



Professor Dr. Volker Rieble und Dominik Jochums, Mannheim\*

## Hitzefrei am Arbeitsplatz?

Der „Jahrhundertssommer“ bringt auch das deutsche Arbeitsrecht zum Köcheln. Die hitzig diskutierte Frage lautet: Haben Arbeitnehmer bei solch tropischen Wetterverhältnissen, wie sie unlängst über Wochen hinweg in Deutschland geherrscht haben, einen Anspruch darauf, vom Arbeitgeber „Hitzefrei“ einzufordern? Der folgende Beitrag geht dieser Frage nach. Im Ergebnis befürworten die Autoren einen Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers nur dann, wenn konkrete Gesundheitsgefahren zu erwarten sind.

### I. Gesundheitliche Belastungen der Arbeitnehmer durch Hitze: ein heißes Problem

#### 1. Beeinträchtigungen der Arbeitsfähigkeit durch hohe Temperaturen

Bei hohen Außentemperaturen steigen die Innentemperaturen. Während aber Arbeitnehmer im Außenbereich mehr oder minder klaglos ihre Arbeit (auf Baustellen, in der Landwirtschaft etc.) verrichten, wird im Innenbereich gerne „Hitzefrei“ gefordert. In den letzten Jahren hat gar einmal ein Betriebsrat eines Automobilherstellers zur Arbeitsniederlegung aufgerufen, weil es am Band „zu heiß“ sei. Die Gewerkschaft Deutscher Bundesbahnbeamten und Anwärter (GDBA) fordert gar die Deutsche Bahn unter dem Motto „Aktion Gluthitze“ auf, gegen die hitzebedingte „übergebührlige“ Belastung der Arbeitnehmer vorzugehen.<sup>1</sup>

In der Tat wirken hohe Temperaturen auf den Körper ein, nehmen die Arbeitsfähigkeit und Produktivität ab – schon ab 22°C soll die Leistungsfähigkeit um fünf Prozent pro weiteren Grades sinken<sup>2</sup> –, und die gesundheitliche Belastung nimmt zu.<sup>3</sup> Deshalb sieht etwa die UVV „Arbeitsmedizinische Vorsorge“ (BGV A4) vor, dass Arbeitnehmer, die regelmäßig arbeitsplatzbedingter Hitze (z.B. Arbeit an Schmelzöfen) ausgesetzt sind, arbeitsmedizinisch überwacht werden müssen. Für Arbeitnehmer, die keine solche Hitzearbeiten ausüben, gibt es freilich keine vorgeschriebenen ärztlichen Untersuchungen, gleichwohl sind auch sie an heißen Tagen vor gesundheitlichen Belastungen nicht gefeit.

#### 2. 26°C-Grenze der Arbeitsstättenrichtlinie hat keinen zwingenden Normcharakter

Wann aber ist es zu heiß? Die arbeitsschutzrechtliche Bestimmung des § 6 Abs. 1 ArbStättV gibt hierüber keine brauchbare Auskunft, sondern besagt nur, dass während der Arbeitszeit unter Berücksichtigung der Arbeitsverfahren und der körperlichen Beanspruchung der Arbeitnehmer eine *gesundheitlich zuträgliche Raumtemperatur* vorhanden sein muss. Konkreter ist Abschnitt I Nr. 3.3 der Arbeitsstättenrichtlinie 6 (ASR 6): Die Lufttemperatur in Arbeitsräumen soll 26°C nicht übersteigen.<sup>4</sup> Abgesehen davon, ob ab 26°C die Raumtemperatur tatsächlich gesundheitlich unzutraglich ist – nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 der österreichischen Arbeitsstättenverordnung etwa liegt diese Schwelle bei 25°C (!) –, bedeutet das aber nicht, dass die Raumtemperatur nicht jenseits von 26°C liegen darf: Erstens ist ASR 6 Abschnitt I Nr. 3.3 keine zwingende Norm, sondern schon vom Wortlaut her nur eine Sollbestimmung; davon abgesehen sind Arbeitsstättenrichtlinien insge-

samt nicht als rechtliche Normen konzipiert, sondern als arbeitswissenschaftliche Empfehlung.<sup>5</sup>

Zweitens bezieht sich diese Obergrenze gerade nicht auf hochsommerliche Außentemperaturen, sondern gilt für die regelmäßige Erwärmung der Raumluft durch Heizeinrichtungen oder andere wärmeerzeugende Maschinen oder Anlagen, also durch Betriebseinrichtungen.<sup>6</sup> Also: Sorgt der Arbeitgeber bei hochsommerlichen Temperaturen nicht dafür, dass die Raumtemperatur die Obergrenze von 26°C nicht übersteigt, begeht er nicht schon allein deshalb eine konkrete arbeitsschutzrechtliche Pflichtverletzung.

