

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. Gregor Thüsing

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 14. September 2020 zum

a) Gesetzentwurf der Abgeordneten Norbert Kleinwächter, Jürgen Pohl, René Springer,
weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes
BT-Drucksache 19/1841

b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Jessica Tatti, Matthias W. Birkwald,
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Damit jede Arbeitsstunde zählt – Arbeitszeitgesetz ergänzen
BT-Drucksache 19/17134

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Anja Hajduk, Markus Kurth,
weiterer Abgeordneter und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Arbeitszeit – EuGH-Urteil umsetzen, mehr Zeitsouveränität ermöglichen
BT-Drucksache 19/20585

siehe Anlage

Damit jede Arbeitsstunde zählt – Arbeitszeitgesetz ergänzen (BT-Drucks. 19/17134)

Arbeitszeit – Urteil des Europäischen Gerichtshofs umsetzen, mehr Zeitsouveränität ermöglichen (BT-Drucks. 19/20585)

I. Zur Reichweite Der Entscheidung CCOO

Zwei der heute erörterten Anträge fordern eine konsequente Umsetzung der Entscheidung des EuGH in der Rs. CCOO. Doch die Frage, was aus der Rechtssache CCOO¹ für die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung herzuleiten ist, ist umstritten.² Man mag daraus herleiten, das Europarecht verpflichte tatsächlich dazu, die Arbeitszeit zu erfassen, man mag aber auch vorsichtiger die Entscheidungsgründe wägen und kommt allein zu einer Pflicht, dem Arbeitnehmer die Aufzeichnung möglich zu machen, wenn er denn will (so meine Meinung). Wörtlich stellt der EuGH fest:

„„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.“

Ausgehend davon besteht Uneinigkeit, ob die Entscheidung des EuGH dahingehend zu verstehen ist, dass sich aus dem Unionsrecht tatsächlich eine Pflicht der Mitgliedstaaten herleiten lässt, Arbeitgeber durch eine nationale Regelung zur tatsächlichen Erfassung der durch ihre Arbeitnehmer geleisteten Arbeitszeit zu verpflichten oder ob diese lediglich ein Arbeitszeiterfassungssystem zur Verfügung stellen müssen. Hintergrund dieser Problematik ist die durch den EuGH im Tenor der Entscheidung gewählte Formulierung, dass das Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegenstehe, die Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden „kann“

„Kann“ heißt nicht „muss“. Diese Wortwahl findet sich indes nicht allein im Tenor, sondern auch an verschiedenen Stellen in den Entscheidungsgründen: Wiederholt stellt das Gericht allein darauf ab, dass die geleistete Arbeitszeit „gemessen werden kann“, also lediglich auf die Möglichkeit der Erfassung – nicht jedoch auf die tatsächliche Erfassung selbst. Möglich erscheint es daher, die

¹ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683.

² S. *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 einerseits, und – sehr viel weitreichender – exemplarisch *Bayreuther*, NZA 2020, 1; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270.

Entscheidung des EuGH dahingehend zu verstehen, dass der Arbeitgeber allein ein System zur Arbeitszeiterfassung zur Verfügung stellen muss, das der Arbeitnehmer zwar nutzen kann, es aber nicht tun muss.

Ein solches Verständnis erscheint insbesondere mit Blick auf den der Entscheidung vorangegangenen Schlussantrag des Generalanwalts *Pitruzzella* naheliegend, der ausdrücklich von einer „Verpflichtung zur Messung der täglichen Arbeitszeit“ ausgeht. Diese Festlegung fehlt dem Tenor der Entscheidung. Die unterschiedlichen Formulierungen können daher als Niederschlag zweier inhaltlich abweichender Auffassungen anzusehen sein, insb. weil im Übrigen der EuGH sich ja im Übrigen – wie dargestellt – weitgehend an den Anträgen des Generalanwalts orientiert hat. In diese Richtung deutet auch, dass der EuGH explizit einen Vergleich zu den Sondervorschriften der Art. 9 lit. b RL 2002/15/EG und § 12 des Anhangs der RL 2014/112/EU zieht, die den Arbeitgeber für im Transportbereich beschäftigte Arbeitnehmer zur tatsächlichen Erfassung der Arbeitszeit verpflichten. Dazu führt er aus:

