

## **Schriftliche Stellungnahme**

Prof. Dr. Frank Bayreuther, Passau

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**

**Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucksache 19/1841, 19/20585 u. 19/17134.**

Zentrales Anliegen der Anträge 19/20585 u. 19/17134 ist die Umsetzung des Urteils des EuGH vom 14.5.2019 (C-55/18, CCOO). Die Stellungnahme wird sich vor allem darauf fokussieren.

Mit dem genannten Urteil hat der Gerichtshof die Mitgliedstaaten aufgefordert, Arbeitgeber dazu zu verpflichten, ein verlässliches System einzuführen, mit dem die Arbeitszeit der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verlässlich erfasst werden kann. Hieraus ergibt sich in der Tat die Notwendigkeit einer (partiellen) Anpassung des ArbZG. Dieses genügt in seiner aktuellen Fassung nicht den Maßgaben des Unionrechts.

Wie dem Antrag 19/20585 zu entnehmen ist, habe ich im August 2019 für das BMAS ein Gutachten erstellt, in dem der bestehende Anpassungsbedarf identifiziert ist und dort mögliche Lösungsvorschläge bzw. einen Gesetzgebungsvorschlag vorgestellt. Dieses Gutachten ist dem Ausschuss offenbar bekannt und überdies in der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA 2020, S. 1 ff.) auszugsweise veröffentlicht. Um die Stellungnahme nicht zu überfrachten, möchte ich wegen der Einzelheiten gerne auf diese beiden Dokumente verweisen.

Die aktuelle Diskussion gibt indes Anlass dazu, (nochmals) auf folgende Gesichtspunkte hinzuweisen:

1. Das derzeitige Arbeitszeitrecht genügt den Vorgaben des EuGH nicht.

a) § 16 Abs. 2 ArbZG gibt dem Arbeitgeber lediglich auf, Arbeitszeiten, die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehen, aufzuzeichnen (also „Mehrarbeit“ und Arbeit an Sonn- und Feiertagen). Mithin ist der Arbeitgeber nur im Fall, dass Arbeit zu diesen Zeiten geleistet wird, verpflichtet, geleistete Arbeit zu verbuchen (nach hM erstreckt sich die Aufzeichnungspflicht dann tatsächlich auf die gesamte am fraglichen Tag geleistete Arbeitszeit, aber auch dies ist nicht unbestritten).

Das Fehlen einer gesetzlichen Anordnung einer allgemeinen Aufzeichnungspflicht lässt sich auch nicht über § 17 Abs. 2 und 4 ArbZG überspielen (das erwägen indes: *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456, 476 f.). Danach kann die Aufsichtsbehörde die erforderlichen Maßnahmen anordnen, die der Arbeitgeber zur Erfüllung der sich aus dem ArbZG ergebenden Pflichten zu treffen hat und vom Arbeitgeber verlangen, ihr die für die Durchführung des Gesetzes erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Bei der Regelung des § 17 ArbZG handelt es sich aber lediglich um eine solche des Verwaltungsverfahrens bzw. des -vollstreckungsrechts (*Buschmann/Ulber*, 8. Aufl. 2015, § 16 Rn. 18 u. § 17 Rn. 4; *HK-ArbR/Ernst/Bartl*, 4. Aufl. 2017, § 16 ArbZG Rn. 11). Diese kann naturgemäß nicht weiter reichen als die mit ihr korrespondierende Ermächtigungsnorm. Verwaltungsbehörden können über §§ 17 Abs. 4, 16 Abs. 2 ArbZG daher nur in individualisierten Einzelfällen die Aufzeichnung der gesamten Arbeitszeit verlangen und zwar (nur) dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Arbeitgeber gegen die Vorgaben des Arbeitszeitrechts verstößt und (oder) sich seine bisherigen Aufzeichnungen nach § 16 Abs. 2 ArbZG als unzureichend erweisen (s. etwa: BayVGH 26.10.2011, BeckRS 2011, 32737, Rn. 15).

