

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. iur. Hans Hanau, Hamburg

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

Professur für Bürgerliches
Recht, Handels-, Wirtschafts-
und Arbeitsrecht

Prof. Dr. iur. Hans Hanau

T 040/6541-2781
E hanau@hsu-hh.de

Sekretariat:
Frau Ulrike Hofmann
T 040/6541-2621

Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales am 14. September 2020

Die Tagesordnung sieht gleich eine Reihe anspruchsvoller rechtspolitischer Fragen vor, die sich im Rahmen der erbetenen Stellungnahme aus Platzgründen nicht sämtlich mit der gebotenen Tiefe behandeln lassen. Ich werde mich deshalb im Folgenden auf eine etwaige Änderung des Arbeitszeitgesetzes konzentrieren. Auf die anderen Tagesordnungspunkte gehe ich kurz-sorisch ein.

A. AUFZEICHNEN DER ARBEITSZEIT¹

Die Anträge der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN mahnen beide die gesetzgeberische Umsetzung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 14. Mai 2019 (EuGH – C-55/18 – CCOO) an. Die Bundesregierung solle einen Gesetzesentwurf vorlegen, der die Arbeitgeber dazu verpflichtet, die tägliche Arbeitszeit aufzuzeichnen (DIE LINKE) bzw. zu dokumentieren (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

Die Anträge beruhen auf einem verbreiteten Missverständnis. Tatsächlich besteht kein Umsetzungsbedarf.

I. Der begrenzte Schutzzumfang des Arbeitszeitrechts

Der Begründung meiner These sei eine Bemerkung zum Stellenwert der in dem Urteil angesprochenen Rechtsfrage vorangestellt. Das Urteil ist von

¹ Die folgenden Ausführungen basieren auf meinem Aufsatz „Viel Lärm um Nichts – Das Urteil des EuGH in der Rechtssache CCOO zur Messung der Arbeitszeit“ in: Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 2020, 129 – 141.

weniger weitreichender praktischer Bedeutung als vielfach angenommen. Die Ausführungen zur Arbeitszeit betreffen ausschließlich die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Ruhezeiten sowie die Beachtung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit. Das Urteil bezieht sich also nicht auf die arbeitsvertraglich geschuldete Vergütung des Arbeitnehmers. Die Messung der Arbeitszeit in Hinblick auf die Beurteilung, ob er sein vertraglich versprochenes Arbeitsvolumen über- oder untererfüllt hat, ob er Anspruch auf die Bezahlung von Überstunden hat, spielt für den EuGH keine Rolle. Im Übrigen ist der Gerichtshof für solche Fragen schlicht nicht zuständig.

Arbeitszeitrecht ist Arbeitsschutzrecht und damit Teil der öffentlich-rechtlichen Gefahrenabwehr. Es geht allein um – behördlich flankierten – Gesundheitsschutz und nicht wie im Arbeitsvertragsrecht um die Gewährleistung von fairen Arbeitsbedingungen und angemessener Bezahlung. Die Grundarbeitszeit soll also nicht um ihrer selbst willen gemessen werden, sondern allein in Hinblick auf eine etwaige Überschreitung der gesetzlich zulässigen täglichen Arbeitszeit.

Kurzum: Das Arbeitszeitrecht interessiert sich nicht für die Arbeit, sondern für die Pausen. Es ist ruhezeitbezogen und sichert die arbeitsfreie Zeit. Das Arbeitszeitrecht stellt Leitplanken auf, kümmert sich aber nicht um den Zustand der zwischen ihnen verlaufenden Straßen.

Korrespondierend zum Siegeszug von 5-Tage-Woche und 8-Stunden-Tag sowie dem anhaltenden Trend zur noch weiteren Senkung der Wochenarbeitszeit ist der durchschnittliche Umfang der Ruhezeiten inzwischen deutlich über das gesetzlich geforderte Mindestmaß hinaus gewachsen. Im gleichen Maße ist das Risiko der Missachtung von Ruhezeiten gesunken. Ihre mangelnde Beachtung dürfte deshalb schwerlich ein Massenphänomen sein, zumal in den weit verbreiteten Schichtsystemen und Gleitzeitmodellen die Ruhezeiten systematisch abgebildet werden.

