

Materialien

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

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung.....	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen.....	4
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	
Prof. Dr. Gregor Thüsing, Bonn	5
Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH)	17
Prof. Dr. iur. Richard Giesen, München.....	29
Dr. Thomas Klein, Trier	36
Dr. Johanna Wenckebach, Frankfurt/Main	55
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)	66
Prof. Dr. iur. Hans Hanau, Hamburg	73
Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)	86
Prof. Dr. Frank Bayreuther, Passau.....	96

Mitteilung

Berlin, den 26. August 2020

Die 87. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales findet statt am Montag, dem 14. September 2020, 13:30 bis ca. 15 Uhr, 10557 Berlin, Paul-Löbe-Haus, 2.600

Sekretariat
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal
Telefon: +49 30 227-30303
Fax: +49 30 227-36346

**Achtung!
Abweichende Sitzungszeit!
Abweichender Sitzungsort!**

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung¹

Einzigster Punkt der Tagesordnung

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

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

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

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.

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales
Mitberatend:
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Damit jede Arbeitsstunde zählt – Arbeitszeitgesetz ergänzen

BT-Drucksache 19/17134

¹ Aufgrund der Corona-Pandemie wird die Öffentlichkeit ausschließlich über eine TV-Übertragung hergestellt.

- c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Anja Hajduk, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Federführend:

Ausschuss für Arbeit und Soziales

Arbeitszeit – EuGH-Urteil umsetzen, mehr Zeitsouveränität ermöglichen

BT-Drucksache 19/20585

Dr. Matthias Bartke, MdB
Vorsitzender

Liste der Sachverständigen

zur öffentlichen Anhörung am Montag, 14. September 2020, 13.30 – 15.00 Uhr

Verbände:

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Zentralverband des Deutschen Handwerks

Deutscher Gewerkschaftsbund

Einzelsachverständige:

Prof. Dr. Gregor Thüsing, Bonn

Prof. Dr. jur. Hans Hanau, Hamburg

Prof. Dr. Frank Bayreuther, Passau

Prof. Dr. Peter Wedde, Frankfurt

Prof. Dr. Richard Giesen München

Dr. Thomas Klein, Trier

Dr. Johanna Wenckebach, Frankfurt/Main

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. Gregor Thüsing

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

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

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

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

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

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

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

siehe Anlage

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

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

I. Zur Reichweite Der Entscheidung CCOO

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

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

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

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

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

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

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

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

„Auch wenn das Bestehen eines Bedürfnisses nach besonderem Schutz den Unionsgesetzgeber veranlassen konnte, eine solche Verpflichtung bezüglich bestimmter Arbeitnehmergruppen vorzusehen, ist nämlich eine ähnliche Verpflichtung, die in der Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems besteht, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, allgemeiner für alle Arbeitnehmer erforderlich, um die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 2003/88 zu gewährleisten“.³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

„Um die praktische Wirksamkeit der von der Richtlinie 2003/88 vorgesehenen Rechte und des in Art. 31 Abs. 2 der Charta verankerten Grundrechts zu gewährleisten, müssen die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber daher verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ BR-Drucks. 507/93 S. 93.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Schriftliche Stellungnahme

Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH)

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 der Fraktionen

BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/20585),

DIE LINKE (BT-Drs. 19/17134) und

AfD (BT-Drs. 19/1841)

Berlin, 3. September 2020

Abteilung Arbeitsmarkt, Tarifpolitik und Arbeitsrecht

Stellungnahme zu den Anträgen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/20585), der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 19/17134) und der Fraktion der AfD (BT-Drs. 19/1841)

A. Anträge zum Thema Arbeitszeit

I. Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat am 30. Juni 2020 den Antrag „Arbeitszeit – Urteil des Europäischen Gerichtshofs umsetzen, mehr Zeitsouveränität ermöglichen“ (BT-Drs. 19/20585) vorgelegt. Mit diesem Antrag fordert die Fraktion, das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 14. Mai 2019 (EuGH, Rechtssache CCOO, Az.: C-55/18,) in nationales Recht umzusetzen und umfassende Arbeitszeitdokumentationen verpflichtend zu machen. Des Weiteren fordert sie vor allem mehr Souveränität der Beschäftigten bei der Lage, Dauer und dem Ort ihrer Arbeitszeit und die Normierung eines Rechtsanspruchs auf Homeoffice.

Der ZDH lehnt die Vorschläge der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN ab. Aus Sicht des Handwerks erfordert die Umsetzung des eingangs genannten EuGH-Urteils keine umfassende Arbeitszeitdokumentation. Nicht beachtet wird dabei vor allem, dass das Urteil umfassend Raum für Ausnahmeregelungen – insbesondere mit Blick auf unterschiedliche Unternehmensgrößen – zulässt. Diese sollten genutzt werden, um vor allem kleine und mittlere Betriebe des Handwerks keine zusätzlichen Bürokratielasten aufzubürden.

Überdies ist zu berücksichtigen, dass bereits nach der derzeitigen nationalen Gesetzeslage ein

umfassender Rechtsrahmen zur Aufzeichnung von Arbeitszeiten existiert, sei es nach dem Mindestlohngesetz, dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder dem Arbeitszeitgesetz. Die daraus resultierenden Dokumentationspflichten bedeuten für die betroffenen Betriebe schon jetzt einen deutlichen Mehraufwand.

Bedenklich sind zudem die Pläne der Fraktion, die arbeitszeitlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitgeber weiter einzuschränken. Angesichts der zunehmenden Digitalisierung und der sich wandelnden Arbeitswelt ist es nicht zukunftsweisend, die unternehmerischen Entscheidungsoptionen weiter einzuschränken und allein den Arbeitnehmern die Wahl zu überlassen, wie und wann und an welchem Ort sie arbeiten möchten. Das Handwerk engagiert sich stark für familienfreundliche Arbeitszeitmodelle in den Betrieben. So werden in zahlreichen Handwerksbetrieben schon jetzt einvernehmlich entsprechende flexible betriebliche Arbeitszeitvereinbarungen unter Berücksichtigung der betrieblichen Bedarfe geschlossen. Auch bietet das Arbeitsrecht Arbeitnehmern, die Kinderbetreuung und Angehörigenpflege übernehmen, bereits gegenwärtig ausreichende gesetzliche Gestaltungsmöglichkeiten. Weitere starre gesetzliche Vorgaben, wie die von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN angedachten, stoßen vor allem im Handwerk schnell an praktische Grenzen, da die Erbringung der Werksleistungen regelmäßig in der Werkstatt bzw. beim Kunden vor Ort oder auf den Baustellen zu erfolgen hat, vielfach in das Gefüge der Zusammenarbeit anderer Gewerke – fachlich und terminlich

– eng eingebunden ist und vor diesem Hintergrund auch kaum in Homeoffice realisierbar ist.

Um wettbewerbsfähig und agil zu bleiben, benötigen die Unternehmer, insbesondere mit Blick auf die zunehmende Digitalisierung und die sich wandelnde Arbeitswelt, größere Flexibilitätsspielräume. So muss insbesondere die gesetzliche Begrenzung der Höchstarbeitszeit variabler und für die Betriebe praxisingerechter ausgestaltet werden. Dies könnte gemäß der EU-Arbeitszeitrichtlinie durch eine Umstellung von einer täglichen auf eine wöchentliche Höchstarbeitszeit im Arbeitszeitgesetz erfolgen. Dadurch wird das Arbeitszeitvolumen selbst nicht verändert, es wird nur anders verteilt an den einzelnen Werktagen gearbeitet.

Zudem erweisen sich die gesetzlichen Ruhezeitregelungen für die Betriebe oftmals als Hemmschuh. Hier sollten Anpassungen an die betrieblichen Realitäten und die veränderten Arbeitszeitwünsche der Arbeitnehmer angedacht werden. So sollten nur gelegentliche und kurzzeitige Unterbrechungen der Ruhezeiten, nicht als förmliche Unterbrechung der Ruhezeiten angesehen werden. Zudem sollten die gesetzlichen Ruhezeitregelungen durch weitere Öffnungsklauseln für Tarifverträge ergänzt, großzügigere Ausgleichszeiträume geschaffen und Aufteilungsmodelle der gegenwärtigen 11-Stunden-Regelungen zugelassen werden.

1. Vorschläge zur Umsetzung des EuGH-Urteils führen zur übermäßigen Belastung von Kleinbetrieben

Die von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN formulierte Vorstellung zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (s.o.) ist abzulehnen. Die Fraktion verlangt, das Urteil „endlich konsequent umzusetzen und zwar, indem die täglichen Arbeitsstunden sowie Beginn und Ende der Arbeitszeit dokumentiert werden müssen“. Ohne

diese Dokumentation sei aus Fraktionssicht weder die Zahl der Überstunden und deren zeitliche Verteilung über den Tag, noch die Zahl der Überstunden verlässlich ermittelbar.

Die Forderung der Fraktion ist problematisch. Sie verkennt, dass nach den Feststellungen des EuGH die europäischen Mitgliedstaaten vielmehr „nur“ aufgefordert sind, die Arbeitgeber zu verpflichten, ein *System einzurichten*, mit dem die tägliche effektiv geleistete Arbeitszeit der Arbeitnehmer gemessen werden kann. Damit verbunden ist mitnichten eine explizite Pflicht zur umfassenden Arbeitszeitdokumentation. Vielmehr geht es darum, dass die Arbeitgeber ein an die Bedürfnisse ihrer jeweiligen Branche angepasstes System der Arbeitszeiterfassung zur Verfügung stellen müssen. Auch die Frage, in welcher Form dies bejahendenfalls erfolgen soll, lässt der EuGH offen und verweist insofern auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.

Wie bereits eingangs erwähnt, besteht nach der derzeitigen nationalen Gesetzeslage schon ein umfassender Rechtsrahmen, der Arbeitgeber zur Aufzeichnung der Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer verpflichtet. Die aus dem Mindestlohngesetz, dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder dem Arbeitszeitgesetz resultierenden Pflichten zur Arbeitszeitdokumentation stellen für die betroffenen Handwerksbetriebe schon jetzt einen erheblichen Bürokratieaufwand dar. Eine Ausweitung der Arbeitszeiterfassung auf sämtliche Arbeitnehmer aller Branchen würde diese bürokratischen Lasten, gerade auch für kleine und mittlere Unternehmen des Handwerks, erheblich erhöhen und könnte unter Umständen auch das Aus vieler flexibler Arbeitszeitabreden, wie etwa der Vertrauensarbeitszeit, bedeuten. Die Forderung nach einer umfassenden Arbeitszeitdokumentation würde gerade im Zeitalter der Digitalisierung und der damit verbundenen Notwendigkeit nach einer Flexibilisierung der Arbeitswelt eher einen Rückschritt darstellen.

Zudem verkennt der Fraktionsvorschlag, dass der EuGH die Ausgestaltung eines Systems der Arbeitszeiterfassung, insbesondere dessen Form und die eventuelle Berücksichtigung von Besonderheiten einzelner Tätigkeitsbereiche oder Eigenheiten oder sogar der Größe bestimmter Unternehmen, relativ offen regelt. Der Regelungsvorschlag verschließt sich insoweit der Möglichkeit, spezifische tätigkeitsbezogene Aufgaben und Arbeitnehmergruppen aus der Arbeitszeiterfassung (wenn auch nicht aus dem ganzen Arbeitszeitgesetz) herauszunehmen und/oder differenzierte Ausgestaltungen in Bezug auf die Betriebsgröße vorzunehmen. Dabei betont der EuGH dies ausdrücklich als eine zulässige Gestaltungsoption.

2. Ablehnung der Maßnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Arbeitszeitverordnung sind verfehlt

Die ablehnende Haltung der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN gegenüber der COVID-19-Arbeitszeitverordnung und anderer Maßnahmen zur Verlängerung der täglichen Höchstarbeitszeit und zur Verkürzung der Ruhezeiten ist verfehlt.

Unabhängig von der Tatsache, dass die COVID-19-Arbeitszeitverordnung bereits zum 30. Juli 2020 ausgelaufen und von der Bundesregierung – entgegen der Forderung des ZDH – nicht verlängert wurde, ist diese Verordnung ein guter Beleg dafür, dass auf nationaler Ebene schnell nachhaltige Maßnahmen ergriffen werden können, um Wirtschaft und Gesellschaft auch durch schwierige Zeiten, wie sie die COVID-19-Pandemie darstellt, zu führen. Vergleichbare Maßnahmen zur Regelung der Arbeitszeit, die der allgemeinen Daseinsvorsorge dienen, sollten – sofern es die pandemische Lage erfordert – jederzeit möglich sein und sollten auch die Werk- und Dienstleistungserbringung durch das Handwerk mit einschließen.

3. Mehr Arbeitszeitsouveränität

Nicht akzeptabel sind zudem die Pläne der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Einschränkung der arbeitgeberseitigen Gestaltungsmöglichkeit bezüglich der Arbeitszeit. Geht es nach der Vorstellung der Fraktion soll es den Beschäftigten ermöglicht werden, mehr Einflussnahme auf die Dauer, Lage und den Ort ihrer Arbeit zu nehmen. Erreicht werden soll dies vor allem mit der Option einer flexiblen Vollzeit im Bereich zwischen 30 und 40 Stunden, einen Anspruch auf Erhöhung der Arbeitszeit, einem Mitspracherecht bei der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie eine rechtssichere Regelung von mobiler Arbeit und Homeoffice. Zusätzlich sollen Betriebs- und Personalräte Betriebsvereinbarungen zu Vereinbarkeitsfragen und für mehr Zeitsouveränität verhandeln können.

3.1. Flexible Vollzeit überfordert die Betriebe

Die Forderung der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Regelungen für eine flexible Vollzeit zu schaffen, ist zurückzuweisen. Geht es nach den Vorstellungen der Fraktion, soll es Arbeitnehmern, die wöchentlich 30 bis 40 Stunden arbeiten, unter Einhaltung von Ankündigungsfristen und in Abstimmung mit dem Arbeitgeber gestattet werden, ihren Arbeitsumfang bedarfsgerecht auszugestalten. Die Grenze zwischen Teilzeit- und Vollzeit soll damit durchlässiger werden.

Arbeitnehmern zu ermöglichen, ihre Arbeitszeit im Rahmen eines flexiblen Vollzeitkorridors frei wählen zu können, ist abzulehnen. Die Bestimmung der Dauer, der Lage und des Arbeitsorts ist originäre Aufgabe des Arbeitgebers und Ausdruck des ihm zustehenden Weisungsrechts. Die Norm des § 106 Gewerbeordnung bestimmt eindeutig, dass der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen kann, soweit diese

Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, einen anwendbaren Tarifvertrag oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Diese Regelung räumt dem Arbeitgeber die Möglichkeit ein, eine an den betrieblichen Belangen orientierte Arbeitsorganisation und Personalplanung durchzuführen. Sollte es den Arbeitnehmern im Rahmen einer flexiblen Vollzeit gestattet werden, ihre Arbeitszeit nahezu einseitig nach Ort, Zeit und Lage festlegen zu können, würde dem Arbeitgeber die für einen effektiven Betriebsablauf elementare Gestaltungsoption genommen werden,

Im Übrigen könnten mit Hilfe der geplanten Option nicht nur Arbeitnehmer in der sogenannten "Rushhour des Lebens" bzw. solche, denen familiäre Pflegeaufgaben obliegen, eine neue Arbeitszeitsouveränität einfordern, sondern alle Arbeitnehmer zu jeder Zeit und für jeden beliebigen Zweck. Es ist nicht einsichtig, dass die für Personengruppen mit familiären Betreuungspflichten (wie z.B. die alleinerziehende Mutter mit zwei schulpflichtigen Kindern) dringend notwendigen Arbeitszeitmodelle zukünftig mit Arbeitszeitorstellungen von Arbeitnehmern konkurrieren müssen, die lediglich ihren Freizeitaktivitäten mehr Raum geben möchten und sich dies finanziell ohne Weiteres leisten können.

