

Schriftliche Stellungnahme

Dr. Thomas Klein, Trier

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

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen im Ausschuss für Arbeit und Soziales am 14. September 2020 in Berlin

zu dem

- 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
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
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
Drucksache 19/20585

Dr. Thomas Klein, Trier

A. Zusammenfassende Stellungnahme

Die Stellungnahme erläutert die unionsrechtlichen Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung und den sich hieraus ergebenden Regelungsbedarf im deutschen Recht.

Zusammenfassend gelangt sie zu folgenden Ergebnissen:

1. Die in dem Antrag auf Drucksache 19/17134 (unter II.) sowie in dem Antrag auf Drucksache 19/20585 (unter II. 1.) geforderte gesetzliche Regelung einer Arbeitszeiterfassungspflicht ist unionsrechtlich zwingend geboten.
2. Es besteht sofortiger Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, da die Umsetzungsfrist der einschlägigen Richtlinien bereits abgelaufen ist und das deutsche Recht den unionsrechtlichen Vorgaben nicht entspricht.
3. Für die gesetzliche Regelung ergeben sich aus dem Unionsrecht folgende Maßgaben:
 - a) Arbeitgeber sind zu verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten und zu nutzen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.
 - b) Aufzuzeichnen sind mindestens Beginn und Ende sowie die Dauer der täglichen Arbeitszeit im arbeitszeitrechtlichen Sinne.
 - c) In Bezug auf den Zeitpunkt der Aufzeichnung verfügen die Mitgliedstaaten über einen Gestaltungsspielraum. Die gewählte Aufzeichnungsfrist muss jedoch gewährleisten, dass für den Arbeitnehmer eine erinnerungsgestützte Kontrolle möglich ist.
 - d) Die Aufzeichnung muss in einer Form erfolgen, die einen objektiven Nachweis der erbrachten Arbeitszeit ermöglicht.

- e) Die Aufzeichnung der Arbeitszeit muss korrekt erfolgen und für den Arbeitnehmer nachvollziehbar und kontrollierbar sein. Es sind angemessene Vorkehrungen gegen Manipulationen zu treffen.
- f) Der Arbeitnehmer muss die Aufzeichnungen einsehen und als Beweismittel nutzen können. Ferner müssen die zuständigen Aufsichtsbehörden und Arbeitnehmervertreter im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse auf die Aufzeichnungen zugreifen können.
- g) Eine vollständige Delegation der Aufzeichnung an den Arbeitnehmer ist grundsätzlich möglich. Den Aufzeichnungen des Arbeitnehmers muss dann allerdings eine widerlegbare Richtigkeitsvermutung zukommen, die eine Beweislastumkehr im Prozess bewirkt.
- h) Eine Ausnahme von der Arbeitszeiterfassungspflicht für kleine Unternehmen ist unzulässig. Unter Beachtung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes sind jedoch Sonderregelungen in Bezug auf die Modalitäten der Arbeitszeiterfassung möglich.
- i) Für die unter Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG fallenden Arbeitnehmer dürfte eine Ausnahme von der Zeiterfassungspflicht zulässig sein.
- j) Den Mitgliedstaaten kommt ein Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Bestimmung der Formen und Wege der Umsetzung der Zeiterfassungspflicht sowie der Definition der konkreten Modalitäten zu.

B. Begründung und Erläuterungen

I. Ausgangslage

1. Unionsrechtlicher Rahmen

a) Verpflichtung zur Einrichtung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung

Nach Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit sowie auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten. Dieses Recht wird auf sekundärrechtlicher Ebene durch die Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeit-Richtlinie) konkretisiert. Nach deren Art. 3 treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem Arbeitnehmer pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt wird. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie sieht vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit jedem Arbeitnehmer pro Siebentageszeitraum eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden zuzüglich der täglichen Ruhezeit von elf Stunden gewährt wird. Zudem treffen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Buchst. b der Richtlinie die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet.

Zu den nach diesen Richtlinienbestimmungen von den Mitgliedstaaten zu treffenden Maßnahmen gehört die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Einrichtung eines Systems, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Diese

Interpretation der genannten Bestimmungen ergibt sich aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 14.5.2019 in der Rechtssache C-55/18 Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)/ Deutsche Bank SAE (im Folgenden: CCOO).

b) Pflicht zur Richtlinienumsetzung innerhalb der Umsetzungsfrist

Die Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet diese aus der Richtlinie 2003/88/EG folgende Vorgabe ins nationale Recht umzusetzen (EuGH 18.12.1997, Rs. C-129/96 – Inter-Environnement, ECLI:EU:C:1997:628, Rn. 40). Die Umsetzung hat spätestens bis zum Ablauf der in der Richtlinie festgelegten Umsetzungsfrist zu erfolgen. Der EuGH verfolgt im Hinblick auf diese Pflicht eine strikte Linie und hat von den Mitgliedstaaten vorgebrachte Rechtfertigungsgründe für die Nichteinhaltung der Umsetzungsfrist nicht akzeptiert (siehe dazu *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, 70. Ergänzungslieferung Mai 2020, AEUV Art. 288 Rn. 115).

Für die aus den Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG hergeleitete Pflicht zur Einrichtung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung ergibt sich die Umsetzungsfrist aus den Vorgängerrichtlinien. Die Richtlinie 2003/88/EG enthält keine eigene Umsetzungspflicht. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sie lediglich die durch die Richtlinie 2000/34/EG vorgenommenen Änderungen der Richtlinie 93/104/EG kodifizieren soll (vgl. Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2003/88/EG). Nach Art. 27 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG werden die Vorgängerrichtlinien daher „unbeschadet der Pflichten der Mitgliedstaaten hinsichtlich der in Anhang I Teil B genannten Umsetzungsfristen aufgehoben“. Nach diesem Anhang war die Richtlinie 93/104/EG bis zum 23.11.1996 und die Richtlinie 2000/34/EG bis zum 1.8.2003 umzusetzen. Da die maßgeblichen Vorschriften bereits in Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 93/104/EG enthalten waren, ist deren Umsetzungsfrist maßgeblich.

Die Umsetzungsfrist war demzufolge zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Rechtssache CCOO bereits abgelaufen. Dies ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass auch die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystems mit Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 93/104/EG (also spätestens bis zum 23.11.1996) umzusetzen war. Der Gerichtshof hat in seinem CCOO-Urteil lediglich festgestellt, dass sich die Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung aus den genannten Bestimmungen ergibt. Begründet wurde diese Verpflichtung indessen unmittelbar durch die Richtlinie. Insofern kann auf die ständige Rechtsprechung des EuGH verwiesen werden, wonach durch seine Auslegung des Unionsrechts nur erläutert und verdeutlicht wird, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite dieses Recht seit seinem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre (EuGH 19.4.2016, Rs. C-441/14 – Dansk Industri, ECLI:EU:C:2016:278, Rn. 40). Eine zeitliche Beschränkung der Wirkung nimmt der EuGH nur ausnahmsweise aufgrund des allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit vor, „wenn zwei grundlegende Kriterien erfüllt sind, nämlich guter Glaube der Betroffenen und die Gefahr schwerwiegender Störungen“ (EuGH 29.9.2015, Rs. C-276/14 – Gmina Wrocław, ECLI:EU:C:2015:635, Rn. 45). In der Rechtssache CCOO hat der EuGH eine solche Beschränkung nicht vorgenommen. Vielmehr geht er erkennbar davon aus, dass die Verpflichtung schon vor seiner Entscheidung umzusetzen war. Er weist insoweit in den Randnummern 68 bis 70 ausdrücklich auf die Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten und das Erfordernis einer richtlinienkonformen Auslegung hin. Der Umstand, dass die Verpflichtung erst in der CCOO-Entscheidung ausdrücklich festgestellt wurde, dürfte daher eine verspätete

Umsetzung der Verpflichtung nicht rechtfertigen. Jedenfalls scheint es ausgeschlossen, dass der EuGH einen weiteren Umsetzungsverzug nach Verkündung der CCOO-Entscheidung akzeptieren wird.