b) Mindestlohnrechtliche Vorschriften (§§ 17 Abs. 1 MiLoG, 19 AEntG, 6 GSA Fleisch, 17c Abs. 1 iVm § 3a AÜG) normieren Aufzeichnungspflichten nur für ausgewählte Arbeitsverhältnisse bzw. Tätigkeiten; überdies knüpfen diese „nur“ an die Arbeitszeit im vergütungsrechtlichen Sinn an. Noch mehr haben die speziellen Aufzeichnungstatbestände des öffentlichen Rechts ganz besondere, ausgewählte Sachverhalte vor Augen (etwa: §§ 21a Abs. 7 ArbZG, 50 Abs. 2 und 3 SeeArbG iVm 3 See-ArbZNV, 8 OffshoreArbZV, 10 Abs. 2 Nr. 6 BinSchArbZV u.v.a.m.).

c) Mit einer richtlinienkonformen „Auslegung“ des (privaten) Arbeitsrechts kommt man nicht zum Ziel. Das gilt ganz unabhängig davon, ob die Arbeitszeitrichtlinie, so wie sie durch den EuGH ausgelegt wird, über eine hinreichende Direktwirkung im privaten Arbeitsverhältnis verfügt oder nicht (nach der im Schrifttum wohl eher überwiegenden Meinung fehlt es daran).

Beschäftigte können über §§ 618, 242 BGB zwar möglicherweise die Aufzeichnung ihrer Arbeitszeit erwirken, eine solche mittelbar über Vergütungsklagen erreichen (so jedenfalls ArbG Emden 20.2.2020, 2 Ca 94/19, NZA-RR 2020, 279) und Betriebsräte können nach § 80 BetrVG eine Aufzeichnung verlangen (vgl. BAG 6.5.2003, 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348). Indes gilt: (1.) Nach der Rechtsprechung des EuGH darf der Genuss der Rechte, die das

europäische Arbeitszeitrecht Beschäftigten vermittelt, nicht davon abhängig gemacht werden, dass diese ihre Rechte erst einfordern (s. EuGH, Rn. 44 u. 45). Mit Blick auf § 80 BetrVG käme noch hinzu, dass nicht in allen Unternehmen Betriebsräte eingerichtet sind. (2.) Einschlägige Individualklagen erfassen immer nur den bzw. die klagende(n) Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerin. (3.) Das deutsche Arbeitszeitrecht ist als öffentliches Recht ausgestaltet, so dass es inkohärent wäre, wenn man hier über das Privatrecht vorgehen würde. Schließlich lässt sich, (4.), so kein objektives und verlässliches System der Erfassung einrichten. Vielmehr wäre die Erfassung von Unternehmen zu Unternehmen und ggf. Gerichtsbezirk zu Gerichtsbezirk unterschiedlich ausgestaltet. Große Rechtsunsicherheit wäre die Folge.

2. In der Diskussion wurde zuletzt angemerkt, dass wenn der Arbeitgeber nach § 16 Abs. 2 ArbZG Mehrarbeit festhalten muss, er notwendigerweise wissen müsse, ob bzw. wann das Regeldeputat des Arbeitnehmers erschöpft ist bzw. sein wird und dies reiche aus, um dem Zeiterfassungsgebot zu genügen.