„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“.³

Insofern spricht der EuGH ausdrücklich davon, dass die durch die Richtlinie 2003/88/EG begründete Pflicht lediglich eine „ähnliche“ Pflicht ist, wie diejenige, die den Arbeitgeber in Bezug auf die im Transportbereich beschäftigten Arbeitnehmer trifft. Diese Formulierung könnte andeuten, dass das Gericht gerade einen qualitativen Unterschied zwischen beiden Verpflichtungen dahingehend erblickt, dass für alle Arbeitnehmer, die gerade nicht dem Transportbereich zuzuordnen sind, keine tatsächliche Erfassungspflicht besteht, sondern insofern vielmehr allein eine Pflicht zur Bereitstellung eines Erfassungssystems anzunehmen ist.

Liest man diese Ausführungen indes mit einem Seitenblick auf den Schlussantrag des Generalanwalts, so zeigt sich, dass die Aufzeichnungspflichten für Arbeitnehmer im Transportbereich denjenigen, die sich aus der Richtlinie 2003/88/EG ergeben schon deshalb lediglich „ähnlich“ sind und nicht vollständig mit ihnen übereinstimmen, da im Transportbereich besonders strenge Anforderungen an das jeweilige Kontrollsystem bestehen. Für Arbeitnehmer,

³ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, juris, Rn. 65.

die nicht dieser besonderen Kategorie zuzuordnen sind, setzt die Richtlinie 2003/88/EG zwar das Bestehen eines Mittels zur Erfassung der Arbeitszeit voraus, ohne dass das Unionsrecht besondere Anforderungen an das Kontrollsystem aufstellt, sondern vielmehr „eine einfache Aufzeichnung in Papierform, in elektronischer Form oder ein anderes Instrument [zulässt], sofern [diese] für das Ziel geeignet“⁴ sind. Vor diesem Hintergrund kann sich die durch den EuGH gewählte Formulierung, dass es sich um eine „ähnliche“ Verpflichtung handelt, auch lediglich auf Unterschiede in der Art und Weise der Erfassung der geleisteten Arbeitszeit beziehen.

Wer gegen den Wortlaut argumentiert, der argumentiert immer „uphill“. Im Zweifel hat der EuGH im Tenor das gemeint, was er gesagt hat. Doch sprechen auch einige Hinweise dafür, dass der EuGH – trotz der von den Ausführungen des Generalanwalts abweichenden Formulierung – ebenfalls von einer tatsächlichen Erfassungspflicht und nicht allein von einer Verpflichtung zur Bereitstellung eines Arbeitszeiterfassungssystems ausgeht. Denn es finden in den Entscheidungsgründen zwei Formulierungen, die auf ein anderes Verständnis hindeuten. Zunächst konstatiert der EuGH „eine nationale Regelung, die keine Verpflichtung vorsieht, von einem Instrument Gebrauch zu machen, mit dem die Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden objektiv und verlässlich festgestellt werden kann, [ist] nicht geeignet, die praktische Wirksamkeit der von Art. 31 Abs. 2 der Charta und von dieser Richtlinie verliehenen Rechte sicherzustellen, da weder die Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer überprüfen können, ob diese Rechte beachtet werden“⁵ und weist damit darauf hin, dass ein Arbeitszeiterfassungssystem nicht allein zur Verfügung gestellt wird, sondern dass von ihm auch tatsächlich „Gebrauch“ gemacht werden muss. Weniger eindeutig, aber doch diese Auslegung bestätigend, ist zudem die Formulierung „anders als durch ein System, mit dem die täglich geleistete Arbeitszeit gemessen wird, kann mit [anderen] Beweismitteln [...] nicht objektiv und verlässlich die Zahl der von dem Arbeitnehmer täglich oder wöchentlich geleisteten Arbeitszeit festgestellt werden.“ Insofern stellt der EuGH heraus, dass nur ein Erfassungssystem, mit dem die Arbeitszeit „gemessen wird“, einen effektiven Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten kann. Dies fügt sich auch in die Argumentationsstruktur des Gerichts ein: So weist der EuGH ausdrücklich darauf hin, dass im Arbeitsverhältnis ein strukturelles Ungleichgewicht zu Lasten des Arbeitnehmers besteht, sodass verhindert werden muss, dass der Arbeitgeber seine Überlegenheit nutzt, um dem Arbeitnehmer eine Beschränkung seiner Rechte aufzuerlegen oder ihn von der Geltendmachung seiner Rechte abzuhalten. Wird der Arbeitgeber indes lediglich dazu verpflichtet, ein Arbeitszeiterfassungssystem für die Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen, jedoch nicht zur tatsächlichen Aufzeichnung der

⁴ Schlussantrag v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667, Rn. 77.