Für den Arbeitgeber bedeutet dies nicht nur, dass er sich mit regelmäßig wiederkehrenden Veränderungen der Arbeitszeit sämtlicher Arbeitnehmer auseinandersetzen und diese miteinander in Einklang bringen muss. Ansprüche auf mehr Arbeitszeitsouveränität, die lediglich dazu dienen, Arbeitnehmern mehr Raum für ihre private Lebensgestaltung zu geben, etwa um ihrem Hobby besser nachgehen zu können, während andere Arbeitnehmer nur mit Mühe ihren Lebensunterhalt und ihre Altersvorsorge sichern und ihren familiären Pflichten nachkommen können, schaffen zudem auf betrieblicher Ebene Neid und Missgunst. Den Arbeitgeber stellt ein solcher

Anspruch vor das Dilemma, abwägen zu müssen, welchen Arbeitszeitflexibilisierungsinteressen seiner Arbeitnehmer er im Zweifel den Vorrang gewähren soll. Innerbetriebliche Konflikte gerade in kleinen Unternehmen sind hier vorprogrammiert.

Zudem würden ständig wechselnde Arbeitszeitwünsche der Arbeitnehmer im Handwerk jede noch so sorgfältig berechnete und organisierte Dienst- oder Werkvertragserfüllung gefährden, wenn nicht gar unmöglich machen. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn es um Arbeiten auf externen Baustellen geht, deren An- und Abfahrt zu Arbeitsbeginn bzw. Arbeitsende oftmals gemeinschaftlich durch die Arbeitnehmer erfolgt oder es Anschlussarbeiten betrifft, die auf ein terminlich abgestimmtes Zusammenwirken mit anderen Gewerken angelegt sind.

Zielführender wären vielmehr verbesserte Rahmenbedingungen für Arbeitnehmer und Betriebe, wie vor allem der Ausbau qualitativer Kinderbetreuungsmöglichkeiten und Ganztagschulen, um den Arbeitszeitwünschen der Arbeitnehmer gerecht zu werden. Im Übrigen bietet das Arbeitsrecht Arbeitnehmern mit familiären Betreuungspflichten bereits gegenwärtig ausreichende Handlungsmöglichkeiten, um ihren familiären Betreuungsaufgaben gerecht zu werden.

Im Übrigen bedarf es auch keiner weiteren Stärkung des Anspruchs auf Verlängerung der Arbeitszeit. Bereits im Zuge des seit dem 1. Januar 2019 geltenden Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts ist es den Arbeitnehmern mit der Norm des § 7 Abs. 2 TzBfG ermöglicht worden, ihre Wünsche nach einer Veränderung von Dauer oder Lage der bestehenden vertraglichen Arbeitszeit mit dem Arbeitgeber zu erörtern.

Weitergehender Normierungen bedarf es in diesem Kontext nicht. Es ist selbstverständlich auch im Interesse des Arbeitgebers, die Arbeitszeitwünsche der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung

der betrieblichen Möglichkeiten und Bedarfe in Einklang zu bringen – nicht zuletzt aufgrund des bestehenden Fachkräftebedarfs und Aspekten der Mitarbeiterbindung und der Mitarbeitermotivation. Zudem ist es geübte Praxis, dass Arbeitgeber mit Blick auf den bereits bestehenden § 7 TzBfG Arbeitnehmer, die einen Arbeitszeitänderungswunsch geäußert haben, über entsprechende Arbeitsplätze informieren. Diese offene Gesprächskultur in den Betrieben gilt es zu erhalten. Neue rechtliche Anforderungen, die zusätzlichen Bürokratismus für die Handwerksbetriebe bedeuteten würden, wären für diese gelebte Arbeitszeitkultur nicht förderlich, sondern eher abträglich.

3.2 Selbstbestimmte Arbeitszeiten machen jede Auftragsdurchführung unkalkulierbar

Eine Absage ist zudem den Vorschlägen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu erteilen, es den Arbeitnehmern in Abstimmung mit dem Arbeitgeber zu ermöglichen, ihre zeitliche Lage ihrer Arbeitszeit mitzugestalten. Nach den Fraktionsvorstellungen soll dieses Bestimmungsrecht Beginn, Ende und die Verteilung der Arbeit über den Tag, die Woche oder den Monat umfassen können.

Nach Auffassung des Handwerks würde mit der Schaffung eines allgemeinen Rechts auf eine selbstbestimmte Arbeitszeit für jeden Arbeitnehmer einer "Hyperindividualisierung" der Arbeitszeit Tür und Tor geöffnet. Jeder Arbeitnehmer könnte, ohne dass dafür ein Sachgrund substantiiert vorgetragen werden muss, nach Gutdünken seine Arbeitszeit tage-, wochen- oder monatsweise gestalten, ohne Rücksicht auf die Arbeitszeitwünsche der übrigen Belegschaft, den jeweiligen Arbeitsanfall oder sonstige betriebliche Notwendigkeiten. Dabei wird die Regelung des § 106 Gewerbeordnung völlig außer Acht gelassen, die klar normiert, dass es dem Arbeitgeber obliegt,

Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher zu bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

Wird dem Arbeitgeber dieses Recht aus der Hand geschlagen, ist nicht erkennbar, wie es ihm gelingen soll, eine verlässliche Personaleinsatzplanung vorzunehmen bzw. seinen Betrieb überhaupt ordnungsgemäß zu führen. Steht die Individualisierung der Arbeitszeit des einzelnen Beschäftigten im Mittelpunkt allen Handelns, wie die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN es in ihrem Antrag vorschlägt, wird es für die Betriebe sehr schwierig werden, Werk- und Dienstleistungsangebote abzugeben und diese auch entsprechend durchzuführen. Denn es wäre für sie nicht absehbar, ob die für die Dienstleistungserbringung notwendigen Arbeitnehmer überhaupt zum maßgeblichen Zeitpunkt im Betrieb anwesend sein werden. Den Betrieben würde damit quasi die geschäftliche Handlungsgrundlage entzogen werden.

Vor allem wird es im Handwerk kaum mehr möglich sein, die Einsatzzeiten der Arbeitnehmer auf Baustellen zu koordinieren. Auch notwendige Anschlussarbeiten mit anderen Gewerken drohen zu scheitern, weil der entsprechende Arbeitnehmer zum maßgeblichen Zeitpunkt aufgrund seiner individuellen Arbeitszeitregelung nicht zur Verfügung steht und der Arbeitgeber das freigeordnete Arbeitszeitvolumen angesichts des ohnehin bestehenden Fachkräfteengpasses nicht kompensieren kann. Dies führt nicht nur zu verzögerten Werksausführungen, sondern auch zu unzufriedenen Kunden – mithin sogar zu Auftragsverlusten, die zulasten der Gesamtbelegschaft und der Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich zu Großbetrieben gehen können.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der durchschnittliche Handwerksbetrieb über fünf bis acht Mitarbeiter verfügt, die regelmäßig Spezialisten für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich sind und Hand in Hand arbeiten. Würden sich in einem Betrieb mit fünf Beschäftigten nur zwei Arbeitnehmer dazu entscheiden, wochen- oder gar monatsweise entweder gar nicht oder nur vormittags arbeiten zu wollen, müssten nicht nur 40 Prozent des im Betrieb verfügbaren Arbeitszeitvolumens umverteilt werden. Auch 40 Prozent des Know-hows stehen zeitweilig nicht zur Verfügung. Der Handwerksunternehmer wird dadurch vor das Problem gestellt, dass er aufgrund seiner dünnen Personaldecke das fehlende Know-how nicht kompensieren kann und im Zweifel lukrative und existenzsichernde Dienstleistungsaufträge ablehnen muss.

Um die Belastungen für die Betriebe maßvoll zu halten und die gerade in Familienunternehmen gelebte Vertrauenskultur nicht zu schädigen, hält das Handwerk Arbeitszeitflexibilisierungsvereinbarungen auf einvernehmlicher Basis für den besseren und praktikableren Weg, um die unterschiedlichen Interessenslagen der Beschäftigten sowohl untereinander als auch mit Blick auf die betrieblichen Anforderungen in Einklang zu bringen. Solche Vereinbarungen sind bereits nach geltender Rechtslage möglich, ohne dass damit zusätzliche finanzielle Risiken entstehen oder bürokratische Hürden überwunden werden müssen, die mit den Vorschlägen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN verbunden wären. Zudem hat heutzutage der zunehmende Fachkräftengpass ohnehin bei den Arbeitgebern die Bereitschaft erhöht, auf die Arbeitszeitwünsche der Arbeitnehmer einzugehen, soweit dies betrieblich vertretbar ist. Die passgenaue Ausgestaltung flexibler und familienfreundlicher Arbeitsbedingungen sollte daher auch zukünftig der betrieblichen Ebene überlassen bleiben.

3.3 Rechtsanspruch auf Homeoffice ist zurückzuweisen

Abzulehnen sind darüber hinaus auch die Vorschläge der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur mobilen Arbeit und zum Homeoffice. Insbesondere dem Rechtsanspruch auf Homeoffice ist eine Absage zu erteilen.

Zu berücksichtigen ist, dass bereits aktuell im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung immer mehr Optionen für mobiles Arbeiten entstehen. So ermöglicht der Einsatz moderner Technologien es den Arbeitnehmern zunehmend, ihre Arbeit räumlich, zeitlich und unabhängig von den betrieblich vorgegebenen Strukturen durchzuführen. Mobiles Arbeiten und das Arbeiten in Homeoffice gehören daher schon heute für viele Beschäftigte zum Arbeitsalltag. Bereits im Jahr 2016 boten 61 Prozent der Unternehmen mobiles Arbeiten an (Destatis 2017). Dieser Prozentsatz dürfte sich mittlerweile – auch unabhängig von der gegenwärtigen Corona-Pandemie – weiter erhöht haben.

Einen Rechtsanspruch auf Homeoffice bedarf es daher aus ZDH-Sicht nicht. Ein solcher Anspruch greift nicht nur tief in das Weisungsrecht des Arbeitgebers über die Bestimmung von Ort und Zeit der Arbeitserbringung ein. Er droht vielmehr auch die Belegschaft zu spalten, da nicht jeder Arbeitsplatz für diese Arbeitsformen geeignet ist. So wird ein Dachdeckergeselle in Berlin in Homeoffice auch in Zukunft kaum in der Lage sein, Dachspannen auf einem Hausdach anzubringen, während es für kaufmännische Angestellte im Dachdeckerbetrieb durchaus denkbar wäre, Homeoffice zu praktizieren.

In der derzeitigen Corona-Pandemie zeigt sich diese drohende Spaltung der Arbeitswelt bereits deutlich. Zu Recht fragen sich Handwerker, Produktionsmitarbeiter und im Einzelhandel tätige Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsplatz nicht ins

Homeoffice verlagern können, ob sie Arbeitnehmer „zweiter Klasse“, mithin also weniger schutzwürdig sind, als beispielsweise Verwaltungsmitarbeiter.

II. Antrag der Fraktion DIE LINKEN

Die Fraktion DIE LINKE hat am 12. Februar 2020 den Antrag „Damit jede Arbeitsstunde zählt – Arbeitszeitgesetz ergänzen“ (BT-Drs. 19/17134) vorgelegt. Ziel des Antrags ist es, Arbeitgeber zu verpflichten, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit sowie die Dauer der gewährten Ruhepausen jeweils am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen.

Das Handwerk lehnt den Vorschlag der Fraktion DIE LINKE ab. Die Fraktion verkennt, dass bereits nach der derzeitigen nationalen Gesetzeslage schon ein umfassender Rechtsrahmen besteht, der Arbeitgebern die Pflicht auferlegt, die Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer aufzuzeichnen. So stellen die aus dem Mindestlohngesetz, dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder dem Arbeitszeitgesetz resultierenden Pflichten zur Arbeitszeitdokumentation für die betroffenen Handwerksbetriebe schon jetzt einen deutlichen Bürokratieaufwand dar. Eine Ausweitung der Arbeitszeiterfassung auf sämtliche Arbeitnehmer aller Branchen würde diese bürokratischen Lasten, gerade auch für kleine und mittlere Unternehmen des Handwerks, erheblich erhöhen und könnte unter Umständen auch das Aus vieler flexibler Arbeitszeitabreden, wie etwa der Vertrauensarbeitszeit, bedeuten. Die Forderung nach einer umfassenden Arbeitszeitdokumentation würde gerade im Zeitalter der Digitalisierung und der damit verbundenen Notwendigkeit nach einer Flexibilisierung der Arbeitswelt einen drastischen Rückschritt darstellen.

B. Antrag zum Thema Befristungsrecht

Antrag der Fraktion AfD zum Teilzeit- und Befristungsrecht

Die Fraktion der AfD hat am 24. April 2018 einen „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes“ (BT-Drs. 19/1841) vorgelegt. Ziel des Gesetzentwurfs soll es sein, „prekäre Arbeitsverhältnisse, die sich aus sogenannten „Kettenverträgen“ ergeben, zu verhindern.“ Dazu sollen die im Teilzeit- und Befristungsgesetz (nachfolgend kurz: TzBfG-E) bisher verankerte Unterscheidung zwischen der Sachgrundbefristung und der sachgrundlosen Befristung aufgehoben und die bislang nur für die letztere Befristungsart geltenden Regelungen für beide Befristungsarten angewandt werden. Darüber hinaus soll nach den Vorschlägen der AfD-Fraktion zwischen den gleichen Arbeitsvertragsparteien kein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis geschlossen werden, wenn das Ende der letzten Vertragsbefristung noch nicht länger als drei Jahre zurückliegt. Eine Befristungssperre soll auch dann gelten, wenn für dieselbe Arbeitsstelle bereits innerhalb einer dreijährigen Zeitspanne ein befristetes Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitnehmer bestanden hat. Lediglich in besonderen Fällen, etwa wenn es sich um einen Kleinbetrieb handelt, soll diese Sperre nicht gelten.

Die mit dem Gesetzentwurf der AfD-Fraktion verbundene Neuausrichtung des Befristungsrechts ist abzulehnen. Das mit den vorgeschlagenen Regelungen angestrebte Ziel, Kettenbefristungen zu verhindern, wird damit nicht erreicht. Vielmehr führen die geplanten Regelungen zu einer Vielzahl neuer Rechtsunsicherheiten, sie hemmen die Flexibilität der Unternehmen und beschränken die Arbeitsmarktchancen der Arbeitnehmer.

Das Instrument der Befristung von Arbeitsverträgen eröffnet Unternehmen, insbesondere kleinen und mittleren Betrieben sowie Existenzgründern, die Chance, auf unsichere und schwankende Auftragslage sowie sich verändernde Marktbedingungen mit zeitlich überschaubaren Neueinstellungen zu reagieren und damit ihre Wettbewerbsfähigkeit zu sichern. Befristete Arbeitsverhältnisse haben sich im Handwerk zu einem wichtigen personalpolitischen Instrument entwickelt, wenngleich sie im Handwerk weniger genutzt werden als in der Industrie und vor allem in der öffentlichen Verwaltung. Vor dem Hintergrund der in vielen Handwerksbranchen schwankenden Auftragslage und der meist nur kurzen Auftragsbestände sehen viele Inhaber gerade größerer Betriebe von unbefristeten Neueinstellungen ab, um sich nicht dauerhaft mit hohen Personalkosten belasten zu müssen.