Mit dieser Überlegung trifft man die Anforderungen des EuGH indes noch nicht. Alleine daraus ergibt sich nämlich noch keine Verpflichtung, die „Grundarbeitszeit“ der Beschäftigten auch tatsächlich zu erfassen, geschweige denn, diese zu dokumentieren. Wer auf die „gedankliche Miterfassung“ der Grundarbeitszeit abstellen will, muss darauf vertrauen, dass sich der Arbeitgeber gesetzeskonform verhält und – noch weitergehend – dass er stets die Grundarbeitszeit im Auge behalten wird, obwohl er von Gesetzes wegen nicht angehalten ist, diese niederzulegen. Davon abgesehen ist die nur implizite Miterfassung der Grundarbeitszeit für Dritte nicht nachvollziehbar. Verwaltungsbehörden, Beschäftigte bzw. Betriebsräte können so nicht auf eine verlässliche und einfache Weise ermitteln, wie lange tatsächlich gearbeitet wurde, zumal dann nicht, wenn keine Mehrarbeit angeordnet wurde bzw. der Arbeitgeber auch nur vorträgt, dass keine solche geleistet worden sei. Eine Ermittlung „auf einen Blick“ ist vielmehr nur dann möglich, wenn Zeitaufzeichnungen vorhanden sind, denen sich ohne Weiteres die Gesamtarbeitszeit entnehmen lässt. Genau das verlangt der EuGH (s. nur Rn. 44 d. Urteils, wo davon die Rede ist, dass „*die von einem jeden Arbeitnehmer tägliche Arbeitszeit*“ gemessen werden muss.

Dass die „gedankliche Miterfassung“ der Grundarbeitszeit im Umfeld des § 16 Abs. 2 ArbZG nicht genügen kann, zeigen übrigens auch die Sondertatbestände des Arbeitszeitrechts, die für die einzelnen Sachkonstellationen eine Gesamtaufzeichnungspflicht anordnen. Sie würden

keinen Sinn machen, würde bereits aus § 16 Abs. 2 ArbZG eine vollständige Aufzeichnungspflicht folgen. Das lässt sich nicht zuletzt dem Wortlaut der §§ 8 OffshoreArbZV, 10 Abs. 1 BinSchArbZ entnehmen („... *abweichend von § 16 Absatz 2 Satz 1 des (ArbZG) ... die gesamte Arbeitszeit ... täglich aufzuzeichnen*“).

3. Es genügt nicht, wenn der Gesetzgeber Arbeitgeber nur verpflichten würde, ein Zeiterfassungssystem einzurichten, mit dem die Arbeitszeit der Beschäftigten gemessen werden kann, er den Arbeitgeber aber nicht auch dazu anhält, dass das System auch genutzt wird. Würde so verfahren, wäre es der Entscheidung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überlassen, ob diese von dem ihnen angebotenen System Gebrauch machen wollen oder nicht (das halten für ausreichend: *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456). Für diese Sichtweise könnte zwar der Tenor des Urteils angeführt werden. Dort heißt es in der Tat nur, dass ein System zu errichten ist, mit dem die tägliche Arbeitszeit gemessen werden „*kann*“.

Indes wollte der EuGH mit dieser Formulierung wohl ausdrücken, dass die jeweils gewählten Verfahren und Mittel geeignet sein müssen, um eine objektive und verlässliche Aufzeichnung herbeizuführen. Vor allem aber gilt – einmal davon abgesehen, dass das deutsche Arbeitszeitrecht bislang noch nicht einmal eine dahingehende allgemeine Verpflichtung enthält und selbst auf Basis dieser Lesart des EuGH-Urteils ergänzungsbedürftig wäre, zu beachten:

- Die Vorgaben des EuGH weisen klar auf eine abstrakte Erfassungspflicht hin. So heißt es etwa in Rn. 50, 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 unionrechtskonform ist). In Rn. 55 spricht der EuGH von der „*tatsächlichen Beachtung*“ der Obliegenheiten des Arbeitgebers. In Rn. 59 ist von einer „*Pflicht des Arbeitgebers zur Messung der geleisteten Arbeitszeit*“ die Rede; in Rn. 57 führt er aus, dass „*ohne einem (solchen) System (...) Behörden (...) kein wirksames Mittel (haben), sich den Zugang zu objektiven und verlässlichen Daten über die von den Arbeitnehmern in den einzelnen Unternehmen geleistete Arbeitszeit zu verschaffen, der sich für die Ausübung ihres Kontrollauftrags und gegebenenfalls zur Verhängung einer Strafe als erforderlich erweisen kann*.“ Das setzt naturgemäß voraus, dass auch tatsächlich aufgezeichnet wurde.

