



Vielmeier
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Schäftlarnstraße 94
81371 München

Prof. Dr. Volker Rieble
FAArbR Dr. Stephan Vielmeier

T: + 49 (89) 998 298 26 – 0
F: + 49 (89) 998 298 26 – 9
volker.rieble@vielmeier.de

Gutachten

zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.5.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht

von

Dr. Volker Rieble, Universitätsprofessor an der LMU München

Dr. Stephan Vielmeier, Fachanwalt für Arbeitsrecht

für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

22. Juli 2019

Geschäftsführer der Gesellschaft:
RA Dr. Stephan Vielmeier

Umsatzsteuer-ID: DE 319058719

Sitz der Gesellschaft: München
Amtsgericht München HR B 241351

A. Sachverhalt und Fragen.....	3
I. Keine allgemeine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung im deutschen Recht.....	3
II. Urteil des EuGH in der Rechtssache CCOO/Deutsche Bank SAE	3
1. Entscheidung vom 14.5.2019 – C-55/18.....	3
2. Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella vom 31.1.2019	5
III. Fragen	6
B. Gutachten	7
I. Wie ist das Urteil des EuGH auszulegen?.....	7
1. Das objektive verlässliche „System“ zur Zeiterfassung	7
a) Keine weitere Erläuterung durch den EuGH	7
b) Teleologische Auslegung	8
c) Wechselwirkung mit anderen Arbeitszeitvorgaben	9
[1] Systematisches Verständnis des Generalanwalts des EuGH	9
[2] Insbesondere Fahrpersonal und Binnenschiffahrt.....	9
[3] Jugendarbeitsschutz und Mutterschutz	11
[4] Abgleich.....	11
2. Messung durch den Arbeitnehmer?.....	11
a) Kein ausdrückliches Verbot durch den EuGH.....	11
b) Systematische Auslegung	12
c) Teleologische Auslegung	13
3. Genügt eine Zeiterfassungsmöglichkeit, die der Arbeitnehmer wahrnehmen kann, aber nicht muss?.....	14
4. Welche Spielräume bleiben den Mitgliedstaaten in der Ausgestaltung?	15
a) Spielraum nach der Rechtsprechung des EuGH.....	15
b) Spielraum nach dem Verständnis des Generalanwalts.....	15
c) Zusammenfassung des Spielraums	16
5. Zwischenergebnis.....	17
II. Genügen deutsche Arbeitszeitgesetze den Anforderungen des EuGH?	17
1. Erfüllt § 16 Abs. 2 ArbZG die Anforderungen des EuGH?.....	17
2. Inwiefern genügt die Kombination deutschrechtlicher Überwachungsinstrumente den EuGH-Kriterien?.....	18
a) Behördliche Aufsicht nach § 17 Abs. 4 ArbZG	18
b) Überwachungsrecht des Betriebsrats.....	19
3. Gilt die Zeiterfassungspflicht für strengeres deutsches Arbeitszeitrecht?	21
4. Zwischenergebnis.....	21
III. Gestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers.....	22
1. Genügt eine Aufzeichnungspflicht hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit?	22
2. Sollte die Rechtsprechung des BAG zum Arbeitszeit-Auskunftsanspruch des Betriebsrats (6.5.2003 – 1 ABR 13/02) kodifiziert werden?	22
3. Ist der Gesetzgeber gehalten, die Vorgaben des § 17 Abs. 1 MiLoG zu übernehmen?.....	22
4. Könnte der Gesetzgeber die Delegation der Arbeitszeitaufzeichnung an den Arbeitnehmer vorsehen?	23
5. Wie kann das vom EuGH eröffnete Regelungsermessen europarechtskonform und bürokratieminimierend genutzt werden?.....	24
IV. Vorschlag für einen § 16 ArbZG-neu	27
C. Ergebnisse.....	28

A. Sachverhalt und Fragen

I. Keine allgemeine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung im deutschen Recht

Im deutschen Arbeitszeitrecht besteht bislang keine allgemeine Verpflichtung des Arbeitgebers, die Lage und Länge der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeitszeit zu erfassen. Insbesondere in den Fällen, in denen die Vergütung verstetigt und unabhängig von den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden erfolgt, verzichten viele Arbeitgeber bisher auf eine Erfassung der Arbeitszeit. Nur für bestimmte Sonderfälle und mit eng begrenztem Zweck greifen solche Erfassungspflichten, etwa nach § 17 Abs. 1 MiLoG bezüglich der Lage und Länge der täglichen Arbeitszeit für geringfügig Beschäftigte oder nach § 16 Abs. 2 ArbZG für die geleisteten Überstunden. 1

II. Urteil des EuGH in der Rechtssache CCOO/Deutsche Bank SAE

1. Entscheidung vom 14.5.2019 – C-55/18

Das Arbeitszeitrecht ist eine unionsrechtlich bestimmte Materie, maßgeblich geprägt durch die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG und die Arbeitsschutzrichtlinie 89/391/EWG und flankiert durch die MutterschutzRL 92/85/EWG sowie die JugendarbeitsschutzRL 94/33/EWG (mit eigenen verschärften Ruhezeiten). Im Transportrecht sind Lenkzeiten auch aus Gründen des Verkehrsschutzes beschränkt. 2

Zu diesen Rechtsquellen Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Auflage (2018) S. 1063 ff, S. 1093ff, 1893ff; grundlegend *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht (2009) S. 276 ff, 377 ff.

Daneben enthält das europäische Primärrecht in Art. 31 Abs. 2 GrC ein Recht des Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit sowie auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten.

In seinem Urteil vom 14.5.2019 (C-55/18) hat die Große Kammer des EuGH das spanische Arbeitsrecht an den Anforderungen des europäischen Arbeitsrechts gemessen. Insbesondere ging es um die Frage, ob das Unionsrecht den Mitgliedstaaten auferlegt, die Arbeitgeber zu verpflichten, ein System einzurichten, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Der EuGH hat diese Frage bejaht; der Tenor lautet: 3

„Die Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung sind im Licht von Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie von Art. 4 Abs. 1, Art. 11 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 3 der Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit dahin auszulegen, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats

entgegenstehen, die nach ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte die Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“ EuGH Große Kammer 14.5.2019 – C-55/18 [Federación de Servicios de Comisiones Obreras {CCOO}/Deutsche Bank SAE] = ECLI:EU:C:2019:402, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&td=ALL&num=C-55/18> [19.7.2019].

Der EuGH setzt sich Rn 64 mit dem Einwand auseinander, dass die Richtlinie 2003/88/EG im Gegensatz zu den transportrechtlichen Richtlinien eine solche Erfassungspflicht nicht explizit anordne (kein Umkehrschluss) und betont einmal mehr den effet utile als allgemeine sozialpolitische Rechtfertigung: 4

„Auch wenn das Bestehen eines Bedürfnisses nach besonderem Schutz den Unionsgesetzgeber veranlassen konnte, eine solche Verpflichtung bezüglich bestimmter Arbeitnehmergruppen vorzusehen, ist nämlich eine ähnliche Verpflichtung, die in der Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems besteht, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, allgemeiner für alle Arbeitnehmer erforderlich, um die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 2003/88 zu gewährleisten und der Bedeutung des in Art. 31 Abs. 2 der Charta verankerten Grundrechts, auf die in Rn. 30 des vorliegenden Urteils verwiesen wird, Rechnung zu tragen“ (EuGH Rn 65).

Dieses allgemeine Schutzbedürfnis und die daraus abgeleitete Arbeitszeiterfassungspflicht „begründet“ der EuGH in einem Argumentationsstrang mit den zentralen Rn. 30, 40 und 60: 5

„Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass das Recht eines jeden Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten nicht nur eine Regel des Sozialrechts der Union ist, die besondere Bedeutung hat, sondern auch in Art. 31 Abs. 2 der Charta, der nach Art. 6 Abs. 1 EUV der gleiche rechtliche Rang wie den Verträgen zukommt, ausdrücklich verbürgt ist“ (Rn. 30).

„Die Mitgliedstaaten müssen daher zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit der Richtlinie 2003/88 die Beachtung dieser Mindestruhezeiten gewährleisten und jede Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit verhindern“ (Rn. 40).

„Um die praktische Wirksamkeit der von der Richtlinie 2003/88 vorgesehenen Rechte und des in Art. 31 Abs. 2 der Charta verankerten Grundrechts zu gewährleisten, müssen die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber daher verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“ (Rn. 60).

Der EuGH gesteht den **Mitgliedstaaten** bei der Ausgestaltung des Systems zur Arbeitszeiterfassung einen **Spielraum** zu. Insofern sind die Gründe knapp gehalten, der Gerichtshof verweist auf die Ausführungen des Generalanwalts. 6

„Auch wenn die Mitgliedstaaten daher zu diesem Zweck über einen gewissen Spielraum verfügen, müssen sie angesichts des von der Richtlinie 2003/88 verfolgten wesentlichen Ziels, einen wirksamen Schutz der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer sowie einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, sicherstellen, dass die praktische Wirksamkeit dieser Rechte in vollem Umfang gewährleistet wird, indem ihnen tatsächlich die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten und die Obergrenze für die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit, die in dieser Richtlinie festgesetzt sind, zugutekommen“ (Rn. 42). „Doch obliegt es [...], wie der Generalanwalt in den Nrn. 85 bis 88 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, den Mitgliedstaaten, im Rahmen des ihnen insoweit eröffneten Spielraums, die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems, insbesondere dessen Form, festzulegen, und zwar gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs, sogar der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihrer Größe; dies gilt unbeschadet von Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88, nach dem die Mitgliedstaaten unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer Ausnahmen u. a. von den Art. 3 bis 6 dieser Richtlinie vornehmen dürfen, wenn die Dauer der Arbeitszeit wegen besonderer Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht bemessen und/oder vorherbestimmt ist oder von den Arbeitnehmern selbst bestimmt werden kann“ (Rn. 63).

2. Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella vom 31.1.2019

Für das Verständnis der Entscheidung sind mithin die Schlussanträge des Generalanwalts im Verfahren heranzuziehen. 7

Schlussanträge GA Pitruzzella 31.1.2019, ECLI:EU:C:2019:87, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&td=ALL&num=C-55/18> [19.7.2019]

GA Pitruzzella hat sich im Abschnitt Entscheidung in drei Randnummern mit der „Autonomie der Mitgliedstaaten“ auseinandergesetzt:

„Aus der von mir in den vorstehenden Absätzen dargelegten Auslegung ergibt sich zwar das Bestehen einer Verpflichtung zur Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems aufgrund des Mindestharmonisierungszwecks der Richtlinie 2003/88, und entsprechend den Ausführungen in der vorstehenden Nr. 49 bin ich außerdem der Meinung, dass die Bestimmung der Formen und Wege der Umsetzung dieser Verpflichtung sowie die Definition der konkreten Modalitäten, die eine einfache Kontrolle der Einhaltung der Regeln über die Arbeitszeiten gestatten, dem Ermessen der Mitgliedstaaten überlassen sind.

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die derzeitige Technologie die verschiedensten Systeme zur Erfassung der Arbeitszeit ermöglicht (Aufzeichnungen in Papierform, Computerprogramme, elektronische Zutrittsausweise), wobei diese Systeme auch nach den Besonderheiten und Erfordernissen der einzelnen Unternehmen unterschiedlich sein könnten.

Auch wenn die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Formen und Wege zur Umsetzung der Verpflichtung, ein Arbeitszeiterfassungssystem einzuführen, verfügen, ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen und insbesondere aus der oben in den Nrn. 45 ff. dargelegten Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die praktische Wirksamkeit der Richtlinie und die Wirksamkeit der den Arbeitnehmern von ihr verliehenen Rechte zu gewährleisten, dass ein solches Erfassungssystem geeignet sein muss, diese Ziele zu erreichen“ (Schlussanträge Rn. 86-88, Fußnoten entfernt).

III. Fragen

Uns sind folgende Fragen gestellt:

8

1. Wie ist das EuGH-Urteil auszulegen?
 - Was ist unter dem (objektiven, verlässlichen) „System“ zu verstehen, mit dem die tägliche Arbeitszeit „gemessen“ werden kann?
 - Kann die Messung der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer erfolgen?
 - Muss stets eine Zeiterfassung erfolgen, oder genügt es, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit dazu bereitstellt und der Arbeitnehmer selbst entscheidet, ob er diese wahrnimmt?
 - Welche Spielräume bleiben den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung erhalten?
2. Genügen die deutschen Arbeitsgesetze den Anforderungen des EuGH?
 - Inwiefern ist durch § 16 Abs. 2 ArbZG eine Arbeitszeiterfassung erforderlich, die die Anforderungen des EuGH erfüllt?
 - Inwiefern kann in den § 17 Abs. 4 ArbZG und §§ 80 Abs. 1 Nr. 1 iVm Abs. 2 BetrVG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des BAG eine Erfüllung der EuGH-Kriterien gesehen werden?
 - Inwiefern muss dabei berücksichtigt werden, dass dem Urteil des EuGH die nach Art. 6 RL 2003/88/EG vorgesehene Wochenhöchst Arbeitszeit von 48 Stunden zugrunde liegt?
3. Für den Fall, dass die Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Änderung bejaht wird
 - Würde eine Aufzeichnungspflicht hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit genügen?
 - Wäre es möglich, die Rechtsprechung des BAG zum Auskunftsanspruch des Betriebsrates (BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02) zu kodifizieren?
 - Inwiefern kann eine Umsetzung des Urteils großzügigere Vorgaben machen als diejenigen, die in § 17 Abs. 1 MiLoG vorgesehen sind?
 - Wäre eine explizite Delegationsmöglichkeit der Arbeitszeitaufzeichnung zulässig im Licht der EuGH-Entscheidung?
 - Wie kann das vom EuGH eröffnete Ermessen bei der Festlegung der Modalitäten so genutzt werden, dass eine Umsetzung europarechtskonform und bürokratieminimierend erfolgen kann?

B. Gutachten

I. Wie ist das Urteil des EuGH auszulegen?

1. Das objektive verlässliche „System“ zur Zeiterfassung
 - a) Keine weitere Erläuterung durch den EuGH

Der EuGH fordert in Rn. 60 des Urteils, dass die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber zur Einführung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen (!) Systems zu verpflichten müssen: 9

„Um die praktische Wirksamkeit der von der Richtlinie 2003/88 vorgesehenen Rechte und des in Art. 31 Abs. 2 der Charta verankerten Grundrechts zu gewährleisten, müssen die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber daher verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“

Insgesamt rekurriert der EuGH in seinem Urteil neun Mal auf dieses „objektive und verlässliche System“ (Rn. 47, 49, 50, 54, 56, 57, 60, 62, 66), ohne es an einer Stelle positiv zu definieren. Lediglich an einer Stelle erwähnt der EuGH, was nicht ausreichend sein soll, nämlich die Möglichkeit des Arbeitnehmers, geleistete Überstunden mittels des Zeugenbeweises zu belegen:

„Anders als durch ein System, mit dem die täglich geleistete Arbeitszeit gemessen wird, kann mit solchen Beweismitteln jedoch nicht objektiv und verlässlich die Zahl der von dem Arbeitnehmer täglich oder wöchentlich geleisteten Arbeitszeit festgestellt werden“ (EuGH Rn. 54).

Erwähnenswert ist eine implizite Aussage des EuGH: der im Ausgangsverfahren geführte Abwesenheitskalender, in den ganztägige Fehlzeiten einzutragen waren, wurde vom EuGH moniert, weil er **lediglich ganztägige Fehlzeiten** erfasste, nicht hingegen, weil er nicht objektiv oder nicht verlässlich gewesen wäre. 10

„Die Audiencia Nacional (Nationaler Gerichtshof) stellt fest, dass die Deutsche Bank trotz zahlreicher Regeln über die Arbeitszeit, die aus einer Vielzahl von auf sie anwendbaren nationalen Branchentarifverträgen und Betriebsvereinbarungen hervorgegangen seien, kein betriebsinternes System zur Erfassung der von ihren Mitarbeitern geleisteten Arbeitszeit eingerichtet habe, mit dem die Einhaltung der vereinbarten Arbeitszeiten überprüft und die möglicherweise geleisteten Überstunden berechnet werden könnten. Insbesondere verwende die Deutsche Bank eine Software (Absences Calendar), mit der nur die ganztägigen Fehlzeiten wie Urlaub oder sonstige freie Tage – **ohne jedoch die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete Arbeitszeit und die Zahl der geleisteten Überstunden zu messen** – erfasst werden könnten (EuGH Rn. 22, Hervorhebung durch uns).

Auch die anderen Sprachfassungen sind weniger aussagekräftig; so heißt es in Rn. 60 der englischen Fassung „objective, reliable and accessible“ und in 11

Rn. 60 der französischen Fassung „objectif, fiable et accessible“. Verfahrenssprache war Spanisch. Auch bezieht sich der EuGH nicht auf den Wortlaut bestehender Normen oder verweist im Zusammenhang mit dem Begriff auf andere Urteile oder Stellungnahmen in der Rechtswissenschaft, die man noch zur Auslegung heranziehen könnte.

b) Teleologische Auslegung

Durchzuführen ist also insbesondere eine teleologische Auslegung der Anforderungen des EuGH. Das objektive, zuverlässige und zugängliche System ist kein Selbstzweck, sondern dient (allein) der Verwirklichung des Recht des Arbeitnehmers „auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten“ (EuGH Rn. 30). Nur im Rahmen dieses Gewährleistungsauftrages müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, 12

„damit jedem Arbeitnehmer pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden und pro Siebentageszeitraum eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden zuzüglich der täglichen Ruhezeit von elf Stunden gemäß Art. 3 gewährt wird“ (Rn. 38).

Bei der Gestaltung dieser Maßnahmen verfügen die Mitgliedstaaten zwar „über einen gewissen Spielraum“ (EuGH Rn. 42) dieser darf aber nicht zu einer Aushöhlung der Rechte der Arbeitnehmer führen (Rn. 43). Ob eine solche Aushöhlung des Rechts der Arbeitnehmer durch eine Gestaltung der Mitgliedstaaten erfolgt, fragt der EuGH sodann: 13

„Im Licht dieser allgemeinen Erwägungen ist zu prüfen, ob und inwieweit die Einrichtung eines Systems, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, erforderlich ist, um die tatsächliche Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit sowie der täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten sicherzustellen“ (EuGH Rn. 46).

Diese Frage beantwortet er Rn. 47 und 48 mit der Wertung strikter, also prinzipieller Erforderlichkeit.

„Insoweit ist im Einklang mit den Ausführungen des Generalanwalts in den Nrn. 57 und 58 seiner Schlussanträge festzustellen, dass ohne ein solches System weder die Zahl der vom Arbeitnehmer tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden sowie ihre zeitliche Lage noch die über die gewöhnliche Arbeitszeit hinausgehende, als Überstunden geleistete Arbeitszeit objektiv und verlässlich ermittelt werden kann.

Unter diesen Umständen erscheint es für die Arbeitnehmer äußerst **schwierig oder gar praktisch unmöglich**, die ihnen durch Art. 31 Abs. 2 der Charta und die Richtlinie 2003/88 verliehenen **Rechte durchzusetzen**, um tatsächlich in den Genuss der Begrenzung der wöchent-

lichen Arbeitszeit sowie der in dieser Richtlinie vorgesehenen täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten zu kommen“ (Hervorhebung hinzugefügt).

