
bb) Relevanz der Frage nach dem maßgeblichen Anknüpfungspunkt	172
cc) Individuelle Arbeitszeit als maßgeblicher Anknüpfungspunkt	173
2. Veranlassung durch den Arbeitgeber	177
a) Anordnung	178
aa) Anordnungsbefugnis	179
bb) Grenzen einer Anordnung im Einzelfall	183
cc) Rechtsfolgen einer unzulässigen oder unwirksamen Anordnung	186
b) Billigung	187
c) Duldung	188
d) Bezug zum Arbeitszeitbegriff	189

3. Merkmal der Unregelmäßigkeit? 191

 a) Merkmal der Unregelmäßigkeit bei §§ 4 Abs. 1a S. 1 EFZG, 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG 196

 aa) § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG 196

 (1) Vereinbarte Arbeitszeit 196

 (2) Tatsächlich praktizierte Arbeitszeit 197

 (a) Wortlaut 197

 (b) Einzelfallgerechtigkeit 198

 (c) Entstehungsgeschichte 199

 (3) Zwischenergebnis 202

 bb) § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG 202

 cc) Zwischenergebnis 203

 b) Keine Allgemeingültigkeit des Merkmals der Unregelmäßigkeit 204

4. Zusammenfassung 206

IV. Abgrenzung zu Überarbeit und Mehrarbeit 207

 1. Begriff der Mehrarbeit 207

 2. Begriff der Überarbeit 211

 3. Zusammenfassung 211

B. Die Überstunde als Anwendungsfall der veränderten Arbeitszeitdogmatik 211

 I. Transitorische Überstunden als Vorholung der Arbeitsleistung 213

 1. Definition der transitorischen Überstunde 213

 2. Transitorische Überstunden als Anwendungsfall der veränderten Arbeitszeitdogmatik 218

 II. Definitive Überstunden als zusätzliche Arbeitsleistungen 219

 1. Definition der definitiven Überstunde 219

 2. Definitive Überstunden als Anwendungsfall der veränderten Arbeitszeitdogmatik 220

 III. Die Nachholung der Arbeitsleistung im Kontext der Überstunde 221

 1. Unterstunden 222

 2. Minusstunden 222

C. Ergebnis 224

Kapitel 5

Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit 226

Literaturverzeichnis 233

Personen- und Sachverzeichnis 264

Kapitel 1

Einleitung

„Zeit ist Geld“: Dieser Satz Benjamin Franklins, einem der Gründungsväter der USA, den dieser in seinem Buch „Ratschläge für junge Kaufleute“ niederschrieb¹ und der sich seitdem großer Popularität erfreut,² bringt zum Ausdruck, dass die Zeit so wertvoll ist wie Geld, ihr also ein gewisser Geldwert zukommt.³ Dieser Geldwert der Zeit drückt sich in der Arbeitswelt dadurch aus, dass Arbeitnehmer eine Vergütung für geleistete Arbeitszeit erhalten. Der Zeit kommt aber aus der Perspektive eines Arbeitnehmers⁴ nicht nur ein Geldwert, sondern auch ein Freizeit- und Erholungswert zu.⁵ Arbeitnehmer haben ein Interesse daran, nicht sämtliche ihnen zur Verfügung stehende Zeit für Arbeit aufzuwenden, sondern gewisse Zeitkontingente zur freien Gestaltung beizubehalten.

Aufgrund dieses Wechselspiels von Geldwert einerseits und Freizeit- und Erholungswert andererseits steht der Faktor Zeit als „Strukturmerkmal des Arbeitsverhältnisses“⁶ seit jeher im Zentrum des Arbeitsrechts.⁷ Die Bedeutung der Zeit im Arbeitsrecht wird aber vor allem in letzter Zeit aufgrund der zunehmenden Flexibilisierungstendenzen in der Arbeitswelt noch einmal größer. Diese Flexibilisierungstendenzen stellen zum Teil althergebrachte Grundsätze im Bereich der Arbeitszeit in Frage.