Probleme treten allerdings insbesondere dort auf, wo die Arbeitszeit nicht (mehr) betrieblich gebunden absolviert wird oder wo sie schon systematisch ausgeblendet wird, weil sie gar nicht erst gemessen wird.

II. Das Urteil des EuGH

Der Gerichtshof hat in dem viel zitierten Urteil entschieden, dass die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.

Damit hat der Gerichtshof lediglich die bereits bestehende deutsche Rechtslage konturiert.

1. Die elementare Unterscheidung von Messen, Verarbeiten und Aufzeichnen

Das Urteil wird ganz überwiegend so verstanden, als habe der EuGH die flächendeckende Einführung von Systemen zur *Aufzeichnung* der Arbeitszeit angeordnet. Tatsächlich kommt dieser Begriff jedoch in der Entscheidungsbegründung kein einziges Mal vor. Es ist lediglich vom Messen bzw. dem Feststellen der Arbeitszeit die Rede.

Diese Unterscheidung ist elementar. Ein Überwachungsvorgang lässt sich in verschiedene Phasen untergliedern: Zunächst müssen die Daten erhoben (ermittelt, gemessen, festgestellt) werden, erst danach kann die Verarbeitung (Wahrnehmung, Beurteilung) und/oder Aufzeichnung erfolgen.

Damit Zeit operabel wird, muss sie gemessen werden. Im sozialen Kontext wird sie überhaupt erst durch das Messen konstituiert. Die Arbeitszeitrichtlinie möchte gesundheitsschädliche Arbeitszeitspannen verhindern und deshalb die Einhaltung von Ruhe- und Höchstarbeitszeiten gewährleisten. Damit der Arbeitgeber diese Vorgaben beachten kann, muss er die einschlägigen Arbeitszeiten erst einmal ermitteln, Beginn und Ende einer Arbeits- bzw. Ruhephase müssen auf der Zeitachse abgeglichen werden.

So trivial das anmuten mag, so sehr hatte der EuGH Anlass, diesen Zusammenhang zu betonen und zum zentralen Gegenstand seiner Entscheidung zu machen. Im Ausgangsfall hatte der Arbeitgeber nämlich ausdrücklich schon auf die Zeitmessung verzichtet. Vertraglich festgelegt oder zumindest schlicht praktiziert, ist ein solches Gebaren durchaus nicht unüblich, man denke nur an bestimmte Formen sog. Vertrauensarbeitszeit oder etwa die Praktiken in der Rechtsberatungsbranche.² Dem soll das Urteil einen Riegel vorschieben.

Der EuGH hat deshalb nicht mehr, aber auch nicht weniger festgestellt, als dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, ein System einzurichten, mit dem die Arbeitszeit gemessen werden kann.³ Der Arbeitgeber muss also systematisch Vorsorge treffen, um die Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie einhalten zu können. Er darf die Zeiterfassung nicht unabgesprochen auf die Arbeitnehmer abwälzen oder erst auf eine Intervention der Aufsichtsbehörden warten.

² Dazu und zu sog. „Flatrate-Arbeit“ *Bayreuther*, EuZW 2019, 446, 448.

³ Dazu auch *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456, 468.

Organisierte wie unorganisierte Verantwortungslosigkeit werden nicht geduldet.

Etwas anderes gilt nur für sog. autonome Arbeitnehmer gem. Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG, bei denen die Erfassung der Arbeitszeit schon definitionsgemäß keine Rolle spielt – der deutsche Gesetzgeber hat den hier eröffneten Spielraum bisher im Wesentlichen lediglich für leitende Angestellte genutzt (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG).

Ein Aufzeichnen des Messergebnisses – seine Perpetuierung, die naturgemäß einen größeren organisatorischen Aufwand erfordert – ist keineswegs zwingend mit der Feststellung des Messergebnisses verbunden. Zur Beweissicherung, nicht zuletzt auch gegenüber den Aufsichtsbehörden, ist die Aufzeichnung förderlich, jedoch kein notwendiger Bestandteil eines Zeiterfassungssystems, das sich auch in einer Augenblicksbeurteilung erschöpfen kann. Diese elementare Unterscheidung hat in der Debatte um das Urteil bislang nicht die ihr gebührende Aufmerksamkeit gefunden.