Erkenntnis der teleologischen Auslegung ist also: ein objektives, verlässliches und zugängliches System muss geeignet sein, eine Durchsetzung des Rechts des Arbeitnehmers auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten durchzusetzen. Insofern ist der Telos in der Rechtsprechung des EuGH (anders als nach diffiziler deutscher Dogmatik) vor allem als Durchsetzungstärke des Rechts (effet utile) gemeint. 14

c) Wechselwirkung mit anderen Arbeitszeitvorgaben

[1] Systematisches Verständnis des Generalanwalts des EuGH

Ergiebig für das Verständnis sind auch die Schlussanträge des Generalanwalts, auf die der EuGH an verschiedenen Stellen des Urteils Bezug nimmt. Auch der Generalanwalt forderte in den Schlussanträgen bereits die Errichtung eines „objektiven und sicheren“ Systems (Rn. 58, 65, 98), ohne den Begriff genauer auszuführen. 15

Allerdings gibt der Generalanwalt Anhaltspunkte für eine systematische Auslegung des Begriffs des objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems; in den Rn. 76 und 77 geht er von einem **gestuften System aus „besonderen Arbeitnehmern“ und „gewöhnlichen Arbeitnehmern“** aus: 16

„Zum anderen steht das Bestehen einer ausdrücklichen Verpflichtung zur Erfassung der Arbeitszeit in einigen speziellen Fällen in keiner Weise im Widerspruch zu der von mir vorgeschlagenen Auslegung. Einige Kategorien von Arbeitnehmern und die Arbeitnehmer einiger spezifischer Branchen benötigen nämlich einen besonderen Schutz – aufgrund der der Leistung innewohnenden Merkmale, wie z. B. die Teilzeitbeschäftigten oder die mobilen Arbeitnehmer –, und für sie sieht das Unionsrecht besonders strenge und umfassende Kontrollsysteme vor.

Für die ›gewöhnlichen‹ Arbeitnehmer, die nicht in diese spezifischen Kategorien fallen, setzt die Richtlinie 2003/88 hingegen das Bestehen eines Mittels zur Erfassung der Arbeitszeit, das eine einfache Aufzeichnung in Papierform, in elektronischer Form oder ein anderes Instrument, sofern es für das Ziel geeignet ist, sein kann, voraus.“

[2] Insbesondere Fahrpersonal und Binnenschifffahrt

Der Generalanwalt nimmt durch dieses gestufte System Rücksicht darauf, dass in anderen Richtlinien (insbesondere Richtlinie 2002/15/EG – Straßenverkehr sowie die Richtlinie 2014/112/EU – Binnenschifffahrt) ausdrücklich Zeiterfassungspflichten des Arbeitgebers (auch zum Schutz Dritter im Rahmen der Verkehrssicherheit) geregelt sind, wohingegen die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG keine ausdrückliche Zeiterfassungspflicht enthält. **Das objektive,** 17

verlässliche und zugängliche System nach Arbeitszeitrichtlinie für normale Arbeitnehmer darf also gerade nicht die Anforderungen erreichen, die die speziellen Richtlinien für besondere Arbeitnehmer vorsehen.

Art. 9 der Richtlinie 2002/15/EG behandelt „Informationspflicht und Aufzeichnungen“ und sieht in lit b vor:

„Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass [...] über die Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben, unbeschadet der Bestimmungen von Artikel 2 Absatz 1 Buch geführt wird. Die Aufzeichnungen sind mindestens zwei Jahre nach Ablauf des betreffenden Zeitraums aufzubewahren. Die Arbeitgeber sind für die Aufzeichnung der Arbeitszeit des Fahrpersonals verantwortlich. Der Arbeitgeber ist gehalten, dem Fahrpersonal auf Anfrage eine Kopie der Aufzeichnung der geleisteten Stunden auszuhändigen.“

Eine eigenständige **Fahrtenschreiber-Pflicht** und damit die Vorgabe eines technischen Gerätes zur Messung der Fahrt-Arbeits-Zeit enthält nur die europäische Verordnung 165/2014 (früher Verordnung 3821/85/EWG) und nur für bestimmte Fahrzeuge. 18

Besondere Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten sieht die Richtlinie 2004/112/EU für Arbeitnehmer in der Binnenschifffahrt vor. Dabei handelt es sich um eine Sozialpartnervereinbarung, die durch Beschluss des Rates verbindlich gestellt ist. Diese Vereinbarung findet sich im Anhang der Richtlinie; ihr Paragraph 12 enthält detaillierte Aufzeichnungspflichten: 19

„Kontrolle

- (1) Es werden Aufzeichnungen über die tägliche Arbeits- oder Ruhezeit jedes Arbeitnehmers geführt, um die Einhaltung der Bestimmungen nach den Paragraphen 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 und 13 überwachen zu können.
- (2) Die Aufzeichnungen müssen mindestens bis Ende des Bezugszeitraums an Bord aufbewahrt werden.
- (3) Die Aufzeichnungen sind in geeigneten Zeitabständen (spätestens bis zum nächsten Monatsende) gemeinsam vom Arbeitgeber oder seinem Vertreter und vom Arbeitnehmer zu prüfen und bestätigen.
- (4) Mindestangaben sind: a) Schiffsname, b) Name des Mitarbeiters, c) Name des verantwortlichen Schiffsführers, d) Datum, e) Arbeits- oder Ruhetag, f) Beginn und Ende der täglichen Arbeits- oder Ruhezeiten.
- (5) Dem Arbeitnehmer ist eine Kopie der ihn betreffenden bestätigten Aufzeichnungen auszuhändigen. Diese Kopien sind vom Arbeitnehmer ein Jahr mitzuführen.“

Hervorzuheben ist: Diese Richtlinie sieht kein besonderes Formerfordernis vor, verpflichtet den Arbeitgeber nicht zur Einrichtung bestimmter technischer Systeme, enthält keine expliziten scharfen Fristen, in welchem zeitlichen Abstand bis zu welchem Tag eine Aufzeichnung erfolgt sein muss, etc. Vielmehr geht gerade die Richtlinie 2004/112/EU überzeugend davon aus, dass 20

nicht die Aufzeichnungstechnik entscheidet, sondern die regelmäßige Prüfung/Bestätigung durch beide Parteien. Diese Erwägung geht als wesentliches Element in unseren Regelungsvorschlag ein (noch Rn. 75).

[3] Jugendarbeitsschutz und Mutterschutz

Jugendarbeitsschutz und Mutterschutz gehen idR mit einer Verschärfung der Arbeitszeitvorgaben einher, wie das deutsche Recht mit § 4 bis 6 MuSchG und §§ 11 bis 18 JArbSchG zeigt. Das europäische Recht sieht in der Mutterschutzrichtlinie (Richtlinie 92/85/EWG) gerade keine Verschärfungen der arbeitszeitrechtlichen Vorgaben vor. Nur die Nachtarbeit wird mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt versehen; Kontrollvorgaben hierfür oder für den Mutterschaftsurlaub nach Art. 8 sind nicht geregelt. 21

Der Jugendarbeitsschutz ist in Richtlinie 94/33/EG geregelt und zielt auf einen strikten Arbeitszeitschutz. Deren Artt. 8 bis 10 enthält strikte Begrenzungen für die ausnahmsweise erlaubte Kinderarbeit und für die regelmäßig zulässige Arbeit von Jugendlichen. Die Vorgabe einer strikten 40-Stunden-Woche und einer scharfen Begrenzung auf acht Stunden am Tag nebst einer erweiterten Mindestruhezeit wird indes von keinen Kontrollpflichten begleitet. 22

Erstaunlicherweise gehen weder Generalanwalt noch EuGH auf das Sonderarbeitszeitrecht für die besonders schutzbedürftigen Jugendlichen ein. 23

[4] Abgleich

Es wäre also systemwidrig und würde der systematischen Auslegung des europäischen Arbeitszeitrechts widersprechen, wenn man nun im „allgemeinen Arbeitszeitrecht“ die Arbeitgeber zu strengeren Aufzeichnungen verpflichten würde als im „speziellen Arbeitszeitrecht“. 24

Folgerichtig betont der Generalanwalt in Rn. 77, dass **für gewöhnliche Arbeitnehmer jede geeignete Form der Arbeitszeiterfassung** zulässig sein sollte, etwa „einfache Aufzeichnung in Papierform, in elektronischer Form oder ein anderes Instrument“. Der Generalanwalt knüpft führt diese Erwägungen aus (Schlussanträge Rn 86ff; oben Rn. 7). 25

2. Messung durch den Arbeitnehmer?

a) Kein ausdrückliches Verbot durch den EuGH

Weder das Urteil des EuGH noch die Schlussanträge des Generalanwalts schließen ausdrücklich aus, dass die Messung durch den Arbeitnehmer selbst erfolgen kann, insbesondere nach einer entsprechenden Delegation durch den Arbeitgeber. Mit einer Delegation an den Arbeitnehmer setzen sich beide an keiner Stelle auseinander; vielmehr betonen sowohl der EuGH als auch der Generalanwalt den Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des 26

Zeiterfassungssystems. Dabei bedeutet objektiv wie dargestellt gerade nicht zwingend technikbasiert, sondern lässt klassische Dokumentationsformen (wie etwa Papier) zu, welche durch den Arbeitnehmer geführt werden können.