Zudem dürfte es im Handwerk vor allem durch den Abschluss kalendermäßiger Befristungen zu einem Zuwachs an Beschäftigung gekommen sein. Dies dürfte insbesondere im Bauhauptgewerbe zu beobachten sein. Denn gerade in diesen Bereich kommt dem Instrument der Befristung wegen des gesetzlichen Verbots der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung eine wichtige Stellung zu.

Überdies ist es nicht nachvollziehbar, gerade in der gegenwärtigen COVID-19-Krise Überlegungen zu rechtlichen Einschränkungen befristeter Arbeitsverträge anzustellen. Gerade befristete Beschäftigungsverhältnisse können in der derzeitigen Situation sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer neue Möglichkeiten der Beschäftigung zur Überwindung der Krise eröffnen.

I. Normierung einer 3-jährigen Karenzzeit zwischen zwei Vertragsbefristungen ist verfehlt

Der von der AfD-Fraktion anvisierte Änderungsvorschlag gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG-E ist differenziert zu betrachten. So ist zwar der Regelungsvorschlag des § 14 Abs. 1 S. 2, Hbs. 1 TzBfG-E, wonach eine Befristung nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG-E nicht zulässig sein soll, wenn mit demselben Arbeitgeber innerhalb der drei zurückliegenden Jahre bereits ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat, im Grundsatz zu begrüßen. Mit diesem wird die im Zuge der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 6. Juni 2018 (vgl. BVerfG, Az.: 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14) als unzulässige Rechtsfortbildung für verfassungswidrig eingestufte langjährige Rechtsprechung des Bundearbeitsgerichts (vgl. BAG, Urteil vom 6. April 2011, Az.: 7 AZR 716/09) zur Karenzzeit zwischen zwei Vertragsbefristungen erstmals gesetzlich normiert. Angesichts der Vielzahl zwischenzeitlicher, auch höchstrichterlich ergangener Entscheidungen würde diese Regelung ein großes Maß an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in der betrieblichen Praxis schaffen.

Nicht akzeptabel ist dagegen die vorgeschlagene Regelung des § 14 Abs. 1 S. 2, Hbs. 2 TzBfG. Diese sieht vor, dass eine Befristung nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG-E auch dann nicht zulässig sein soll, wenn der Arbeitgeber dieselbe Stelle bereits innerhalb der drei zurückliegenden Jahre mit einem Arbeitnehmer, der in einem befristeten Arbeitsverhältnis stand, besetzt hat.

Problematisch ist zum einen, dass die auslegungsbedürftige Begrifflichkeit „dieselbe Stelle“ eine Vielzahl neuer Rechtsunsicherheiten verursacht und die Arbeitgeber in der betrieblichen Praxis vor neue Herausforderungen stellt. Daneben ist es allerdings auch nicht nachvollziehbar, warum ein befristetes Arbeitsverhältnis in der

Vergangenheit auf „derselben Stelle“ zukünftige Vertragsbefristungen mit anderen Arbeitnehmern ausschließen soll. Kettenbefristungen, die typischerweise zwischen denselben Vertragsparteien bestehen, werden damit nicht verhindert. Vielmehr wird mit dieser Regelung die Flexibilität der Arbeitsvertragsparteien erheblich beschränkt. Dem Arbeitgeber wird die Möglichkeit genommen, eine erneute Befristung für „dieselbe Stelle“ mit einem anderen Arbeitnehmer zu vereinbaren, unabhängig davon, wie lange das befristete Beschäftigungsverhältnis mit dem vorherigen Stelleninhaber andauerte und aus welchen Gründen dieses endete. Besteht für eine Arbeitsstelle nur ein zeitlich befristeter Bedarf und entschließt sich der befristet beschäftigte Arbeitnehmer beispielsweise bereits nach nur kurzer Vertragslaufzeit zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses, ist der Arbeitgeber drei Jahre lang nicht in der Lage, den weiterhin bestehenden Bedarf auf dieser Arbeitsstelle durch eine weitere befristete Einstellung eines anderen Arbeitnehmers zu decken. Stattdessen ist er gezwungen, sich mittels eines unbefristeten Vertragsverhältnisses dauerhaft mit hohen Personalkosten zu belasten, wenn er das nur vorübergehende zusätzliche Arbeitsvolumen nicht auf die bereits vorhandene Belegschaft übertragen möchte. Für die Betriebe bedeutet dies eine erhebliche Flexibilitätseinbuße, die sich negativ auf ihre Wettbewerbsfähigkeit auswirkt.

Auch aus Arbeitnehmersicht ist diese Regelung nicht nachvollziehbar. Die Sperrwirkung des § 14 Abs. 1 S. 2 Hbs. 2 TzBfG nimmt dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, sich anbietende Arbeitsmarktchancen tatsächlich zu ergreifen. Dabei bieten gerade befristete Arbeitsverhältnisse vielen Arbeitnehmern eine Alternative zur Arbeitslosigkeit und zugleich eine Brücke zur Dauerbeschäftigung. Insbesondere Jugendlichen nach der Ausbildung, Wiedereinsteigern und auch Langzeitarbeitslosen erleichtern befristete Arbeitsverträge den (Wieder-)Eintritt in das Arbeitsleben mit guten Chancen auf eine spätere Festanstellung.

Eine befristete Beschäftigung kann die Chancen verbessern, auch ohne Berufserfahrung eine Beschäftigung aufzunehmen oder etwa nach langer Pause den Wiedereinstieg in das Erwerbsleben bei einem neuen Betrieb zu schaffen.

Zuletzt mündeten rund 45 Prozent der Befristungen in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis, wobei damit nur die Übernahmezahlen bei demselben Betrieb Berücksichtigung fanden (vgl. IAB 2019). Eventuelle zusätzliche Übergänge aus einem befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber sind damit noch nicht erfasst. Damit bestätigt sich die Feststellung der Bundesregierung in der Gesetzesbegründung zum TzBfG vom 28. September 2000, dass die befristete Beschäftigung für viele Arbeitnehmer „eine Alternative zur Arbeitslosigkeit und zugleich eine Brücke zur Dauerbeschäftigung“ ist. Dies sah die Bundesregierung bereits in dem Fall gegeben, dass rund die Hälfte der befristeten Arbeitsverträge in unbefristete Arbeitsverhältnisse mündet (vgl. BR-Drs. 591/00, S. 18).

II. Neuaufstellung der Sachgrundbefristungen ist verfehlt

Kritisch zu betrachten ist darüber hinaus die Neuaufstellung der Sachgrundbefristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG-E. Nach diesen Regelungen kann bei dem Vorliegen ausdrücklich genannter besonderer Gründe im Einzelfall eine Verlängerung der Befristungsabrede über die nach § 14 Abs. 1 TzBfG-E angedachte zweijährige Befristungsdauer zugelassen werden.

Aus Sicht des Handwerks ist es nicht nachvollziehbar, warum aus dem Katalog möglicher Sachgrundbefristungen wichtige Sachgründe herausfallen sollen, die sich in der betrieblichen Praxis bewährt haben. Dies gilt insbesondere mit Blick auf den Sachgrund des betrieblichen Bedarfs, der nunmehr in keiner Weise mehr Berücksichtigung im § 14 TzBfG finden soll. Dieser Sachgrund ist

für die Betriebe zur Abdeckung vorübergehenden Arbeitsanfalls von besonderer Bedeutung.

III. Sonderregelung für Kleinbetriebe ist begrüßenswert, aber unpraktikabel

Die Vorschrift des § 14 Abs. 3 TzBfG-E sieht Ausnahmen vom Verbot der wiederholten befristeten Beschäftigung nach § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG-E vor. So ermöglicht § 14 Abs. 3 Nr. 4 TzBfG-E Arbeitgebern mit weniger als zehn Beschäftigten, ohne Rücksicht auf die Karenzzeit befristete Arbeitsverhältnisse abzuschließen, wenn die unbefristete Beschäftigung eines Arbeitnehmers für sie eine außergewöhnliche wirtschaftliche Härte bedeuten würde oder aus anderen Gründen unzumutbar wäre, insbesondere, wenn die betriebliche Lage eine wiederholte befristete Beschäftigung unabdingbar macht oder eine Sozialauswahl bei einer späteren betriebsbedingten Kündigung nicht vorweggenommen werden könnte.

Die Option für kleine Betriebe, befristete Arbeitsverträge unter erleichterten Bedingungen abzuschließen, ist zwar begrüßenswert. Zu beachten ist allerdings, dass die vorgeschlagene Regelung des § 14 Abs. 3 Nr. 4 TzBfG-E mit zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen versehen ist, deren Konkretisierung erfahrungsgemäß erst nach langjährigen und kostspieligen Arbeitsgerichtsprozessen zu erwarten ist. Ein Rückgriff auf diese Norm erscheint angesichts der damit einhergehenden Rechtsunsicherheiten daher nicht empfehlenswert und löst Zweifel an deren Praxistauglichkeit aus.

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. iur. Richard Giesen, München

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

Professor Dr. iur. Richard Giesen

Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR)
an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU)

8.9.2020

Stellungnahme

für die Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales am 14.9.2020 zum

- Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (Fraktion AfD, BT-Drucks. 19/1841)
- Antrag „Damit jede Arbeitsstunde zählt – Arbeitszeitgesetz ergänzen“ (Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 19/17134)
- Antrag „Arbeitszeit – EuGH-Urteil umsetzen, mehr Zeitsouveränität ermöglichen (Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 19/20585)

1. Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (Fraktion AfD, BT-Drucks. 19/1841)

Der allgemeine Begründungstext beschreibt die befristete Beschäftigung als „gravierendes soziales Problem“, erkennt zugleich aber auch die Notwendigkeit befristeter Beschäftigung an, „um die im Arbeitsmarkt notwendige Flexibilität zu gewährleisten“ (a.a.O. S. 1, 2). Diesen beiden Vorgaben wird der Entwurf nicht gerecht. Das kann anhand einiger ausgewählter Punkte gezeigt werden:

- § 14 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs verbietet die Vereinbarung von Befristungen auf Stellen, auf denen bereits zuvor ein befristet Beschäftigter tätig war. Wird beispielsweise ein Elternzeitvertreter befristet eingesetzt, kann nach dem Ende dieses Einsatzes auf der betreffenden Stelle keine befristet beschäftigte Person tätig werden. Warum das unzulässig sein sollte, während die Befristung bei vorherigem Einsatz eines unbefristet Beschäftigten erlaubt ist, erhellt nicht.

- § 14 Abs. 2 Nr. 1 des Entwurfs erlaubt die über 24 Monate hinausreichende Sachgrundbefristung wegen Vertretung eines anderen Arbeitnehmers, wenn „nicht absehbar war“, dass der Vertretungsbedarf über diese Zeit hinausreichen würde. Die fehlende Absehbarkeit ist ein unbrauchbares Kriterium. In praktisch allen Fällen, in denen sich jemand aus Gründen etwa der Weiterbildung, eines Sabbatical, der Zuwendung zu Familienmitgliedern oder einer anderweitigen Beschäftigung freistellen lässt, sind Verlängerungen naheliegend und ohne weiteres denkbar – womit es dann auch stets an deren Unabsehbarkeit fehlt. In diesen Fällen dürfte auch die Rückausnahme nach § 14 Abs. 3 des Entwurfs regelmäßig nicht eingreifen. Damit droht § 14 Abs. 2 Nr. 1 des Entwurfs leerzulaufen.

- § 14 Abs. 2 Nr. 2 des Entwurfs erlaubt die Sachgrundbefristung im Rahmen der Experten-Projektarbeit, der Beratung, der Politik oder bei der Beschäftigung „von herausragenden Sportlern und Künstlern“. Die letztere Regelung dürfte aufgrund der (drei Monate vor Entwurfsfassung erfolgten) Entscheidung des BAG im Fall des Torwarts Heinz Müller obsolet sein.¹ Da das BAG ausdrücklich auf die Eigenschaft als „Lizenzspieler“ abstellt, läuft der hiesige Text mit dem engen Begriff der „herausragenden“ Sportler sogar auf eine starke Begrenzung der Sportlerbefristung hinaus: Selbst ein Lionel Messi könnte, wenn er im Herbst seiner Karriere nicht mehr herausragte, nicht befristet beschäftigt werden. Im Übrigen – und das wiegt viel schwerer – betrifft § 14 Abs. 2 Nr. 2 des Entwurfs mit der Experten-Projektarbeit, der Beratung und der Politik gerade nicht diejenigen Bereiche in der Wirtschaft, in denen befristete Beschäftigung dringend benötigt wird und in denen sie auch eine Brückenfunktion in die Beschäftigung erfüllt. Ganz im Gegenteil läuft der Text auf die völlige Abschaffung von § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG bisheriger Fassung hinaus. Diese Vorschrift, welche die Befristung bei vorübergehendem Bedarf zulässt, war ursprünglich als arbeitsplatz- und wirtschaftsfreundlich

¹ BAG 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703.

che Regelung gedacht,² wurde dann aber von der Rechtsprechung faktisch unanwendbar gemacht.³ Der hiesige Entwurf beseitigt diese zentrale Befristungsmöglichkeit völlig, obwohl sie doch eigentlich nach ihrer richterrechtlichen Marginalisierung wiederbelebt werden müsste. Stattdessen belässt es der Text bei Tatbeständen, die vor allem im öffentlichen Dienst („Projektarbeit“, „Beratung“, „Politik“) zum Tragen kommen dürften. Damit widerspricht sich der Entwurf im Ergebnis selbst: Zwar stellt er einleitend – zutreffend – fest, dass missbräuchliche Kettenbefristungen fast nur im öffentlichen Dienst vorzufinden sind. Dann aber hält er Vorschriften bereit, welche über zweijährige Befristungen vor allem im öffentlichen Dienst ermöglichen, nicht aber in der Privatwirtschaft.

Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass der Entwurf schon älteren Datums ist. Bei seiner Abfassung am 24.4.2018 konnte von der derzeitigen pandemiebedingten Wirtschaftskrise niemand etwas ahnen. Die dringend benötigten Impulse, welche der Arbeitsmarkt heute benötigt, fehlen dem hiesigen Text gänzlich.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die im Entwurf geplanten Restriktionen des Befristungsrechts sind teils in sich widersprüchlich ausgestaltet, folgen also letztendlich keinem nachvollziehbaren Konzept. Sie würden bei ihrer Umsetzung zu erheblichen Einbußen dringend erforderlicher wirtschaftlicher Flexibilität führen. Das gilt nicht zuletzt aufgrund der in den letzten Jahren zunehmenden gesetzlichen und richterrechtlichen Beschränkungen arbeitsvertraglicher Gestaltungsfreiheit.

² BT-Drucks. 14/4374 vom 24.10.2000, S. 18 f.

³ BAG 22.3.2000 - 7 AZR 758/98, NZA 2000, 881, Rn. 16; *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 23 ff.; beide Zitate m.w.N.; vgl. näher zu dieser Entwicklung *Giesen*, Reform des Befristungsrechts – rechtliche und rechtspolitische Aspekte, Gutachten im Auftrag von Gesamtmetall, 2018, S. 39 ff., <https://www.gesamtmetall.de/themen/beschaeftigung/sachgrundlose-befristung-nicht-einschraenken>.

2. Zum Antrag „Damit jede Arbeitsstunde zählt – Arbeitszeitgesetz ergänzen“ (Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 19/17134)

Der zitierte Antrag der Fraktion DIE LINKE hat reine Appellfunktion. Er verlangt eine arbeitgeberseitige Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung „wie im Verkehr oder der Schifffahrt“. Offensichtlich herrscht hier die Vorstellung, dass jedem Arbeitnehmer eine Art Fahrtenschreiber ans Handgelenk geheftet werden könnte, mit dem seine Aktivität ähnlich derjenigen eines Lkw-Fahrers oder Binnenschiffers aufzuzeichnen wäre. Eine solche Einführung von „Fahrtenschreibern für Menschen“ zur Überwachung wird sich jenseits technischer Notwendigkeiten wohl kaum jemand gefallen lassen.