- Sinn und Zweck der vom Gerichtshof konstituierten Zeiterfassungspflicht ist der Schutz der Arbeitnehmer. Das bedingt, dass die Arbeitszeit der Beschäftigten nicht nur erfasst werden könnte, sondern dass diese auch tatsächlich erfasst wird, s. hierzu nur die Rn. 30 u. 46 des Urteils.

- Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die Rechte der Richtlinie zu gewähren, ohne dass dies daran geknüpft werden darf, dass sie diese einfordern (oder in den Worten des EuGH, ob diese ihre Rechte „*ausdrücklich geltend machen*“, s. Rn. 44 u. 45). Diesbezüglich führt der EuGH aus, „*dass der Arbeitnehmer als die schwächere Partei des Arbeitsvertrags anzusehen ist, so dass verhindert werden muss, dass der Arbeitgeber ihm eine Beschränkung seiner Rechte auferlegen kann. (Er darf daher nicht) davon abgeschreckt werden (...), seine Rechte gegenüber seinem Arbeitgeber ausdrücklich geltend zu machen, da insbesondere die Einforderung dieser Rechte ihn Maßnahmen des Arbeitgebers aussetzen könnte, die sich zu seinem Nachteil auf das Arbeitsverhältnis auswirken können*“.

- Richtlinien sind so auszulegen und umzusetzen, dass ihre praktische Wirksamkeit möglichst gewährleistet ist („*effet utile*“, im Urteil auch ausdrücklich angesprochen, etwa Rn. 60). Auch das bedingt die tatsächliche Aufzeichnung der geleisteten Arbeitszeit.

4. Dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, das ArbZG anzupassen, wird in der Literatur verhältnismäßig breit so vertreten (u.a. BeckOK-ArbR/Kock, § 16 ArbZG Rn. 4c; Küttner/Poeche, 26. Aufl. 2019, Arbeitszeit Rn 25a; Gallner, FA 2019, Heft 8, Editorial; Sittard/Esser, jM 2019, 284, 286; Heuschmid, NJW 2019, 1853, 1854; Fuhlrott, NZA-RR 2019, 343 (sub. 2); ders./Garden, ArbRAktuell 2019, 263, 263 f.; Kössel, DB 2019, 1958, 1962; Klein/Leist, ZESAR 2019, 1, 7; Leist, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1 sub. D; Bayreuther, EuZW 2019, 446, 447 f. u. NZA 2020, 1; Happ, jurisPR-Compl 3/2019 Anm. 2 sub. D; Kaufmann, ArbRAktuell 2019, 277; i.E. auch Kohte/Reill-Ruppe, jurisPR-ArbR 27/2019, Anm. 7 sub. D. a.E.). Offenbar kommen auch Rieble/Vielmeier in ihrem für das BMWi erstellten Gutachten zu eben dieser Erkenntnis. Soweit eine gegenteilige Sichtweise vertreten wird (namentlich: Thüsing/Flink/Jänsch, ZfA 2019, 456, 484), wird eine gesetzliche Umsetzung dennoch zwecks größerer Rechtssicherheit zumindest empfohlen. Höpfner/Damm, RdA 2019, 270, 275 schlagen vor, den EuGH um eine Klärung zu bitten, ob das deutsche Recht mit den

Vorgaben von CCOO vereinbar ist. Soweit ersichtlich hält einzig *H. Hanau* (ZfA 2020, 129, 131 ff.) § 16 Abs. 2 ArbZG für ausreichend (s. dazu aber bereits oben, 2.).

5. Für eine gesetzliche Regelung spricht nicht zuletzt, dass der Gesetzgeber in dieser wichtigen Frage sich nicht das Heft des Handelns aus der Hand nehmen lassen sollte. Für die praktische Ausgestaltung einer Zeiterfassungspflicht ergeben sich im Hinblick auf Tatbestand, Instrumentarien, Fristen, Rechtsfolgen und etwaige Ausnahmen eine Vielzahl höchst unterschiedlicher Gestaltungsoptionen. Diese kann nur der Gesetzgeber nutzen, nur er kann etwaige verfahrenstechnische Vorgaben oder umgekehrt Erleichterungen generalisierend anordnen.