Soweit in der deutschen Fassung des Urteils in Tenor und Rn. 71 die Phrase *„Arbeitgeber verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem [...] Arbeitszeit gemessen werden kann“* ein aktives Handeln des Arbeitgebers suggeriert, ist dies auch der Sprachfassung geschuldet. In der englischen Fassung wird deutlicher, dass lediglich ein System vorhanden sein und die Messung nicht zwingend durch den Arbeitgeber erfolgen muss *„to set up a system enabling the duration of time worked each day by each worker to be measured.“* 27

b) Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung der Norm ist unergiebig. Die Richtlinien 2002/15/EG und 2004/112/EU beschäftigen sich nicht ausdrücklich mit einer Delegationsmöglichkeit an den Arbeitnehmer, gehen aber eher von einer Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung aus. Nur diese Auslegung erklärt, weshalb der Arbeitgeber zur zeitnahen Prüfung/Besprechung mit dem Arbeitnehmer verpflichtet ist und dazu, dem Arbeitnehmer Kopien der Aufzeichnungen zu übergeben. Auch die deutsche Umsetzung, etwa in § 55 SeeArbG iVm § 3 Abs. 3 Satz 1 See-ArbZNV, geht von einer Nichtdelegierbarkeit aus: 28

Der Arbeitszeitnachweis ist vom Kapitän oder einem von ihm beauftragten Schiffsoffizier oder anderen Vorgesetzten und vom Besatzungsmitglied nach Ablauf des Kalendermonats zu unterzeichnen, um zu bestätigen, dass die täglichen Aufzeichnungen die Arbeits- und Ruhezeiten zutreffend wiedergeben.

Vor allem aber haben vor dem EuGH systematische Argumente wenig Gewicht. Das europäische Recht ist von punktueller Rechtsetzung geprägt, in sich nicht geschlossen konzipiert und lässt deswegen nur selten Gegen- und Umkehrschlüsse aus anderen Regelungen zu. 29

Bislang spielt nur die innere Widerspruchsfreiheit und der Grundsatz enger Auslegung von Ausnahmenvorschriften eine Rolle: *Riesenhuber*, Die Auslegung, in: Riesenhuber (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, 3. Auflage (2015), S. 21 ff mit Nachweisen aus der EuGH-Rechtsprechung.

Das zeigt gerade diese Entscheidung: Dem EuGH haben die transportrechtlichen Aufzeichnungspflichten keinen Anlass gegeben, ernstlich einen Gegenschluss dahin zu erwägen, dass die dortige (der Verkehrssicherheit geschuldete) Aufzeichnungspflicht einer entsprechenden Auslegung im Normalarbeitsrecht entgegentünde (Rn. 4).

c) Teleologische Auslegung

Indes führt die teleologische Auslegung des Urteils des EuGH nicht dazu, dass eine Delegation an den Arbeitnehmer unzulässig wäre. Vielmehr muss der Gesetzgeber lediglich sicherstellen, dass ein objektives, verlässliches und zugängliches System durch den Arbeitgeber eingeführt wird, mit dem sichergestellt wird, dass der Arbeitnehmer sein Recht auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten effektiv durchsetzen kann. 30

Wie hier *Bayreuther*, Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit des Beschäftigten, EuZW 2019, 446, 449; *Heuschmid*, Neujustierung des Arbeitszeitrechts und des Systems der Arbeitszeiterfassung durch den EuGH, NJW 2019, 1853; *Fuhlrott/Garden*, Arbeitsrechtliche Folgen des Stechuhr-Urteils des EuGH, ArbAktuell 2019, 263, 264; *Happ*, juris-PR Compl 3/2019 Anm. 2; **anders** hingegen *Ulber*, Arbeitszeiterfassung als Pflicht des Arbeitgebers, NZA 2019, 677, 678.

Es ist aber nicht ersichtlich, warum eine Delegation der Aufzeichnung an den Arbeitnehmer ein weniger objektives, verlässliches oder zugängliches System wäre. Das Gegenteil ist der Fall; eine Aufzeichnung durch den Arbeitgeber ist weit weniger objektiv, verlässlich und zugänglich, sondern vielmehr ebenso manipulationsanfällig, zumindest wenn man, wie der Generalanwalt des EuGH, ausdrücklich die einfache Aufzeichnung in Papierform zulassen möchte. Erlaubt man den Papiermitschrieb durch den Arbeitgeber, hat der Arbeitnehmer weder eine Kontrolle über dessen Inhalt, noch kann er nachträgliche Manipulationen ausschließen – dazu müsste der Arbeitnehmer einen eigenen Zweitaufschrieb gegenhalten. Auch ist der Papiermitschrieb nicht ohne weiteres für den Arbeitnehmer zugänglich, sondern im Besitz des Arbeitgebers; der Arbeitnehmer müsste ihn im Streitfall erst herausverlangen. 31

Demgegenüber wäre ein Papiermitschrieb durch den Arbeitnehmer zumindest aus dessen Sicht (und hierfür kommt es für den EuGH an) nicht manipulationsgefährdet und auch leicht zugänglich. Notwendig wäre allerdings, dass der Gesetzgeber diesen Papiermitschrieb dann auch mit einer entsprechenden Beweiskraft vor Gericht/Behörden ausstattet, damit er seine Funktion erfüllen kann. 32

Unseres Erachtens lässt sich gegen die Delegation nicht das arbeitsrechtliche Schutzprogramm in Stellung bringen, also die Erwägung des EuGH, dass der 33

„Arbeitnehmer aufgrund dieser schwächeren Position davon abgeschreckt werden kann, seine Rechte gegenüber seinem Arbeitgeber ausdrücklich geltend zu machen, da insbesondere die Einforderung dieser Rechte ihn Maßnahmen des Arbeitgebers aussetzen könnte, die sich zu seinem Nachteil auf das Arbeitsverhältnis auswirken können“ (Rn. 45)

Doch gibt es keine empirische Erkenntnis, dass die Qualität der Arbeitszeiterfassung (Eigenaufschrieb des Arbeitnehmers oder Erfassung durch den Arbeitgeber und sein Personal) sich auf die Durchsetzungsmotivation des Arbeitnehmers auswirkt. In beiden Fällen bleibt es beim allgemeinen Risiko, dass der Arbeitnehmer seine Rechte nicht durchsetzt.

Anders mag die teleologische Auslegung ausfallen für den Fall, dass der Arbeitgeber ein technikbasiertes System einrichtet, das für Arbeitnehmer und Arbeitgeber leicht zugänglich ist und dessen Buchungen nachvollziehbar dokumentiert und damit manipulationssicher sind; falls ein solches System durch den Arbeitgeber eingerichtet ist, wäre eine Befugnis des Arbeitgebers, einzelne Arbeitnehmer ohne weiteren Grund aus dem System auszunehmen und ihnen eine händische Dokumentation aufzuerlegen, schwer zu begründen. 34

3. Genügt eine Zeiterfassungsmöglichkeit, die der Arbeitnehmer wahrnehmen kann, aber nicht muss?

Stellt der Arbeitgeber eine Arbeitszeiterfassung ein, die dem Arbeitnehmer die Entscheidung überlassen, ob er diese nutzt, so genügt das den EuGH-Vorgaben nicht. Nach dem Tenor des Urteils müssen die Mitgliedstaaten den Arbeitgeber verpflichten 35

ein System einzurichten, mit dem die **von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit** gemessen werden kann (Hervorhebung durch uns)

Schon der Wortlaut verpflichtet zu einem Zeiterfassungssystem für jeden Arbeitnehmer. Immerhin lässt sich das „kann“ vom Wortlaut her als bloße Möglichkeit verstehen. Das liefe darauf hinaus, dass jeder Arbeitnehmer „ganz freiwillig“ für sich auf die Zeiterfassung verzichten könnte. Damit wäre einem freiheitlichen Menschenbild Rechnung getragen.

Doch ist das mit den effet-utile-Vorstellungen des EuGH nicht zu vereinbaren. 36 Zum einen geht der EuGH in den Rn. 44 davon aus, dass der Arbeitnehmer als „schwächere Partei“ vor sich selbst geschützt werden muss. Zum anderen würde einen die Kontrollmöglichkeiten der staatlichen Behörden beschnitten, wenn der Arbeitnehmer frei entscheiden dürfte, ob er an einem System zur Arbeitszeiterfassung teilnehmen möchte.

„Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Schwierigkeiten aufgrund des Umstands, dass ein System, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, fehlt, durch die Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse, die den Kontrollorganen wie der Arbeitsinspektion nach innerstaatlichem Recht verliehen werden, abgemildert werden können. **Ohne ein solches System haben diese Behörden nämlich kein wirksames Mittel**, sich den Zugang zu objektiven und verlässlichen Daten über die von den

Arbeitnehmern in den einzelnen Unternehmen geleistete Arbeitszeit zu verschaffen, der sich für die Ausübung ihres Kontrollauftrags und gegebenenfalls zur Verhängung einer Strafe als erforderlich erweisen kann“ (EuGH Rn. 57, Hervorhebung hinzugefügt).