⁵ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, juris, Rn. 50.

geleisteten Arbeitszeit, so könnten Arbeitnehmer von der freiwilligen Nutzung des Erfassungssystems abgehalten werden, da sie Nachteile für ihr Arbeitsverhältnis befürchten könnten. In dieselbe Richtung deutet auch der Umstand, dass der EuGH explizit hervorhebt, dass Art. 6 lit. b RL 2003/88/EG die Mitgliedstaaten verpflichtet, für die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit eine Obergrenze von 48 Stunden vorzusehen, wobei von dieser Regel „selbst bei Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers in keinem Fall abgewichen werden“⁶ kann. Zum Schutze der Arbeitnehmer sieht der EuGH es dabei als unerlässlich an, dass die Einhaltung dieser Höchstarbeitszeit durch die Nutzung eines Arbeitszeiterfassungssystems kontrolliert werden kann. Ist ein Abweichen von der wöchentlichen Höchstarbeitszeit auch mit Einverständnis des Arbeitnehmers nicht möglich, so kann auch die Kontrolle der Einhaltung dieser zeitlichen Obergrenze nicht vom Willen des Arbeitnehmers abhängen. Ein solches Verständnis der Entscheidung würde Bestätigung durch die Ausführungen des Generalanwalts erfahren, der ausdrücklich konstatiert: „Die Verpflichtung zur Messung der täglichen Arbeitszeit [erfüllt] eine wesentliche Funktion im Hinblick auf die Einhaltung aller anderen Verpflichtungen nach der Richtlinie 2003/88, wie die Grenzen der täglichen Arbeitszeit, die tägliche Ruhezeit, die Grenzen der wöchentlichen Arbeitszeit, die wöchentliche Ruhezeit und die etwaige Leistung von Überstunden.“ Die vorstehenden Erwägungen lassen mithin auch eine Auslegung dahingehend zu, dass auch der EuGH dem Wortlaut seines Tenors nicht bedenkend von einer Pflicht zur tatsächlichen Erfassung der Arbeitszeit ausgeht.

Zusammenfassend muss damit festgehalten werden, dass die durch den EuGH im Tenor seiner Entscheidung gewählte Formulierung, dass das Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegenstehe, „die Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“, plausibel beiden Auslegungsvarianten zugänglich ist. Mehr wird man nicht sagen können, ohne zu spekulieren. Betrachtet man allein den Wortlaut, der im Tenor sowie an vielen verschiedenen Stellen in Abweichung zu den Ausführungen des Generalanwalts gewählt wurde, liegt nahe, dass der EuGH den Arbeitgeber allein zur Bereitstellung eines Arbeitszeiterfassungssystems verpflichten möchte, ohne ihm zugleich auch die Pflicht zur tatsächlichen Messung der geleisteten Arbeitszeit aufzuerlegen. Ein näherer Blick auf die Entscheidungsgründe lässt indes auch die Auslegung zu, dass das Gericht wie der Generalanwalt von einer tatsächlichen Erfassungspflicht ausgeht; ein solches Verständnis findet eine Stütze in der Zielsetzung der Richtlinie 2003/88/EG. Damit ergibt sich – so unbefriedigend es sein mag – aus der jüngsten Entscheidung des EuGH nicht eindeutig, ob lediglich eine Pflicht zur Bereitstellung eines Systems zur Aufzeichnung der geleisteten

⁶ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, juris, Rn. 39.

Arbeitszeit oder vielmehr ein Erfordernis der tatsächlichen Arbeitszeiterfassung besteht. Vor diesem Hintergrund ist eine Aufzeichnung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten jedenfalls empfehlenswert – ob nach den Vorgaben des EuGH aber eine Verpflichtung zur Messung besteht, lässt sich insbesondere auf der Basis des gewichtigen Wortlautarguments nicht zweifelsfrei beantworten.