### II. Schutz- und Ausgleichsmaßnahmen

#### 1. Schutzmaßnahmen gegen Hitze

##### a) Grundsatz: allgemeine Schutzpflicht des Arbeitgebers

Schon aus eigenem Interesse wird der Arbeitgeber Schutzmaßnahmen gegen Hitze am Arbeitsplatz ergreifen, um die Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer aufrechtzuerhalten. Er ist hierzu aber auch arbeitsschutzrechtlich verpflichtet: § 9 Abs. 2 ArbStättV verlangt verbindlich, dass Fenster und Oberlichter so beschaffen oder mit Einrichtungen versehen sein müssen, dass die Räume gegen unmittelbare Sonneneinstrahlung abgeschirmt werden können. Der Arbeitgeber hat also etwa Sonnenblenden oder Jalousien an den Fenstern anzubringen oder diese mit einer Spezialverglasung auszustatten<sup>7</sup>, damit sich Arbeitsräume nicht schon durch direkte Sonneneinstrahlung aufheizen. Daneben wird man aus § 6 Abs. 1 ArbStättV ableiten können, dass der Arbeitgeber für eine Absenkung der Raumtemperatur durch geeignete (künstliche) Lüftung sorgen muss, um die Raumtemperatur – auch wenn diese über 26°C liegen darf – wenigstens in einem halbwegs gesundheitsverträglichen Maße im Sinne von § 6 ArbStättV zu halten. Das „muss“ ist aber nicht als konkrete Schutzpflicht zu verstehen, sondern als ein Optimierungsgebot, dessen kühlende Wirklichkeit unter verschiedenen Vorbehalten steht: vor allem unter dem Vorbehalt der betrieblichen Verhältnisse und der wirtschaftlichen Vernunft.

\* Der Autor Rieble ist Ordinarius für Bürgerliches Recht, Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim. Der Autor Jochums ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl. Mehr über beide Autoren erfahren Sie auf S. XII.

1 GDBA, [www.gdba.de/aktion\\_gluthitze/060803\\_gluthitzeforderungen.htm](http://www.gdba.de/aktion_gluthitze/060803_gluthitzeforderungen.htm) – abgerufen am 11. 8. 2003.

2 So jedenfalls eines Pressemeldung des VNR – Verlag für die Deutsche Wirtschaft AG v. 28. 7. 2003, [www.vnr.de/vnr/pressemeldungen/presse\\_08872.html](http://www.vnr.de/vnr/pressemeldungen/presse_08872.html) – abgerufen am 11. 8. 2003.

3 Zu den gesundheitlichen Auswirkungen siehe die Auswahlkriterien für die spezielle arbeitsmedizinische Vorsorge nach dem Berufsgenossenschaftlichen Grundsatz 30 „Hitzearbeiten“, BG-Information 504-30.

4 Ebenso die berufsgenossenschaftlichen Sicherheitsregeln ZH1/535 unter 4.12: Maximal 26°C.

5 MünchArb/Wlotzke, 2. Aufl. 2000, § 212 Rn. 22; MünchArb/Matthes, a. a. O., § 343 Rn. 20.

6 Schmatz/Nöthlichs, Sicherheitstechnik, Loseblatt, Stand: 2003, Ziff. 4206; Opfermann/Streit, Arbeitsstätten, Loseblatt, 2. Aufl. Stand: 6/2003, ASR 6 Rn. 18.

7 Opfermann/Streit (Fn. 6), § 9 ArbStättV Rn. 5.

Rieble | Jochums | Hitzefrei am Arbeitsplatz?