Nicht zuletzt wird mit diesem Vorschlag negiert, dass in Deutschland ein Großteil der Arbeitsverhältnisse in Vertrauensarbeitszeit gelebt wird, also unter Mitverantwortung des Arbeitnehmers. Es ist offensichtlich, dass eine kooperative Verantwortung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer für die Einhaltung des Arbeitszeitrechts auch nach dem „CCOO“-Urteil vom 14.5.2019⁴ seitens des EuGH zugelassen und gebilligt wird. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei auf die einschlägigen Analysen dieser Entscheidung hingewiesen.⁵

⁴ EuGH 14.5.2019 - Rs. C-55/18 („CCOO“), NZA 2019, 683.

⁵ *F. Bayreuther* NZA 2020, 1 (der Text referiert ein im Auftrag des BMAS erstelltes Gutachten); *V. Rieble / St. Vielmeier*, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.5.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht, erstellt im Auftrag des BMWi.

3. Zum Antrag „Arbeitszeit – EuGH-Urteil umsetzen, mehr Zeitsouveränität ermöglichen“ (Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 19/20585)

Der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN enthält eine längere Liste unterschiedlicher rechtspolitischer Vorschläge.

(zu II 1.) Die Forderung nach Umsetzung des „CCOO“-Urteils des EuGH⁶ ist sicher berechtigt. Dass die Pandemie hier eine Verzögerung gebracht hat, ist allerdings wenig überraschend. Gerade im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik war und ist akuter Handlungsbedarf auf anderen Feldern entstanden.

(zu II 2.) Die COVID-Arbeitszeitverordnung ist nach ihrem Auslaufen am 31.7.2020 nicht mehr verlängert worden.

(zu II 3 a. und b.) Die unter II 3 a. und II 3 b. formulierten Forderungen nach zusätzlichen gesetzlichen Ansprüchen auf Verlängerung oder Verkürzung der individuellen Arbeitszeit sind nur schwer nachzuvollziehen. Der Text setzt sich nicht mit den diesbezüglich ohnehin schon reichlich bestehenden Regelungen auseinander. Für das allgemeine Arbeitsleben wären § 8, § 9 und § 9a TzBfG zu beachten gewesen; für besondere Situationen existieren § 15 Abs. 6, Abs. 7 BEEG, § 164 Abs. 5 S. 3 SGB IX. Eine Berücksichtigung dieses geltenden Rechts und eine Abstimmung hiermit wären notwendig gewesen, um eine rechtspolitische Einordnung zu ermöglichen. So hat es fast den Anschein, als seien die betreffenden Regelungen übersehen worden.

(zu II 3 c.) Die Pandemie, aber auch die schon zuvor lange geübte Praxis, haben gezeigt, dass der Arbeitsvertrag die geeignete Basis für die Gestaltung von Präsenztätigkeit, mobilem Arbeiten und Homeoffice ist. Ein „Anspruch auf Homeoffice“ müsste notfalls gerichtlich durchgesetzt werden können. Das macht den Staat zum Letztentscheider in Angelegenheiten, die privat in besseren Händen liegen. Außerdem kann man vor den hierzu erforderlichen Rege-

⁶ Fußnote 4.

lungen nur warnen: Sie müssen zwangsläufig ein richterliches Abwägen von privaten und unternehmerischen Interessen vorsehen – wegen der Vielgestaltigkeit der Konflikte lässt sich so etwas weder rechtssicher gestalten noch rechtssicher handhaben.

(zu II 3 d.) Der Beschlussvorschlag sieht erweiterte Mitbestimmungsrechte der Betriebs- und Personalräte im Hinblick auf „Zeitsouveränität“ vor. Abermals stellt sich die Frage, was damit gemeint sein könnte. Soweit es um die betriebliche (oder behördliche) Arbeitszeit geht, haben Betriebs- und Personalräte schon jetzt umfassende und erzwingbare Mitbestimmungsrechte (vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG, § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG). Soweit dagegen die individuelle Arbeitszeit gemeint sein sollte, ist eine Domäne der Individualarbeitsverträge und – vor allem – der Tarifverträge betroffen. Ein diesbezüglicher Zugriff würde nicht nur auf massive verfassungsrechtliche Bedenken stoßen, weil jede arbeitsvertragliche Stundenvereinbarung ins Belieben gestellt wäre. Aufgrund des Tarifvorrangs würden die betreffenden Mitbestimmungsrechte in größeren Unternehmen ohnehin leerlaufen. Da der Beschlussvorschlag diese Probleme nicht thematisiert, ist es schwer, hierzu etwas beizutragen. Im Übrigen sei angemerkt, dass Personalräte keine Betriebsvereinbarungen abschließen, sondern Dienstvereinbarungen.

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. Beispielfhaft 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 Urteils Passage 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.

Schriftliche Stellungnahme

Dr. Johanna Wenckebach, Frankfurt/Main

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

BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 19/20585: Arbeitszeit – Urteil des Europäischen Gerichtshofs umsetzen, mehr Zeitsouveränität ermöglichen

DIE LINKE, BT-Drs. 19/17134: Damit jede Arbeitsstunde zählt – Arbeitszeitgesetz ergänzen

I. Arbeitszeitsouveränität und -erfassung: Kein Widerspruch, aber Handlungsbedarf

Die Begrenzung von Arbeitszeit dient dem Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Hier sind Arbeitgeber aufgrund des EuGH-Urteils bereits jetzt in der Pflicht. Ohne eine Erfassung der Arbeitszeit, für die der EuGH klare Vorgaben gemacht hat, können Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nachkommen. Um zeitnah Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen, sollte der Gesetzgeber tätig werden (dazu II. 1.).

Die Erfassung der Arbeitszeit steht nicht im Widerspruch zu mehr Zeitsouveränität für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – ganz im Gegenteil. Der Antrag der Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, die gesetzlichen Rahmenbedingungen für Zeitautonomie aus Beschäftigtensicht zu verbessern, ist zu begrüßen, denn hier besteht Handlungsbedarf (dazu II.3.a) und b)).

Mobiles Arbeiten und Homeoffice werden von vielen Beschäftigten gewünscht. Ortsflexibles Arbeiten braucht einen klaren rechtlichen Rahmen, weshalb der Antrag der Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu begrüßen ist (siehe II.3.c)). Individuelle Rechte für orts- und zeitflexibles Arbeiten sind aber aus Beschäftigtensicht nur dann effektiv, wenn sie durch Mitbestimmungsrechte flankiert und im Betrieb umgesetzt werden. Dies ist auch erforderlich, um den Risiken Verdichtung und Entgrenzung der Arbeit zu begegnen (dazu II. 3. d)).

II. Zu den Anträgen im Einzelnen

1. Zum Antrag der Fraktion DIE LINKE sowie zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN (Ziff. 1) – Umsetzung des EuGH-Urteils

Die Anträge fordern die konsequente Umsetzung des EuGH-Urteils zur Arbeitszeiterfassung und die Regelung einer Dokumentationspflicht für tägliche Arbeitsstunden sowie Beginn und Ende der Arbeitszeit.

Der EuGH hat mit Urteil vom 14.5.2019 in der Rechtssache C-55/18 (CCOO)¹ entschieden, dass die Mitgliedstaaten Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die von allen Beschäftigten geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.² Die Verpflichtung erwächst aus dem Grundrecht aus Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC). Diesem Grundrecht entsprechend ist die Arbeitszeitrichtlinie, insbesondere deren Art. 3, 5 und 8 auszulegen. Die von der Arbeitszeitrichtlinie aufgestellten Bestimmungen stellen demnach Konkretisierungen des Grundrechts aus Art. 31 Abs. 2 GRC dar, nach dem jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit sowie auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten hat. Eine Erfassung der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden inklusive deren Lage ist demnach essentiell, um überhaupt feststellen zu können, ob es sich bei den geleisteten Stunden um über die vereinbarte Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit handelt und ob die vorgeschriebenen Ruhezeiten eingehalten werden.³

Der Gerichtshof betont, dass die Erfassung der Arbeitszeit dem Gesundheitsschutz der Beschäftigten dient.⁴ Denn diesem Zweck dient die Begrenzung der Arbeitszeit durch Höchstarbeitszeiten sowie die Ruhezeiten. Zudem hat die Arbeitszeiterfassung auch den Zweck der Beweissicherung, sie stellt die Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten sicher.⁵ Hierzu müssen Zeiterfassungssysteme auch von Interessenvertretungen genutzt werden können, der EuGH benennt explizit Arbeitnehmervertretungen.⁶

Der EuGH hat an die Arbeitszeiterfassung die Anforderung gestellt, dass diese objektiv sein muss, also eine transparente Erfassung von Beginn Ende und Dauer der Arbeit sichergestellt sein muss. Das Zeiterfassungssystem muss zudem verlässlich sein. Es muss somit gegen Manipulation gesichert sein, um insbesondere auch als Beweis im Falle eines Rechtsstreits verwertbar zu sein. Schließlich muss das System zugänglich sein, also insbesondere für Beschäftigte selbstständig einsehbar sein.⁷

Adressat der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ist der Arbeitgeber.⁸ Die Umsetzung dieser Pflicht im nationalen Recht sicher zu stellen, ist Aufgabe der nationalen Gesetzgeber.

Im deutschen Recht ist aber eine grundsätzliche Verpflichtung des Arbeitgebers, die Arbeitszeit seiner Beschäftigten vollumfänglich zu erfassen, bisher jedenfalls nicht explizit geregelt. § 16 Abs. 2 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) verpflichtet Arbeitgeber, die „über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen“. Da die Norm der Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie dienen soll, deren Umsetzungsfrist bereits abgelaufen ist, spricht viel dafür, die Norm dahingehend auszulegen, dass sie eine Pflicht zur Erfassung auch von Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit beinhaltet. Dazu, ob die Regelung in § 16 Abs. 2 ArbZG einer europarechtskonformen Auslegung zugänglich ist, werden in der Rechtswissenschaft allerdings unterschiedliche Auffassungen vertreten.⁹ Überzeugender ist die Auffassung, nach der die

¹ ZESAR 2019, 397-403.

² Ausführlich Ulber, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, HSI-Schriftenreihe Band 32.

³ EuGH aaO., Rn. 31 ff.

⁴ EuGH aaO., Rn. 53.

⁵ EuGH aaO., Rn. 48 ff.

⁶ EuGH aaO., Rn. 62.

⁷ Zu den Anforderungen im Einzelnen Ulber, aaO., S. 34 ff.

⁸ Ausführlich Ulber, aaO., S. 30 ff.

⁹ Ablehnend Bayreuther, EuZW 2019, 446 ff.

Arbeitsgerichte im Streitfall zu einer europarechtskonformen Auslegung des § 16 Abs.2 ArbZG verpflichtet sind.¹⁰

Die Verpflichtung zur Erfassung der Arbeitszeiten trifft Arbeitgeber aber aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 31 Abs. 2 GRC auch ohne, dass es hierzu einer richtlinienkonformen Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG oder einer Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber bedürfte. Dies wird nicht nur in der rechtswissenschaftlichen Literatur¹¹, sondern inzwischen auch in der Arbeitsgerichtsbarkeit¹² so vertreten. Für diese Sichtweise spricht die Rechtsprechung des EuGH im Urlaubsrecht. Hier hat der Gerichtshof bereits eine sog. Horizontalwirkung, also eine unmittelbare Wirkung von Art. 31 Abs. 2 GRC auch im Arbeitsverhältnis zwischen Privatpersonen angenommen.¹³

Laut dem Arbeitszeitreport der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) 2016 wird von einem Fünftel der Beschäftigten die Arbeitszeit nicht erfasst. Für etwa die Hälfte der Beschäftigten wird sie betrieblich erfasst und von einem Drittel der Beschäftigten selbst dokumentiert.¹⁴ Es ist damit zu rechnen, dass Arbeitgeber sich auch nach dem Urteil weiterhin weigern, ihrer Verpflichtung nachzukommen und auf andere Rechtsauffassungen setzen oder darauf, dass Beschäftigte einen Konflikt im Arbeitsverhältnis gänzlich vermeiden – obwohl sie sich damit zweifelsohne rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken aussetzen. Dies wird durch die unklare Formulierung des § 16 ArbZG begünstigt, der Arbeitgeber und Beschäftigte davon abhalten könnte, der Verpflichtung nachzukommen bzw. sie durchzusetzen. Es sollte sich nicht nur juristischen Expertinnen und Experten, sondern allen, die das Recht anwenden, aus dem Gesetzeswortlaut erschließen, welche Rechte und Pflichten bestehen. Zumal Beschäftigte ohnehin rechtliche Auseinandersetzungen mit dem Arbeitgeber im bestehenden Arbeitsverhältnis meiden. Wenn in der rechtswissenschaftlichen Literatur der Vorschlag gemacht wird, die Frage erneut dem EuGH vorzulegen¹⁵, wird es noch Jahre dauern, bis Rechtssicherheit erzielt wird und Klarheit herrscht. Und auch dann ist noch keine transparente Regelung geschaffen.

Aus dem Bezug zum Gesundheitsschutz erwächst ein Initiativrecht von Betriebsräten gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, es gilt erzwingbare Mitbestimmung. Doch in zahlreichen Betrieben besteht kein Betriebsrat. Kollektive Interessendurchsetzung ist also ein entscheidender Faktor für die Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH und der Vorgaben der GRC, es kann aber nicht ausschließlich darauf vertraut werden.

Es besteht daher Handlungsbedarf des Gesetzgebers. Eine gesetzliche Regelung schafft die europarechtlich gebotene Transparenz aber auch Rechtssicherheit und einheitliche Bedingungen im Interesse aller Beteiligter.

Die Anträge sind deshalb sinnvoll.

¹⁰ So nämlich Ulber, aaO., S. 64 ff.; Schrader, NZA 2019, 1035, 1036.

¹¹ Lörcher, Arbeit und Recht 10/2019, 418, 420; Klein/Leist, ZESAR 2019, 365, 370; Heuschmid, NJW 2019, 1853, 1854; von Roetteken, jurisPR-ArbR 23/2019; Ulber aaO., S. 66 ff.

¹² ArbG Emden vom 20.2.2020 – 2 Ca 94/19, Rn. 26, juris; zustimmend Spitz, jurisPR-ITR 12/2020 Anm. 2.

¹³ EuGH vom 6.11.2018 – C-569/16, C- 570/16 (Bauer und Willmeroth).

¹⁴ BAuA Arbeitszeitreport Deutschland 2016, Bericht kompakt, S. 2.

¹⁵ Boemke, jurisPR-ArbR 24/2020 Anm. 4.

2. Zum Antrag der Faktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN (Ziff. 2) – COVID-19-Arbeitszeitverordnung

Der Antrag hat sich inzwischen, da die COVID-19-Arbeitszeitverordnung nicht verlängert wurde und somit außer Kraft getreten ist, insofern erledigt, als er sich gegen eine Verlängerung der Verordnung richtet.