Überlässt man die „Umsetzung“ des EuGH-Urteils dagegen Gerichten bzw. Verwaltungsbehörden, wäre diese nicht nur mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit verbunden, vielmehr könnte es in Einzelfällen dazu kommen, dass den Beteiligten Belastungen auferlegt werden, die so vielleicht nicht gerechtfertigt sind (s. etwa die doch recht weitreichende Entscheidung des ArbG Emden vom 20.2.2020, aaO: Hat der Arbeitgeber die Arbeitszeit nicht aufgezeichnet, soll ein Sachvortrag eines Arbeitnehmers bzw. einer Arbeitnehmerin, bestimmte Zeiten geleistet zu haben, als zutreffend anzusehen und ihm bzw. ihr eine entsprechende Vergütung zu zahlen sein [dagegen zu Recht insb. *Thüsing* DB 2020, 1343 ff.; *Fuhlrott*, NZA-RR 2020, 279]).

Dass eine gesetzliche Verpflichtung zur Aufzeichnung der Arbeitszeit im Arbeitsleben keine strangulierende Wirkung haben muss, wird dabei nicht zuletzt daran deutlich, dass solche in anderen Rechtsordnungen seit langer Zeit bestehen. So hält etwa das österreichische Recht eine recht detaillierte, gleichzeitig aber auch „atmende“ Regelung bereit (§ 26 AZG), die, soweit ersichtlich, vor Ort nahezu nicht hinterfragt wird. Auch scheint es so, dass die mit den Aufzeichnungspflichten des Mindestlohnrechts verbundenen Belastungen für die Arbeitsvertragsparteien sich bei weitem nicht so groß ausnehmen, wie dies zunächst befürchtet wurde. Die einschlägigen Dokumentationsanforderungen scheinen sich im Arbeitsleben vielmehr eingespielt zu haben.

6. Bei einer gesetzlichen Ausgestaltung sollte das Augenmerk einerseits darauf gelegt werden, dass über die Zeiterfassung eine hinreichend verlässliche Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben des ArbZG erreicht wird, andererseits aber auch mit so viel Augenmaß vorgegangen

werden, dass die Regelung sich als praxistauglich und so hinreichend flexibel erweist, dass sie keine überbordenden Anforderungen an Arbeitgeber und Beschäftigte richtet. Die aufzuzeichnenden Eckdaten und die Aufzeichnungsfrequenzen müssten konturiert, sowie Einsichtsrechte der Beteiligten geregelt werden. Umgekehrt sind die persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen Belange der Beschäftigten zu beachten. Aber auch ungeachtet von diesen sollte grundsätzlich nicht vorgegeben werden, dass die Zeiterfassung zwingend auf informationstechnischer Grundlage vorgenommen werden muss. Die Möglichkeit zu einer partiellen Delegation auf die Arbeitnehmer sollte eröffnet werden, Konkretisierungsmöglichkeiten für die Tarif- und Betriebspartner wären zu ventilieren. Schließlich wäre über eine Übernahme der nach Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie zulässigen Ausnahmen und damit eine Neukonturierung des § 18 ArbZG zu diskutieren. Auf diese Möglichkeit weist der EuGH in seinem Urteil eigens hin (Rn. 63). Als interessant erweist sich das für Beschäftigte, die über ihre gesamte Arbeitszeit in jeder Hinsicht frei disponieren können. Dabei ist zwar zu beachten, dass dieser Ausnahmetatbestand nach ständiger Rspr. des EuGH sehr eng zu bemessen ist (s. etwa EuGH 26.7.2017, NZA 2017, 1113, Rn. 36, Hävlä; EuGH 14.10.2010, BeckEuRS 2010, 554226, Isère; EuGH 7.9.2006, BeckRS 2006, 70660, Kommission/Vereinigtes Königreich).