Die Wahl der Mittel zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben obliegt nach Art. 288 Abs. 3 AEUV den Mitgliedstaaten. Die Umsetzungsmaßnahmen müssen jedoch die vollständige Anwendung der Richtlinie tatsächlich gewährleisten (EuGH 11.7.2002, Rs. C-62/00 – Marks & Spencer, ECLI:EU:C:2002:435, Rn. 26). Wenn die Richtlinie – wie die Richtlinie 2003/88/EG – individuelle Rechte für einzelne Bürger begründen soll, verlangt der EuGH zudem, dass die Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese ggf. vor den Gerichten geltend zu machen (EuGH 23.5.1985, Rs. 29/84 – Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:1985:229, Rn. 23). Zudem müssen Verstöße gegen die Richtlinie wie gleichartige Verstöße gegen nationales Recht geahndet werden (Äquivalenzprinzip), wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muss (EuGH 8.6.1994, Rs. C-383/92 – Kommission/Vereinigtes Königreich, ECLI:EU:C:1994:234, Rn. 40).

2. Deutsche Rechtslage

Im deutschen Recht wird die Richtlinie 2003/88/EG insbesondere durch das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) umgesetzt. Aufgrund dieses Gesetzes besteht keine generelle Verpflichtung der Arbeitgeber zur Einrichtung eines Systems zur Erfassung der von einem jeden Arbeitnehmer geleisteten täglichen Arbeitszeit.

a) Gesetzliche Aufzeichnungspflichten

Eine allgemeine Regelung zur Arbeitszeitaufzeichnung ist lediglich in § 16 Abs. 2 ArbZG enthalten. Die Vorschrift verpflichtet den Arbeitgeber, die über die regelmäßige werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen. In der Literatur wird vereinzelt davon ausgegangen, dass sich diese Regelung unionsrechtskonform dahin auslegen lasse, dass unabhängig von der regelmäßigen Arbeitszeit alle tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten aufzuzeichnen sind. Ganz überwiegend wird dies allerdings zu Recht abgelehnt.

Eine unionsrechtskonforme Interpretation würde die Wortlautgrenze des § 16 Abs. 2 ArbZG überschreiten. Zivilrechtliche Vorschriften sind einer solchen Interpretation grundsätzlich zugänglich. § 16 Abs. 2 ArbZG ist jedoch dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrecht zuzuordnen. Verstöße gegen § 16 Abs. 2 ArbZG können gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG mit einer Geldbuße von bis zu 15.000 Euro geahndet werden. Eine die Wortlautgrenze überschreitende Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG würde in Verbindung mit § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG gegen das auch im Ordnungswidrigkeitsrecht geltende Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen und ist schon daher unzulässig.

Die weitergehenden gesetzlichen Aufzeichnungspflichten, die in verschiedenen Spezialvorschriften (etwa in § 17 Abs. 1 S. 1 MiLoG, § 21a Abs. 7 ArbZG, § 19 Abs. 1 AEntG, § 17c AÜG, § 6 GSA Fleisch, § 50 Abs. 2 SeeArbG, § 8 OffshoreArbZV, § 10 Abs. 2 Nr. 6 BinSchArbZV) geregelt sind, können wegen ihres begrenzten Anwendungsbereichs die unionsrechtlichen Vorgaben insgesamt nicht erfüllen.

b) Behördliche Anordnungsbefugnis

Angesichts der hinter den unionsrechtlichen Vorgaben zurückbleibenden gesetzlichen Regelungen wird vereinzelt gefordert, die bestehende Lücke im Wege einer behördlichen Anordnung zur Aufzeichnung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit zu schließen. Eine Ermächtigungsgrundlage für eine solche Anordnung könnte sich aus § 17 Abs. 2 ArbZG ergeben. Nach dieser Vorschrift kann die Aufsichtsbehörde die erforderlichen Maßnahmen anordnen, die der Arbeitgeber zur Erfüllung der sich aus dem ArbZG und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten zu treffen hat. Die Anordnungsbefugnis umfasst nach der Rechtsprechung auch die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeiten und Ruhepausenzeiten jeweils einschließlich Beginn und Ende (VGH München 26.10.2011, 22 CS 11.1989, juris Rn. 15 f.). Die Vorschrift wird jedoch überwiegend dahingehend interpretiert, dass sie eine im Einzelfall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraussetzt (so wohl auch BVerwG 4.7.1989, 1 C 3/87, NJW 1990, 529). Auf eine solche konkrete Gefahr ist nach dem Unionsrecht indessen nicht abzustellen. Der EuGH argumentiert in Randnummer 50 des CCOO-Urteils vielmehr mit der abstrakten Gefahr, dass die Einhaltung der Arbeitszeitbegrenzungen ohne eine objektive und verlässliche Feststellung der Zahl der tatsächlich geleisteten täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden sowie der zeitlichen Lage dieser Arbeitsstunden nicht zu gewährleisten sei. Nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 ArbZG scheint es nicht ausgeschlossen auch bei einer solchen abstrakten Gefahr eine behördliche Anordnungsbefugnis anzunehmen. Selbst bei einer solchen Auslegung bedarf es aber in jedem Fall einer einzelfallbezogenen Anordnung gegenüber jedem einzelnen Arbeitgeber im Wege eines Verwaltungsaktes. Eine Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben im Wege behördlicher Anordnungen scheidet daher unabhängig von rechtlichen Erwägungen jedenfalls aus praktischen Gründen aus.

c) Aufzeichnungspflicht aufgrund gesetzlicher Auskunftspflichten

Zum Teil wird erwogen, die Pflicht zur Erfassung der gesamten tatsächlich geleisteten Arbeitszeit aus den bestehenden Auskunftsansprüchen abzuleiten. Gemäß § 17 Abs. 4 Satz 1 ArbZG kann die Aufsichtsbehörde vom Arbeitgeber die für die Durchführung des ArbZG und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen erforderlichen Auskünfte verlangen. Ferner kann die Behörde nach § 17 Abs. 4 Satz 2 ArbZG vom Arbeitgeber verlangen, u.a. die Arbeitszeitnachweise vorzulegen. Diese behördlichen Rechte sollen mittelbar eine Aufzeichnung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber voraussetzen, da eine solche eine zwingende Voraussetzung für die Erfüllung der Auskunftspflicht gegenüber der Behörde sei (*Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456, 479). Diese Ansicht kann sich auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Unterrichtsrechten des Betriebsrats stützen (BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, juris Rn. 63 ff.). Ob diese Rechtsprechung auf § 17 Abs. 4 ArbZG übertragbar ist, erscheint zweifelhaft. In der Rechtsprechung wird davon ausgegangen, dass sich aus § 17 Abs. 4 ArbZG keine anlasslose Befugnis ohne Darlegung der Erforderlichkeit der verlangten Auskünfte ergibt, sondern vielmehr konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das ArbZG vorliegen müssen (VG Ansbach 25.1.2017, AN 4 K 15.00907, juris Rn. 71 ff.). Insofern besteht ein Unterschied zu § 80 Abs. 2 BetrVG, der dem Betriebsrat ein anlassunabhängiges Unterrichtsrecht einräumt. Im Hinblick auf die Vorlagepflicht aus § 17 Abs. 4 Satz 2 ArbZG wird zudem verbreitet davon ausgegangen, dass der Arbeitgeber nur

Unterlagen vorlegen muss, zu deren Erstellung er gesetzlich (insbesondere nach § 16 Abs. 2 ArbZG) verpflichtet ist.