II. Kein Schutz des Arbeitnehmers gegen seinen Willen – Vertrauensarbeitszeit muss möglich sein, wo sie tatsächlich freiwillig erfolgt

Klar fällt damit die Antwort auch auf die Frage aus, inwiefern der Arbeitgeber seine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auf den Arbeitnehmer delegieren kann, wenn man denn von einer Pflicht zur Erfassung ausgehen wollte. Insofern muss zwischen der Pflicht des Arbeitgebers zur Bereitstellung eines Systems zur Erfassung der Arbeitszeit und deren tatsächlicher Dokumentation differenziert werden. Soweit es um die Pflicht zur Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystems geht, so geht der EuGH erkennbar davon aus, dass diese allein durch den Arbeitgeber persönlich erfüllt werden kann. Dazu führt er aus:

„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.“⁷

Soweit es demgegenüber um die tatsächliche Aufzeichnung der Arbeitszeit geht, kann indes auch in Betracht kommen, diese Pflicht – sofern man sie denn aus der Entscheidung des EuGH herauslesen möchte – dem Arbeitnehmer zu übertragen. Ausgangspunkt der Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens muss dabei zunächst sein, dass der EuGH in seinem Urteil an keiner Stelle ausdrücklich eine Messung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber selbst fordert. So formuliert er:

„Das Unionsrecht steht einer nationalen Regelung entgegen, „die keine Verpflichtung vorsieht, von einem Instrument Gebrauch zu machen, mit dem die Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden objektiv und verlässlich festgestellt werden kann.“⁸

⁷ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, juris, Rn. 60.

⁸ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, juris, Rn. 50.

Eine Aussage dazu, wer von dem Arbeitszeiterfassungssystem Gebrauch machen muss, wird insofern gerade nicht getroffen.

Für die Möglichkeit einer Delegation der Aufzeichnungspflicht auf den Arbeitnehmer sprechen in der Tat überzeugende Gründe. Der EuGH legt seiner Entscheidung wesentlich den Gedanken zugrunde, dass der Arbeitnehmer durch die Erfassung der Arbeitszeit in die Lage versetzt werden muss, seine Rechte, die ihm die Richtlinie 2003/88/EG einräumt, praktisch durchzusetzen. Diese Möglichkeit besteht jedoch unabhängig davon, ob die Dokumentation der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer erfolgt. So stellt auch der EuGH allein darauf ab, dass es „ohne ein System, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, für einen Arbeitnehmer ebenso schwierig oder gar praktisch unmöglich [ist], die tatsächliche Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit sicherzustellen“.⁹ Auch er hebt insofern hervor, dass es auf die Möglichkeit der Aufzeichnung der Arbeitszeit als solche ankommt, nicht darauf, wer diese vornimmt. Vielmehr betont das Gericht, dass im Arbeitsverhältnis ein strukturelles Ungleichgewicht zulasten des Arbeitnehmers besteht, sodass eine Beschränkung seiner Rechte oder die Erschwerung ihrer Durchsetzung durch den Arbeitgeber in jedem Fall verhindert werden muss. Vor diesem Hintergrund erscheint es daher für den Arbeitnehmer sogar vorteilhaft, wenn ihm die Dokumentation seiner Arbeitszeit übertragen wird, da er so sicherstellen kann, dass seine Rechte nicht durch eine etwaige Manipulation der Arbeitszeitdokumentation seitens des Arbeitgebers beschränkt werden: Wie kann er besser die Aufzeichnung kontrollieren, als wenn er sie selber vornimmt? Zudem beeinträchtigt ein solches Vorgehen auch nicht die Kontrolle der Einhaltung der Rechte der Arbeitnehmer durch die zuständige Aufsichtsbehörde, denn der Arbeitgeber kann seiner Pflicht zum Nachweis der Einhaltung der Arbeitszeit gegenüber der Aufsichtsbehörde jederzeit nachkommen, indem er die Dokumentation, die der Arbeitnehmer angefertigt hat, von diesem zum Zwecke der Vorlage bei der Behörde anfordert. Schließlich muss auch bedacht werden, dass bei einzelnen Tätigkeiten – beispielsweise sofern der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsstätte erbringt – eine Dokumentation durch den Arbeitgeber überhaupt nicht praktikabel sein wird. Eine sinnvolle Aufzeichnung der Arbeitszeit wird in einem solchen Fall regelmäßig nur möglich sein, sofern der Arbeitnehmer sie selbst vornimmt. In Ansehung vorstehender Erwägungen muss eine Delegation der Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit auf den Arbeitnehmer daher möglich sein.