Entscheidend ist allein, dass das System die Verarbeitung des Messergebnisses erlaubt, also die Beurteilung, ob die Arbeitszeitvorgaben eingehalten worden sind.

2. Die Ausgestaltung des Systems zur Messung der Arbeitszeit

a) Kriterien: Objektivität, Verlässlichkeit und Zugänglichkeit sowie die Berücksichtigung von Besonderheiten

Auch die Ausgestaltung eines solchen Zeiterfassungssystems im Übrigen kann nicht in das Belieben des Arbeitgebers gestellt sein. Damit es seinen Zweck erfüllen kann, muss es bestimmten Anforderungen genügen.

Der EuGH macht dafür Vorgaben: Das System müsse objektiv, verlässlich und zugänglich sein. Diese Vorgaben sind kein Selbstzweck, sondern müssen im Licht der Zweckerfüllung konkretisiert werden, sind also der Natur der Sache verpflichtet. Ganz dem gemäß betont der EuGH Umsetzungsspielräume bei der Ausgestaltung insbesondere in Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs.

Echte „Objektivität“ kann es bei Menschenwerk nicht geben. Das Merkmal der Objektivität kann nur so verstanden werden, dass eine Manipulation der Messung möglichst verhindert werden soll.⁴ „Verlässlichkeit“ erfordert

Helmut-Schmidt-Universität
Universität der Bundeswehr
Hamburg

Besucheranschrift:
Holstenhofweg 85
22043 Hamburg

Postanschrift:
Postfach 700822
22008 Hamburg

⁴ *Ulber*, NZA 2019, 677, 678; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456, 465.

Konsistenz in der Handhabung.⁵ Und „Zugänglichkeit“ Transparenz sowie Verfügbarkeit.⁶

Bei physischem Aufenthalt im Betrieb werden diese Kriterien weitgehend durch technische Messsysteme zu gewährleisten sein, die Kommen und Gehen registrieren (Stichwort: „Stechuhr“). Aber auch das registrierende Nicken des Arbeitgebers mit Blick auf die Uhr bei Arbeitsbeginn und -ende des Arbeitnehmers kann gerade im Kleinbetrieb durchaus genügen: Eine verlässliche, transparente Handhabung macht das Prozedere zu einem System, das durch den unmittelbaren Abgleich mit der Zeitwahrnehmung des Arbeitnehmers „Objektivität“ durch Intersubjektivität sicherstellt. Insofern ist eine solche Handhabung einer technischen Einrichtung sogar überlegen, die ja „ausgetrickst“ werden kann: Das Einloggen am Arbeitsplatz stellt nicht sicher, dass auch tatsächlich gearbeitet wird. Und das „Ausstempeln“ verhindert nicht, dass der Arbeitnehmer sodann wieder an den Arbeitsplatz zurückkehrt, sei es aus fremd- oder selbstaussbeuterischen Gründen, oder zu Hause weiterarbeitet. Das ließe sich allenfalls durch eine technische Totalüberwachung ausschließen, die allerdings in unlösbare Zielkonflikte mit Persönlichkeits- und Datenschutz geriete.⁷

b) Arbeitszeit außerhalb des Betriebs

Das gilt erst recht für alle Tätigkeiten, die sich außerhalb der unmittelbaren betrieblichen Sphäre abspielen, im Homeoffice oder unterwegs. Hier wird gerade in Hinblick auf die „Zugänglichkeit“ an einer Übertragung der Arbeitszeiterfassung auf die Arbeitnehmer meist kein Weg vorbeiführen.⁸ Der Arbeitgeber muss die Arbeitnehmer dafür auf die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Grenzen verpflichten. Sollten sich Indizien ergeben, dass die Arbeitnehmer die Höchstarbeitszeit überschreiten oder die Ruhezeiten nicht (vollständig) einhalten, muss der Arbeitgeber die Arbeitnehmer dazu anhalten, ihre Arbeitszeiten aufzuzeichnen, auf Papier, in eine Excel-Tabelle oder mittels einer App. Die Richtigkeit der Aufzeichnungen wird man dann

⁵ Brors, NZA 2019, 1176, 1180.