Selbst wenn eine mittelbare Verpflichtung zur Aufzeichnung der Arbeitszeit angenommen würde, genüge diese nicht den unionsrechtlichen Anforderungen. Aus § 17 Abs. 4 ArbZG ließe sich allenfalls die Verpflichtung des Arbeitgebers herleiten, die Arbeitszeiten in einer Weise zu dokumentieren, die es ihm erlaubt, der Behörde im Falle eines Auskunftsverlangens die entsprechenden Auskünfte zu erteilen. Insbesondere die vom EuGH geforderte Zugänglichkeit des Erfassungssystems (dazu unter II. 1. d)) wäre nicht gewährleistet, da der Arbeitgeber nur gegenüber der Behörde zur Auskunft verpflichtet ist. Dem Arbeitnehmer müsste er indessen keinen Zugang zu den Aufzeichnungen gewähren.

Überdies würde eine Verletzung dieser Aufzeichnungspflicht allenfalls mittelbar sanktioniert. Als Sanktionsvorschrift käme nur § 22 Abs. 1 Nr. 10 ArbZG in Betracht. Danach handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 17 Abs. 4 ArbZG eine Auskunft nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erteilt oder Unterlagen nicht oder nicht vollständig vorlegt oder nicht einsendet. Eine Verletzung der Aufzeichnungspflicht bliebe also sanktionslos, solange die Behörde kein Auskunftsverlangen an den Arbeitgeber richtet, dem dieser mangels entsprechender Aufzeichnung nicht oder nicht richtig nachkommen kann. Es fehlte daher an einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktion. Außerdem läge ein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip vor, da Verstöße gegen die aus der Richtlinie folgende Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit weniger streng sanktioniert würden als gleichartige Verstöße gegen § 16 Abs. 2 ArbZG, die nach § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG (unmittelbar) mit einem Bußgeld geahndet werden können.

d) Aufzeichnungspflichten aufgrund betriebsverfassungsrechtlicher Vorschriften

Aus betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen abzuleitende Aufzeichnungspflichten (dazu BAG 6.5.2003, 1 ABR 13/02, juris Rn. 63 ff.) sind nicht geeignet, die unionsrechtlichen Vorgaben umzusetzen, da sie nur in Betrieben mit Betriebsrat Wirkung entfalten und keine allgemeine Umsetzung gewährleisten.

e) Wirkung der unionsrechtlichen Vorgaben im Arbeitsverhältnis

Angesichts der vom EuGH für das Recht auf bezahlten Jahresurlaub angenommenen Horizontalwirkung des Art. 31 Abs. 2 der Charta im Arbeitsverhältnis (EuGH 6.11.2018, verb. Rs. C-569/16, C-570/16 – Bauer und Willmeroth, ECLI:EU:C:2018:871) spricht vieles dafür, dass auch die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystems nach Art. 31 Abs. 2 der Charta im Arbeitsverhältnis unmittelbar wirkt (in diesem Sinne auch Generalanwalt *Pitruzzella*, Schlussanträge 31.1.2019, Rs. C-55/18 – CCOO, ECLI:EU:C:2019:87, Rn 94). Alternativ lässt sich eine entsprechende Arbeitsvertragliche Pflicht jedenfalls als selbstständige vertragliche Nebenpflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB oder gemäß § 618 Abs. 1 BGB begründen (*Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365, 371). Die geforderte praktische Wirksamkeit des Unionsrechts kann durch eine solche zivilrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers, deren Durchsetzung allein dem Arbeitnehmer obliegt, allerdings nicht erreicht werden. Insbesondere fehlt es an wirksamen Sanktionen etwaiger Verstöße.

3. Zwischenfazit

Ausgehend von der aktuellen Rechtslage in Deutschland lässt sich nach alledem festhalten, dass die unionsrechtlichen Vorgaben aktuell nicht vollständig umgesetzt werden. Lediglich in Teilbereichen gelten Spezialvorschriften zur Aufzeichnung der geleisteten Arbeitszeit, die möglicherweise innerhalb ihres begrenzten Anwendungsbereichs einer Auslegung im Sinne der CCOO-Entscheidung des EuGH zugänglich sind. Es besteht folglich gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Da die Umsetzungsfrist der Richtlinie bereits abgelaufen ist, sind die entsprechenden Umsetzungsvorschriften umgehend zu erlassen.

II. Unionsrechtliche Vorgaben im Einzelnen

Für die Ausgestaltung der erforderlichen Umsetzungsgesetzgebung ergeben sich aus dem CCOO-Urteil nähere Vorgaben.

1. Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems zur Arbeitszeiterfassung

Der EuGH formuliert im Urteilstenor, dass die Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG dahin auszulegen sind, „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“. Positiv gewendet verlangen die genannten Vorschriften, dass die Mitgliedstaaten eine entsprechende Verpflichtung der Arbeitgeber vorsehen. In Randnummer 60 des Urteils wird diese Pflicht konkretisiert: „Um die praktische Wirksamkeit der von der Richtlinie 2003/88/EG 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* [Hervorhebung nicht im Original] einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“

a) Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit

Die Formulierung im Urteilstenor (mit dem die Arbeitszeit gemessen werden *kann*) wirft die Frage auf, ob die Verpflichtung des Arbeitgebers sich auf die Einrichtung eines Systems zur Erfassung der Arbeitszeit beschränken kann oder sich auf die Nutzung dieses Systems erstrecken muss. Im ersten Fall könnte der Arbeitgeber es den Arbeitnehmern freistellen, ob sie das zur Verfügung gestellte System nutzen, wohingegen er im zweiten Fall verpflichtet wäre, die Arbeitszeit tatsächlich zu erfassen.

Der Tenor lässt beide Deutungen zu. In den Urteilsgründen finden sich an einigen Stellen vergleichbare Formulierungen, die ebenfalls beide Deutungen zulassen (dazu die Textanalyse bei *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456, 468 ff.). Zwei Formulierungen sprechen jedoch relativ deutlich dafür, dass der Arbeitgeber die Arbeitszeit tatsächlich erfassen muss: In Randnummer 50 stellt der EuGH fest, dass „eine nationale Regelung, die keine Verpflichtung vorsieht, von einem *Instrument Gebrauch zu machen* [Hervorhebung nicht im Original], mit dem die Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden objektiv und verlässlich festgestellt werden kann“, nicht geeignet ist, um die praktische Wirksamkeit der unionsrechtlichen Regelungen sicherzustellen. Randnummer 59 enthält die Formulierung, dass „die Regelung eines Mitgliedstaats, die nach ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte

keine *Pflicht des Arbeitgebers zur Messung der geleisteten Arbeitszeit* [Hervorhebung nicht im Original] begründet, die in den Art. 3 und 5 sowie in Art. 6 Buchst. b dieser Richtlinie verankerten Rechte aushöhlen [kann]“.

Entscheidend sind jedoch die Argumente, auf die der EuGH seine Begründung stützt. Aus diesen ergibt sich, dass der Arbeitgeber nicht nur zur Einrichtung eines Erfassungssystems, sondern auch zur tatsächlichen Nutzung dieses Systems zu verpflichten ist. Für diese Deutung spricht schon das Argument des EuGH in Randnummer 45, dass ein Arbeitnehmer aufgrund seiner schwächeren Position davon abgeschreckt werden könne, seine Rechte gegenüber seinem Arbeitgeber ausdrücklich geltend zu machen. Würde der Arbeitgeber das System nur zur Verfügung stellen, könnte der Arbeitnehmer aus Angst vor Nachteilen auf eine Nutzung verzichten.