Die Ermächtigungsgrundlage bei „außergewöhnlichen Notfälle[n] mit bundesweiten Auswirkungen, insbesondere in epidemischen Lagen von nationaler Tragweite“ in § 14 Abs. 4 ArbZG besteht jedoch weiterhin. Soweit der Antrag unter 2. fordert, auf andere Maßnahmen zur Verlängerung der täglichen Arbeitszeit zu verzichten, so sprechen folgende Erwägungen für diesen Antrag:

Schon vor der Corona-Krise wurde in zahlreichen Berufen eine Überlastung der Beschäftigten festgestellt, die nicht nur auf Verdichtung der Arbeit, sondern auch auf übermäßige Länge aufgrund von Überstunden zurückzuführen ist.¹⁶ Fachkräfte für essentielle Berufe, die in der Krise als „systemrelevant“ eingestuft wurden und ohne Zweifel auch nach der Krise dringend gebraucht werden, können durch eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen kaum gewonnen werden. Für diese Berufe bedeutet die Pandemie lebensgefährliche Risiken. So haben sich bis Mai des Jahres 2020 laut dem Robert-Koch-Institut (RKI) 10.101 Beschäftigte im Gesundheitsbereich mit dem Coronavirus infiziert, 16 sind gestorben. In Einrichtungen für Kinder wie Kitas, Horten, Schulen und Kinderheimen haben sich nach den Daten des RKI weitere 1999 Berufstätige infiziert, sieben sind gestorben. Von den Beschäftigten in Gemeinschaftseinrichtungen wie stationären Pflegeeinrichtungen, Flüchtlingsheimen oder auch Obdachlosenunterkünften haben sich laut RKI weitere 7458 infiziert, 31 von ihnen sind gestorben.¹⁷ Diese Risiken stellen an sich bereits eine enorme Belastung dar, die durch längere Arbeitszeiten weiter intensiviert werden. So legen Daten aus China nahe, dass es kürzere Arbeitszeiten sind, die es den Beschäftigten insbesondere im Gesundheitswesen ermöglichen, Regeln zum Infektionsschutz einzuhalten. So sind im chinesischen Wuhan die Infektionsraten sowohl beim Gesundheitspersonal als auch die Sterberaten bei den Patientinnen und Patienten gesunken, als die Arbeitszeit auf sechs Stunden verkürzt wurde.¹⁸ Das passt mit den Daten der DGUV zusammen, nach denen Unfall- und Gesundheitsrisiken steigen und die Konzentrationsfähigkeit abnimmt, je länger gearbeitet wird.¹⁹ Die Daten der Arbeitszeitbefragung der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin zeigen zudem, dass insbesondere verkürzte Ruhezeiten negative Auswirkungen auf die Gesundheit haben.²⁰ Das spricht dafür, dass der Gebrauch der Ermächtigungsgrundlage des § 14 Abs.4 ArbZG zur Verlängerung von Arbeitszeiten gerade keinen Beitrag zum Infektionsschutz darstellt.

Schließlich kann auf die Kritik an dem Gebrauch von der Ermächtigung durch die COVID-19-Arbeitszeitverordnung verwiesen werden.²¹

¹⁶ DGB Index Gute Arbeit, Report 2019.

¹⁷ Tagesschau vom 6.5.2020 <https://www.tagesschau.de/inland/coronainfizierte-gesundheitswesen-101.html> (abgerufen 3.9.2020).

¹⁸ Tagesschau aaO.

¹⁹ DGUV, AIG Report 2/2019, S. 14 ff.

²⁰ Backhaus/Brauner/Tisch in Zeitschrift für Arbeitswissenschaft 4/2019, 394 ff.

²¹ Ver.di v. 7.4.2020 <https://www.verdi.de/themen/corona/++co++f596283e-78df-11ea-8110-525400940f89; Wenckebach, Mitbestimmung 4/2020>.

3. Zum Antrag der Faktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN (Ziff. 3) – Zeitsouveränität

Der Antrag verfolgt das Ziel, Beschäftigten mehr Zeitsouveränität zu ermöglichen, indem die Beschäftigten Einfluss auf die Dauer, Lage und den Ort ihrer Arbeit nehmen können.

- a) Hierzu wird unter 3.a) des Antrags die Möglichkeit flexibler Vollzeit vorgeschlagen, die Beschäftigten eine bedarfsgerechte Ausgestaltung des Arbeitsumfangs im Bereich von 30 bis 40 Stunden unter Einhaltung bestimmter Ankündigungsfristen ermöglichen soll. Zudem soll der Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit gestärkt werden.

Dieser Teil des Antrags trägt dem Umstand Rechnung, dass viele Menschen mit ihrer Arbeitszeit unzufrieden sind und das Verhältnis von Arbeitszeit und anderen Bedürfnissen als umso stärker unausgewogen empfunden wird, je länger die Arbeitszeit ist.²² Auffällig ist bei den Daten zu Arbeitszeitwünschen, dass Frauen oft kürzere Arbeitszeiten haben als gewünscht und Männer, insbesondere wenn sie über 40 Stunden arbeiten, ihre Arbeitszeit gerne verkürzen möchten.²³

Vor dem Hintergrund von Digitalisierung, demographischem Wandel und einem immer längeren Erwerbsleben, unzureichender öffentlicher Versorgung sowohl von Kindern als auch von pflegebedürftigen Angehörigen aber auch der ökologisch getriebenen Transformation der Wirtschaft ist Arbeitszeit ein Schlüsselthema für die Arbeit der Zukunft. Es bedarf dringend eines Kulturwandels in der Arbeitswelt, weg von der nach wie vor geltenden Norm ununterbrochener langer Vollzeit, die modernen Erwerbsbiografien und den Anforderungen der Arbeitswelt nicht mehr entspricht.²⁴ Es geht dabei explizit um die nach wie vor ausstehende Herstellung von Geschlechtergerechtigkeit in Bezug auf Einkommen, Altersvorsorge, Aufstiegschancen und unbezahlte Sorgearbeit.²⁵ Art. 3 Abs. 2 GG enthält einen klaren Handlungsauftrag an den Gesetzgeber und die Arbeitszeit ist ein zentrales Handlungsfeld. Insbesondere zur Überwindung des sog. Gender Care Gaps empfiehlt der kürzlich vorgelegte Bericht im Auftrag des BMBFSFJ eine Verkürzung der Arbeitszeit von Vätern und Männern.²⁶ Hinsichtlich der Bedeutung von Arbeitszeit insbesondere für die Geschlechtergerechtigkeit und den Handlungsbedarf auf europarechtlicher Ebene sei auf die Begründung der Vereinbarkeitsrichtlinie der Europäischen Kommission verwiesen, die nun der Umsetzung in deutsches Recht bedarf.²⁷

Mit der Änderung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG), die zum 1. Januar 2019 in Kraft getreten sind, wurde zwar ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung geschaffen, um Arbeitszeitreduzierung nicht als Einbahnstraße mit dauerhaften Nachteilen auszugestalten. So wurde zum einen die Brückenteilzeit geschaffen, zum anderen § 9 TzBfG reformiert, der die Möglichkeiten zur Verlängerung der Arbeitszeit regelt.

²² BAuA Arbeitszeitreport 2016.

²³ BAuA Arbeitszeitreport 2016, S. 84 ff.

²⁴ Ausführlich Wenckebach, Capital Magazin online v. 10.1.2020, abrufbar unter <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/vier-tage-woche-in-finnland-fake-news-good-news> (abgerufen 4.9.2020); der Deutsche Juristinnenbund hat bereits 2015 ein Konzept für Wahlarbeitszeit vorgeschlagen: <https://www.djb.de/themen/thema/wahlarbeitszeit/>.

²⁵ Anschaulich: 2. Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, BT-Drucksache 18/12840, 2017.

²⁶ BMBFSFJ, Was der Gender Care Gap über Geld, Gerechtigkeit und die Gesellschaft aussagt, 2020, S. 93.

²⁷ RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates COM/2017/0253 final - 2017/085 (COD); dazu Wenckebach, ZESAR 5/2020.

Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu dieser Reform heißt es zu Recht, es sei ein „wichtiges arbeits-, gleichstellungs- und familienpolitisches Anliegen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer freiwillig in Teilzeit arbeiten können, aber nicht unfreiwillig in Teilzeitarbeit verbleiben müssen“.²⁸ Dieses Anliegen wurde durch die letzte Reform jedoch nicht ausreichend umgesetzt.²⁹ So bestehen zentrale Kritikpunkte, die die Wirksamkeit der geschaffenen Ansprüche verhindern und sich als Hebel für das im Antrag benannte Ziel eignen:

Wechsel von Teilzeit in Vollzeitarbeit (§ 9 TzBfG)

- Ein Rechtsanspruch auf Rückkehr in Vollzeit wurde nach wie vor nicht geschaffen.
- Immerhin wurde die in § 9 TzBfG geregelte Beweislastverteilung so verändert, dass ein Arbeitgeber beweisen muss, warum er dem Wunsch von Beschäftigten, die Arbeitszeit zu verlängern, nicht nachkommt. Dazu gehört der Beweis, dass kein geeigneter freier Arbeitsplatz besteht. Es lässt sich noch nicht beurteilen, ob diese Beweislastumkehr in der Praxis tatsächlich zu Verbesserungen im Sinne des Gesetzeszwecks führt. Zweifel bestehen insofern, als Beschäftigte im laufenden Arbeitsverhältnis sehr selten Konflikte mit dem Arbeitgeber austragen.

Befristete Teilzeitarbeit mit Rückkehr in Vollzeit (Brückenteilzeit, § 9a TzBfG):

- Der gem. § 9a TzBfG geltende Schwellenwert: Der Anspruch auf Brückenteilzeit greift bisher erst in Betrieben mit in der Regel mehr als 45 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Dieser Schwellenwert ist systematisch nicht begründbar und schließt zu viele Beschäftigte in kleineren Betrieben aus.
- Auch die geltenden „Zumutbarkeitsgrenzen“ als pauschale Ablehnungsgründe für Arbeitgeber sind systemfremd und willkürlich gewählt. Sie bewirken eine wesentliche Beschränkung der Wirkung von Brückenteilzeit und widersprechen der Zielsetzung des Gesetzes.
- Ist eine Brückenteilzeit einmal vereinbart, kann gem. § 9a TzBfG die Arbeitszeit nicht verändert werden. Das macht den Anspruch zu starr für echte Zeitsouveränität und nicht wirklich angepasst an Bedarfe, an sich verändernde biografische Rahmenbedingungen für Erwerbstätigkeit.
- Echte Arbeitszeitautonomie wird auch dadurch verhindert, dass die Brückenteilzeit nach ihrer Inanspruchnahme und sogar nach einer durch den Arbeitgeber abgelehnten Beantragung zunächst für ein Jahr nicht wieder beantragt werden darf.

Jenseits von der Ausgestaltung individueller Ansprüche auf Arbeitszeitautonomie stellt sich die Frage der Entlohnung. Nur wenige Beschäftigte können sich – jedenfalls ohne Altersarmut zu riskieren – eine längere Reduktion der Arbeitszeit leisten. Deswegen hängen die Möglichkeiten für die Realisierung von Zeitautonomie und insbesondere eine Verkürzung der Arbeitszeit umso stärker auch mit der Frage der Finanzierung zusammen, je geringer das Einkommen der Betroffenen ist. Hier geht

²⁸ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts - Einführung einer Brückenteilzeit, vom 13.6.2018.

²⁹ Zur Kritik im Einzelnen siehe auch: djb, PM vom 15.5.2018

<https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/pm18-05-1?actbackPid=64&cHash=09179820158e6b2d4d42d31a930ab6db> (abgerufen 4.9.2020).

es zum einen um die staatliche Finanzierung bestimmter Lebensphasen reduzierter Arbeitszeit, wie Elternzeit, Pflegezeit, Kurzarbeit, Qualifizierungen.

Für beide Regelungsbereiche – Arbeitszeit und Entgelt – sind Tarifverträge und somit die Stärkung von Tarifbindung von entscheidender Bedeutung. Regelungen der Arbeitszeit sind Kernaufgabe der Sozialpartner. In Tarifverträgen sind abgestimmte, branchenbezogene Lösungen geregelt, die auch mit dem Entgelt verknüpft sind und der Bezahlung von Überstunden oder besonders belastender Arbeitszeiten, etwa Nachtschichten. Dieses Regelungsgefüge sollte durch die beschriebenen gesetzlichen Regelungsansätze gestärkt und flankiert, jedoch nicht unterlaufen oder den Tarifvertragsparteien als Regelungsinhalt entzogen werden (Tarifautonomie geschützt durch Art. 9 Abs. 3 GG). Eine starre gesetzliche Festlegung auf einen Zeitrahmen von 30-40 Stunden ist deshalb nicht sinnvoll. So ist 2018 in der Metallindustrie beispielsweise tariflich für die kurze Vollzeit eine Regelung zur Verkürzung der Arbeitszeit auf bis zu 28 Wochenstunden vorgesehen worden und gleichzeitig eine Regelung für die tarifliche Vergütung zusätzlicher freier Tage geschaffen worden.³⁰

Zur notwendigen Stärkung der Tarifbindung wird gerade im Bereich der Arbeitszeit ein größerer Gestaltungsspielraum der Sozialpartner auch zur Stärkung der Tarifautonomie diskutiert.³¹ Dieser Ansatz macht jedoch nur Sinn, wenn Tariföffnungsklauseln exklusiv nur für Tarifgebundene gelten und gesetzlich geregelt ist, welches Niveau an Arbeitnehmerschutz nicht unterschritten werden darf.³²

Kürzere Arbeitszeiten dürfen schließlich nicht mit einer weiteren Verdichtung von Arbeitszeit einhergehen. Dies bringt erhebliche Risiken für Beschäftigte mit sich.³³ Um diesen Risiken zu begegnen und tatsächlich eine Entlastung zu erreichen, ist die Personalplanung entscheidend. In diesem Bereich fehlen Betriebsräten jedoch zentrale, erzwingbare Mitbestimmungsrechte, die im Zusammenhang mit dem hier beschriebenen Themenfeld eingeführt werden sollten (folgerichtig deshalb 3.d) des Antrags, siehe dort).³⁴

- b) Der Antrag sieht des Weiteren in 3.b) vor, dass Beschäftigte die Möglichkeit erhalten sollen, in Abstimmung mit ihren Arbeitgebern die zeitliche Lage der Arbeitszeit mitzugestalten in Bezug auf Beginn, Ende und die Verteilung der Arbeit über Tag, Woche oder Monat.

Dieser Teil des Antrags trägt dem Umstand Rechnung, dass ein individuelles Recht auf die Veränderung der Lage der Arbeitszeit bisher gesetzlich nicht vorgesehen ist, wenn nicht auch zugleich die Arbeitszeit reduziert wird. Möglich ist eine Änderung nur im Zusammenhang mit einem Antrag auf Teilzeit gem. § 8 TzBfG, Brückenteilzeit nach § 9a TzBfG oder Elternteilzeit gem. § 15 BEEG. Hier soll im Antrag auf kürzere Arbeitszeit jeweils deren gewünschte Verteilung angegeben werden. Doch Teilzeitarbeit ist nach wie vor mit vielen Nachteilen verbunden für Einkommen, Alterssicherung und berufliches Fortkommen. Nicht ohne Grund wurde ein Diskriminierungsverbot für Teilzeitbeschäftigte geschaffen. Da noch immer ganz überwiegend Frauen in Teilzeit tätig sind,

³⁰ Zur Regelung <https://www.igmetall.de/tarif/tarifunden/metall-und-elektro/waehle-jetzt-deine-arbeitszeit> (abgerufen 9.9.2020).

³¹ BMAS, Weißbuch Arbeit 4.0., 2016.

³² Kingreen, Exklusive Tariföffnungsklauseln, HSI Schriftenreihe Band 35.

³³ Lott, WSI-Mitteilungen 1/2020, S. 38 ff.