**b) Keine Pflicht zum Ergreifen bestimmter Maßnahmen**

Der Arbeitgeber ist insbesondere nicht verpflichtet, Kühlung durch Klimageräte herzustellen oder durch Umbau der Räume oder gar Verlegung des Betriebs: Die Zahl der Tage mit extrem hohen Außentemperaturen ist – obschon sie manchem in diesen Tagen endlos erscheinen mag – in unseren Breiten relativ gering und rechtfertigt daher die Forderung nach Klimageräten oder sonstigen Lüftungstechnischen Anlagen nicht.<sup>8</sup> Aus § 6 ArbStättVO lässt sich kein Investitionsprogramm ableiten. Deshalb kann auch keine Pflicht des Arbeitgebers bestehen, sämtliche Arbeitsplätze mit Ventilatoren auszustatten.

Stellt der Arbeitgeber Klima- oder sonstige Lüftungsgeräte auf, ist zudem Vorsicht geboten: Nach § 16 Abs. 4 ArbStättV dürfen Arbeitnehmer keiner vermeidbaren Zugluft ausgesetzt sein. Außerdem muss die abgekühlte Innentemperatur der Außentemperatur angepasst werden: So „soll“ an heißen Tagen die Innentemperatur nicht mehr als 6°C von der Außentemperatur abweichen, weil sonst die Gesundheit der Arbeitnehmer durch die Temperaturwechsel angegriffen würde.<sup>9</sup>

**c) Keine notwendige Mitbestimmung des Betriebsrats**

Werden Maßnahmen aufgrund § 6 ArbStättV getroffen, unterliegen sie an sich der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG: § 6 ArbStättV ist eine ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift, die dem Arbeitgeber keine exakt bestimmten Maßnahmen vorgibt, sondern sich auf die Angabe der grundsätzlichen Verpflichtung und des Schutzziels Gesundheitsschutz beschränkt.<sup>10</sup> Indes ist zweifelhaft, ob ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auch dann gilt, wenn der Arbeitgeber Schutzmaßnahmen wegen der hohen Außentemperaturen ergreifen möchte. Denn begreift man solche Maßnahmen gegen klimatische bedingte Hitze nicht als Erfüllung einer in § 6 ArbStättV statuierten Schutzpflicht, sondern lediglich eines Optimierungsgebotes, fallen sie aus dem von § 6 ArbStättV vorgegebenen Rahmen. Konsequenz ist, dass die notwendige Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG entfällt und als zusätzliche Maßnahme gegen Gesundheitsschädigungen im Sinne des § 88 Nr. 1 BetrVG allenfalls Raum für eine freiwillige Betriebsvereinbarung bleibt.

Verkomplizieren lässt sich das noch, wenn man etwa das Aufstellen von Ventilatoren für noch von der Rahmenvorschrift des § 6 ArbStättV gedeckt hält, das Aufstellen von Klimageräten dagegen nicht: Verlangt der Betriebsrat aufgrund seines Initiativrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG für bestimmte Arbeitsplätze Lüftung durch Ventilatoren, möchte der Arbeitgeber aber Klimaanlage aufstellen, bleibt fraglich, ob für solche überobligatorischen Maßnahmen die notwendige Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG noch greift oder doch nur § 88 Nr. 1 BetrVG.

Weil grundsätzlich das notwendige Mitbestimmungsrecht dort endet, wo über das gesetzliche Schutzniveau hinausgegangen wird<sup>11</sup>, unterfällt ihr dann nur die Regelung, dass geeignete Lüftungsanlagen zur Abkühlung überhaupt aufgestellt werden. Ob der Arbeitgeber die Lüftung durch Ventilatoren oder durch überobligatorische Klimageräte erzeugt, ist seine Sache oder aber Gegenstand einer freiwilligen Betriebsvereinbarung.

**2. Ausgleichsmaßnahmen****a) Arbeitsschutzrechtliche Aspekte**

Je höhere Temperaturen auf den Körper einwirken, desto mehr Energie und Flüssigkeit braucht der Organismus, um eine ausgeglichene Wärmebilanz, also eine Körpertemperatur von etwa 37°C sicherzustellen.<sup>12</sup> Ist die ausgeglichene Wärmebilanz nicht gewährleistet, wirkt sich das auf die Gesundheit aus. Um die gesundheitliche Belastung der Arbeitnehmer an heißen Tagen in

Maßen zu halten, kommen daher nicht nur arbeitsstättenbezogene Maßnahmen in Betracht. Geboten sind auch Maßnahmen, die geeignet sind, hitzebedingte körperliche Belastungen auszugleichen, also helfen, eine „gesunde“ Körpertemperatur zu halten.