Man mag erwägen, dass dies nicht einschränkungslos gelten kann. Ausnahmsweise etwa muss eine Dokumentation der Arbeitszeit – auch schon unter der gegenwärtigen Rechtslage – allerdings durch

⁹ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, juris, Rn. 51.

den Arbeitgeber selbst erfolgen, wenn er Anhaltspunkte dafür hat, dass eine Aufzeichnung durch den Arbeitnehmer nicht ausreichend ist, um die Einhaltung der Rechte der Arbeitnehmer und deren Durchsetzung zu gewährleisten.¹⁰ Denn sonst ist die Aufzeichnung durch den Arbeitnehmer nicht „verlässlich“ im Sinne der Entscheidung des EuGH. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn eine Dokumentation durch den Arbeitnehmer im Einzelfall wegen der Besonderheiten seiner Tätigkeit nicht praktikabel ist oder der Arbeitnehmer sich in Bezug auf die Aufzeichnung der Arbeitszeit als unzuverlässig erwiesen hat. In einem solchen Fall muss der Arbeitgeber selbst tätig werden, um seiner Pflicht zur Gewährleistung der Arbeitszeitschutzbestimmungen gerecht zu werden. Funktioniert die Dokumentation durch den Arbeitnehmer hingegen, so besteht die Gefahr einer Beschränkung seiner Rechte von vornherein nicht. Insofern sind keine Gründe ersichtlich, Zweifel an der Zulässigkeit der Delegation der Aufzeichnung auf den Arbeitnehmer zu hegen.

Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage ergeben sich damit jedenfalls in Bezug auf die Art und Weise der Aufzeichnung der Arbeitszeit nicht. Zwar ist diese durch die Rechtsprechung des EuGH – abweichend von § 16 Abs. 2 ArbZG, der eine Aufzeichnungspflicht bislang nur für Überstunden normiert – auf die gesamte Arbeitszeit des Arbeitnehmers ausgedehnt worden. Indes was bereits zuvor auch im Rahmen von § 16 Abs. 2 ArbZG anerkannt, dass den Arbeitgeber allein die Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufzeichnungspflicht trifft, es ihm jedoch freisteht, wie er diese sicherstellt.¹¹ Insbesondere unterliegt die Aufzeichnungspflicht keiner bestimmten Form und kann daher ohne weiteres auf den Arbeitnehmer delegiert werden.¹² Der Arbeitgeber muss lediglich durch geeignete organisatorische Maßnahmen gewährleisten, dass die Arbeitnehmer seiner Anweisung zur Aufzeichnung der Arbeitszeit auch Folge leisten.¹³ Dies wird im Wesentlichen darauf gestützt, dass der Zweck der Dokumentationspflicht darin liegt, die Aufsichtsbehörde in die Lage zu versetzen, die Einhaltung der Regelungen des Arbeitszeitgesetzes kontrollieren zu können.¹⁴ Solange dies gewährleistet ist, ist es daher letztlich unerheblich, auf welche Art und Weise – und insbesondere durch wen – die Dokumentation der Arbeitszeit erfolgt.¹⁵ Die Delegation der Arbeitszeiterfassung auf den Arbeitnehmer bleibt weiterhin möglich.

¹⁰ In diese Richtung Schaub/Vogelsang, 17. Aufl. 2017, § 160 Rn. 35, der den Arbeitgeber auch im Rahmen der Vertrauensarbeitszeit verpflichtet sieht, sicherzustellen, dass es zur Vorlage bei der Aufsichtsbehörde verwertbare Arbeitszeitaufzeichnungen gibt; s. auch Pletke/Schrade/Siebert/Thoms/Klagges, Flexible Arbeit, 1. Aufl. 2017, Rn. 765.