⁶ Latzel, EuZA 2019, 469, 479; Klein/Leist, ZESAR 2019, 365, 368.

⁷ Höpfner/Daum, RdA 2019, 270, 277 f.; Reinhard, NZA 2019, 1313, 1315; Latzel, EuZA 2019, 469, 479.

⁸ Schrader, NZA 2019, 1035, 1037; Fuhlrott, NZA-RR 2019, 343; Heuschmid, NJW 2019, 1853; Latzel, EuZA 2019, 469, 478; Höpfner/Daum, RdA 2019, 270, 277 ff.; Thüsing/Flink/Jänsch, ZfA 2019, 456, 471.

widerleglich vermuten dürfen.⁹ Zumindest stichprobenartig wird sich der Arbeitgeber aber von der „Objektivität“ der Messung überzeugen müssen.

III. Folgen für das deutsche Recht

Was folgt aus alledem für das deutsche Recht? Bei richtigem Verständnis ist der Arbeitgeber bereits heute zur Messung der Arbeitszeit verpflichtet.

1. Die deutsche Rechtslage

Das Arbeitszeitgesetz ist Teil des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts. Es verpflichtet den Arbeitgeber insbesondere zur Beachtung einer werktäglichen Höchstarbeitszeit (§ 3), der Gewährleistung von Ruhepausen (§ 4) sowie einer täglichen Ruhezeit (§ 5). Diese Vorschriften sind zwingend, sie stehen nicht zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien.

a) Das Arbeitszeitgesetz

Der Arbeitgeber muss deshalb seinen Betrieb so organisieren, dass die gesetzlichen Vorgaben – aber auch die tariflich oder mit dem Betriebsrat vereinbarten Höchstarbeitsgrenzen bzw. der Höchstumfang von Mehrarbeitsstunden – eingehalten werden. Dafür ist die Erhebung von Arbeitszeitdaten bzw. das Vorhalten eines dafür geeigneten Systems unentbehrlich. Auf ihre Kenntnisnahme darf der Arbeitgeber nicht bewusst verzichten¹⁰ oder sich ohne Weiteres darauf verlassen, dass die Arbeitnehmer die Arbeitszeit selbst messen. Die Arbeitnehmer dürfen nicht die Beweislast für die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben tragen; auch der Verweis auf eine Abstufung der Darlegungs- und Beweislast, die den Arbeitnehmern den Beweis erleichtern würde, kann den Anforderungen nicht genügen.¹¹

Die öffentlich-rechtliche Pflichtenbindung wird vom Arbeitsvertragsrecht gespiegelt: Die Arbeitnehmer haben aus § 618 BGB einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Einhaltung öffentlich-rechtlicher Arbeitsschutzvorschriften, „die gerade auch den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers zum Ziel“ haben,¹² also zunächst auf Einhaltung von Ruhe- und Höchstarbeitszeiten¹³,

⁹ Bayreuther, EuZW 2019, 446, 449; ähnlich auch Klein/Leist, ZESAR 2019, 365, 367.

¹⁰ BAG v. 6.5.2003 – 1ABR 13/02, NZA 2003, 1348, 1352.

¹¹ So aber Höpfner/Daum, RdA 2019, 270, 273.

¹² BAG 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06, NZA 2009, 102 Rz. 18; Klein/Leist, ZESAR 2019, 365, 371.

¹³ Koberski, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, § 181 Rn. 18.

damit aber konsequenterweise auch als *conditio sine qua non* auf das Beithalten eines Systems zur Messung der Arbeitszeiten.

Die geltende Rechtslage entspricht also bereits vollständig den Vorgaben des EuGH.