Zu solchen Ausgleichsmaßnahmen kann der Arbeitgeber verpflichtet sein: Nach den arbeitsschutzrechtlichen Generalklauseln der § 3 Abs. 1 ArbSchG und § 2 Abs. 1 UVV „Allgemeine Vorschriften“ (BGV A1) muss der Arbeitgeber erforderliche Maßnahmen treffen, um gesundheitliche Beeinträchtigungen der Arbeitnehmer möglichst zu vermeiden.

Wann und welche Ausgleichsmaßnahmen zu treffen sind, lässt sich freilich nicht allgemein bestimmen. Maßgebender Faktor ist neben der Höhe der Lufttemperatur – bei ca. 35°C soll ein Anstieg der Körpertemperatur zu befürchten sein<sup>13</sup> – vor allem die Art der Tätigkeit – wer sitzt, schwitzt weniger. Zu beachten ist auch, dass die Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Wohlbefinden haben: Es geht schlicht um Gesundheitsschutz.

**b) Einzelne Maßnahmen****aa) Änderung des Arbeitstempos, Pausen**

Als erforderliche Ausgleichsmaßnahme ist einmal denkbar, dass das Arbeitstempo den klimatischen Bedingungen angepasst wird. Das kommt insbesondere bei körperlichen Arbeiten in Betracht, bei denen vom Körper selbst Wärme erzeugt wird. Ebenso vorstellbar ist, dass mehrere Arbeitspausen eingelegt werden, damit sich die Arbeitnehmer in anderen Räumen Abkühlung verschaffen können. Als Gesundheitsschutzmaßnahmen sind solche Pausenregelungen nicht nur nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, sondern auch nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitbestimmungspflichtig<sup>14</sup>, weil sie aufgrund der arbeitsschutzrechtlichen Generalklauseln ergriffen werden.<sup>15</sup> Dagegen ist es keine Frage des Mitbestimmungsrechts, ob solche Pausen vergütet werden oder nicht. Jedenfalls gilt nach § 3 Abs. 3 ArbSchG, dass der Arbeitgeber die Kosten für Maßnahmen des Arbeitsschutzes tragen muss.<sup>16</sup>

**bb) Kostenloser Zugang zu Getränken**

Unerlässlich ist, dass Arbeitnehmer ausreichend Flüssigkeit zu sich nehmen, um den durch Schwitzen bedingten Flüssigkeitsverlust auszugleichen. Insbesondere für Bürokräfte ist aber fraglich, ob der Arbeitgeber den Beschäftigten Getränke kostenfrei zu Verfügung stellen muss. Hält man dies für eine erforderliche Arbeitsschutzmaßnahme im Sinne des § 3 Abs. 1 ArbSchG, dann muss der Arbeitgeber hierfür nach § 3 Abs. 3 ArbSchG auch zahlen. Man kann aber ebenso gut und besser das Gegenteil vertreten: Immerhin muss der Arbeitnehmer auch selbst dafür sorgen, dass er leistungs- und arbeitsfähig bleibt. Das erlaubt den Schluss, dass er sich selbst mit Getränken versorgen muss. Um überflüssige

8 *Opfermann/Streit* (Fn. 6), § 6 ArbStättV Rn. 32; siehe aber das Urteil des OLG Hamm, 18. 10. 1994 – 7 U 132/93, NJW-RR 1995, 143 zu einem Mietrechtsstreit.

9 Berufsgenossenschaftliche Broschüre: Arbeiten unter Hitzebelastung, BG-Information 579, unter 7.1; *Opfermann/Streit* (Fn. 6), ASR 6 Rn. 18.

10 Zu den Anforderungen an eine Rahmenvorschrift i. S. d. § 87 Abs. 1 Nr. 7 nur *Wiese*, in: GK-BetrVG, 7. Aufl. 2002, § 87 Rn. 591 ff. m. w. N.

11 *MünchArb/Matthes* (Fn. 5), § 343 Rn. 10; *Däubler/Kittner/Klebe*, BetrVG, 8. Aufl. 2002, § 87 Rn. 168.