³⁴ Klebe, Mitbestimmung 2030, AuR 5/2020.

sind sie es, die von den Risiken und wirtschaftlichen Nachteilen von Teilzeitarbeit benachteiligt werden.³⁵

Mit den Neuerungen des TzBfG haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer seit Januar 2019 lediglich ein Erörterungsrecht dazu erhalten, wenn sie bei gleichbleibender Arbeitszeit eine andere Verteilung der Arbeitszeit oder eine den eigenen Bedürfnissen entsprechende Anpassung des Beginns und des Endes der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit wünschen (§ 7 Abs. 2 TzBfG). Auch wenn hier eine Ermessensreduzierung des Arbeitgebers auf Null denkbar ist, ist die Erörterungspflicht dennoch keinesfalls mit einem Rechtsanspruch der Beschäftigten auf die Gestaltung der Lage der eigenen Arbeitszeit gleichzusetzen. Hier ist also anzusetzen.

Denn gerade die Lage der Arbeitszeit kann in vielen Fällen entscheidend dafür sein, Vereinbarkeitslösungen zu ermöglichen für eine Erwerbstätigkeit in Vollzeit oder langer Teilzeit – also ohne die mit Teilzeitarbeit verbundenen Risiken für Einkommen, Alterssicherung und berufliches Fortkommen. Hier geht es um die Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Sorgearbeit für Kinder oder pflegebedürftige Angehörige, aber auch um die zunehmend im Laufe des Erwerbslebens wiederholt erforderliche Bildung und Qualifizierung, aber auch für gesellschaftlich relevante Ehrenämter.³⁶

- c) Absatz 3.c) des Antrags sieht vor, mobiles Arbeiten und Homeoffice rechtssicher zu regeln und zwar als Alternative zum festen Arbeitsplatz und freiwillig. Geschaffen werden soll ein Rechtsanspruch auf Homeoffice, dem Arbeitgeber wichtige und nachvollziehbare Gründe entgegen halten können.

Mobiles Arbeiten und Homeoffice waren bereits vor der Corona-Krise wichtige Instrumente, um Arbeit nach den Bedürfnissen der Beschäftigten zu flexibilisieren. Beschäftigte haben ein Interesse an entfallenden Fahrtzeiten und -kosten. Letzteres hat positive Effekte sowohl für die Vereinbarkeit³⁷ als auch für die Umwelt³⁸. Noch 2016 fielen Betriebe in Deutschland im europäischen Vergleich zurück und blieben hinter ihren Möglichkeiten zur Nutzung mobiler Arbeitsformen.³⁹ Die Krise hat nun dazu geführt, dass der Einsatz mobiler Arbeit sehr stark ausgeweitet wurde und viele Beschäftigte wünschen sich eine Fortsetzung dieser Möglichkeit.⁴⁰

Doch darauf zu vertrauen, dass die Corona-Krise die Verteilungs- und Rechtsfragen in Bezug auf die Inanspruchnahme von mobiler Arbeit löst, widerspricht dem Umstand, dass abhängige Arbeit ein ungleiches Machtverhältnis ist. Nicht umsonst ist ortsflexibles Arbeiten vor der Krise ein Privileg hochqualifizierter und hochbezahlter Beschäftigter gewesen.⁴¹ Dies ist hinsichtlich der Inanspruchnahme der Vorteile von mobiler Arbeit nicht zielführend. Zudem ist es von Bedeutung,

³⁵ Kocher et al., Soziales Recht der Arbeit, 147 ff.; BAuA Arbeitszeitreport 2016.

³⁶ Ausführlich Kocher et al., Soziales Recht der Arbeit.

³⁷ Lott, WSI Report Nr. 54, 1/2020.

³⁸ Wenn zehn Prozent der Erwerbstätigen in Deutschland einen Tag in der Woche von zu Hause arbeiten würden, könnten rund 4,5 Milliarden Kilometer an Pendlerstrecke und etwa 850 Millionen Kilogramm CO₂ pro Jahr eingespart werden; Gutachten des Instituts für angewandte Arbeitswissenschaft (ifaa), Tagesspiegel vom 10.1.2020, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/weniger-pendeln-wie-viel-co2-deutschland-mit-mehr-home-office-sparen-koennte/25406082.html> (abgerufen 8.9.2020).

³⁹ DIW Wochenbericht 5/2016.

⁴⁰ Siehe etwa IG Metall Beschäftigtenbefragung; Zeit online vom 7.9.2020, abrufbar unter <https://www.zeit.de/news/2020-09/07/ig-metall-will-klare-regeln-fuers-homeoffice> (abgerufen 8.9.2020).

⁴¹ Lott, WSI Report Nr. 54, 1/2020 S. 5 mwN.

dass mobile Arbeit auch mit Nachteilen verbunden sein kann. Dazu gehören die Entgrenzung zwischen Arbeit und Privatleben mit gesundheitlichen Folgen wie zB Schlafstörungen, überlange Arbeitszeiten, die Arbeitsbedingungen jenseits des bisherigen Arbeitsplatzes.⁴² Auch Vereinzelung ist ein Risiko.⁴³ Dabei geht es nicht nur um die Position einzelner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sondern auch um kollektive Handlungsmöglichkeiten von Betriebsräten und Gewerkschaften. Wenn Arbeit immer stärker vom Betrieb als Ort der Anknüpfung auch für Betriebsrats- und Gewerkschaftsrechte weg verlagert wird (ein Prozess, der nicht nur durch mobile Arbeit sondern auch durch neue Arbeitsformen getrieben wird), so bedarf es vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG einer Anpassung der Zugangsrechte von Interessenvertretungen.

Auch ist mobile Arbeit kein Ersatz für Kinderbetreuung und wenn sie so behandelt wird, ist das mit erheblichen Nachteilen für Eltern verbunden. Es birgt die Gefahr einer Retraditionalisierung der Geschlechterverhältnisse. Dass dieses Risiko besteht, hat nicht nur der Umgang mit berufstätigen Eltern in der Krise gezeigt.⁴⁴ Mobile Arbeit und Homeoffice dürfen auch deshalb nicht als Alternative zu den oben genannten Maßnahmen (Ziffer 3. a und b des Antrags) behandelt werden, weil diese Möglichkeiten nur einem bestimmten Teil der Beschäftigten offenstehen. Flexible Arbeit führt außerdem nicht zu einem Zeitgewinn, der Zeitfenster etwa für Kinderbetreuung schafft.⁴⁵

Beschäftigte und Arbeitgeber haben ein Interesse an Rechtssicherheit. Die Arbeitszufriedenheit, aber auch die positiven Effekte, wie bessere Vereinbarkeit, steigen mit klaren Rahmenbedingungen.⁴⁶

Die im Antrag vorgesehene Regelung der Freiwilligkeit ist essentiell. Menschen dürfen nicht gegen ihren Willen um Arbeitsplätze außerhalb ihres privaten Heims gebracht werden. Zumal sich die Rahmenbedingungen – etwa für ungestörtes Arbeiten zuhause – auch verändern können. Es muss ein Recht darauf geben, Arrangements zu mobilem Arbeiten wieder zu verändern.

Auch die Ausstattung von Beschäftigten ist dafür entscheidend, dass mobile Arbeit und Arbeit im Homeoffice gute, insbesondere nicht gesundheitsschädliche Arbeit ist. Ein Rechtsanspruch auf Homeoffice macht deshalb dann Sinn, wenn die Rahmenbedingungen dafür gesichert sind. Hierzu bedarf es kollektiver Rechte von Interessenvertretungen, da andernfalls die Durchsetzung und Kontrolle der Rahmenbedingungen im Betrieb nicht gesichert ist. Das betrifft insbesondere auch den Datenschutz, der bei Arbeit im Homeoffice eine wichtige Rolle spielt. Arbeitgebern wird am Markt äußerst fragwürdige Software angeboten, die zum Teil eine verdeckte, umfangreiche Überwachung von Beschäftigten ermöglicht.⁴⁷ Datenschutzbezogene Mitbestimmung ist ein entscheidender, unerlässlicher Hebel für die Sicherung von Beschäftigtenrechten.

Es gibt bereits zahlreiche gute Beispiele für Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge zur mobilen Arbeit und Arbeit im Homeoffice.⁴⁸ Sie zeigen, dass Bedarf besteht für einen klaren rechtlichen

⁴² Lott, WSI Report Nr. 47, 2019.

⁴³ Lott, WSI Report Nr. 54, 1/2020; Brück/Gümbel, Erwerbsarbeit, Geschlecht und Entgrenzung, Expertise für den Dritten Gleichstellungsbericht, 2020.

⁴⁴ Kohlrausch/ Zucco: Die Corona-Krise trifft Frauen doppelt, WSI Policy Brief Nr. 40, 2020.

⁴⁵ Lott, WSI Report Nr. 47, 2019.

⁴⁶ Lott, WSI Report Nr. 54, 1/2020; IG Metall Beschäftigtenbefragung; Zeit online vom 7.9.2020 aaO.

⁴⁷ Cyphers/Gullo, Inside the Invasive, Secretive “Bossware” Tracking Workers, EFF vom 30.6.2020, abrufbar unter <https://www.eff.org/de/deeplinks/2020/06/inside-invasive-secretive-bossware-tracking-workers> (abgerufen 9.9.2020).

⁴⁸ Mierich, HBS study Nr. 446, Orts- und zeitflexibles Arbeiten, 8/2020.

Rahmen. Doch in zu wenigen Betrieben bestehen Betriebsräte und auch die Tarifbindung erfasst zu viele Beschäftigte nicht. Eine gesetzliche Regelung steht betrieblichen Lösungen oder Regelungen der Sozialpartner jedoch nicht im Weg, sondern befördert diese durch einen für alle geltenden Rahmen. Um eine Umsetzung der Ziele eines individuellen Rechtsanspruchs zu erzielen, insbesondere dessen Durchsetzung, bedarf es der Sicherung kollektiver Rechte durch Tarifverträge und betrieblicher Mitbestimmung.

- d) Nach Ziffer 3.d) des Antrags sollen Betriebs- und Personalräte die Möglichkeit erhalten, eine Betriebsvereinbarung zu Vereinbarkeitsfragen und für mehr Zeitsouveränität zu verhandeln.

Der Aspekt des Antrags trägt dem Umstand Rechnung, dass erzwingbare Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 BetrVG nicht besteht hinsichtlich des Arbeitsortes. Hinsichtlich der Arbeitszeit besteht insbes. ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.⁴⁹

Bei Arbeitszeit gilt der Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 S. 1 Einleitungssatz BetrVG und die Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG ist zu beachten.

Dort, wo tarifliche Regelungen nicht bestehen oder den Betriebsparteien gezielt Spielraum überlassen, ist eine Stärkung der Mitbestimmung sinnvoll. Betriebsvereinbarungen schaffen einen verbindlichen, kollektiven Rahmen und lösen die Regelung der Bedingungen von der individuellen, arbeitsvertraglichen Ebene, in der sich das Ungleichgewicht abhängiger Arbeit besonders stark auswirkt.

Gerade kollektive Regeln zur Zeitsouveränität der Beschäftigten setzen aber voraus, dass ein Mitbestimmungsrecht bezüglich der Personalplanung geschaffen wird. Nur so kann sichergestellt werden, dass Zeitsouveränität nicht zu einer Verdichtung der Arbeit führt und letztendlich nicht entlastend wirkt (s.o.). Bisher haben Betriebsräte nur Informations- und Beratungsrechte hinsichtlich der Personalplanung, was angesichts der oben und im Antrag beschriebenen Herausforderungen nicht mehr zeitgemäß ist.⁵⁰

⁴⁹ Ausführlich DKW-BetrVG-Klebe, § 87 Rn. 81 ff.

⁵⁰ Klebe, Mitbestimmung 2030, AuR 5/2020.

Schriftliche Stellungnahme

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)

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

Arbeitsrecht krisen- und zukunftssicher gestalten

Stellungnahme zu den Anträgen 19/17134, 19/20585 und zum Gesetzentwurf 19/1841

September 2020

Zusammenfassung

Gesellschaft, Wirtschaft und Arbeitswelt wurden und werden von der Pandemie und auch den Maßnahmen des Bundes und der Länder zu Ihrer Eindämmung hart getroffen. Die Folgen des wochenlangen „Lockdowns“ haben tiefe Spuren hinterlassen. Auch wenn nicht alle Konsequenzen zum jetzigen Zeitpunkt schon offenliegen, die deutsche Wirtschaft wird durch die Pandemie den größten Rückgang ihrer Wirtschaftsleistung in einem Jahr seit Kriegsende erleben. Um Wohlstand und Arbeitsplätze zu sichern, ist es daher notwendig, kluge Maßnahmen für den Neustart des Wirtschaftslebens zu entwickeln.

Ein zentrales Element hierfür ist ein Belastungsmoratorium. Neue Rechtsansprüche und weitere Beschränkungen und Reglementierungen der betrieblichen Praxis sind eine Gefahr für den Neustart und die Menschen, denen sie zu helfen vorgeben. Notwendig ist die Verhinderung neuer und die Begrenzung, besser noch die Abschaffung, alter Bürokratie. Daher gehen die Anträge der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Drs. 19/20585) und der Fraktion DIE LINKE (Drs. 19/17134) zum Arbeitszeitrecht und der Gesetzentwurf der Fraktion der AfD (Drs. 19/1841) zum Befristungsrecht in die falsche Richtung.

Der Arbeitgeber muss in der Lage sein, das für sein Unternehmen betriebswirtschaftlich und organisatorisch bestmögliche Arbeitszeitmodell zu wählen. Insbesondere ein Anspruch auf eine flexible Vollzeit stünde der notwendigen betrieblichen Planungssicherheit entgegen. Die geforderte umfassende Pflicht zur Arbeitszeiterfassung durch den Arbeitgeber bedeutete einen erheblichen Einschnitt in die alltägliche Flexibilität der Betriebe, besonders auch zulasten der Beschäftigten. Schließlich sollten die Vorteile, die das Befristungsrecht in der jetzigen unsicheren wirtschaftlichen Situation für Arbeitsuchende bietet, genutzt werden und nicht durch eine unübersichtliche Neuregelung ersetzt werden.

Im Einzelnen

Flexibilität bei der Arbeitszeit und eine vorausschauende Personalplanung, die Einstellungen auch dann ermöglicht, wenn ein dauerhafter Bedarf an der Arbeitsleistung noch nicht absehbar ist, sind für den Arbeitsmarkt unerlässlich, sie dienen Unternehmen wie Beschäftigten gleichermaßen. Daher müssen Regulierungen, die dies beschränken auf den Prüfstand; keinesfalls dürfen neue Beschränkungen eingeführt werden.



1. Rückkehr zur Stechuhr vermeiden

Eine Umsetzung der EuGH-Entscheidung CCOO ist nach Auffassung vieler Stimmen in der Literatur nicht geboten. Generelle Aufzeichnungen der Arbeitszeit passen zu Zeiten der Stechuhr. Diese Zeiten sind in vielen Branchen und Berufen vergangen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer wollen flexibel und mobil arbeiten, soweit das die betriebliche Situation erlaubt. Das wird auch künftig Kontrollen nicht ausschließen. Generelle gesetzliche Aufzeichnungspflichten passen damit aber nicht zusammen.

Sollte dennoch eine Neuregelung erwogen werden, ist der vom EuGH eröffnete Spielraum zu nutzen, wonach es ausdrücklich Sache der Mitgliedstaaten ist, unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs sowie der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, wie ihrer Größe, ein System zur Arbeitszeiterfassung zu bestimmen. Gerade KMU können so angemessen vor belastender Bürokratie geschützt werden. Die Besonderheiten verschiedener Branchen können so Berücksichtigung finden.