Das hat allerdings zur Folge, dass individual- wie kollektivrechtliche Abreden, die auf eine Arbeitszeiterfassung ausdrücklich verzichten, – außer bei leitenden Angestellten – bereits nach geltendem deutschen Recht rechtswidrig sind.

b) Der Auskunftsanspruch des Betriebsrats gem. § 80 Abs. 2 BetrVG

Die Pflicht zur Arbeitszeitmessung wird weiter gespiegelt durch einen Auskunftsanspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber gem. § 80 Abs. 2 BetrVG. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat schon 2003 – in einem Fall, in dem der Arbeitgeber wegen einer im Betrieb eingeführten „Vertrauensarbeitszeit“ die tatsächlich Arbeitszeit bewusst nicht gemessen hat, – befunden, dass der Betriebsrat zur Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG Kenntnis von Beginn und Ende der täglichen und vom Umfang der tatsächlich geleisteten wöchentlichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer durch Auskunft des Arbeitgebers erlangen müsse.¹⁴ Der Arbeitgeber müsse die hierfür anfallenden Daten zur Kenntnis nehmen, „die im Betrieb ohne weiteres und ständig anfallen“ – also zum Beispiel auf die Uhr schauen – und „mitteilbar“ machen.¹⁵ Eine Pflicht zur Dokumentation ergibt sich daraus gerade nicht.¹⁶ Bislang weitgehend unbeachtet, liegt also auch dieser viel zitierten Entscheidung die elementare Unterscheidung zwischen Messen und Aufzeichnen der Arbeitszeit zugrunde.

2. Keine Erforderlichkeit einer Änderung von § 16 Abs. 2 ArbZG

Nahezu einhellig wird aus der CCOO-Entscheidung gefolgert, § 16 Abs. 2 ArbZG müsse nun geändert werden, weil die Norm nur eine Aufzeichnung der Überstunden – genau: der über § 3 Satz 1 hinausgehenden Arbeitszeit von acht Stunden –, nicht aber auch der Regelarbeitszeit verlangt. Dem liegt jedoch der Fehlschluss zugrunde, der EuGH verlange durchweg die Dokumentation der Arbeitszeit. Das ist aber wie gezeigt gerade nicht der Fall.

¹⁴ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348, 1352.

¹⁵ BAG, a.a.O.

¹⁶ *Brors*, NZA 2019, 1176, 1178.

§ 16 Abs. 2 ArbZG soll die Überwachung der Einhaltung des Gesetzes durch die Aufsichtsbehörden sicherstellen.¹⁷ Durch die Beschränkung der Nachweispflicht auf Überstunden soll aus gutem Grund laut damaliger Gesetzesbegründung „unnötiger Aufwand vermieden“ werden.¹⁸

Für eine Gesetzesänderung besteht keine Notwendigkeit. Denn die Verpflichtung zur Messung der Arbeitszeit ist bereits in § 16 Abs. 2 ArbZG enthalten. Die Obligation zur Dokumentation der Überstunden setzt ja logisch zwingend voraus, dass der Arbeitgeber überhaupt weiß, dass die Regelarbeitszeit abgelaufen ist, also bereits die neunte Stunde begonnen hat. Und dafür muss er genauso zwingend bereits die Regelarbeitszeit gemessen haben.¹⁹ Das hat bemerkenswerterweise im Grundsatz auch der EuGH erkannt²⁰, daraus aber einen unzutreffenden Schluss gezogen, wenn er die Einführung einer ausdrücklichen gesetzlichen Verpflichtung verlangt²¹. Schon heute muss sich der Arbeitgeber also über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeiten seiner Beschäftigten informieren.²²

Indem § 16 Abs. 2 ArbZG darüber hinaus die Aufzeichnung der Überstunden sicherstellt, bildet diese Norm geradezu mustergültig die Struktur des Arbeitszeitrechts ab: Wie oben schon ausgeführt, interessiert sich dieses Rechtsgebiet nicht für die Regelarbeitszeit selbst, sondern nur für deren Überschreitung. Durch die Aufzeichnung solch prekärer Arbeitszeit bietet es die Grundlage für die Fixierung des erforderlichen Ausgleichs der Mehrarbeit durch Arbeitszeitverkürzung an anderen Tagen innerhalb des gesetzlichen Ausgleichszeitraums – die deshalb idealerweise in der Aufzeichnung gleich mitaufgeführt wird²³ – oder ggf. auch für behördliche Sanktionen.