12 Berufsgenossenschaftliche Broschüre: Arbeiten unter Hitzebelastung, BG-Information 579, unter 3.2.

13 Vgl. *Opfermann/Streit* (Fn. 6), § 6 ArbStättV Rn. 32.

14 Zur Mitbestimmung nach § 87 Abs. Nr. 7 BetrVG bei Pausenregelungen an Lärm- und Bildschirmarbeitsplätzen zur Vermeidung von Gesundheitsgefährdungen *Wiese* (Fn. 10), § 87 Rn. 620 und 627 f. jeweils m. w. N.

15 Zur Frage, ob Generalklauseln des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts Vorschriften i. S. d. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG sind, grundlegend BAG, 2. 4. 1996 – 1 ABR 47/95, AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz = BB 1997, 1259.

16 Vgl. zu bezahlten Erholungspausen nach § 5 Bildschirmarbeitsverordnung *Wiese* (Fn. 10), § 87 Rn. 632.

Streitigkeiten zu vermeiden, sei dem Arbeitgeber empfohlen, seinen Arbeitnehmern an heißen Tagen kostenfrei Getränke zur Verfügung zu stellen.

### 3. Arbeitszeitreaktionen

#### a) Verlagerung der Arbeitszeit in kühlere Stunden

Hitzebedingte Gesundheitsbelastungen werden auch dann vermieden, wenn die Arbeitszeit – soweit die Betriebsbedingungen dies zulassen – in kühlere Stunden verlagert wird, also etwa der Arbeitsbeginn von 9 Uhr auf 6 Uhr morgens verlegt wird. Hierüber muss nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG der Betriebsrat mitbestimmen. Das gilt auch dann, wenn bei Gleitzeitarbeit die Kernarbeitszeit nach vorn verlegt werden soll.<sup>17</sup>

Möchte der Arbeitgeber verhindern, dass Arbeitnehmer im Rahmen der Gleitzeit ihre Arbeit in den besonders heißen Nachmittagsstunden verrichten, weil er sich so kostspielige Schutzmaßnahmen oder den Arbeitsablauf hemmende Ausgleichsmaßnahmen (verlangsamtes Arbeitstempo, Pausen) ersparen könnte, kann er auch hier unter Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die Gleitzeit vorübergehend abschaffen.

Auch dann, wenn es im Betrieb keinen Betriebsrat gibt, kann der Arbeitgeber während der heißen Tage vorübergehend die Gleitzeitregelung aussetzen: Sofern den Arbeitnehmern nicht auf vertraglicher Grundlage gleitende Arbeitszeiten zugesichert wurden, macht der Arbeitgeber dann von seinem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht Gebrauch.

Ist wegen einer vertraglichen Zusicherung dagegen kein Raum für ein Leistungsbestimmungsrecht, bleibt dem Arbeitgeber an sich nur eine einvernehmliche Regelung mit dem betroffenen Arbeitnehmer – eine Änderungskündigung hilft schon wegen der Eile der Arbeitszeitverlagerung nicht. Aber: Fasst man die Forderung des Arbeitgebers nach Aussetzung der Gleitzeit als aus Gründen des Arbeits- respektive Gesundheitsschutzes gebotene Maßnahme auf, dann lässt sich diese Forderung des Arbeitgebers durchaus rechtfertigen: Nach § 15 Abs. 1 ArbSchG (vgl. auch § 14 Abs. 3 SGB VII i. V. mit § 14 BGV A1) haben Beschäftigte nach ihren Möglichkeiten für ihre Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit zu sorgen. Arbeitnehmer müssen also bei erforderlichen Arbeitsschutzmaßnahmen mitwirken und ihnen überantwortete Entscheidungspielräume zweckentsprechend nutzen.

#### b) Vorübergehende Arbeitszeitverkürzung

Auch der Arbeitgeber hat wenig Interesse an unproduktiven Arbeitnehmern, die sich über die Hitze mokieren. Wenn die Auftragslage es zulässt, kann der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat zur Kurzarbeit greifen – und den Arbeitnehmern die Nachmittage ersparen – gegen Lohnkürzung. Denn nach herrschender Meinung ist § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG eine Eingriffsermächtigung in den Arbeitsvertrag.<sup>18</sup>

Folgt man dieser Auffassung, so kann der Ermächtigungstatbestand der Nr. 3 auch genutzt werden, um die Arbeitszeit an heißen Tagen zu verkürzen. Kurzarbeitergeld gibt es freilich nicht wegen der Hitze – dazu wäre ein Schönwettergeld erforderlich.