In Randnummer 50 sieht der EuGH die Erreichung des Richtlinienziels gefährdet, wenn das nationale Recht keine Verpflichtung vorsieht, von einem Instrument zur Arbeitszeiterfassung Gebrauch zu machen, weil dann weder die Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer überprüfen könnten, ob die in der Richtlinie vorgesehenen Rechte beachtet werden. Hier spricht nicht nur – wie bereits ausgeführt – die Formulierung für eine Pflicht zur tatsächlichen Erfassung, sondern auch das Argument, denn wird das System nur eingerichtet und nicht genutzt, können ebenfalls weder die Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer überprüfen, ob die Richtlinienbestimmungen beachtet werden.

Ein weiteres Argument, das die Verpflichtung zur tatsächlichen Erfassung der Arbeitszeit impliziert, findet sich in Randnummer 57. Dort argumentiert der Gerichtshof, dass die Überwachungsbehörden ohne ein Erfassungssystem kein wirksames Mittel hätten, sich Zugang zu objektiven und verlässlichen Daten über die von den Arbeitnehmern in den einzelnen Unternehmen geleistete Arbeitszeit zu verschaffen. Diese Möglichkeit eröffnet sich für die Behörden allerdings nur dann, wenn das System tatsächlich genutzt wird und alle Arbeitszeiten dokumentiert werden. Dasselbe gilt für die Hilfsbegründung in Randnummer 62, wonach das Erfassungssystem erforderlich sein soll, damit die Arbeitnehmervertreter ihr in Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie 89/391/EWG vorgesehenes Recht ausüben können.

b) Gegenstand der Erfassung

Nach der Formulierung des Urteilstenors muss mit dem System „die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit“ gemessen werden können. Auch diese Formulierung wirft Folgefragen auf, denn sie ließe sich – isoliert – ohne Weiteres dahingehend verstehen, dass eine Dokumentation der geleisteten Arbeitszeit im Sinne einer täglichen Arbeitsdauer ausreicht. Da die Erfassung der Arbeitszeit allerdings der praktischen Wirksamkeit der Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG gewährleisten soll, kommt eine solche Auslegung nicht in Betracht. Die Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten lässt sich nur kontrollieren, wenn auch Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit dokumentiert werden.

Zu erfassen ist die Arbeitszeit im arbeitszeitrechtlichen Sinne. Dies ergibt sich daraus, dass die Aufzeichnung die Einhaltung der Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG gewährleisten soll. Es gilt also die Definition aus Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88/EG. Arbeitszeit ist demnach jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht

und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Auf die Intensität der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit oder dessen Leistung kommt es nicht an (EuGH 21.2.2018, Rs. C-518/15 – Matzak, ECLI:EU:C:2018:82, Rn. 56). Als Arbeitszeit zu erfassen sind daher auch Zeiten des Bereitschaftsdienstes (zur Abgrenzung bei Rufbereitschaft: EuGH 21.2.2018, Rs. C-518/15 – Matzak, ECLI:EU:C:2018:82).

Ergänzend scheint es sinnvoll, dass auch Beginn und Ende der Ruhepausen im Sinne des Art. 4 der Richtlinie 2003/88/EG dokumentiert werden. Der EuGH stützt die Pflicht zwar nicht ausdrücklich auf Art. 4. Die Argumentation ließe sich der Sache nach aber auch auf diese Bestimmung übertragen, denn auch die Einhaltung der Ruhepausen kann nur kontrolliert werden, wenn die Pausen objektiv und zuverlässig erfasst werden. Da die Richtlinie 2003/88/EG nur Mindestvorgaben enthält, wäre es zudem rechtlich unbedenklich, über die Vorgaben der Richtlinie hinauszugehen.

c) Zeitpunkt der Erfassung

Zum Zeitpunkt der Erfassung der täglich geleisteten Arbeitszeit enthält die Entscheidung keine direkten Vorgaben. Zwar liegt es nahe, die täglich geleistete Arbeitszeit auch täglich zu erfassen. Ausdrücklich verlangt wird dies jedoch nicht. Den Mitgliedstaaten dürfte diesbezüglich daher ein Gestaltungsspielraum zustehen. Die Erfassung muss jedoch so zeitnah erfolgen, dass noch eine verlässliche Aufzeichnung gewährleistet ist. Die in § 17 Abs. 1 Satz 1 MiLoG, § 19 Abs. 1 Satz 1 AEntG und § 17c Abs. 1 AÜG vorgesehene Frist von sieben Tagen dürfte diesen Anforderungen genügen.

d) Objektives, verlässliches und zugängliches System

Der EuGH präzisiert das vom Arbeitgeber einzurichtende System in Randnummer 60 des Urteils dahingehend, dass es sich um ein „objektives, verlässliches und zugängliches System“ handeln muss. Welche konkreten Anforderungen sich aus diesen drei Attributen ergeben, wird nicht näher definiert. Versuche, die genannten Kriterien aus den Begriffen heraus (also sprachlich) zu erklären, sind wenig erfolgsversprechend. Bereits die in der deutschen Sprachfassung verwendeten Begriffe können unterschiedliche Bedeutungen haben. Werden andere Sprachfassungen hinzugezogen, wird das Bild noch unübersichtlicher.

Aus der Argumentation des EuGH lassen sich jedoch Anhaltspunkte für eine Konkretisierung der Kriterien gewinnen.

Das zentrale Argument, auf das der EuGH das Erfordernis der Arbeitszeiterfassung stützt, ist deren Bedeutung für die praktische Wirksamkeit der aus Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG folgenden Rechte. Besonders deutlich kommt dieser Zusammenhang in Randnummer 49 zum Ausdruck: „Die objektive und verlässliche Feststellung der Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden ist nämlich für die Beurteilung grundlegend, ob zum einen die wöchentliche Höchstarbeitszeit, die in Art. 6 der Richtlinie 2003/88/EG festgelegt wird und die nach dieser Bestimmung die Überstunden einschließt, in dem in Art. 16 Buchst. b oder Art. 19 dieser Richtlinie vorgesehen Bezugszeitraum beachtet wurde, und 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.“

In Randnummer 50 wird diese Erwägung dahin fortgeführt, dass „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, [...] nicht geeignet [ist], die praktische Wirksamkeit der von Art. 31 Abs. 2 der Charta und von [der Richtlinie 2003/88/EG] verliehenen Rechte sicherzustellen, da weder die Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer überprüfen können, ob diese Rechte beachtet werden.“

Das Zeiterfassungssystem muss es dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer also ermöglichen, zu überprüfen, ob die Richtlinienbestimmungen eingehalten werden. Dazu muss das Erfassungssystem gewährleisten, dass die geleistete Arbeitszeit tatsächlich erfasst wird. Es muss also mit anderen Worten sicherstellen, dass die erfassten Daten richtig sind. Außerdem muss das System so gestaltet sein, dass der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer die erfassten Daten zur Kenntnis nehmen kann. Das wiederum setzt voraus, dass die Arbeitszeiten in einer Form erfasst werden, die eine Kenntnisnahme durch beide Seiten ermöglicht, und dass beide Seiten auf die Aufzeichnungen zugreifen können.