Mithin müssen die Mitgliedstaaten den Arbeitgeber auf ein System der Arbeitszeiterfassung verpflichten, das nicht von der freiwilligen Teilnahme der Arbeitnehmer abhängt. 37

4. Welche Spielräume bleiben den Mitgliedstaaten in der Ausgestaltung?

Den Mitgliedstaaten verbleiben bei der Ausgestaltung der Vorgaben eines Systems der Arbeitszeiterfassung große Spielräume. Diese Spielräume können genutzt werden, um eine pragmatische und unbürokratische Umsetzung zu ermöglichen und so das berechnete Schutzinteresse der Arbeitnehmer mit dem Interesse der Arbeitgeber an einer praktischen Handhabbarkeit der Arbeitszeiterfassung in Einklang zu bringen. 38

a) Spielraum nach der Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH zeigt in der Entscheidung in Rn. 63 zwei Spielräume der Mitgliedstaaten auf, wenn auch in abstrakter Weise. Zum einen betont er, dass die Mitgliedstaaten 39

„Spielraum [haben], die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems, insbesondere dessen Form, festzulegen, und zwar gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs, sogar der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihrer Größe“

Zum anderen verweist der EuGH auf eine in der Richtlinie genannte Gestaltungsmöglichkeit:

„dies gilt unbeschadet von Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88, nach dem die Mitgliedstaaten unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer Ausnahmen u. a. von den Art. 3 bis 6 dieser Richtlinie vornehmen dürfen, wenn die Dauer der Arbeitszeit wegen besonderer Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht bemessen und/oder vorherbestimmt ist oder von den Arbeitnehmern selbst bestimmt werden kann.“

b) Spielraum nach dem Verständnis des Generalanwalts

Auch der Generalanwalt hat sich in seinen Schlussanträgen mit dem verbleibenden Spielraum der Mitgliedstaaten auseinandergesetzt. Er betont Rn. 85, dass die Mitgliedstaaten ein „weites Ermessen“ haben: 40

„Außerdem verfügen zwar, wie im folgenden Kapitel dargelegt wird, die Mitgliedstaaten über ein weites Ermessen beim Erlass der nationalen Regelungen über die Arbeitszeit, jedoch müsste auch die Regelung von unterschiedlichen Systemen je nach der organisatorischen Komplexität und den Merkmalen des jeweiligen Unternehmens in ihren Ermessensspielraum fallen.“

Dieses weite Ermessen sieht der Generalanwalt Rn. 86 f darin,

„dass die Bestimmung der Formen und Wege der Umsetzung dieser Verpflichtung sowie die Definition der konkreten Modalitäten, die eine einfache Kontrolle der Einhaltung der Regeln über die Arbeitszeiten gestatten, dem Ermessen der Mitgliedstaaten überlassen sind.

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die derzeitige Technologie die verschiedensten Systeme zur Erfassung der Arbeitszeit ermöglicht (Aufzeichnungen in Papierform, Computerprogramme, elektronische Zutrittsausweise), wobei diese Systeme auch nach den Besonderheiten und Erfordernissen der einzelnen Unternehmen unterschiedlich sein könnten.“

c) Zusammenfassung des Spielraums

Gestaltungsspielraum besteht zunächst in **technischer Hinsicht**. Die Mitgliedstaaten können die Form der Erfassung vorsehen, etwa die Verwendung von moderner Informationstechnik verbindlich vorschreiben, aber auch bürokratieminimierend die händische Erfassung auf Papier oder in einer Tabellenkalkulation zulassen. Die Mitgliedstaaten können auch die Möglichkeit einer Delegation der Pflicht durch den Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer, deren Bedingungen und Grenzen festlegen. Zu gestalten sind auch Fristen für die Erfassung (also: bis wann muss ein Arbeitszeitaufschrieb erfolgen) und Mindestfristen für die Aufbewahrung. Der nationale Gesetzgeber darf hierbei Schwellenwerte vorsehen, unterhalb derer etwa vereinfachte Technik zugelassen wird oder er darf für bestimmte Branchen abweichende Regelungen vorsehen. 41

Unzulässig wäre hingegen, die Zeiterfassung optional zu gestalten, den Arbeitgebern und Arbeitnehmern also freizustellen, ob sie die Zeiterfassung wünschen oder nicht. 42

Gestaltungsspielraum besteht in **personeller Hinsicht**. Die Mitgliedstaaten dürfen eine spezielle Behandlung für leitende Angestellte vorsehen, aber auch für Arbeitnehmer, deren Dauer der Arbeitszeit nicht gemessen und/oder vorherbestimmt werden kann. Weitere Ausnahmen sind möglich für Arbeitnehmer, die selbst die Dauer ihrer Arbeitszeit bestimmen können.

Wenig beachtet wurde bislang der **rechtliche Spielraum** der Mitgliedstaaten; dieser ist aber wesentlich für einen guten Arbeitnehmerschutz und eine gleichzeitige Begrenzung der Belastung der Arbeitgeber. So sollte geregelt werden, welchen Beweiswert eine Arbeitszeiterfassung hat, welche Prüfungs-, Remonstrations- und Mitwirkungsobliegenheiten dem Arbeitnehmer zugewiesen sind, um zeitnah Rechtssicherheit zu erzeugen, wenn schon Arbeitszeit erfasst werden muss. 43

5. Zwischenergebnis

Auch wenn das Urteil des EuGH zu den Anforderungen an das von den Mitgliedstaaten vorzuschreibende System der Arbeitszeiterfassung wenig ausdrückliche Aussagen enthält, so ergibt doch die Auslegung des Urteils wesentliche Leitlinien für eine Gestaltung durch den nationalen Gesetzgeber. 44

- Der EuGH verlangt von den Mitgliedstaaten, Arbeitgeber zu einem objektiven, verlässlichen und zugänglichen System zu verpflichten, ohne dies näher zu definieren. Entscheidend ist die teleologische Auslegung: dem Arbeitnehmer muss ermöglicht werden, sein Recht auf Beschränkung der Höchstarbeitszeit und der Einhaltung der Mindestruhezeiten durchzusetzen.
- Aus der systematischen Auslegung des europäischen Arbeitszeitrechts ergeben sich gestufte Anforderungen für „spezielle Arbeitnehmer“ und „gewöhnliche Arbeitnehmer“; die Anforderungen der Arbeitszeiterfassung im allgemeinen Arbeitszeitrecht darf nicht an die im speziellen Arbeitszeitrechts heranreichen. Überzeugend führt deshalb der Generalanwalt des EuGH aus, dass für „gewöhnliche Arbeitnehmer“ eine Arbeitszeiterfassung in jeder Form, sogar in Papierform, zulässig ist.
- Eine Delegation der Aufzeichnungspflicht an den Arbeitnehmer ist möglich, solange dies mit dem Telos vereinbar ist. Entscheidend ist die Aufzeichnungsform, für die sich der Arbeitgeber entscheidet. Bei technischen, manipulationssicheren Erfassungssystemen sollte eine Delegation ausscheiden, weil sie keinen Mehrwert bringt. Gibt es allerdings kein solches technisches, manipulationssicheres Erfassungssystem, ist die Erfassung durch den Arbeitnehmer sogar die arbeitnehmerfreundlichere, weil manipulationssichere Erfassungsform – solange der Gesetzgeber die so erstellten Erfassungen mit hinreichender Beweiskraft ausstattet.
- Demgegenüber genügt eine bloße Bereitstellung eines Arbeitszeiterfassungssystem nicht den Anforderungen des EuGH; der Arbeitgeber muss hier eine tatsächliche Teilnahme des Arbeitnehmers erzwingen.
- Auch nach dem Urteil des EuGH verbleiben den Mitgliedstaaten erhebliche Gestaltungsspielräume, insbesondere hinsichtlich der Form und Fristen einer Erfassung bzw. Aufbewahrung sowie hinsichtlich der Delegationsmöglichkeit. Für besondere Arbeitnehmergruppen sieht bereits die Richtlinie 2003/88/EG Ausnahmemöglichkeiten vor. Auch der Beweiswert einer Zeiterfassung kann durch die Mitgliedstaaten definiert werden.

II. Genügen deutsche Arbeitszeitgesetze den Anforderungen des EuGH?

1. Erfüllt § 16 Abs. 2 ArbZG die Anforderungen des EuGH?

Wie in Rn 1 gezeigt, enthält das ArbZG bisher keine allgemeine Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit. Allein für Überstunden – genauer: die über die 45

werktägliche Arbeitszeit nach § 3 Abs. 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit – ist der Arbeitgeber zur Aufzeichnung und Aufbewahrung verpflichtet.

Eine solche Pflicht des Arbeitgebers zur bloßen Aufzeichnung von Überstunden genügt nicht den europarechtlichen Anforderungen. Der EuGH hat gerade eine vergleichbare nationale Regelung in Spanien beanstandet. Auch dort war „nur“ die Aufzeichnung von Überstunden angeordnet. Richtig betont der EuGH:

„Die Einstufung als „Überstunden“ setzt nämlich voraus, dass die Dauer der von dem jeweiligen Arbeitnehmer geleisteten Arbeitszeit bekannt ist und somit zuvor gemessen wurde. Die Verpflichtung, nur die geleisteten Überstunden zu erfassen, bietet den Arbeitnehmern daher kein wirksames Mittel“ (Rn 52).

Davon abgesehen: Jedwede Aufzeichnung nur der Überstunden könnte die gebotene Kontrolle und Sicherung der **Ruhezeiten** nicht leisten. Eben dies verlangt der EuGH:

„Die objektive und verlässliche Feststellung der Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden ist nämlich für die Beurteilung grundlegend, ob [...] zum anderen die in den Art. 3 und 5 dieser Richtlinie festgelegten täglichen oder wöchentlichen Mindestruhezeiten, was die tägliche Ruhezeit betrifft, in jedem 24-Stunden-Zeitraum oder, was die wöchentliche Ruhezeit betrifft, im Bezugszeitraum nach Art. 16 Buchst. a dieser Richtlinie eingehalten wurden“ (Rn. 49)

2. Inwiefern genügt die Kombination deutschrechtlicher Überwachungsinstrumente den EuGH-Kriterien?

Die Kombination von behördlich-arbeitszeitrechtlicher Überstundenkontrolle (Rn. 49) und betriebsrätlicher Arbeitszeitkontrolle (Rn. 52) ermöglicht nicht die geforderte lückenlose Kontrolle von Höchstarbeitszeit und Ruhezeiten.

a) Behördliche Aufsicht nach § 17 Abs. 4 ArbZG

Insbesondere die Befugnisse der Aufsichtsbehörde nach § 17 Abs. 4 ArbZG – also Auskunftsverlangen nach Satz 1 und Vorlage der Arbeitszeitznachweise nach Satz 2 – sind nur beschränkt effektiv. Der Arbeitgeber muss nur diejenigen Unterlagen zur Verfügung stellen, die er hat. Ist er also nicht nach anderen Normen zur Dokumentation der Arbeitszeit verpflichtet, kann die Behörde ihn auch nicht über § 17 Abs. 4 ArbZG zur Herstellung solcher Dokumentation zwingen.