### 4. Werksruhe (Betriebsferien)

Effektiv lassen sich hitzebedingte gesundheitliche Belastungen am Arbeitsplatz vermeiden, wenn nicht gearbeitet wird. Effektivste Arbeitsschutzmaßnahme ist es daher, den Betrieb während der heißen Sommertage zu schließen – so würde auch der ohnehin eingeschränkten Leistungsfähigkeit und Produktivität der Arbeitnehmer Rechnung getragen.

Zu diesem Zweck kann der Arbeitgeber unter Anrechnung auf die Urlaubsdauer Betriebsferien einführen oder etwa für besonders

unter der Hitze leidende Arbeitnehmergruppen Urlaubstage festlegen – wobei auch hier nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG der Betriebsrat mitbestimmen muss.<sup>19</sup> Individuelle Urlaubswünsche stehen dem nicht entgegen: Die Einführung von Betriebsferien bedürfen keiner dringenden betrieblichen Belange im Sinne des § 7 Abs. 1 BUrlG, sondern schaffen diese gerade.<sup>20</sup>

Waren Betriebsferien ursprünglich nicht geplant, und möchte der Arbeitgeber wegen der hohen Außentemperaturen kurzfristig Betriebsferien einführen, muss er sich aber eines gewiss sein: Er gerät während der Betriebsferien in Annahmeverzug und muss das Arbeitsentgelt nach § 615 BGB weiterzahlen, wenn der Urlaub einzelner Arbeitnehmer zuvor bereits abgewickelt oder festgelegt war.<sup>21</sup> Davon abgesehen kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmern ohne weiteres außerplanmäßigen Urlaub anbieten. Wichtig ist dabei aber: Der Urlaub muss stets tageweise genommen werden. Ein „halber Tag“ Urlaub für den Nachmittag kann den gesetzlichen Urlaubsanspruch nicht erfüllen.<sup>22</sup>

### III. Kein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers

Nur auf den ersten Blick „hübsch“ ist die Erwägung, der Arbeitnehmer könne bei „zu heißen“ Außentemperaturen seine Arbeitsleistung zurückbehalten und zu Hause bleiben, weil ihm der Arbeitgeber kein „Hitzefrei“ gewährt. Das ist wie beim Urlaubsanspruch ausgeschlossen: Gewährt der Arbeitgeber keinen Urlaub, kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung ebenfalls nicht zurückhalten, weil das gerade das ausgeschlossene Recht zur Selbstbeurlaubung bedeutete.<sup>23</sup>

Genauso wenig kann der Arbeitnehmer seine eigene Arbeitsleistung nach § 273 BGB zurückhalten und über § 298 BGB zum Annahmeverzug kommen, weil er meint, er könne vom Arbeitgeber kraft Fürsorgepflicht und § 618 BGB abkühlende Schutzmaßnahmen gegen die Hitze verlangen: Das Zurückbehaltungsrecht scheitert an der fehlenden Druckfunktion.<sup>24</sup> Das Zurückbehaltungsrecht hat seine Rechtfertigung nur, weil es den Gegner zu einem bestimmten, geschuldeten Verhalten zwingen soll. Hier fehlt aber arbeitsschutzrechtlich wie arbeitsvertraglich der inhaltlich konkrete Anspruch, weil der – § 618 BGB insoweit konkretisierende<sup>25</sup> – § 6 ArbStättV bei klimatisch bedingter Hitze gerade keine Schutzmaßnahmen verbindlich festlegt (s. o. II.1.).

Ein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers ist nur in krassen Ausnahmefällen denkbar. Bleibt der Arbeitgeber an heißen Tagen völlig untätig und trifft den einzelnen Arbeitnehmer eine individuell feststellbare Gesundheitsgefahr oder -beeinträchtigung, so kann aus § 618 BGB eine Handlungspflicht des Arbeitgebers folgen, der so zumindest zu Ausgleichsmaßnahmen verpflichtet ist (s. o. II.2.).