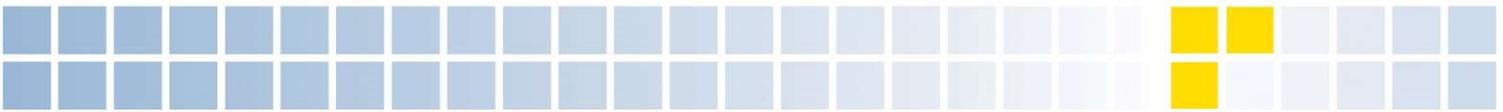
Der EuGH verlangt gerade nicht, Arbeitgeber zu verpflichten, die Arbeitszeit aufzuzeichnen. Genügend ist vielmehr, ein Aufzeichnungssystem zur Verfügung zu stellen. Zu Recht betont das Gericht ferner, dass die Richtlinie einen weiten Spielraum einräumt, Arbeitnehmer von Aufzeichnungspflichten auszunehmen. Zulässig sind zudem Ausnahmen von den durch die Arbeitszeitrichtlinie bestimmten Ruhezeiten, Ruhepausen und Höchstarbeitszeiten, wenn die Dauer der Arbeitszeit wegen besonderer Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht bemessen und/oder vorherbestimmt ist oder von den Arbeitnehmern selbst bestimmt werden kann. Nur eine solche differenzierte Berücksichtigung von Bedürfnissen und Interessen entspricht dem Willen des EuGHs. Eine platte Verpflichtung zu einer Aufzeichnung durch den Arbeitgeber, lässt sich den Gründen nicht entnehmen.

Notwendig ist z. B., dass die Unternehmen die Arbeitszeiterfassung auch zukünftig an ihre Beschäftigten delegieren können. Ohne diese Möglichkeit ist mobiles Arbeiten nicht denkbar. Der Arbeitgeber kann die Erfassung der Arbeitszeit nicht übernehmen, wenn die Beschäftigten z. B. von unterwegs arbeiten. Sowohl Beschäftigte als auch Arbeitgeber haben einen Bedarf an Flexibilität und nicht an bürokratischen Pflichtaufzeichnungen. Die Trennung von Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen und vergütungsrechtlichen Kontext muss beibehalten werden.

2. Arbeitszeitverordnung wieder in Kraft setzen

Die COVID-19-Arbeitszeitverordnung, die Abweichungen vom bestehenden Arbeitsrecht ermöglichte, sollte erneut in Kraft gesetzt werden. Sie ermöglichte für bestimmte einzeln genannte Tätigkeiten in verschiedenen Branchen Abweichungen von der täglichen Höchstarbeitszeit, der Ruhezeit und der Sonn- und Feiertagsruhe. Das hat die Wirtschaft in der Krise gestärkt. Obwohl die Krise noch längst nicht vorbei ist und die Wirtschaft nach wie vor mit den Auswirkungen der Pandemie zu kämpfen hat, ist die Verordnung bereits am 31. Juli 2020 wieder außer Kraft getreten. Das war viel zu früh. Sie sollte bis Ende des Jahres wieder in Kraft gesetzt werden. Angesichts des Umstandes, dass die Auswirkungen der Krise nicht nur auf die in der COVID-19-ArbZV genannten Branchen beschränkt sind, sollte jedenfalls die Sonn- und Feiertagsarbeit branchenunabhängig ermöglicht werden.

Insgesamt bedarf das Arbeitszeitgesetz einer Runderneuerung. Es basiert auf gesetzlichen Regelungen aus dem Jahr 1926, die die Arbeitswelt der Industrie 1.0 und 2.0 umschreibt. Diese passen nicht mehr in die heutige digitale Welt. Die Form von notwendiger Flexibilisierung bedeutet anpassungsfähiger zu arbeiten. Die europäische Arbeitszeitrichtlinie lässt es beispielsweise zu, statt auf eine tägliche auf eine wöchentliche Höchstarbeitszeit abzustellen. So kann



die zulässige Arbeitszeit im Wochenverlauf variabler gestaltet werden, ohne aber den Arbeitszeitumfang anzutasten. Ferner sollte die Ruhezeit unabhängig von der Art der Tätigkeit durch Tarifvertrag auf bis zu neun Stunden mit entsprechendem Ausgleich reduziert werden können. Es sollte möglich sein, den Beschäftigten die Ruhezeit in zwei Blöcken zu gewähren, wovon ein Block eine zusammenhängende „störungsfreie“ Kernzeit von z. B. sieben Stunden umfasst. Die Änderungen würden auch eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf unterstützen.

3. Anspruch auf „flexible Vollzeit“ überfordert betriebliche Praxis

Arbeitsflexibilität ist einer der bestimmenden Faktoren für die Wettbewerbs- und Leistungsfähigkeit der Wirtschaft. Die Schaffung eines Rechts auf eine flexible Vollzeit von 30 bis 40 Wochenstunden steht betrieblicher Planungssicherheit und Verlässlichkeit diametral entgegen. Insbesondere in kleinen und mittleren Unternehmen könnte ein solcher Anspruch eine vernünftige Arbeitsplanung unmöglich machen. Bereits heute besteht eine Vielzahl von Instrumenten, die eine Vereinbarkeit von Privatleben und Arbeit ermöglichen und in der Praxis genutzt werden. Z. B. sind Arbeitszeitkonten ein wesentlicher Baustein, um Arbeitgebern wie Arbeitnehmern die jeweils notwendige Arbeitszeitflexibilität zu geben. Einerseits kann bei Bedarf das Arbeitszeitvolumen schnell und unbürokratisch an geänderte betriebliche Bedürfnisse angepasst werden. Andererseits bieten Arbeitszeitkonten Beschäftigten die Möglichkeit, betriebliche und persönliche Bedürfnisse in Einklang zu bringen und damit Familie und Beruf zu vereinbaren.

Darüber hinaus helfen sie gerade in Krisenzeiten, Beschäftigung zu erhalten, indem statt eine Personalanpassung vorzunehmen, Arbeitszeitguthaben eingesetzt werden können. Neben bereits bestehenden gesetzlichen Freistellungsansprüchen, wie Elternzeit, Pflegezeit, Brückenteilzeit oder dem allgemeinen Teilzeitananspruch finden sich auf betrieblicher und individueller Ebene wie auch in Tarifverträgen zahllose Regelungen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Sie berücksichtigen die jeweiligen Bedürfnisse der Vertragspartner und verhindern damit eine Überforderung einer Seite, wie es starre gesetzliche Ansprüche nicht können.

4. Menge der Arbeit wird durch den Kunden bestimmt

Ein Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit würde in die grundgesetzlich geschützte Unternehmerentscheidung eingreifen. Denn es ist Sache des Arbeitgebers das Volumen der betrieblichen Arbeitszeit festzulegen, mit dem die Aufträge in seinem Unternehmen bearbeitet werden sollen, für welche er allein die wirtschaftliche Verantwortung trägt. Jede Regelung, die die einseitige Möglichkeit des Arbeitnehmers stärkt, über das Arbeitsvolumen im Betrieb selbst zu bestimmen oder über die Grenzen des erst 2019 in geänderter Form in Kraft getretenen § 9 TzBfG mitzubestimmen, ist praxisfern und nicht umsetzbar. Arbeitnehmer haben gemäß § 7 Abs. 2 TzBfG die Möglichkeit, alle Aspekte der Arbeitszeit mit ihrem Arbeitgeber zu erörtern, so dass dieser darauf reagieren kann, wenn es die betriebliche Lage zulässt. Ein weitergehender Anspruch würde einen Eingriff in das wirtschaftliche Handeln des Unternehmers bedeuten.

5. Arbeitnehmerinteressen bei Lage der Arbeitszeit schon heute berücksichtigt

Die Lage der Arbeit unterfällt als Teil der Arbeitszeit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO. Dabei hat der Arbeitgeber seine Entscheidungen schon heute nach billigem Ermessen zu treffen, d. h. auch unter angemessener Berücksichtigung der arbeitnehmerseitigen Bedürfnisse. Um den Betrieb sinnvoll organisieren zu können, Kundenwünsche zu berücksichtigen und den Anforderungen des globalen Wettbewerbs gerecht werden zu können, muss die Verteilung der betrieblichen Arbeitszeit richtigerweise grundsätzlich in den Händen des Arbeitgebers liegen.



Eine unterschiedliche Verteilung und Lage der Arbeitszeit durch jeden einzelnen Mitarbeiter ist weder in großen, erst recht nicht in kleinen und mittleren Unternehmen realisierbar. Die Implementierung einer für alle Seiten verlässlichen und tragfähigen Betriebsorganisation zur fristgerechten Abarbeitung von Aufträgen wäre nicht mehr möglich. Jede Planbarkeit, Grundlage wirtschaftlich erfolgreichen Handelns und zur Sicherung von Arbeitsplätzen, würde entfallen. Die verlässliche Grundlage für die Beziehung zu anderen Unternehmen würde gestört. Schon heute geben zahlreiche befristete wie unbefristete Teilzeitanprüche den Arbeitnehmern weitreichende Einflussnahme auf die Gestaltung von Dauer und Verteilung ihrer Arbeitszeit. Für Unternehmen stellen sie erhebliche Herausforderungen für die Umsetzung in der betrieblichen Praxis dar.

Der Betriebsrat hat nach § 80 Nr. 2b BetrVG bereits die Aufgabe, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu fördern. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG haben Betriebsräte zudem ein Mitbestimmungsrecht, wenn es um Beginn und Ende der täglichen und die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit geht. Weitergehender Ermächtigungen bedarf es nicht. Der Betriebsrat ist nicht Co-Manager des Unternehmens. Er haftet nicht für dessen Erfolg und darf daher nicht die schlussendliche Entscheidungsbefugnis über diese Fragen erlangen.

6. Mobile Arbeit ist Vereinbarungssache

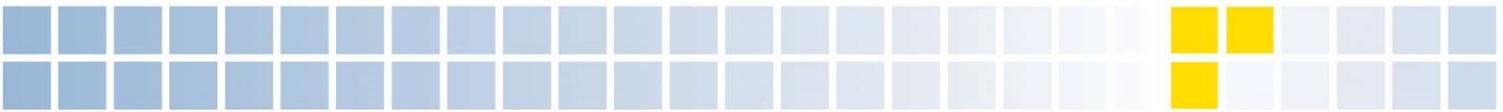
Der Abbau praktischer Hürden für Unternehmen kann den Einsatz von Homeoffice weiter fördern. Die aktuelle Krisensituation zeigt, wie verantwortungsvoll Arbeitgeber und Beschäftigte die Möglichkeit des Homeoffice – wo immer dies mit der Tätigkeit vereinbar ist – vielfach nutzen. Die schon bisher hohe Verbreitung des Homeoffice wurde dadurch noch ausgeweitet. Ein Rechtsanspruch auf Homeoffice birgt allein die Gefahr der Spaltung von Belegschaften und der Störung des Betriebsfriedens, weil ein Teil der Beschäftigten, und insbesondere auch diejenigen, deren Tätigkeiten zur Bewältigung der Krise unentbehrlich sind, ihre Tätigkeit nicht im Homeoffice ausführen kann. Daher sieht auch keine andere Europäische Rechtsordnung ein solches Recht vor. Ein Anspruch auf Erörterung muss ergebnisoffen ausgestaltet werden.

7. Befristungen nicht behindern

Befristete Arbeitsverhältnisse ermöglichen Teilhabe am Arbeitsleben. Für viele Arbeitsuchende bieten sie einen Erst- oder Wiedereinstieg in Erwerbstätigkeit – gerade für Menschen mit Vermittlungshemmnissen, etwa nach langer Arbeitslosigkeit oder bei fehlender Berufsausbildung. Befristete Arbeit trägt dazu bei, dass Geringqualifizierte und Langzeitarbeitslose den Weg zurück in den Arbeitsmarkt finden. Sie sollten daher weder als atypisch noch als prekär bezeichnet werden. Sie bieten Chancen und sind für viele Menschen ein Anker.

Gleichermaßen sind befristete Arbeitsverhältnisse für Wirtschaft und Unternehmen unerlässlich. Sie bieten den Betrieben ein Mindestmaß an Flexibilität. Ist z. B. die Nachfragesituation unklar oder die Aussicht über den Erfolg eines neuen Produkts ungewiss, ermöglichen befristete Arbeitsverhältnisse, neuen Projekte zu wagen und hierfür Arbeitsplätze einzurichten. In einer hocharbeitsteiligen, in einem scharfen globalen Wettbewerb stehenden Wirtschaft ist dies eine wichtige Voraussetzung, um am Standort Deutschland produktiv zu arbeiten und dadurch letztlich Wohlstand zu schaffen und zu sichern. Beschränkungen, wie sie der Änderungsantrag vorsieht, sind kontraproduktiv und gefährlich für die wirtschaftliche Entwicklung und die Schaffung und den Erhalt von Arbeitsplätzen in Deutschland, gerade in der durch die Pandemie deutlich geschwächten Wirtschaft.

Anders, als in dem Änderungsantrag suggeriert, sind Befristungen kein Massenphänomen. Und sie sinken. Nach neuesten Zahlen des Statistischen Bundesamts lag die Befristungsquote im Jahr 2019 bei 6,1 %. Das sind unter 2,3 Mio. Menschen (destatis, PM Nr. 338 vom 3. Sept.

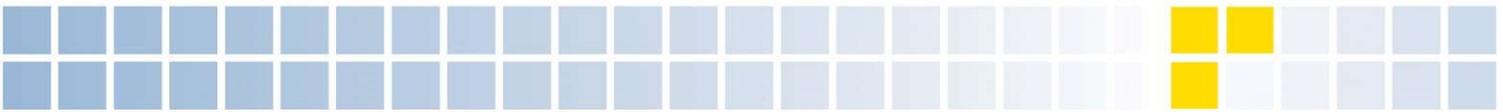


2020). Richtig ist, dass ein hoher Anteil befristeter Arbeitsverhältnisse im Bereich der öffentlichen Hand erfolgt. Gerade aus diesem Bereich rühren befristete Arbeitsverhältnisse her, die über lange Jahre immer wieder verlängert werden. Das ermöglicht der allein im öffentlichen Dienst bestehende Sachgrund der Haushaltsbefristung.

Die Befristungsquote bei Neueinstellungen lag 2019 bei durchschnittlich 37 %, in der Privatwirtschaft bei etwa 34 % (IAB, Befristete Beschäftigung in Deutschland 2019, Tab. 3a). Hier allein den öffentlichen Dienst zu nennen, stellt eine Verzerrung der Datenlage dar; zumal diese Quote von fast 60 % in 2018 auf ca. 43 % im Jahr 2019 gesunken. Die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gewinnt weiter an Bedeutung. Lag sie 2009 noch bei knapp 30 %, liegt sie heute bei 45 %. Spiegelbildlich nehmen die Personalabgänge nach Befristungsende ab und liegen heute bei etwa einem Viertel. Die Quote derjenigen, die im gleichen Betrieb eine Anschlussperspektive erhalten, liegt bei über 30 % (IAB, Befristete Beschäftigung in Deutschland 2019, Tab. 3a). Unter dem Strich ist also festzustellen: Das Verhältnis befristeter Arbeitsverhältnisse zu nicht befristeten ist konstant niedrig. Die Zahl der aus Befristung weiterbeschäftigten Arbeitnehmer ist demgegenüber – besonders in der Privatwirtschaft – weiter ansteigend.