¹¹ Baeck/Deutsch, ArbZG, 3. Aufl. 2014, § 16 Rn. 28.

¹² LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 5.6.2013 – 8 Sa 571/12, juris, Rn. 32; LAG Berlin-Brandenburg, Teilurt. V. 3.6.2010 – 15 Sa 166/10, juris, Rn. 51; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 8.11.2004 – 5 TaBV 36/04, NZA-RR 2055, 424, 426; Baeck/Deutsch, ArbZG, 3. Aufl. 2014, § 16 Rn. 28; ErfK/Wank, 19. Aufl. 2019, § 16 ArbZG Rn. 5; Schlottfeldt/Hoff, NZA 2001, 530, 532.

¹³ Baeck/Deutsch, ArbZG, 3. Aufl. 2014, § 16 Rn. 28; Schlottfeldt/Hoff, NZA 2001, 530, 532.

¹⁴ LAG Hamburg, Urt. v. 16.1.2003 – 1 Sa 27/02, juris, Rn. 57.

¹⁵ S. Schaub/Vogelsang, 17. Aufl. 2017, § 160 Rn. 35, der allein darauf abstellt, dass es verwertbare Arbeitszeitaufzeichnungen geben muss.

III. Was sinnvoll wäre: Ein klarer Blick darauf, wer überhaupt des Schutzes des Arbeitszeitrecht bedarf

Statt die Rolle rückwärts zur Stechuhr ggf. auch gegen den Willen der betroffenen Arbeitnehmer gehen zu wollen, mag man den Blick darauf werfen, für welche Arbeitnehmergruppen das aktuelle Arbeitsrecht als zu enges Korsett empfunden werden mag, das eine Neujustierung erforderlich scheint.¹⁶ Ganz konkret: Soll ich künftig meine Arbeitszeit aufschreiben? Was ist, wenn ich im Wald spazieren gehe und ich einen juristischen Einfall habe, nach dem ich intensiv gesucht habe und den ich ihn dann endlich gefunden habe? Ist das Arbeit? Muss ich nach 10 h aufhören und das Nachdenken abrechnen aus Gründen des Arbeitsschutzes?

Eine sinnvolle legislative Reformoption besteht ggf. in bereichsspezifischen Regelungen oder Regelungen mit Schwellenwerten. Denn den bislang vom ArbZG ausgenommenen Berufsgruppen ist gemein, dass der Gesetzgeber erkannt hat, dass die starren Grenzen des ArbZG für sie nicht passen und daher mehr Flexibilität notwendig ist, um den Besonderheiten des jeweiligen Berufszweigs Rechnung zu tragen.¹⁷ Man könnte demnach – es sei als Diskussion in den Raum gestellt, ohne dass ich mir eine abschließende Meinung gebildet hätte - die Nichtanwendbarkeit des ArbZG von einem Verdienst in bestimmter Höhe abhängig machen.

Zwar hängt die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers grds. nicht von seinem Verdienst ab – zu Recht knüpft der Arbeitnehmerbegriff des § 611a BGB an die persönliche und nicht an die wirtschaftliche Abhängigkeit an –, sodass auch Gutverdiener vor gesundheitsgefährdenden Arbeitszeiten geschützt werden müssen.¹⁸ Das Schutzniveau muss aber nicht zwingend dasselbe sein, eben weil die arbeitsvertraglichen Schutzpflichten (§ 611a i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB) nicht bei allen Personengruppen gesetzlich kodifiziert sind. Daher kann ein besonders hoher Verdienst durchaus jedenfalls ein Indiz für eine vorhandene Selbständigkeit der ausgeübten Tätigkeit sein. So erkennt es auch § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG an, auf den § 18 ArbZG unmittelbar Bezug nimmt, und der im Zweifel Arbeitnehmer mit einem Verdienst von mindestens dem dreifachen der Beitragsbemessungsgrenze (§ 159 SGB VI) arbeitszeitrechtlich für leitende Angestellte erklärt. Der Verdienst kann daher sehr wohl – jedenfalls mittelbar – als Anknüpfungspunkt dienen – so erkennen es nicht nur ältere Gesetze wie das ArbZG, sondern auch modernere Gesetze an.