<sup>17</sup> Wiese (Fn. 10), § 87 Rn. 334f.

<sup>18</sup> BAG, 21. 11. 1978 – 1 ABR 67/76, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG, 21. 12. 1982 – 1 ABR 14/81, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG, 14. 2. 1991 – 2 AZR 415/90, AP Nr. 4 zu § 615 BGB Kurzarbeit = BB 1991, 2017; BAG, 12. 10. 1994 – 7 AZR 398/93, AP Nr. 66 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = BB 1995, 523; Wiese (Fn. 10), § 87 Rn. 363 m. w. N.; a. A. Boecken, RdA 2000, 7, 11f.; Heinze, RdA 1998, 14, 19f.; Waltermann, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996, S. 175 ff.

<sup>19</sup> Nur Wiese (Fn. 10), § 87 Rn. 449 ff. m. w. N.

<sup>20</sup> BAG, 28. 7. 1981 – 1 ABR 79/79, BAGE 36, 14, 25 = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Urlaub; Leinemann/Linck, Urlaubsrecht, 2. Aufl. 2001, § 7 Rn. 71 BUrlG; Wiese (Fn. 10), § 87 Rn. 450.

<sup>21</sup> Dersch/Neumann, BUrlG, 8. Aufl. 1997, § 7 Rn. 35; ähnlich, wobei sich nicht auf den Annahmeverzug stützend, BAG, 1. 8. 1966 – 5 AZR 106/66, AP Nr. 1 zu § 7 BUrlG Betriebsferien mit Anm. Nikisch.

<sup>22</sup> Leinemann/Linck (Fn. 20), § 7 Abs. 2 BUrlG Rn. 103 ff.

<sup>23</sup> Leinemann/Linck (Fn. 20), § 7 BUrlG Rn. 19 ff.

<sup>24</sup> Zur Druckfunktion BGH, 13. 7. 1954 – V ZR 9/53, LM ZPO § 794 Abs. 1 Ziff. 5 Nr. 3; MünchKomm/Kröger, BGB, 4. Aufl. 2001, § 273 Rn. 3.

<sup>25</sup> S. zur Transformation öffentlich-rechtlicher Arbeitsschutznormen nur Münch-Arb/Wlotzke (Fn. 5), § 209 Rn. 15 ff.

## Betriebsverfassungsrecht

Freilich ist ein solches Zurückbehaltungsrecht dann mit vielen Fragezeichen versehen. Ab welchen Temperaturen muss der Arbeitgeber tätig werden, respektive wann ist eine Gesundheitsgefährdung tatsächlich zu befürchten? Auch mit Blick auf den ein formal bestehendes Zurückbehaltungsrecht einschränkenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 320 Abs. 2 BGB analog) kann hitzebedingtes Unwohlsein nicht ausreichen.

#### IV. Leistungsstörungen

##### 1. Arbeitsunfähigkeit von Arbeitnehmern

Hitze kann die Arbeitnehmer buchstäblich krank machen. Sind sie infolge der hitzebedingten Krankheit an ihrer Arbeitsleistung gehindert, können sie nach § 3 Abs. 1 EFZG Fortzahlung des Entgelts während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit verlangen. Der Arbeitnehmer muss nach § 5 EFZG aber die Arbeitsunfähigkeit anzeigen und nachweisen, will er vermeiden, dass der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung nach § 7 Abs. 1 EFZG verweigert.

##### 2. Beschäftigungsverbote

Die Hitze muss nicht erst zur Krankheit führen, damit Arbeitnehmer nicht ihre Arbeitsleistung erbringen können: Sind sie gesundheitlich vorbelastet und ist zu befürchten, dass ihre Gesundheit aufgrund der hohen Temperaturen am Arbeitsplatz in noch stärkerem Maße gefährdet wird, kann das ein Beschäftigungsverbot auslösen.

So dürfen Schwangere nach § 4 Abs. 1 MuSchG und stillende Mütter nach § 6 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 1 MuSchG nicht mit Arbeiten beschäftigt werden, bei denen sie schädlicher Einwirkung von Hitze ausgesetzt sind. Allerdings geht aus § 4 Abs. 1 MuSchG nicht hervor, ab welcher Temperatur eine schädliche Einwirkung zu erwarten ist. Ebenso ist zweifelhaft, ob das Beschäftigungsverbot auch bei Hitzebelastungen aufgrund klimatischer Bedingungen greift oder nur grundsätzlich verhindern will, dass werdende oder stillende Mütter keiner tätigkeitsbedingten Hitze ausgesetzt sind.