Neumann/Biebl, ArbZG, 16. Auflage (2013) § 17 Rn. 3; BeckOKArbR/Kock, 51. Edition (März 2019) § 17 ArbZG Rn. 8; ErfK/Wank, 19. Auflage [2019], § 17 ArbZG Rn. 4.

Selbst wenn man darüber hinwegginge oder § 17 Abs. 4 Satz 1 ArbZG (europarechtskonform) dahin interpretierte, dass die Aufsichtsbehörde mit dem Auskunftsverlangen auch die Anfertigung einer Zeitdokumentation verlangen könnte, genügte das nicht. Denn so könnte die Behörde mit ihrem Kontrollermessen ganze Bereiche von der Normdurchsetzung ausnehmen – wie das heutzutage schon für Rechtsanwalts- und Steuerberaterkanzleien der Fall ist – und damit den Vollzug der europäischen Vorgaben aussetzen. Mit dem *effet utile* der Richtlinie ist das nicht zu vereinbaren. 50

Schließlich kennt das vom EuGH beanstandete spanische Recht gleichfalls Überwachungsbefugnisse der Behörden. Der EuGH beanstandet indes, dass den Behörden ohne ein allgemeines Zeiterfassungssystem die Anhaltspunkte für Ermittlungen gerade fehlten: 51

„Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Schwierigkeiten aufgrund des Umstands, dass ein System, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, fehlt, durch die Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse, die den Kontrollorganen wie der Arbeitsinspektion nach innerstaatlichem Recht verliehen werden, abgemildert werden können. Ohne ein solches System haben diese Behörden nämlich kein wirksames Mittel, sich den Zugang zu objektiven und verlässlichen Daten über die von den Arbeitnehmern in den einzelnen Unternehmen geleistete Arbeitszeit zu verschaffen, der sich für die Ausübung ihres Kontrollauftrags und gegebenenfalls zur Verhängung einer Strafe als erforderlich erweisen kann“ (Rn. 57).

b) Überwachungsrecht des Betriebsrats

Gleiches gilt für das Überwachungsrecht des Betriebsrats aus § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG. Grundsätzlich ist die Vorlagepflicht im Rahmen dieser allgemeinen Überwachungsaufgabe auf bereits vorhandene Unterlagen beschränkt. 52

Statt aller: BAG 7.8.1986 – 6 ABR 77/83, NZA 1987, 134 ; ErfK/*Kania*, 19. Auflage (2019) § 80 BetrVG Rn. 24.

Gerade für die Arbeitszeiterfassung (mit Blick auf die Vertrauensarbeitszeit) hat das Bundesarbeitsgericht indes 2003 entschieden, der Arbeitgeber müsse kraft Organisationspflicht in der Lage sein, die notwendigen Unterlagen bereitzustellen. 53

„1. Zur Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe nach § 80 Absatz I Nr. 1 BetrVG benötigt der Betriebsrat im Hinblick auf die Einhaltung der gesetzlichen Ruhezeiten und der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit Kenntnis von Beginn und Ende der täglichen und vom Umfang der tatsächlich geleisteten wöchentlichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer.

2. Der Arbeitgeber hat seinen Betrieb so zu organisieren, daß er die Durchführung der geltenden Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen selbst gewährleisten kann. Er muß sich deshalb über

die genannten Daten in Kenntnis setzen und kann dem Betriebsrat die Auskunft hierüber nicht mit der Begründung verweigern, er wolle die tatsächliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer wegen einer im Betrieb eingeführten ›Vertrauensarbeitszeit‹ bewusst nicht erfassen“ (BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348, Tenor).

Auch diese richterrechtliche Dokumentationspflicht genügt der Rechtsprechung des EuGH nicht, zumindest nicht vollständig. Personell lässt sie **Arbeitnehmer in betriebsratslosen Betrieben** ungeschützt, und zwar solche in betriebsratsunfähigen Kleinbetrieben nicht anders als jene in größeren Betrieben, deren Belegschaft keinen Betriebsrat wählt. 54

Die betriebliche Mitbestimmung verliert an Durchsetzungskraft, immer weniger Betriebe wählen einen Betriebsrat, Betriebe mit weniger als 500 Beschäftigten haben meist keinen Betriebsrat: <https://www.iab-forum.de/die-betriebliche-mitbestimmung-verliert-an-boden/> [19.7.2019]

Ebenso ungeschützt bleiben leitende Angestellte, die zwar unter den Geltungsbereich des ArbZG (und unter das Unionsarbeitszeitrecht), nicht aber des BetrVG fallen.

Auch ist zweifelhaft, ob diese richterrechtliche Stärkung der Betriebsratsrechte das Unionsrecht **hinreichend transparent** umsetzt. Doch würde diesem Aspekt durch Kodifizierung Rechnung getragen. 55

Hierauf hat der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen Rn 50 hingewiesen. Dazu weiter EuGH 10. 5. 2001 – C-144/99 [Kommission/Niederlande], NJW 2001, 2244 Rn. 21: Richtlinienumsetzung durch „nationale Rechtsprechung“ könne „nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen [...], die notwendig sind, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen“. Außerdem müssen Umsetzungsmaßnahmen mindestens denjenigen rechtlichen Rang aufweisen, wie das die Materie im übrigen regelnde nationale Recht, EuGH 3.3.1988 – 116/86, Slg 1988, 1323 Rn. 14; Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung (2003) S. 209 f.

Schließlich ist eine Umsetzung über einen Auskunfts- und Vorlageanspruch des Betriebsrats systemwidrig. Die üblichen Informations- und Vorlageansprüche des Betriebsrats beziehen sich auf Bereiche, in denen der Betriebsrat zumindest ein echtes Entschließungsermessen hat, ob er die Informationen / Unterlagen anfordert. Für die Arbeitszeit gilt dies hingegen nicht, weil der EuGH gerade verlangt, dass für jeden Arbeitnehmer die Arbeitszeit erfasst wird und nicht nur für die Arbeitnehmer in Betrieben, in denen der Betriebsrat das möchte. Um zumindest als teilweise Umsetzung des EuGH-Urteils zu dienen, müsste jeder Betriebsrat unionsrechtlich verpflichtet sein, vom Arbeitgeber eine Dokumentation der Arbeitszeit zu verlangen. Der Betriebsrat würde zum Instrument staatlichen Vollzugsauftrages, zu einem Gehilfen der Arbeitsbehörden. 56

3. Gilt die Zeiterfassungspflicht für strengeres deutsches Arbeitszeitrecht?

Der EuGH hat die Zeiterfassungspflicht in erster Linie zur Durchsetzung der europäischen Wochenhöchstleistungszeit von 48 Stunden und der Ruhezeiten konzipiert. Das darf indes nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass strengeres nationales Recht – hier der grundsätzliche 8-Stunden-Tag des ArbZG – hiervon nicht betroffen sei. 57

Nationale Rechtsverschärfungen gegenüber europäischem Arbeitszeitrecht (wie auch im spanischen Ausgangsfall) bewegen sich im Geltungsbereich der Richtlinie und werden ebenfalls von dem Kontrollgebot erfasst. Das hat der EuGH in Rn. 51 explizit ausgeführt.: 58

„Es ist insoweit unerheblich, dass die im vorliegenden Fall nach spanischem Recht geltende wöchentliche Höchstleistungszeit, wie die spanische Regierung vorträgt, für den Arbeitnehmer günstiger ist als die in Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88 vorgesehene. Dies ändert nämlich, wie diese Regierung weiter ausführt, nichts daran, dass die in diesem Bereich erlassenen innerstaatlichen Bestimmungen Teil der Umsetzung dieser Richtlinie in das innerstaatliche Recht sind, deren Einhaltung die Mitgliedstaaten mit der Festlegung der zu diesem Zweck erforderlichen Modalitäten sicherstellen müssen. Im Übrigen ist es ohne ein System, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, für einen Arbeitnehmer ebenso schwierig oder gar praktisch unmöglich, die tatsächliche Einhaltung der wöchentlichen Höchstleistungszeit – unabhängig von deren Dauer – sicherzustellen.“

4. Zwischenergebnis

Die deutschen Arbeitsgesetze erfüllen die Anforderungen des EuGH bisher nicht.

- Die Pflicht des Arbeitgebers aus § 16 Abs. 2 ArbZG zur Dokumentation von Überstunden genügt nicht, weil sie weder zur Dokumentation der sonstigen Arbeitszeit verpflichtet und auch keine Kontrolle der Lage der Arbeitszeit und damit der Einhaltung der Ruhezeiten ermöglicht.
- Die Pflicht des Arbeitgebers aus § 17 Abs. 4 ArbZG, der Aufsichtsbehörde Unterlagen zur Verfügung zu stellen, beschränkt sich auf vorhandene Dokumente, enthält also gerade keine Pflicht zur Erstellung. Eine lückenlose Kontrolle des Arbeitszeitrechts durch die Aufsichtsbehörden ist angesichts der personellen Ressourcen undenkbar. Im Übrigen verlangt der EuGH gerade ein System, das dem Arbeitnehmer eine Geltendmachung unabhängig vom Handeln der Aufsichtsbehörden ermöglicht. Das gleiche gilt für § 80 Abs. 2 BetrVG und die bisherigen Befugnisse des Betriebsrats.
- Unerheblich ist hingegen, dass Deutschland zu Gunsten der Arbeitnehmer von der Wochenhöchstleistungszeit von 48 Stunden abweicht; diesen Einwand

hat der EuGH schon für das spanische Recht, das dem Ausgangsverfahren zugrunde lag, verworfen.

III. Gestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers

1. Genügt eine Aufzeichnungspflicht hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit?

Eine Aufzeichnungspflicht, die sich lediglich auf die Dauer der Arbeitszeit beschränkt, setzt das EuGH-Urteil unzureichend um. Eine Aufzeichnung der Dauer der Arbeitszeit ermöglicht zwar eine Kontrolle der Höchstarbeitszeit, nicht aber der täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten, für die es auf die Lage der Arbeitszeit am Tag ankommt. Dem EuGH geht es gerade auch um die Mindestruhezeiten („sowie der in dieser Richtlinie vorgesehenen täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten“, Rn. 48). 59

2. Sollte die Rechtsprechung des BAG zum Arbeitszeit-Auskunftsanspruch des Betriebsrats (6.5.2003 – 1 ABR 13/02) kodifiziert werden?

Eine solche Kodifikation ist möglich, indes unzureichend. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass der Arbeitgeber auch bei Zulassung von Vertrauensarbeitszeit in der Lage sein muss, dem Betriebsrat die Informationen zur Verfügung zu stellen, die dieser für die Wahrnehmung seiner Arbeit benötigt (Rn. 53). Doch genügt die Kodifikation der Vorgaben des EuGH schon wegen der personalen Defizite nicht (Rn. 54). 60

Daneben wäre die Kodifikation systemwidrig (Rn. 56).

3. Ist der Gesetzgeber gehalten, die Vorgaben des § 17 Abs. 1 MiLoG zu übernehmen?

§ 17 Abs. 1 Satz 1 MiLoG schreibt für alle Arbeitsverhältnisse eine sehr strenge Arbeitszeiterfassung vor – um die Abrechnung des Mindestlohnes zu sichern. 61

„Ein Arbeitgeber, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach § 8 Absatz 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch oder in den in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftsbereichen oder Wirtschaftszweigen beschäftigt, ist verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit dieser Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt aufzubewahren.“

§ 17 MiLoG ist eine rein deutschrechtliche Norm ohne jeden Unionsrechtsbezug. Ihr geht es nicht um Arbeitszeitgrenzen, sondern um das Mindestentgelt. Für das Arbeitsentgelt hat aber die Union nach dem eindeutigen Art. 153 Abs. 5 AEUV keine Kompetenz, weswegen nationale Mindestlohnregeln nie das Unionsrecht durchführen und damit auch nach Art. 51 Abs. 1 GRC nicht in 62

den Geltungsbereich der Grundrechtecharta und damit des Rechts auf Arbeitszeitgrenzen nach Art. 31 GRC fallen.

Auch deutschrechtlich greift keine Gebot systemischer Gleichbehandlung. Entgeltabrechnung zum Schutz vor Ausbeutung ist etwas grundlegend anderes, als der Schutz vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch ein Übermaß an Arbeitsleistung oder unzureichende Ruhepausen. 63

Im Übrigen konterkarierte eine undifferenzierte Übertragung der Vorgaben des § 17 Abs. 1 MiLoG auf alle Arbeitsverhältnisse das abgestufte Schutzkonzept, das dem deutschen wie dem europäischen Arbeitszeitrecht zugrunde liegt. Insbesondere das europäische Recht sieht strengere Zeiterfassungssysteme für besondere Arbeitnehmer vor; in diese Konzept passt stimmig, für bestimmte bei typisierter Betrachtung besonders schutzbedürftige Arbeitnehmer besondere Erfassungsformen und -fristen vorzusehen. Eine pauschale Erweiterung auf alle Arbeitsverhältnisse ist nicht erforderlich und deshalb auch keine verhältnismäßige Abwägung zwischen dem berechtigten Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer und dem berechtigten Interesse der Arbeitgeber an Schutz vor Bürokratiebelastungen. 64

Umgekehrt sollte der Gesetzgeber erwägen, Ausnahmen für Arbeitnehmer, die ihre tägliche Arbeitszeit eigenverantwortlich einteilen, entsprechend § 1 Abs. 1 MiLoAufzV im ArbZG gesondert zu behandeln. 65

4. Könnte der Gesetzgeber die Delegation der Arbeitszeitaufzeichnung an den Arbeitnehmer vorsehen?

Der nationale Gesetzgeber dürfte vorsehen, dass die Arbeitszeiterfassung durch den Arbeitgeber an den Arbeitnehmer delegiert werden kann. Wie dargestellt (Rn. 26) verhalten sich weder EuGH noch die Schlussanträge des Generalanwalts zur Delegation; vielmehr betonen sie den Spielraum der Mitgliedsstaaten bei der Ausgestaltung. Eine Delegation an den Arbeitnehmer darf freilich nicht zur Aushöhlung seines Schutzes führen. 66

Insbesondere die teleologische Auslegung der Forderung des EuGH nach einem „objektiven, verlässlichen und zugänglichen System“ kann gleichzeitig begründen, weshalb eine Delegation grundsätzlich zugelassen werden kann, aber auch welche Grenzen bestehen. Lässt der Gesetzgeber eine Arbeitszeiterfassung auch mit nichttechnischen Mitteln zu und entscheidet sich der Arbeitgeber dazu, keine technischen Erfassungssysteme einzuführen, werden die Arbeitszeit und die Ruhepausen händisch erfasst. In diesem Fall ist aber aus Sicht des Arbeitnehmers die eigenhändige Erfassung sogar günstiger, weil sie weniger manipulationsanfällig und jederzeit für ihn zugänglich ist. Insofern spricht der Telos nicht gegen eine Delegationsmöglichkeit, sondern dafür. 67

Allerdings müsste eine solche Delegationseröffnung von zwei Rahmenbedingungen flankiert werden: zum einen muss es bei der primären Verantwortlichkeit des Arbeitgebers (hiervon geht der EuGH aus) bleiben. Zum anderen müsste die vom Arbeitnehmer selbst erstellte Zeiterfassung mit einem hinreichenden Beweis- oder Indizwert vor Gericht versehen werden. Nur in diesem Fall kann eine delegierte Zeiterfassung sicherstellen, dass der Arbeitnehmer sein Recht auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und der Ruhepausen auch durchsetzen kann. 68

Errichtet demgegenüber der Arbeitgeber ein manipulationssicheres technikbasiertes Zeiterfassungsmittel, so müsste der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, dass einzelne Arbeitnehmer nicht ohne weiteres hiervon ausgeschlossen werden können. Gleichzeitig sollte es auch hier Abweichungsmöglichkeiten geben, etwa für Arbeitnehmer auf Reisen, im Homeoffice, usw. Denkbar wäre hier in unseren Augen die Berechtigung des Arbeitgebers zur Delegation kombiniert mit einer Berechtigung des Arbeitnehmers, die Delegation jederzeit zu beenden. In diesem Fall ist sichergestellt, dass ein Arbeitnehmer jederzeit den Zustand herbeiführen kann, der für die Durchsetzung seines auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und der Ruhepausen günstiger ist. 69

5. Wie kann das vom EuGH eröffnete Regelungsermessen europarechtskonform und bürokratieminimierend genutzt werden?

Ausdrücklich nicht Gegenstand des Gutachtens ist die Diskussion um die Anpassung des ArbZG an die veränderte Arbeitswelt (also: neue Definition des Begriffs des „Arbeit“; Ausnutzung des Spielraums der Arbeitszeitrichtlinie im ArbZG; hierzu gibt es fundierte Stellungnahmen). 70

Eine Umsetzung des EuGH-Urteils bietet die Möglichkeit, ein in sich stimmiges Konzept mit abgestimmtem Schutzniveau für verschiedene Gestaltung zu schaffen. Eine Differenzierung empfiehlt sich vor allem dann, wenn der Gesetzgeber sich entscheiden sollte, für besonders schutzbedürftig empfundene Arbeitnehmer eine strengere Erfassung vorzuschreiben, etwa durch die Verwendung bestimmter Techniken zur Arbeitszeiterfassung, bestimmter Fristen innerhalb derer die Zeiterfassung erfolgen muss oder aber Mindestaufbewahrungsfristen. In diesem Fall sollte der Gesetzgeber genau differenzieren, für welche Fälle eine strenge Gestaltung notwendig ist und in welchen Fällen auch weichere Gestaltungen den berechtigten Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten, ohne die Arbeitgeber über Gebühr zu belasten. Insofern ist insbesondere daran zu denken, den Schutz von arbeitenden Kindern und Jugendlichen durch eine entsprechende Kontrolle zu effektuieren. 71

Alternativ könnte der Gesetzgeber die unionsrechtliche Verpflichtung knapp und einfach umsetzen und dabei bewusst auf Differenzierungsmöglichkeiten 72

verzichten, die ihm das Urteil des EuGH eröffnet. Das miede schwierig zu vermittelnde und zu überprüfende Differenzierungen und schüfe für alle Arbeitgeber eine gleichförmige und möglichst einfache Regelung. Für diese Variante haben wir den Entwurf einer entsprechenden Ergänzung des § 16 ArbZG beigefügt (Rn. 1).