¹⁶ S. zum folgenden *Thüsing/Rombey/Schippers*, NZA 2020, 480.

¹⁷ BR-Drucks. 507/93 S. 93.

¹⁸ S. zu dieser vertraglichen Schutzpflicht ausführlich oben unter Gliederungspunkt III. 1. g).

Plastisch machen lässt sich dies, wenn man einen vergleichenden Blick auf das Schutzniveau des Kündigungsschutzgesetzes wirft. Nach dem erst in diesem Jahr (2019) neu eingefügten § 25a Abs. 5a KWG werden angestellte Banker, die das dreifache der Beitragsbemessungsgrenze (§ 159 SGB VI) verdienen, kündigungswirtschaftlich im Rahmen des § 9 KSchG schwächer geschützt – und das, obwohl sie fraglos Arbeitnehmer sind:

„Auf Risikoträger und Risikoträgerinnen bedeutender Institute, deren jährliche fixe Vergütung das Dreifache der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung [...] überschreitet und die keine Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte sind, die zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, findet § 9 Absatz 1 Satz 2 des Kündigungsschutzgesetzes mit der Maßgabe Anwendung, dass der Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses keiner Begründung bedarf.“

Ihnen wird mithin in gewissen Grenzen der Bestandsschutz des Kündigungsschutzgesetzes entzogen. Anders ausgedrückt: Sie werden mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz schlechtergestellt; also allein auf Grund des hohen Verdienstes mit leitenden Angestellten gleichgesetzt. Überträgt man diesen, durchaus nachvollziehbaren Gedanken des nationalen Gesetzgebers, dass Gutverdiener im Zweifel weniger Schutz und dafür mehr Flexibilität bedürfen, auf das Arbeitszeitrecht, zeigt sich, dass auch hier eine Neujustierung angezeigt ist, nur eben nicht für angestellte Banker, sondern für angestellte Anwälte. Ein erster Anknüpfungspunkt einer auf den Verdienst abstellenden Ausnahmeregelung für angestellte Anwälte mag zunächst der bereits erwähnte und für leitende Angestellte geltende § 5 Abs.4 Nr. 4 BetrVG sein. Ein zweiter Anknüpfungspunkt ergibt sich aus dem Rechtsvergleich mit den Bestimmungen anderer Mitgliedstaaten. Im Einzelnen:

- Eine Möglichkeit wäre demnach die Anknüpfung an § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG. § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG stellt, wie bereits dargestellt, auf den Begriff des leitenden Angestellten aus dem Betriebsverfassungsgesetz, vgl. § 5 Abs. 3 BetrVG ab. Zu diesem Begriff gehört auch die Zweifelsregelung des § 5 Abs. 4 BetrVG, die den leitenden Angestellten für Fälle, die mit der Definition des Abs. 3 allein nicht zweifelsfrei zu klären sind, näher bestimmt. Nach ganz allgemeiner Auffassung gilt Abs. 4 aufgrund der ununterbrochenen Verweisungskette auch bei der Bestimmung des leitenden Angestellten, für den das ArbZG nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG nicht anwendbar sein soll.¹⁹ Die Anknüpfung hieran ist somit naheliegend. Die Zweifelsregelung des § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG macht grundsätzlich für den Fall, dass Nr. 3 (dort wird auf das für leitende Angestellte in dem Betrieb übliche Jahresentgelt

¹⁹ *Anzinger/Koberski*, ArbZG, § 18 Rn. 7; *Baack/Deutsch*, ArbZG, § 18 Rn. 17; auch: *Hahn/Pfeiffer/Schubert/Kückenmeister*, Arbeitszeitrecht-Handkommentar, § 18 ArbZG Rn. 4; *Neumann/Biebl*, ArbZG, § 18 Rn. 4.