Bei der Beschäftigung mit dem Thema der Arbeitszeit spielen zwei unterschiedliche Dimensionen der Arbeitszeit eine Rolle: Die Arbeitszeit betrifft zum einen die Frage, wie lange ein Arbeitnehmer arbeiten muss – in diesem Fall geht es um die Dauer der Arbeitszeit. Zum anderen geht es um die Frage, zu welchen

¹ *Labaree/Bell*, The papers of Benjamin Franklin III, S. 306.

² So wurde dieses Sprichwort sogar als das „Stichwort des neunzehnten Jahrhunderts“ bezeichnet, vgl. *Rachel*, Globus 1868, 210.

³ *Kock*, DB 2021, 1135; https://www.wortbedeutung.info/Zeit_ist_Geld/ (zuletzt abgerufen am 25.02.2022).

⁴ Zur Erleichterung des Leseflusses wird in dieser Dissertation das generische Maskulinum verwendet. Die Ausführungen betreffen jedoch alle Geschlechter gleichermaßen.

⁵ *Kock*, DB 2021, 1135.

⁶ *Gast*, BB 1998, 2634.

⁷ Vgl. *Bernhardt/Thüsing/Voelzke u. a.*, jM 2020, 46 (47), wonach das Arbeitszeitrecht im Zentrum des Arbeitsrechts stehe und *Söllner*, AuR 1967, 353 (357), der der Zeit im Arbeitsverhältnis eine größere Rolle zuspricht als in anderen Rechtsverhältnissen.

Zeitpunkten ein Arbeitnehmer Arbeitszeit leistet – hier ist die Lage der Arbeitszeit betroffen.⁸

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit verschiedenen Rechtsfragen hinsichtlich der Dauer und der Lage der Arbeitszeit auseinander. Dazu erfolgt zunächst eine Auseinandersetzung mit den Grundbegriffen der Arbeit, insbesondere dem Begriff der Arbeitszeit (Kapitel 2). Sodann wird die Frage nach der im Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitszeitdogmatik untersucht (Kapitel 3). Zuletzt werden die Ergebnisse dieser Untersuchung anhand des Phänomens der Überstunde auf ihre Praxistauglichkeit überprüft (Kapitel 4). Im Rahmen der gesamten Arbeit wird immer wieder ein Bezug zu den flexiblen Arbeitszeitgestaltungen in der heutigen Arbeitswelt hergestellt.

A. Untersuchungsgegenstand

Das Thema der Arbeitszeit wird in der vorliegenden Arbeit primär anhand der Frage nach der dem Arbeitsverhältnis zugrundeliegenden Arbeitszeitdogmatik behandelt. Nach der bisher herrschenden Meinung soll im Arbeitsverhältnis das sogenannte Dogma der absoluten Fixschuld gelten, das heißt, die Arbeitsleistung wird mangels Nachholbarkeit zu einem anderen Termin als absolute Fixschuld angesehen mit der Folge, dass bei einer Nichtleistung der Arbeit Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB eintritt, ohne dass eine Abgrenzung zur bloßen Leistungsverzögerung vorgenommen werden muss. Die Frage nach der im Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitszeitdogmatik betrifft die Lage der Arbeitszeit.

Im Rahmen dieser Arbeit erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit diesem Dogma der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht. Dass eine solche lohnenswert ist, zeigt sich anhand der in letzter Zeit aufgrund der verstärkten Verbreitung flexibler Arbeitszeitgestaltungen in der heutigen Arbeitswelt aufkommenden, an dem Dogma der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht zweifelnden Stimmen.⁹ Die Ausführungen im Rahmen dieser Arbeit beschränken sich jedoch nicht auf die Auswirkungen flexibler Arbeitszeitgestaltungen auf das Dogma der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht. Vielmehr wird das Dogma der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht einer grundsätzlichen Analyse hinsichtlich seiner Berechtigung unterworfen. Hierzu

⁸ Zum Teil auch als Termin der Arbeitszeit oder als Verteilung der Arbeitszeit bezeichnet, vgl. *Reichold*, in: MHA, § 40, Rn. 65, 101; *ErfK/Roloff*, § 3 ArbZG, Rn. 13; *Vogelsang*, Vergütungsschutz, S. 18.