Als weiteres Argument führt der EuGH die ohne Erfassungssystem bestehenden Beweisschwierigkeiten für den Arbeitnehmer an. In den Randnummern 54 bis 56 wird diesbezüglich wie folgt argumentiert:

„Anders als durch ein System, mit dem die täglich geleistete Arbeitszeit gemessen wird, kann mit solchen Beweismitteln [wie u.a. Zeugenaussagen, der Vorlage von E-Mails oder der Untersuchung von Mobiltelefonen oder Computern – Ergänzung durch den Verfasser] jedoch nicht objektiv und verlässlich die Zahl der von dem Arbeitnehmer täglich oder wöchentlich geleisteten Arbeitszeit festgestellt werden. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der schwächeren Position des Arbeitnehmers in einem Arbeitsverhältnis der Zeugenbeweis allein nicht als wirksames Beweismittel angesehen werden kann, mit dem eine tatsächliche Beachtung der in Rede stehenden Rechte gewährleistet werden kann, da die Arbeitnehmer möglicherweise zögern, gegen ihren Arbeitgeber auszusagen, weil sie befürchten, dass dieser Maßnahmen ergreift, durch die das Arbeitsverhältnis zu ihren Ungunsten beeinflusst werden könnte. Dagegen bietet ein System, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, diesen ein besonders wirksames Mittel, einfach zu objektiven und verlässlichen Daten über die von ihnen geleistete tatsächliche Arbeitszeit zu gelangen [...].“

Durch die Erfassung der Arbeitszeit soll der Arbeitnehmer folglich aus seiner „Beweisnot“ befreit werden, in der er sich anderenfalls befinden würde. Aus dieser Funktion der Arbeitszeitaufzeichnung lassen sich die bereits aus dem ersten Argument des EuGH abgeleiteten Anforderungen weiter präzisieren: Die Erfassung der Arbeitszeit muss in einer Form erfolgen, die es dem Arbeitnehmer ermöglicht, die Daten als Beweismittel in einen Prozess einzuführen, ohne dass ein Zeugenbeweis erforderlich ist.

Weitere Konkretisierungen ergeben sich schließlich aus den oben (unter II. 1. a)) bereits erwähnten Ausführungen des EuGH hinsichtlich der Überwachung der Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen durch die zuständige Aufsichtsbehörde und der Auskunftsansprüche der Arbeitnehmervertretung. Aus diesen folgt nämlich, dass das System so ausgestaltet werden muss, dass sowohl die Behörden als auch die Arbeitnehmervertreter die erfassten Daten im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse einsehen können.

Wird davon ausgegangen, dass der EuGH mit den Kriterien „objektiv, verlässlich und zugänglich“ die aus seiner Argumentation folgenden Anforderungen an das Zeiterfassungssystem zum Ausdruck bringen wollte, liegt nach alledem folgendes Verständnis nahe:

Das Kriterium „*objektiv*“ dürfte als Anforderungen an das Aufzeichnungsergebnis und dessen Verwertbarkeit zu verstehen sein. Die Aufzeichnung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit muss in einer Form erfolgen, die einen objektiven Nachweis der erbrachten Arbeitszeit ermöglicht und von den zuständigen Behörden und Arbeitnehmervertretern zur Kenntnis genommen werden kann. Um diesen Anforderungen zu genügen, könnte etwa auf die Anforderungen des § 126b BGB (Textform) zurückgegriffen werden.

Das Kriterium „*verlässlich*“ dürfte auf die Richtigkeit der aufgezeichneten Daten abzielen. Die tatsächlich geleistete Arbeitszeit muss durch das System korrekt dokumentiert werden. Die zuständigen Aufsichtsbehörden, Arbeitnehmervertreter und Gerichte sollen sich auf die Richtigkeit der dokumentierten Daten „verlassen“ können. Es müssen daher Vorkehrungen gegen etwaige Manipulationen getroffen werden. Ein wichtiges Element dürfte dabei die Transparenz des Systems sein. Es muss nachvollziehbar und kontrollierbar sein, welche Zeiten konkret erfasst werden. Der Arbeitnehmer muss erkennen können, ob die von ihm geleistete Arbeitszeit auch tatsächlich erfasst wird. Etwaige Fehler in der Erfassung müssen – etwa auf Verlangen des Arbeitnehmers – korrigiert werden. Aufzeichnung der Arbeitszeit und die Möglichkeit zur Kontrolle dieser Aufzeichnungen müssen zeitlich in engem zeitlichem Zusammenhang zur Erbringung der Arbeitsleistung stehen, so dass eine erinnerungsgestützte Kontrolle möglich ist. Ein absolut verlässliches System wird sich freilich auch unter Einhaltung dieser Anforderungen nicht gewährleisten lassen. Insbesondere wenn die Arbeitnehmer selbst die Arbeitszeit falsch dokumentieren, indem sie etwa auf eine Aufzeichnung von Überstunden verzichten (z.B. durch „Ausstempeln“ vor tatsächlichem Arbeitsende), gerät jedes Erfassungssystem an seine Grenzen. In diesen Fällen dürfte der Arbeitgeber aber verpflichtet sein, angemessene Maßnahmen gegen offensichtliche Manipulationen zu treffen (z.B. durch stichprobenartige Kontrollen). Zudem darf er keine Anreize oder Zwänge (z.B. durch Überlastung oder übersteigerten Leistungsdruck) schaffen, die den Arbeitnehmer zu einer Manipulation der Aufzeichnung veranlassen könnten.

Das Kriterium „*zugänglich*“ dürfte den Zugang zu den dokumentierten Daten betreffen. Der Arbeitnehmer muss die Aufzeichnungen einsehen und als Beweismittel nutzen können. Darüber hinaus müssen die zuständigen Aufsichtsbehörden und Arbeitnehmervertreter im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse auf die Aufzeichnungen zugreifen können.

e) Aufzeichnung durch den Arbeitnehmer

Angesichts der an den Arbeitgeber adressierten Pflicht zur Einrichtung eines Erfassungssystems und zur tatsächlichen Erfassung der Arbeitszeit stellt sich die Frage, inwiefern der Arbeitgeber die Aufzeichnung vollständig an den Arbeitnehmer delegieren kann. Unbedenklich dürften insofern zunächst diejenigen Fälle sein, in denen der Arbeitnehmer lediglich an der Aufzeichnung mitwirkt, indem er beispielsweise ein elektronisches Erfassungssystem etwa mittels Chipkarte bedient. In diesen Fällen erfolgt die Aufzeichnung letztlich durch das vom Arbeitgeber eingerichtete System, so dass der Arbeitgeber seiner Erfassungspflicht nachkommt.

Problematisch scheint indessen die alleinige Aufzeichnung der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer (etwa durch Handaufzeichnung). Solche Aufzeichnungen genügen den dargestellten Anforderungen grundsätzlich nicht, weil der Arbeitnehmer mit solchen Aufzeichnungen im Prozess die Richtigkeit der eigenen Behauptungen nicht beweisen kann. Die Aufzeichnungen wären letztlich nur eine Verschriftlichung der eigenen Behauptungen. Um die Richtigkeit dieser Behauptungen zu beweisen, wäre der Arbeitnehmer auf andere Beweismittel angewiesen. Diesem Problem ließe sich durch eine widerlegbare Richtigkeitsvermutung begegnen, die eine Beweislastumkehr im Prozess bewirkt. Unter dieser Voraussetzung könnte auch die alleinige Aufzeichnung durch den Arbeitnehmer den dargestellten Anforderungen Rechnung tragen. Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung schließt demnach auch nicht jegliche Form von Vertrauensarbeitszeit aus.

2. Ausnahmen und Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten

In Randnummer 63 des CCOO-Urteils wird betont, dass es den Mitgliedstaaten obliegt, 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 gelte unbeschadet des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG.

a) Ausnahmen für kleine Unternehmen

Eine generelle Ausnahme von der Arbeitszeiterfassungspflicht für kleine Unternehmen, wie sie vereinzelt erwogen wird, lässt das CCOO-Urteil nicht zu. Der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers bezieht sich ausschließlich auf die Modalitäten zur Umsetzung eines Erfassungssystems. Auch möglicherweise entstehende Kosten können nicht als Argument für einen Verzicht auf eine Verpflichtung kleiner Unternehmen zur Arbeitszeiterfassung angeführt werden. Der EuGH weist dahingehende Einwände in Randnummer 66 unter Verweis auf den vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/88/EG zurück, wonach der wirksame Schutz der Sicherheit und der Arbeitnehmergesundheit nicht rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden darf.