abgestellt) nicht weiterhilft,²⁰ zur Bestimmung des leitenden Angestellten eine bestimmte Vergütungshöhe maßgeblich, die anhand der Bezugsgröße des § 18 SGB IV²¹ berechnet wird. Wer als regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt das Dreifache der Bezugsgröße²² verdient, ist danach leitender Angestellter. Zwar kommt es ganz grundsätzlich zur Bestimmung, ob jemand lediglich Arbeitnehmer oder leitender Angestellter im Sinne des BetrVG ist, nicht auf die wirtschaftliche, sondern vielmehr auf die persönliche Abhängigkeit an.²³ Dies wird auch durch den Charakter der Norm als Zweifelsregelung belegt. Zu beachten ist aber, dass die hier zugrunde gelegte Vergütungshöhe bei Rechtsanwälten mit einer gewissen Erfahrung und in einer bestimmten Position nicht mehr die Ausnahme, sondern der Regelfall ist. Mit dieser erhöhten Vergütung geht naturgemäß auch eine relevantere und tragende Stellung in der Kanzlei einher, welche auch Überschreitungen der Höchstarbeitszeit und Unterschreitungen der Ruhezeiten kaum vermeidbar mit sich bringt – man denke nur an das Beispiel, dass der Rechtsanwalt seinen Mandanten bei Gesprächen verlassen müsste, um bloß die vorgeschriebene Höchstarbeitszeit einzuhalten.²⁴ Das gilt umso mehr, je wichtiger die Stellung in der Hierarchie der Kanzlei und demnach je höher die Vergütung ist. Die Bestimmung, ob für einen Rechtsanwalt das ArbZG gelten soll, kann mit der Vergütungshöhe des § 5 Abs. 4 Nr. 4 BetrVG nachvollziehbar begründet werden.

- Die Überlegungen zur Anknüpfung an eine gewisse Verdienstgrenze unterstützt auch der Blick in die Regelungen, die andere nationale Gesetzgeber auf Grundlage der ArbZRL getroffen haben. Wie bereits dargestellt, bestimmen manche nationalen Regelungen die Eigenschaft als leitender Angestellter unter anderem anhand eines bestimmten Verdienstes, so der französischen Article L3111-2 Code du travail: Hier kommt es (neben anderen Kriterien) darauf an, ob die Bezahlung des Arbeitnehmers auf dem höchsten Niveau des Entgeltsystems bei dem jeweiligen Arbeitgeber liegt. In anderen europäischen Ländern haben die Gesetzgeber auch ohne Verweis auf den Begriff des leitenden Angestellten die Anwendbarkeit ihrer Regelungen zur Arbeitszeit vom Gehalt des jeweiligen Arbeitnehmers abhängig gemacht, wie auch die genannte niederländische Regelung, Art. 2.1: 1 lid 1 a. Arbeidstijdenbesluit.²⁵ Abgestellt wird zur Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des

²⁰ S. zum Charakter der Norm als Zweifelsregelung nur: Richardi/*Richardi*, BetrVG, § 5 Rn. 270 ff.

²¹ Die Bezugsgröße nach § 18 SGB IV liegt im Jahr 2019 für die alten Bundesländer bei 37.380 Euro jährlich, für die neuen bei 34.440 Euro, vgl. auch zu weiteren Jahren: <https://sozialversicherungskompetent.de/sozialversicherung/allgemeines/47-bezugsgroesse.html>, letzter Abruf: 24.1.2020.

²² Im Jahr 2019 daher in den alten Bundesländer 112.140 Euro, in den neuen 103.320 Euro.

²³ Der leitende Angestellte muss „im Wesentlichen frei von Weisungen sein“; vgl. nur GK-BetrVG/*Raab*, § 5 Rn. 214 ff.

²⁴ *Henssler/Lunk*, NZA 2016, 1425, 1428.

²⁵ Vgl. auch den Überblick im Umsetzungsbericht der Europäischen Kommission, Commission Staff Working Document, SWD(2017) 204 final, S. 30 f.

Arbeitszeitgesetzes darauf, ob der jährlich festgelegte Lohn mindestens das Dreifache des später in Abs. 3 (lid 3) festgelegten Lohns beträgt. Schon dieser flüchtige Blick in das ausländische Recht belegt, dass die Schutzbedürftigkeit des besserverdienenden Arbeitnehmers auch vor einem europarechtlichen Hintergrund als geringer und das Flexibilisierungsinteresse als größer betrachtet werden dürfen. Dies rechtfertigt ebenfalls die Grenzziehung bei einer bestimmten Verdiensthöhe.