⁹ *Gerhartsreiter*, Arbeitszeitkonten, S. 337; *Erman/Edenfeld*, § 611 BGB, Rn. 333; *Beck-OK-ArbR/Joussen*, § 611a BGB, Rn. 408; *HWK/Krause*, § 615 BGB, Rn. 8; *Linck*, in: *Schaub*, § 49, Rn. 5; *Lindemann*, AuR 2002, 81 (82); *ErfK/Preis*, § 611a BGB, Rn. 677; *BeckOGK/Riehm*, § 275 BGB, Rn. 108; *MüKo-BGB/Spinner*, § 611a BGB, Rn. 10; *Stoffels*, Vertragsbruch, S. 110; *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, S. 70.

werden die verschiedenen Begründungsstrategien der herrschenden Meinung kritisch durchleuchtet.

Die kritische Auseinandersetzung mit dem Dogma der absoluten Fixschuld erfordert zudem eine Untersuchung der Konsequenzen, die eine Ablehnung des Dogmas mit sich bringt. Dabei wird zunächst auf die Frage eingegangen, welche Arbeitszeitdogmatik bei Ablehnung des Dogmas der absoluten Fixschuld gilt, das heißt, ob der Arbeitsleistung dennoch Fixschuldcharakter zukommt, oder ob eine Einordnung der Arbeitsleistung als Fixschuld gänzlich abzulehnen ist. Die Beantwortung dieser Frage erfolgt auch unter dem Blickwinkel möglicher Auswirkungen flexibler Arbeitszeitmodelle auf den Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung. Zu den zu untersuchenden Konsequenzen der Ablehnung des Dogmas der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht gehören zudem die Rechtsfolgen einer Nichtleistung der Arbeit. Diese wurden nämlich bisher fast immer nur unter Zugrundelegung des Dogmas der absoluten Fixschuld im Arbeitsrecht untersucht.¹⁰ Zuletzt werden die Auswirkungen der veränderten Arbeitszeitdogmatik auf die Lage der Arbeitszeit dargestellt.

Sekundärer Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit ist das in der Praxis sehr bedeutsame Phänomen der Überstunde. Die Überstunde betrifft primär die Dauer der Arbeitszeit. Da allerdings jede Veränderung der Dauer der Arbeitszeit zwangsläufig auch eine Veränderung der Lage der Arbeitszeit bedeutet, hat die Erbringung von Überstunden auch einen Einfluss auf die Frage, zu welchen Zeiten ein Arbeitnehmer seine Arbeitszeit erbringt, mithin auf die Lage der Arbeitszeit.

Im Rahmen der Untersuchung der Überstunde erfolgt unter Auseinandersetzung mit den verschiedenen in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansätzen eine eingehende Bestimmung des Begriffs der Überstunde. Im Rahmen dieser Begriffsbestimmung werden die von Literatur und Rechtsprechung geforderten unterschiedlichen Merkmale des Überstundenbegriffs überprüft. Ziel ist es, einen einheitlichen Begriff der Überstunde zu definieren. Zudem werden anhand des Überstundenbegriffs die Ergebnisse der Untersuchung der im Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitszeitdogmatik auf ihre Praxistauglichkeit überprüft. Dabei wird erläutert, dass die Überstunde letztlich ein Anwendungsfall der veränderten Arbeitszeitdogmatik darstellt. Im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem Überstundenbegriff wird lediglich auf die Lage eingegangen, wie sie sich aus dem Gesetz ergibt. (Kollektiv- und individual)vertragliche Bestimmungen des Überstundenbegriffs werden hingegen nicht berücksichtigt.

¹⁰ *Hellfeier, Leistungszeit*, S. 79.