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll für kleine und mittlere Unternehmen aus Kompetenzgründen keine Umsetzungspflicht bestehen. Die Ansicht stützt sich auf die Erwägungsgründe der Richtlinie 89/391/EWG. Dort findet sich in Abs. 4 folgende Erwägung: „Gemäß Artikel 118 a des Vertrages wird in den Richtlinien auf verwaltungsmäßige, finanzielle oder rechtliche Auflagen, die der Gründung und Entwicklung von Klein- und Mittelbetrieben entgegenstehen könnten, verzichtet.“ Da nach der Richtlinie 2003/88/EG die Richtlinie 89/391/EWG in vollem Umfang anwendbar bleibe, sei für die kleinen und mittleren Unternehmen die Zuständigkeit der Union nicht gegeben (*Hüpers/Reese*, RdA 2020, 53, 56). Diese Sichtweise überzeugt nicht. Aus der Erwägung lässt sich keine Einschränkung des Geltungsbereichs der Richtlinie 89/391/EWG ableiten. Die Erwägungsgründe sind zwar Bestandteil der Richtlinie, haben als solche aber keinen Rechtsnormcharakter, sondern können nur zur Auslegung der Richtlinienbestimmungen herangezogen werden. Enthalten letztere – wie Art. 2 und Art. 3 Buchst. b) der Richtlinie 89/391/EWG – keine Anhaltspunkte für eine Einschränkung des Anwendungsbereichs, kann eine solche nicht (*contra legem*) den

Erwägungsgründen entnommen werden. Dass die Richtlinie 89/391/EWG auch auf kleine Unternehmen Anwendung findet, zeigt auch die Rechtsprechung. So stellte der EuGH im Jahr 2002 fest, dass die Bundesrepublik gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) und 10 Abs. 3 Buchst. a) der Richtlinie 89/391/EWG verstoßen hatte, weil das deutsche Recht im Hinblick auf die in den genannten Bestimmungen geregelte Dokumentationspflicht eine Ausnahme für Arbeitgeber mit zehn oder weniger Beschäftigten vorsah (EuGH 7.2.2002, Rs. C-5/00 – Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2002:81). Im Übrigen scheint es abwegig, dass die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung der Gründung und Entwicklung von Klein- und Mittelbetrieben entgegenstehen könnte.

Sonderregelungen für kleine Unternehmen können nach alledem nur in Bezug auf die Modalitäten der Arbeitszeiterfassung getroffen werden. Die unionsrechtlichen Mindestvorgaben, die sich aus dem CCOO-Urteil ergeben, gelten indessen uneingeschränkt auch für diese Unternehmen. Besondere Modalitäten für kleine Unternehmen dürften vor allem dann relevant werden, wenn die gesetzlichen Regelungen zur Arbeitszeiterfassung den Arbeitgeber zur Nutzung bestimmter technischer Systeme verpflichten sollen. In einem solchen Fall könnte etwa vorgesehen werden, dass kleine Unternehmen die Arbeitszeit auch handschriftlich erfassen können. Denkbar wäre auch eine großzügigere Erfassungsfrist für kleinere Unternehmen, solange sie den unionsrechtlichen Vorgaben noch gerecht wird.

b) Ausnahmen nach Art. 17 der Richtlinie 2003/88/EG

Ausdrücklich angesprochen wird in Randnummer 63 der CCOO-Entscheidung Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG. Danach können die Mitgliedstaaten unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer von den Art. 3 bis 6, 8 und 16 der Richtlinie 2003/88/EG abweichen, wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann. Beispielhaft werden in der Vorschrift drei Gruppen genannt: leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis (Buchst. a), Arbeitskräfte, die Familienangehörige sind (Buchst. b), sowie Arbeitnehmer, die im liturgischen Bereich von Kirchen oder Religionsgemeinschaften beschäftigt sind (Buchst. c).

Art. 17 Abs. 1 ermöglicht es den Mitgliedstaaten von den zwingenden Vorschriften der Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG abzuweichen, aus denen der EuGH die Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung herleitet. Mit der Abweichung von den genannten Vorschriften dürfte auch die Grundlage für die Zeiterfassungspflicht entfallen. Für die unter Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG fallenden Arbeitnehmer dürfte daher eine Ausnahme von der Zeiterfassungspflicht zulässig sein. Ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH und den Auslegungshinweisen der Kommission (ABl. EU 2017, Nr. C 165/44) hat die Norm allerdings nur einen engen Anwendungsbereich.

Die in Art. 17 Abs. 1 vorgesehene Abweichung muss nach der Rechtsprechung des EuGH so ausgelegt werden, dass ihr Anwendungsbereich auf das zur Wahrung der Interessen, deren Schutz sie ermöglicht, unbedingt Erforderliche begrenzt wird (EuGH 26.7.2017, C-175/16 – Hälvä, ECLI:EU:C:2017:617, Rn. 31). Die Vorschrift gilt nur für Arbeitnehmer, deren *gesamte* Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann

(EuGH 26.7.2017, C-175/16 – Hälvä, ECLI:EU:C:2017:617, Rn. 32). Diese Voraussetzung ist in jedem Einzelfall zu prüfen und wird auch für die in Art. 17 Abs. 1 beispielhaft genannten Gruppen weder vermutet noch fingiert. Davon geht auch die Kommission aus. Sie formuliert diesbezüglich in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG (ABl. EU 2017, Nr. C 165/44): „Diese Ausnahmeregelung gilt für zwei wesentliche Arten von Situationen, die beide »wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit« bewertet werden müssen. Eine solche Ausnahmeregelung kann daher nach Dafürhalten der Kommission nicht in vollem Umfang auf eine ganze Arbeitnehmergruppe angewandt werden.“ Weiter wird auf der Folgeseite ausgeführt: „Die Richtlinie nennt diese Arbeitnehmer als Beispiele, da sie in der Regel weitgehend selbst entscheiden können, wie sie ihre Arbeitszeit regeln, und als autonome Arbeitnehmer betrachtet werden könnten. Gleichwohl kämen nicht alle unter die genannten Gruppen fallenden Arbeitnehmer, etwa nicht alle leitenden Angestellten, für die Ausnahmeregelung für die sogenannten »autonomen Arbeitnehmer« nach Art. 17 Abs. 1 in Frage.“ Auch der Rechtsprechung liegt dieses Verständnis zugrunde. In seinem Urteil in der Rechtssache Hälvä prüft der Gerichtshof zunächst, ob die gesamte Arbeitszeit der Vertreter der Kinderdorfeltern (um diese Beschäftigten ging es in der Sache) wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den der Vertretern der Kinderdorfeltern selbst festgelegt werden kann (EuGH 26.7.2017, C-175/16 – Hälvä, ECLI:EU:C:2017:617, Rn. 32 ff.). Nach Verneinung dieser Frage stellt er sodann fest, dass es „offensichtlich nicht erforderlich [sei], überdies zu prüfen, ob die Tätigkeit der Vertreter der Kinderdorfeltern unter anderen Gesichtspunkten mit einer der drei in diesem Artikel beispielhaft aufgeführten Tätigkeiten gleichgestellt werden kann“ (a.a.O. Rn. 45).