Die Aufzeichnung der Regelarbeitszeit ist hingegen tatsächlich „unnötiger Aufwand“, sie ist arbeitszeitrechtlich unerheblich.

Flankiert wird diese Regelung durch § 17 Abs. 4 Satz 2 ArbZG, der die Aufsichtsbehörde berechtigt, vom Arbeitgeber dann die Aufzeichnung der

¹⁷ *Koberski*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, § 181 Rn. 18; *Kohte*, in: FS Wißmann, 2005, S. 331, 342.

¹⁸ BT-Drs. 12/5888, 31.

¹⁹ So auch *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 274; *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365, 366.

²⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO Rn. 52: „Die Einstufung als ‚Überstunden‘ setzt nämlich voraus, dass die Dauer der von dem jeweiligen Arbeitnehmer geleisteten Arbeitszeit bekannt ist und somit zuvor gemessen wurde.“

²¹ Ähnlich *Bayreuther*, EuZW 2019, 446, 448.

²² *Kössel*, DB 2019, 1958, 1962.

²³ *Gäntgen* in: Henssler/Willemsen/Kalb [Hrsg.], Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl. 2020, § 17 ArbZG Rn. 6 versteht die Aufzeichnungspflicht sogar generell so weit.

gesamten Arbeitszeit zu verlangen, wenn Verdachtsmomente vorliegen²⁴ – etwa wenn der Arbeitgeber die Arbeitszeit gar nicht misst oder sich bewusst über die Pflicht zur Aufzeichnung von Mehrarbeit hinwegsetzt. Kommt er hingegen mit dem Messen und infolgedessen mit der Aufzeichnung von Mehrarbeit lediglich nicht zurecht, muss er sein Messsystem verbessern. Gelingt auch das nicht, ist er wiederum ein Fall für die Aufsichtsbehörde.

3. Vertrauensarbeitszeit

Besondere Ungewissheit hat die CCOO-Entscheidung über die Zukunft der sog. Vertrauensarbeitszeit ausgelöst.

Man sollte sich bewusst machen, was mit „Vertrauensarbeitszeit“ richtigerweise schon immer nur gemeint sein konnte: der Verzicht des Arbeitgebers auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, nicht aber der Verzicht auf die Messung der Dauer der Arbeitszeit.²⁵ Es muss zwischen den Arbeitsvertragsparteien Klarheit darüber bestehen, dass die Arbeitszeitdauer nicht schlicht ausgeblendet werden darf.

Das muss jedoch nicht das Ende von „Arbeit 4.0“²⁶ bedeuten. So kann sich das Vertrauen in den Arbeitnehmer ja immerhin darin niederschlagen, den Arbeitnehmer mit der Messung der Arbeitszeit zu betrauen – wie schon oben dargelegt, unter hinlänglich aufmerksamer Regie des Arbeitgebers.

IV. Fazit

1. Die CCOO-Entscheidung stellt nur klar, was ohnehin geltendes Recht ist: Arbeitgeber haben die gesetzlichen Höchstarbeits- und Ruhezeiten zu beachten. Deshalb müssen sie ein System zur Messung der Arbeitszeit vorhalten. Das System muss kein technisches sein. Die Arbeitszeiten müssen nicht notwendigerweise dokumentiert werden. Die Messung der Arbeitszeit kann bei hinreichender Anleitung und Überwachung durch den Arbeitgeber auch von den Arbeitnehmern vorgenommen werden.

2. Das deutsche Arbeitszeitgesetz muss nicht geändert werden. Es stellt ein fein abgestimmtes, gestuftes System dar: Die Messung der gesamten Arbeitszeit und die Aufzeichnung von Mehrarbeit sowie beim Vorliegen von

²⁴ *Gäntgen* in: Henssler/Willemsen/Kalb [Hrsg.], *Arbeitsrecht Kommentar*, 9. Aufl. 2020, § 17 ArbZG Rn. 5.

²⁵ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348, 1352; *Ulber*, NZA 2019, 677, 679 f.; *Reinhard*, NZA 2019, 1313, 1318; *Kössel*, DB 2019, 1958, 1962.

²⁶ Dazu *Krause* in: Hanau/Matiaske (Hrsg.), *Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen*, 2019, S. 151 ff.