Bevorzugt der Gesetzgeber ein abgestuftes Konzept für die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, bieten sich folgende Differenzierungsmöglichkeiten an: 73

- Möglich wäre etwa eine Abstufung nach Unternehmensgrößen. Zwar erlaubt das Urteil des EuGH nicht, analog der „Kleinbetriebsklausel“ kleine Unternehmen vollständig von der Erfassungspflicht zu befreien. Allerdings könnte der Gesetzgeber bürokratieminimierend gestalten und die Vorgabe bestimmter Erfassungstechniken auf größere Unternehmen beschränken und in kleineren Unternehmen den „Papieraufschrieb“ akzeptieren.
- Auch könnte der Gesetzgeber die technischen Anforderungen an ein Erfassungssystem an die tatsächlichen Gegebenheiten des Arbeitgebers anpassen. In der jüngeren Literatur wird mit Recht betont, dass Arbeitgeber, die die Anwesenheit von Arbeitnehmer bisher aus anderen Gründen erfassen, diese Erfassung leicht auch zur Dokumentation der Arbeitszeit nutzen können (etwa *Ulber*, Arbeitszeiterfassung als Pflicht des Arbeitgebers, NZA 2019, 677). Anders sieht es in Unternehmen aus, deren Arbeitnehmer große Freiheiten hinsichtlich der Einteilung der Lage der Arbeitszeit und/oder des Arbeitsortes genießen; hier könnte der Gesetzgeber andere Erfassungsformen zulassen.
- Eine ähnliche Differenzierung könnte der Gesetzgeber hinsichtlich des Einkommens der Arbeitnehmer vornehmen, etwa analog des abgemilderten Kündigungsschutzes für Risk Taker nach § 25a Abs. 5a KWG. Zwar darf der Gesetzgeber auch für diese Arbeitnehmergruppen den Arbeitgeber nicht komplett von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung befreien; der Gesetzgeber könnte aber geringere Anforderungen an die technische Umsetzung stellen oder Aufbewahrungspflichten verkürzen.
- Der Gesetzgeber könnte eine ausdrückliche Delegationsmöglichkeit an den Arbeitnehmer schaffen, zumindest für bestimmte geeignete Fälle (schon Rn. 26). Wie dargestellt sprechen überzeugende Argumente dafür, dass in vielen Fällen eine Delegation an den Arbeitnehmer für diesen sogar günstiger ist als eine Zeiterfassung durch den Arbeitgeber. Falls der Gesetzgeber gleichwohl Bedenken vor einer möglichen „Übervorteilung“ des Arbeitnehmers hat, könnte er regeln, dass der Arbeitnehmer sich jederzeit gegen die Delegation entscheiden kann, mit der Folge, dass ab diesem Zeitpunkt wieder der Arbeitgeber zur Erfassung verpflichtet ist. Durch eine solche Gestaltung wird hervorgehoben, dass der Arbeitnehmer stets die für ihn günstigere Variante wählen kann. Der Gesetzgeber könnte sogar noch weitergehen und den

Arbeitgeber berechtigen, für den Fall eines Widerspruchs gegen die Delegation durch den Arbeitnehmer bestimmte Freiheiten des Arbeitnehmers (Vertrauensarbeitszeit, Homeoffice) zurückzunehmen, sofern diese dazu führen, dass der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht nachkommen kann.

- Der Gesetzgeber könnte den Arbeitgebern zunächst einen Vertrauensvorschuss entgegenbringen und sie „prinzipiell“ zur Erfassung der Arbeitszeit verpflichten, hierbei aber keine bestimmten Fristen oder Formen vorschreiben. Dieser Vertrauensvorschuss könnte einhergehen mit erweiterten Eingriffsbefugnissen der Aufsichtsbehörden; diese könnten berechtigt werden, dem Arbeitgeber im Einzelfall bestimmte Formen der Arbeitszeiterfassung vorzuschreiben (ggf. nach entsprechender Anregung von Arbeitnehmern oder des Betriebsrats), sobald dies im Einzelfall notwendig ist.
- Als Erleichterung könnte der Gesetzgeber für Betriebe mit starren Arbeitszeiten den Arbeitgeber ausdrücklich berechtigen, die Lage und Länge der Arbeitszeit mit Hilfe eines vorausgefüllten Formulars vorzuerfassen. Dies erspart für viele Arbeitgeber Dokumentationslasten. Allerdings muss in seinem solche Modell der Arbeitnehmer eine Abänderung verlangen können, wenn die tatsächlich geleistete Arbeitszeit von der geplanten Arbeitszeit abweicht.

Auch wenn der Gesetzgeber sich für die (in unseren Augen vorzugswürdige) einfache und einheitliche Gestaltung entscheidet, sollte eine solche Klausel folgende Aspekte mitberücksichtigen: 74

- Der Gesetzgeber sollte unbedingt Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers regeln, um sicherzustellen, dass der Arbeitgeber nicht zu einer Zeiterfassung verpflichtet wird, die er nicht leisten kann, weil er etwa bei mobilen Arbeitnehmern oder Arbeitnehmern im Homeoffice die entsprechenden Angaben nicht kennt. Diese Pflicht sollte als echte Rechtspflicht des Arbeitnehmers ausgestaltet werden, damit der Arbeitgeber bei Verstoß hierauf auch arbeitsrechtliche Sanktionen stützen kann.
- Der Gesetzgeber sollte bei der Umsetzung insbesondere die Verwirklichung des Rechtsfriedens verfolgen. Würde der Gesetzgeber eine bloße Zeiterfassungspflicht des Arbeitgebers normieren, drohte, dass bis zu 3 Jahre (Regelverjährung) Streitigkeiten darüber entstehen, ob die Erfassung richtig erfüllt wurde. Das gleiche gilt nach einer Delegation durch eine Zeiterfassung durch den Arbeitnehmer. Insofern sollte der Gesetzgeber Prüfungs- und Rügeobligationen mit kurzen Fristen regeln, um schnell für Rechtsfrieden zu sorgen.
- Schließlich sollte der Gesetzgeber den Fall bedenken, dass sich eine Rechtsbeziehung nachträglich als Arbeitsverhältnis darstellt (etwa wegen einer falschen Bewertung der Selbständigkeit). Für einen solchen Fall sollte das Gesetz

klarstellen, dass zumindest die Arbeitszeiterfassung nicht nachgeholt werden muss, weil sie nach langer Zeit objektiv unmöglich ist.

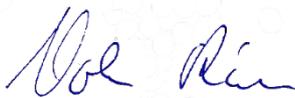
IV. Vorschlag für einen § 16 ArbZG-neu

Der Gesetzgeber könnte folgende Änderung und Ergänzung des § 16 ArbZG 75 beschließen, um das Urteil des EuGH bürokratiearm und rechtssicher umzusetzen:

- (1) ... wie bisher
- (2) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Beginn, Ende und Lage der täglichen Arbeitszeit eines jeden Arbeitnehmers in geeigneter Form aufzuzeichnen (Arbeitszeiterfassung). Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die hierfür erforderlichen Angaben unverzüglich, wahrheitsgemäß und vollständig zu übermitteln.
- (3) Solange und soweit die Arbeitszeiterfassung für den jeweiligen Arbeitnehmer nicht automatisiert erfolgt, kann der Arbeitgeber die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung durch Erklärung in Textform an den Arbeitnehmer delegieren. Ebenso kann der Arbeitgeber die Delegation widerrufen. Auf Verlangen der Aufsichtsbehörden im Einzelfall oder auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber eine Delegation zu Beginn des Folgemonats zurückzunehmen. Die Delegation entbindet den Arbeitgeber nicht von der Verantwortung, die Aufzeichnung sicherzustellen.
- (4) Die Arbeitszeiterfassung für einen Monat soll spätestens bis zum Ablauf des Folgemonats von Arbeitgeber und Arbeitnehmer geprüft und in geeigneter Form bestätigt werden; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Anschluss eine von beiden Seiten bestätigte Fassung der Arbeitszeiterfassung in geeigneter Form zur Verfügung zu stellen. Die Arbeitszeiterfassung gilt als bestätigt und damit als inhaltlich zutreffend, wenn die andere Seite nicht binnen einen Monats nach Aufforderung durch die andere Seite zur Überprüfung der Arbeitszeiterfassung in Textform widerspricht. Der Anspruch auf Nachholung der Arbeitszeiterfassung erlischt mit Ablauf des Folgemonats.

C. Ergebnisse

1. Der EuGH verlangt in seinem Urteil CCOO (C-55/18), dass die Mitgliedstaaten alle Arbeitgeber verpflichten, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer täglich geleistete Arbeitszeit gemessen werden kann. Damit will der EuGH das europäische Recht des Arbeitnehmers auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit aber auch der Ruhezeiten effektiv durchsetzen. Deshalb muss nicht nur die Länge, sondern auch die Lage der Arbeitszeit erfasst werden.
2. Die Mitgliedstaaten genießen bei der Umsetzung großen Gestaltungsspielraum. Weder schreibt das europäische Recht eine bestimmte Erfassungstechnik vor, noch steht es grundsätzlich einer Delegation der Aufzeichnungspflicht an den Arbeitnehmer entgegen.
3. Das aktuell geltende deutsche Arbeitszeitrecht entspricht den Vorgaben des EuGH nur teilweise, weil es nicht auf alle Arbeitsverhältnisse Anwendung findet. Das nationale Recht muss angepasst werden. Regulatorische Untätigkeit würde durch deutsche Arbeitsgerichte beantwortet. Der Gesetzgeber sollte den durch den EuGH aufgezeigten Gestaltungsspielraum nutzen, auch um die berechtigten Interessen der Arbeitgeber zu wahren.
4. Der Gesetzgeber könnte sich für eine komplexe Umsetzung entscheiden und versuchen, für verschiedene Branchen, Unternehmensgrößen oder Arbeitnehmergruppen ein abgestimmtes Schutzniveau vorzuschreiben. Das brächte Komplexität und Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich.
5. Vorzugswürdig erscheint uns eine gleichförmige und möglichst einfache Regelung. Arbeitgeber sollten selbst entscheiden dürfen, welche Technik der Aufzeichnung sie wählen. Falls sie sich gegen eine technikbasierte Umsetzung entscheiden (etwa in Papierform, etc), sollten sie den Mitschrieb eine Delegation an den Arbeitnehmer zugelassen werden, flankiert von einer Befugnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, diese Delegation zu beenden. Entscheidend für den Rechtsfrieden sind kurze Prüfungs- und Rügeobliegenheiten (wie sie bereits im speziellen Arbeitszeitrecht teilweise bestehen), um zu verhindern, dass binnen der dreijährigen Regelverjährung über die Zeiterfassung gestritten werden kann.



Dr. Volker Rieble
Universitätsprofessor



Dr. Stephan Vielmeier
Fachanwalt für Arbeitsrecht