Dass ein Arbeitnehmer seine Arbeitszeit selbst festlegen kann, ist nach der Rechtsprechung des EuGH nur unter strengen Voraussetzungen anzunehmen. Es genügt nicht, dass der Arbeitnehmer über eine gewisse Autonomie in der Gestaltung seiner Arbeitszeit und insbesondere bei der Organisation seiner täglichen Aufgaben, seiner Unternehmungen und seiner Zeiten der Untätigkeit verfügt (EuGH 26.7.2017, C-175/16 – Hälvä, ECLI:EU:C:2017:617, Rn. 35). Der Gerichtshof verlangt vielmehr, dass der Arbeitnehmer selbst über die Zahl seiner Arbeitsstunden entscheiden kann und nicht verpflichtet ist, zu festen Arbeitszeiten an seinem Arbeitsplatz anwesend zu sein (EuGH 14.10.2010, Rs. C-428/09 – Isère, ECLI:EU:C:2010:612, Rn. 42). Der Arbeitnehmer muss also hinsichtlich Umfang und Einteilung seiner Arbeitszeit frei entscheiden können. Dies führt nach Auffassung der Kommission zu folgender Schlussfolgerung (ABl. EU 2017, Nr. C 165/45): „Infolgedessen ist die Kommission der Auffassung, dass unter die Ausnahmeregelung bestimmte hochrangige Führungskräfte fallen könnten, deren gesamte Arbeitszeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird, da sie nicht verpflichtet sind, zu festgesetzten Zeiten am Arbeitsplatz anwesend zu sein, sondern über ihre Arbeitszeiteinteilung selbst entscheiden können. Auch könnte die Ausnahmeregelung beispielsweise für bestimmte Experten, erfahrene Anwälte in einem Beschäftigungsverhältnis oder Wissenschaftler gelten, die ihre Arbeitszeit weitgehend selbst festlegen.“

Ausgehend von den dargestellten Grundsätzen dürfte die Ausnahmeregelung in § 18 Abs. 1 ArbZG nicht richtlinienkonform sein. Nach dieser Vorschrift ist das Arbeitszeitgesetz nicht anzuwenden auf leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG und Chefärzte (Nr. 1), auf Leiter von öffentlichen Dienststellen und deren Vertreter sowie Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, die zu selbständigen Entscheidungen in Personalangelegenheiten befugt

sind (Nr. 2), auf Arbeitnehmer, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen (Nr. 3) sowie auf den liturgischen Bereich der Kirchen und der Religionsgemeinschaften (Nr. 4). § 18 Abs. 1 ArbZG nimmt folglich ganze Arbeitnehmergruppen unabhängig von einer Prüfung im Einzelfall vom Anwendungsbereich des gesamten Gesetzes aus. Dies könnte allenfalls dann zulässig sein, wenn die in Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie genannten Voraussetzungen bei den in § 18 Abs. 1 ArbZG genannten Arbeitnehmern generell erfüllt sind. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. So reicht es etwa für die Einordnung als leitender Angestellter nach § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BetrVG aus, dass der Arbeitnehmer zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist. Diese Anknüpfung an die Personalverantwortung mag im Betriebsverfassungsrecht sinnvoll sein. Rückschlüsse auf die Entscheidungsbefugnis des Arbeitnehmers hinsichtlich der Gestaltung der eigenen Arbeitszeit lässt die Personalverantwortung indes nicht zu. Die Personalverantwortung (an die auch § 18 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG anknüpft) schließt weder eine Kontrolle der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber aus, noch gewährleistet sie, dass der Arbeitnehmer selbst bestimmen kann, wann er am Arbeitsplatz anwesend ist. Nichts Anderes gilt für die in § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG genannten Chefarzte, die zwar innerhalb einer Krankenhausabteilung die ärztliche Gesamtverantwortung und die Personalverantwortung für das ärztliche und nichtärztliche Personal tragen, nicht aber zwingend auch in der Entscheidung über Umfang und Einteilung ihrer Arbeitszeit frei sind.

Durchgreifende Bedenken bestehen auch im Hinblick auf die in § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG genannten Arbeitnehmer, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen. Diese Arbeitnehmergruppe entspricht nicht den in Art. 17 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie beispielhaft genannten Arbeitskräften, die Familienangehörige sind (EuGH 26.7.2017, C-175/16 – Hälvä, ECLI:EU:C:2017:617, Rn. 46). Der EuGH bringt die insoweit maßgeblichen Unterschiede in der Rechtssache Hälvä (a.a.O. Rn. 47 f.) klar zum Ausdruck: „Diese Abweichung [...] betrifft nämlich ausschließlich die Arbeit, die in einem Kontext erbracht wird, in dem das zwischen dem Arbeitgeber und seinem Arbeitnehmer bestehende Arbeitsverhältnis familiärer Natur ist. In einem solchen Kontext, der dadurch gekennzeichnet ist, dass zwischen den Parteien besondere Bindungen in Bezug auf Vertrauen und Verpflichtung bestehen, kann nämlich angenommen werden, dass die gesamte Arbeitszeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird, oder dass sie von dem beschäftigten Familienmitglied festgelegt werden kann. Der bloße Umstand, dass die fragliche Tätigkeit mit den erzieherischen Aufgaben und den emotionalen Beziehungen, wie sie grundsätzlich Eltern gegenüber ihren Kindern haben, vergleichbar ist, erlaubt es hingegen nicht, diese Tätigkeit unter die Ausnahme des Art. 17 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2003/88/EG zu fassen.“

Die Umsetzung des CCOO-Urteils sollte daher zum Anlass genommen werden, die Ausnahmenvorschrift des § 18 Abs. 1 ArbZG den unionsrechtlichen Vorgaben anzupassen, die sich insbesondere aus den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen Isère und Hälvä ergeben. Nur für die nach den dargestellten Vorgaben in den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie fallenden Personen können auch Ausnahmen von der Arbeitszeiterfassungspflicht vorgesehen werden.

Da die beispielhafte Aufzählung in Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie nicht erschöpfend ist („insbesondere“), stellt sich abseits der in § 18 Abs. 1 ArbZG vorgesehenen Ausnahmen die Frage, ob der Gesetzgeber ggf. weitere Ausnahmen vorsehen könnte. In der juristischen Diskussion wurde vereinzelt erwogen, eine Ausnahme für Arbeitnehmer mit Vertrauensarbeitszeit bzw. für die Arbeit im Homeoffice vorzusehen. Ausgehend von der bereits dargestellten Rechtsprechung des EuGH dürften diese Fälle jedoch kaum in den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie fallen. Es genügt nämlich nicht bereits der Umstand, dass die Vertrauensarbeitszeit bzw. die Arbeit im Homeoffice mit einer geringeren Kontrolle durch den Arbeitgeber und einer gewissen Autonomie für den Arbeitnehmer einhergeht. Voraussetzung für eine Anwendung des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie wäre vielmehr, dass die Arbeitnehmer über die Einteilung ihrer gesamten Arbeitszeit frei entscheiden können. Eine solche Entscheidungsfreiheit dürfte bereits nicht mehr gegeben, wenn von den Arbeitnehmern beispielsweise erwartet wird, an nicht von ihnen selbst festgesetzten Besprechungen teilzunehmen oder bei der Einteilung ihrer Arbeitszeit auf betriebliche Notwendigkeiten oder Erwartungen von Geschäftspartnern Rücksicht zu nehmen, wobei es unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Betrieb oder im Homeoffice erbringt. Auch eine gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Berichtspflicht des Arbeitnehmers kann seine freie Entscheidungsbefugnis über die Einteilung seiner Arbeitszeit ausschließen, da die zu erstattenden Berichte dem Arbeitgeber eine Kontrolle des Arbeitnehmers ermöglichen können (EuGH 26.7.2017, C-175/16 – Hälvä, ECLI:EU:C:2017:617, Rn. 38). Praktisch dürften daher nur wenige (besonders weitgehende) Vertrauensarbeitszeitmodelle in den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie fallen. Allenfalls für diese wäre eine Ausnahme von den in Art. 17 Abs. 1 genannten Richtlinienbestimmungen und in der Folge auch von der Arbeitszeiterfassungspflicht zulässig. Eine generelle Ausnahme für Vertrauensarbeitszeit oder Arbeit im Homeoffice ist indessen nicht mit der Richtlinie vereinbar.