Verdachtsmomenten die Aufzeichnung der gesamten Arbeitszeit aufgrund behördlicher Weisung.

B. REFORM DES BEFRISTUNGSRECHTS

Der Gesetzentwurf der Fraktion der AfD sieht eine grundlegende Neuordnung des Befristungsrechts vor. Das Konzept macht die sachgrundlose Befristung des geltenden § 14 Abs. 2 TzBfG als Abs. 1 zum Befristungsregelfall und erstreckt das Vorbeschäftigungsverbot wie vormals das BAG auf eine Dreijahresfrist, das sogar bereits dann greift, wenn in diesem Zeitraum zuvor auf der gleichen Stelle ein anderer Arbeitnehmer befristet beschäftigt worden ist. Die Tatbestände der Befristungen mit Sachgrund werden reduziert, die verbliebenen dienen nur noch zur Verlängerung der Befristungsdauer (Abs. 2) oder zur Erhöhung der zulässigen Zahl von Verlängerungen (Abs. 3). Hierdurch sollen Kettenbefristungen wirksam unterbunden und soll die Entfristung von Arbeitsverträgen befördert werden.

Der vorgelegte Gesetzesentwurf setzt auf eine Ausdünnung der Befristungstatbestände mit Sachgrund, die damit auf die sachgrundlose zweijährige Basisbefristung verwiesen werden. Insoweit wird eine Verlängerung der Kette ausgeschlossen. Durch das Verbot der Befristung auf einer Stelle, auf der zuvor bereits ein anderer Arbeitnehmer befristet beschäftigt wurde, wird das Entstehen einer Kette sogar bereits im Ansatz verhindert.

Ob aus einem solchen Ansatz tatsächlich mehr und längere Beschäftigung folgt, ist allerdings höchst fraglich. Das Konzept ist wie andere, die die geltenden Befristungsmöglichkeiten einschränken wollen, von der Hoffnung getragen, dass das Zurückdrängen der Befristung das Zustandekommen von unbefristeten Arbeitsverhältnissen bewirkt. Dieser Zusammenhang ist leider kein zwingender. Es ist zu bezweifeln, dass an die Stelle einer sonst erfolgten Befristung regelmäßig ein Normalarbeitsverhältnis tritt. Solange der deutsche Kündigungsschutz, berechtigt oder nicht, als Beschäftigungshindernis wahrgenommen wird, werden Arbeitgeber auf Vermeidungsstrategien setzen. Der Gesetzgeber muss sich fragen, ob er prekäre Beschäftigung im Arbeitsverhältnis halten möchte, indem er das Befristungsrecht als Ventil ausgestaltet, oder ob er die Wahlmöglichkeiten innerhalb des Arbeitsrechts einschränkt und damit ggf. Beschäftigung in die – aus der Schutzperspektive schwerlich sympathischere – prekäre Selbständigkeit abdrängt.

Besonders problematisch erscheint die Kleinbetriebsklausel des Abs. 3 Nr. 4: Der Rekurs auf die Sozialauswahl ist mangels Einschlägigkeit des Kündigungsschutzes schwer nachvollziehbar, wenn nicht

europarechtswidrig, weil dieser Tatbestand beim Wort genommen von jedem Befristungsschutz freistellt.

C. „MEHR ZEITSOUVERÄNITÄT“

Der Antrag der Fraktion DIE GRÜNEN fordert mehr Zeitsouveränität für die Beschäftigten in Hinblick auf Dauer, Lage und Ort der Beschäftigung.