Für Schwangere kann jedenfalls ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG greifen: Sie dürfen nicht beschäftigt werden, soweit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist. Ergibt sich aus dem ärztlichen Zeugnis, dass die Schwangere wegen der Hitze am Arbeitsplatz überhaupt nicht arbeiten darf, dann ist jede Beschäftigung schlechthin verboten. Weist hingegen das ärztliche Zeugnis nicht jede Beschäftigung als unzulässig aus, dann kommt immerhin eine Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz in Betracht.<sup>26</sup> In beiden Fällen muss der Arbeitgeber den nach § 11 MuSchG zu bemessenden Mutterschutzlohn zahlen.

Für gesundheitlich vorbelastete Arbeitnehmer gibt es dagegen kein ausdrücklich normiertes allgemeines Beschäftigungsverbot. Es lässt sich auch nicht als zwingend erforderliche individuelle Schutzmaßnahme im Sinne der arbeitsschutzrechtlichen Generalklauseln, respektive des § 618 BGB begreifen. Besteht aufgrund der Hitze eine erhöhte Gesundheitsgefahr, dann obliegt es ihm grundsätzlich selbst, ob er weiterarbeiten möchte – vergleichbar dem Fall, dass aufgrund einer vorgeschriebenen arbeitsmedizinischen Untersuchung der Arzt personenbedingte gesundheitliche Bedenken gegen eine (Weiter-)Beschäftigung äußert.<sup>27</sup> Der angegriffene Gesundheitszustand des Arbeitnehmers wird verbunden mit den hitzebedingten zusätzlichen Gesundheitsbelastungen, aber ohnehin zumeist zu einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit i.S. des § 3 EFZG führen.

Anders liegt es, wenn der betroffene Arbeitnehmer eine für Kollegen gefährliche Tätigkeit ausübt und aufgrund der Hitze seine Leis-

tungsfähigkeit ab- und für Dritte die Gefährlichkeit zunimmt. Dann kann durchaus ein Beschäftigungsverbot als Maßnahme des Gefahrenschutzes für Kollegen aufgrund der arbeitsschutzrechtlichen Generalklauseln und § 618 BGB in Betracht kommen.

##### 3. Betriebsstörungen

Hitzebedingte Leistungsstörungen können nicht nur in der gesundheitlichen Konstitution der Arbeitnehmer liegen: Auch Maschinen „leiden“ an heißen Tagen. Kommt es wegen der Hitze zu einem Maschinen- oder Stromausfall und können die Arbeitnehmer deswegen nicht arbeiten, verwirklicht sich hierin das typische Betriebsrisiko des Arbeitgebers im Sinne von § 615 Satz 3 BGB: Der Arbeitgeber muss dann seinen Arbeitnehmern dennoch das Arbeitsentgelt zahlen.

##### 4. Hitze als allgemeines Leistungshindernis

Nicht ausgeschlossen ist, dass bei anhaltenden Hitzeperioden auch der Staat gesundheitsschützende Maßnahmen ergreift. So ist vorstellbar, dass – vergleichbar dem Fall eines Smogalarms – behördliche Betriebsverbote ausgesprochen werden. Sind die Arbeitnehmer deswegen verhindert, ihre Arbeitsleistung zu erbringen, muss der Arbeitgeber nicht nach §§ 615, 616 BGB das Entgelt fortzahlen: Hierin verwirklicht sich nicht ein Betriebsrisiko, sondern ein allgemeines Lebensrisiko, und nicht nur einzelne, sondern eine Vielzahl von Arbeitnehmern sind hiervon betroffen.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Buchner/Becker, MuSchG, 7. Aufl. 2003, § 3 MuSchG Rn. 29 ff.

<sup>27</sup> Hierzu Wiese in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 33; MünchArb/Wlotzke (Fn. 5), § 216 Rn. 64.

<sup>28</sup> Vgl. Staudinger/Oetker, BGB, 2002, § 616 Rn. 76.