c) Ausnahme bei „Opt-Out“ nach Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG

Art. 22 der Richtlinie 2003/88/EG stellt es den Mitgliedstaaten frei, Art. 6 der Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen nicht anzuwenden (sog. „Opt-Out“). Aufgrund der Regelung können die Mitgliedstaaten auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit verzichten. Die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Art. 3 und 5 der Richtlinie und damit zur Gewährleistung von täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten lässt Art. 22 Abs. 1 indessen unberührt. Das „Opt-Out“ nach Art. 22 Abs. 1 vermag daher alleine keine Ausnahme von der Zeiterfassungspflicht zu begründen, denn die Erfassung ist mit Blick auf die – vom EuGH zur Begründung ebenfalls herangezogenen – Art. 3 und 5 der Richtlinie weiter erforderlich. Soweit erwogen wird, dass im Falle einer Kombination aus „Opt-Out“ und der Gewährleistung der Ruhezeiten durch feste Schließzeiten des Betriebes auf die Aufzeichnungspflicht verzichtet werden könne (*Hüpers/Reese*, RdA 2020, 53, 57), dürfte der praktische Anwendungsbereich für eine solche Ausnahme sehr begrenzt sein und gerade solche Bereiche betreffen, in denen eine Aufzeichnung der Arbeitszeit keine besonderen Schwierigkeiten bereitet.

d) Ausnahmen in Bezug auf den Umfang der Dokumentation

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass bei einer alleinigen Aufzeichnung durch den Arbeitnehmer von einer detaillierten Aufzeichnung der Lage der Arbeitszeit abgesehen werden könne (etwa *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456, 475). Eine solche Ausnahme enthält etwa § 1 Abs. 1 MiLoAufzV für Arbeitnehmer, die mit ausschließlich mobilen Tätigkeiten

beschäftigt werden, keinen Vorgaben zur konkreten täglichen Arbeitszeit (Beginn und Ende) unterliegen und sich ihre tägliche Arbeitszeit eigenverantwortlich einteilen.

Den Anforderungen des EuGH dürfte eine solche Einschränkung der Erfassungspflicht nicht entsprechen. Der EuGH leitet die Pflicht nicht nur aus Art. 6 der Richtlinie 2003/88/EG (Wöchentliche Höchstarbeitszeit) ab, sondern auch aus Art. 3 (Tägliche Ruhezeit) und Art. 5 (Wöchentliche Ruhezeit). Die Einhaltung der zuletzt genannten Vorschriften setzt eine Erfassung der Lage der Arbeitszeit logisch voraus. Versteht man die Ruhezeiten als zwingendes Recht, auf dessen Einhaltung auch mit Zustimmung des Arbeitnehmers nicht verzichtet werden kann, muss dies auch für die Aufzeichnung der Lage der Arbeitszeit gelten, denn durch diese soll die praktische Wirksamkeit der Ruhezeiten gesichert werden. Überdies könnte weder die zuständige Behörde, noch die zuständige Arbeitnehmervertretung die Einhaltung der Ruhezeiten kontrollieren, wenn die Aufzeichnung auf die bloße Dauer der Arbeitszeit beschränkt würde.

e) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Hinsichtlich des Spielraums der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Modalitäten nimmt der EuGH in Randnummer 63 ausdrücklich Bezug auf die Ausführungen des Generalanwalts *Pitruzzella*. Dessen Schlussanträge vom 31.01.2019 (ECLI:EU:C:2019:87) können deshalb zur Konkretisierung der betreffenden Urteilsparagrafen herangezogen werden. Dem Ermessen der Mitgliedstaaten überlassen ist demnach die Bestimmung der Formen und Wege der Umsetzung der Zeiterfassungspflicht sowie die Definition der konkreten Modalitäten, die eine einfache Kontrolle der Einhaltung der Regeln über die Arbeitszeiten gestatten (Randnummer 86 der Schlussanträge).

Zu den Formen und Wegen der Umsetzung dürfte insbesondere die Rechtsnatur der Verpflichtung der Arbeitgeber zu zählen sein. Die Verpflichtung muss nicht zwingend als öffentlich-rechtliche Pflicht des Arbeitgebers ausgestaltet werden, sondern könnte auch als zivilrechtlicher Anspruch des Arbeitnehmers umgesetzt werden. Die praktische Wirksamkeit darf freilich durch die gewählte Rechtsnatur nicht beeinträchtigt werden. Es müssen daher in jedem Fall wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorgesehen werden. Ein zivilrechtlicher Anspruch müsste deshalb zumindest zusätzlich durch einen Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers im Falle einer Verletzung der Aufzeichnungspflicht abgesichert werden, da sich aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht keine wirksame und abschreckende Sanktion ergibt. Darüber hinaus scheint eine rein individuelle Durchsetzung einer solchen zivilrechtlichen Verpflichtung durch den einzelnen Arbeitnehmer im Hinblick auf die praktische Wirksamkeit problematisch. Aus systematischen Erwägungen liegt im deutschen Recht aber ohnehin eine Umsetzung im Arbeitszeitgesetz nahe.

Die Bestimmung der Formen und Wege der Umsetzung dürfte ferner die Möglichkeit umfassen, die konkrete Ausgestaltung der Modalitäten den Sozialpartnern zu überlassen. In Deutschland kann dies freilich nur ergänzend zu einer gesetzlichen Regelung erfolgen, da eine Umsetzung allein durch die Tarifvertrags- bzw. Betriebsparteien nicht alle Arbeitsverhältnisse erreicht. Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass eine etwaige Öffnungsklausel nur die Modalitäten betreffen kann. Die Verpflichtung zur Einrichtung eines den Vorgaben des EuGH entsprechenden Erfassungssystems steht nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten und kann folglich auch nicht zur Disposition der Sozialpartner gestellt werden.

In Bezug auf die Definition der konkreten Modalitäten, die eine einfache Kontrolle der Einhaltung der Regeln über die Arbeitszeiten gestatten, weist der Generalanwalt in Randnummer 87 seiner Schlussanträge darauf hin, dass die derzeitige Technologie die verschiedensten Systeme zur Erfassung der Arbeitszeit ermöglicht, wie z.B. Aufzeichnungen in Papierform, Computerprogramme oder elektronische Zutrittsausweise, und dass die Systeme je nach Besonderheiten und Erfordernissen der einzelnen Unternehmen unterschiedlich sein können. Das Unionsrecht gibt also keine bestimmte Form der Erfassung vor. Auch die Mitgliedstaaten müssen keine bestimmte Form vorgeben. Wie sich bereits gezeigt hat, muss die Arbeitszeit jedoch zumindest in Textform (§ 126b BGB) dokumentiert werden, um eine objektive, verlässliche und zugängliche Erfassung zu gewährleisten. Inwiefern darüber hinaus weitere Anforderungen an die Technik der Erfassung und die Form der Dokumentation gestellt werden, steht im Ermessen des Gesetzgebers und könnte auch den Tarifvertrags- und/oder Betriebsparteien überlassen werden. Möglich wären insofern grundsätzlich auch Differenzierungen nach Unternehmensgröße oder Branchen. So kann etwa in bestimmten Branchen oder ab einer bestimmten Unternehmensgröße eine elektronische Erfassung vorgeschrieben werden (wie es beispielsweise in Art. 2 Nr. 4 Buchst. a des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz [BR-Drs. 426/20] für die Fleischindustrie vorgesehen ist). Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine solche Differenzierung wegen der damit einhergehenden Ungleichbehandlung einer sachlichen Rechtfertigung bedarf.