I. Die Einführung eines Anspruchs auf eine „**flexible Vollzeit**“ im Bereich von 30 bis 40 Wochenstunden würde auf Seiten der Arbeitnehmer sicher eine den jeweiligen Lebensumständen flexibler angepasste Work-Life-Balance erleichtern. Aus Sicht der Arbeitgeber bewirkt ein solcher Anspruch allerdings einen nicht unerheblichen Eingriff in eine der Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses. Je arbeitsteiliger der Arbeitsprozess organisiert ist, desto schwerer wird es den Arbeitgebern fallen, das dergestalt schwankende Arbeitsvolumen zu koordinieren sowie fortlaufend für Kompensation für wegfallende und Freiraum für dazukommende Arbeitsstunden zu sorgen. Ein generalisierender Ansatz ist deshalb nicht angezeigt, zumal mit der Arbeitszeitdauer eine Domäne der Tarifautonomie angesprochen ist. Den Tarifvertragsparteien sollte deshalb auch die Vereinbarung branchenspezifischer Konzepte vorbehalten bleiben. Zudem findet sich in dem Antrag nichts zur Verfügung mit den verschiedenen bereits vorhandenen Ansprüchen auf Verkürzung oder Verlängerung der individuellen Arbeitszeit.

II. Die Forderung, **Beschäftigten die Möglichkeit zu geben, die zeitliche Lage der Arbeitszeit mitzugestalten**, entspricht bereits geltendem Recht. Arbeitsvertragliche Abreden über diese zentrale formelle Arbeitsbedingung sind nicht nur möglich, sondern massen- und regelhaft der Fall. Vor allem handelt es sich um eine Zentralmaterie der Betriebsautonomie, der Betriebsrat verfügt hier gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG über ein zwingendes Mitbestimmungsrecht. Die unter II 3 d angesprochene „**Möglichkeit, eine Betriebsvereinbarung zu Vereinbarkeitsfragen und für mehr Zeitsouveränität zu verhandeln**“, verstößt gegen den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG, soweit damit auch die Regelung der Dauer der Arbeitszeit gemeint sein sollte.

III. Die **Schaffung eines Anspruchs auf Homeoffice** berührt einen zentralen Aspekt der Erbringung der Arbeitsleistung. Die Bestimmung des Arbeitsorts gehört zum Kernbereich des arbeitgeberischen Weisungsrechts. Nun hat nicht zuletzt die Coronapandemie eindrucksvoll vor Augen geführt, dass aus betriebswirtschaftlicher Sicht in vielen Branchen nicht sämtliche Arbeiten notwendig in betrieblicher Präsenz durchgeführt werden müssen.

Naheliegenderweise besteht bei vielen Arbeitnehmern der Wunsch, diese Gestaltungsspielräume für eine flexiblere Handhabung der Präsenzpflcht zu nutzen. Coronagetrieben hat sich hier eine große Dynamik entfaltet, eine Vielzahl unterschiedlicher Konzepte wird bereits praktiziert oder diskutiert. Ob in dieser Umbruchphase ein notwendig generalisierender und pauschalisierender gesetzlicher Anspruch hilfreich ist, scheint fraglich. Der absehbare Streit um die dann erforderliche Begründung, wenn der Arbeitgeber das Begehren ablehnt, könnte sogar kontraproduktiv wirken.

Vorzugswürdig scheinen passgenaue, branchen- und betriebsspezifische Ansätze. Damit sind die Kollektivvertragsparteien gefordert.

Allerdings sollte bedacht werden, dass mit einer eminenten Zunahme der Arbeit im Homeoffice einer weiteren Entbetrieblichung und damit einer Erosion des Arbeitsrechts Vorschub geleistet wird. Mit der Zunahme der räumlichen Entfernung geht tendenziell der Grad der persönlichen Abhängigkeit zurück, das Beschäftigungsverhältnis bekommt damit zunehmend ein dienstvertragliches Gepräge. Von dort ist es schließlich nur noch ein kleiner Schritt zu einer vollständigen Externalisierung, zu echter Heimarbeit oder anderen Formen von Soloselbständigkeit bis hin zur Crowdwork. Die schon seit Jahren erheblichen Hirnschmalz bindende Debatte um Arbeit 4.0 wird dadurch weiteren Auftrieb erfahren.

Nicht zu vernachlässigen ist zudem, dass mangels persönlichen Kontakts im Betrieb die Grundlage der kollektiven Interessenvertretung schwindet.

Hamburg, den 9. September 2020

Prof. Dr. Hans Hanau

Helmut-Schmidt-Universität
Universität der Bundeswehr
Hamburg

Besucheranschrift:
Holstenhofweg 85
22043 Hamburg

Postanschrift:
Postfach 700822
22008 Hamburg