Die vorgeschlagenen Änderungen stellen insgesamt keinen Gewinn zur Nutzung der Chancen dar, die das Befristungsrecht Arbeitgebern wie Arbeitnehmern bietet. Sie sind zum Teil unklar, mit Rechtsunsicherheit verbunden, enthalten unverständliche Dopplungen und verlieren wichtige Regelungen aus dem Blick:

- Schon seit langem besteht Konsens, dass Befristungen wegen vorübergehenden Bedarfs aufgrund komplexer Vorgaben in der Rechtsprechung kaum rechtssicher geplant werden können. Für die Praxis ist es essenziell, sie gangbar zu machen. Nur so kann Innovation entstehen, können neue Produkte in den Markt eingeführt und neue Ideen ausgetestet werden. Nach dem Gesetzentwurf soll der Befristungsgrund ersatzlos entfallen. Gerade in der jetzigen Krise könnte dieses Instrument in vielen Betrieben das wirtschaftliche Überleben und auf lange Sicht Arbeitsplätze sichern. Für die jetzt eintretende Phase wirtschaftlicher Unsicherheit sollten solche Befristungen daher erleichtert werden. Ein vorübergehender Bedarf an Arbeitsleistung sollte zu einem belastbaren Standbein des Befristungsrechts gemacht werden. Dafür sollte im Falle der konkreten Benennung eines bestimmten Zwecks der Befristung durch die Vertragsparteien verbunden mit einer Frist vermutet werden, dass es sich um einen vorübergehenden Bedarf im Sinne des Gesetzes handelt.
- Befristungsmöglichkeiten zur Förderung der Beschäftigung älterer Arbeitnehmer, zur Unterstützung von Unternehmensgründern oder bei der Übernahme Auszubildender entfallen ebenfalls gänzlich. Das ist nicht nachvollziehbar. Es handelt sich um Einzelfälle, in denen Befristungen insbesondere zugunsten der Beschäftigten ermöglicht werden.
- Ob ein Wegfall der Haushaltsbefristung die Befristungsquote senkt, ist fraglich. Aus Sicht der Privatwirtschaft ist es dagegen wichtiger, solche Fälle unsicherer wirtschaftlicher Entwicklung im Notfall ebenfalls mithilfe befristeter Arbeitsverhältnisse auffangen zu können. Dafür bedarf es wie dargestellt der rechtssicheren Befristung wegen eines vorübergehenden Bedarfs.
- Statt Befristungen mit und ohne Sachgrund werden die kalendermäßige Befristung als Grundform vorgeschlagen und verschiedene „besondere Gründe“ genannt, die Abweichungen davon zulassen. Die Wortwahl ist zu begrüßen, macht sie doch deutlich, dass Befristungen immer aus bestimmtem Grund, nicht willkürlich gewählt werden. Im Übrigen birgt die damit einhergehende inhaltliche Änderung dieser Befristungsformen im Wesentlichen aber neue Rechtsunsicherheit, ohne die Chancen des Instruments zu nutzen.



- Die sinnvolle und gebotene Überlegung einer zeitlichen Beschränkung des Vorbeschäftigungsverbots auf drei Jahre wird leider im gleichen Atemzug zunichte gemacht, wenn in den zurückliegenden drei Jahren die Stelle auch mit keinem anderen befristet beschäftigten Arbeitnehmer besetzt gewesen sein darf. Unklar bleibt, was mit „derselben Stelle“ gemeint ist. Die Gründe für eine Befristung können jedenfalls – auch dem Gesetzentwurf zufolge – vielfältig sein. Zudem können auch vorangegangene Befristungen arbeitnehmerseitig beendet werden, so dass der Bedarf des Arbeitgebers an einer Arbeitskraft für einen begrenzten Zeitraum ins Leere liefe. Daher wäre eine solche Beschränkung für künftige Arbeitsverhältnisse praxisfremd und letztlich nicht zu Ende gedacht. Arbeitssuchenden würde ebenfalls eine Möglichkeit genommen, in Beschäftigung zu gelangen.
- Unklar ist die doppelt erwähnte Eigenart der Arbeitsleistung in § 14 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TzBfG-E. Gleichmaßen unklar ist die mit einem Schwellenwert von zehn Beschäftigten verbundenen Regelung, wonach die Zulässigkeit der Befristung an verschiedene weitere Voraussetzungen geknüpft wird. Es fragt sich, ob der Schwellenwert aufgrund der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe („außergewöhnliche wirtschaftliche Härte“, „unzumutbar“, „unabdingbar“) in der Praxis überhaupt zum Tragen kommen kann. Rechtsunsicherheit ist zu häufig mit unkalkulierbaren Kosten verbunden. Unverständlich ist auch der Hinweis auf den Fall, dass eine Sozialauswahl bei einer späteren betriebsbedingten Kündigung nicht vorgenommen werden könnte. Eine Sozialauswahl ist nach § 23 KSchG in Betrieben mit weniger als zehn Beschäftigten idR ohnehin nicht durchzuführen.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Arbeits- und Tarifrecht

T +49 30 2033-1203

arbeitsrecht@arbeitgeber.de

Die BDA organisiert als Spitzenverband die sozial- und wirtschaftspolitischen Interessen der gesamten deutschen Wirtschaft. Wir bündeln die Interessen von einer Million Betrieben mit rund 20 Millionen Beschäftigten. Diese Betriebe sind der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden verbunden.

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 kurzfristig 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 *Güntgen* 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.

Helmut-Schmidt-Universität
Universität der Bundeswehr
Hamburg

Besucheranschrift:
Holstenhofweg 85
22043 Hamburg

Postanschrift:
Postfach 700822
22008 Hamburg

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

Schriftliche Stellungnahme

Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)

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 des Deutschen Gewerkschaftsbundes zu den Anträgen der Fraktionen:

BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 19/20585: Arbeitszeit – Urteil des Europäischen Gerichtshofs umsetzen, mehr Zeitsouveränität ermöglichen

DIE LINKE, BT-Drs. 19/17134: Damit jede Arbeitsstunde zählt – Arbeitszeitgesetz ergänzen

AfD, BT-Drs. 19/1841: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes

09.09.2020

Arbeitszeiterfassung ist Pflicht, mehr Zeitsouveränität erforderlich

1. Allgemeine Bemerkungen:

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften unterstützen Forderungen der Bundestagsfraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE, das Arbeitszeitrecht den Vorgaben der EuGH-Entscheidung vom 14. Mai 2019 (C-55/19) anzupassen und eine generelle gesetzliche Pflicht der Arbeitgeber, die gesamte Arbeitszeit zu erfassen, einzuführen. Der von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN ansonsten adressierte Regelungsbedarf für mehr Zeitsouveränität wird im Grundsatz geteilt, wenn auch im Einzelnen der vorgeschlagene Lösungsweg noch diskutiert werden sollte.

Der Antrag der AfD zur Reform des Befristungsrechts benennt existierende Probleme. Deren gewählter Lösungsweg geht aber an diesen vollkommen vorbei.

Deutscher Gewerkschaftsbund
DGB Bundesvorstand

Abteilung Recht

rec@dgb.de

Telefon: 030-24060-273
Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de/recht

2. Zu den Anträgen im Einzelnen

a. Zum Antrag der Fraktion DIE LINKE sowie zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Ziff. 1) – Umsetzung des EuGH Urteils

In ihren Anträgen fordern die Fraktion DIE LINKE sowie BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Bundesregierung auf, zur Umsetzung der EuGH-Entscheidung vom 14. Mai 2019 einen Gesetzesentwurf vorzulegen, der die Arbeitgeber dazu verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit zu dokumentieren. Die Fraktion DIE LINKE fordert zudem konkret die Aufzeichnung jeweils am Tag der Arbeitsleistung sowie die Aufzeichnung der Dauer der gewährten Ruhepausen.

Beide Anträge sind zu begrüßen. Aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften finden die Vorgaben aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs schon jetzt unmittelbar Anwendung. Eine Anpassung der gesetzlichen Arbeitszeiterfassungsregeln an diese Rechtslage ist aus Gründen der Transparenz geboten.

Vorgaben des EuGH-Urteils:

Der EuGH formuliert in seiner Entscheidung vom 14. Mai 2019 (C-55/19) einen klaren Handlungsauftrag an die Mitgliedstaaten: Das Grundrecht eines jeden Arbeitnehmers – als schwächere Partei des Arbeitsvertrages (Rn. 44-45 und 55 des Urteils) – aus Art. 31 Abs. 2 GRCh auf Begrenzung der Arbeitszeit und auf Ruhezeiten ist nach Auffassung des EuGH durch ein verlässliches, objektives und

zugängliches System zu sichern, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann (Rn. 46 und Rn. 49 des Urteils). Dies sei unverzichtbar für die Beurteilung, ob die wöchentliche Höchstarbeitszeit einschließlich geleisteter Überstunden sowie die täglichen oder wöchentlichen Mindestruhezeiten eingehalten wurden (Rn. 49). Eine nationale Regelung, die keine Verpflichtung zur objektiven und verlässlichen Erfassung der Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden enthält, ist nach Auffassung des EuGH nicht geeignet, die praktische Wirksamkeit der von der Charta und insbesondere der EU-Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG verliehenen Rechte sicherzustellen (Rn. 50).

Die Verpflichtung zur Zeiterfassung richtet sich nach der EuGH-Entscheidung gegenüber allen Arbeitgebern und betrifft sämtliche Arbeitsverhältnisse. Aspekte wie Unternehmensgröße oder Besonderheiten der Branche sind bei der Ausgestaltung der Modalitäten der Zeiterfassung (das „Wie“) zu berücksichtigen (Rn. 63), nicht aber bei der Frage des „Ob“ einer Zeiterfassung. Die Entscheidung sieht keine generelle Ausnahme für bestimmte Beschäftigtenkategorien vor.

Handlungsauftrag an alle Träger öffentlicher Gewalt – Rolle der Gerichte

Der EuGH adressiert den Handlungsauftrag an alle Träger öffentlicher Gewalt, damit neben dem Gesetzgeber auch an die Gerichte und die Verwaltungen (Rn. 68 des Urteils). Die Pflicht aller Träger öffentlicher Gewalt zur Umsetzung des Unionsrechts folgt aus Art. 4 Abs. 3 EUV (EuGH v. 15.5.1986, Rs. 222/84). Die Gerichte in Deutschland sind somit verpflichtet, den geltenden § 16 Abs. 2 ArbZG unionsrechtskonform auslegen oder über den Weg der horizontalen Wirkung des Grundrechts aus Art. 31 Abs. 2 den Arbeitnehmerschutz zu sichern.

Einzelne Gerichte haben bereits den vom EuGH formulierten Maßstab ihrer Rechtsprechung zugrunde gelegt. So hat das Arbeitsgericht Emden (v. 20.2.2020 – 2 Ca 94/19) entschieden, dass ein Arbeitgeber *„gegen die ihn gemäß Art. 31 Abs. 2 der EU-Grundrechtecharta treffende Verpflichtung zur Einrichtung eines „objektiven“, „verlässlichen“ und „zugänglichen“ Systems zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit (des Arbeitnehmers) verstoßen (habe)“*. Der Arbeitgeber habe für den Arbeitnehmer *„kein entsprechendes System eingerichtet und daher auch keine objektiven und verlässlichen Daten vorlegen können, anhand derer sich die Arbeitszeiten des Klägers nachvollziehen lassen würden“*. Auch das LAG Berlin-Brandenburg hat kürzlich (v. 04.06.2020, 10 Sa 2130/19) bestätigt, dass die Vorgaben des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 als genereller Maßstab zur Bestimmung der Rechtmäßigkeit der Zeiterfassung gelten (Rn. 57 und 59 des Urteils).

Gesetzlicher Anpassungsbedarf aus Transparenzgründen

Diese Beispiele bestätigen, dass die EuGH-Entscheidung unabhängig von der gesetzlichen Umsetzung eine verbindliche Wirkung in Deutschland entfaltet. Auch wenn die Gerichte den geltenden § 16 Abs. 2 ArbZG unionsrechtskonform auslegen oder die unmittelbare Grundrechtswirkung von Art. 31 Absatz 2 EU-Grundrechtecharta bestätigen, ist die Transparenz der Rechtslage durch eine Gesetzesanpassung herzustellen. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH erfordern die Grundätze der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes eine eindeutige Formulierung des nationalen Rechts, die den betroffenen Personen die klare und genaue Kenntnis ihrer Rechte und Pflichten ermöglicht und die Gerichte in die Lage versetzt, ihre Einhaltung sicherzustellen (EuGH v. 28.10.1999, C-187/98, Rn. 54). Der heutige Wortlaut des § 16 Abs. 2 ArbZG ist hier nicht hinreichend klar. Spätestens bei der Frage der Sanktionierung von Verstöße gegen diese Erfassungspflicht kommen die Gerichte an ihre Auslegungsgrenzen. Eine Bußgeldregelung (hier einschlägig: § 22 Abs. 1 Nr. 9 Ar-



bZG) kann dann zur Anwendung kommen, wenn sich die Verpflichtung, deren Verletzung sanktioniert wird, eindeutig aus der Vorschrift entnehmen lässt. Das ist mit der aktuellen Formulierung des § 16 Abs. 2 ArbZG nicht gewährleistet.

Solange keine klare gesetzliche Regelung existiert, wird das Risiko der Rechtsdurchsetzung den Beschäftigten überlassen, die klagen müssen und nicht sicher sein können, wie ein Gericht am Ende entscheiden wird. Es kann ja ebenfalls zu divergierenden arbeitsgerichtlichen Entscheidungen kommen. Eine gesicherte Rechtsprechung liegt erst dann vor, wenn das Bundesarbeitsgericht entschieden hat. Der Weg dahin ist lang und für Beschäftigte teuer. Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ist für die effektive Rechtsdurchsetzung unerlässlich.

Bestehendes Regelungsdefizit in Deutschland

Eindeutige gesetzliche Vorgaben zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit gibt es bislang in Deutschland für einzelne Bereiche. § 17 MiLoG iVm § 8 SGB IV (Minijobber) und § 2a SchwarzArbG regeln die wöchentliche Zeitdokumentation zur Sicherung der Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohnes für Minijobber und Beschäftigte in den von Schwarzarbeit besonders betroffenen Branchen. Weitere branchenspezifische Zeiterfassungspflichten gelten gem. § 21a Abs. 7 ArbZG für den Straßentransport oder gem. § 6 GSA-Fleisch in der Fleischbranche. Den vom EuGH formulierten Anforderungen an eine allgemeine Zeiterfassung für alle Beschäftigten erfüllen diese bereichsspezifischen Regelungen nicht.

Für die letztgenannte Branche befindet sich aktuell in der Beratung der Vorschlag des Arbeitsschutzkontrollgesetzes, welcher im Übrigen die Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung (Ergänzung um die elektronische Zeiterfassung) verschärft, aber – unionsrechtlich bedenklich – das Handwerk von der täglichen Zeiterfassung ausnimmt. Dem Entwurf fehlt bislang die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer den Beleg der Arbeitszeiterfassung herauszugeben.

Qualitative Anforderungen an die Umsetzungsregelung

Die Anpassung der Gesetzeslage an die Vorgaben der EuGH-Entscheidung erfordert nicht nur eine Regelung einer Verpflichtung zur Erfassung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeiten sondern auch die Berücksichtigung der vom EuGH aufgestellten qualitativen und quantitativen Anforderungen an die *objektive, verlässliche und zugängliche* Zeiterfassung. *Objektiv* ist eine Zeiterfassung dann, wenn ihr nachweislich die tatsächlich erbrachte Arbeit zugrunde liegt. Die Beteiligung der Beschäftigten an der Zeiterfassung steht der Objektivität prinzipiell nicht entgegen, für die Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeitgrenzen und die Richtigkeit der Erfassung trägt aber der Arbeitgeber weiterhin die Verantwortung. Eine *verlässliche* Zeiterfassung ist am besten unverzüglich möglich und auch nötig. Sie muss alle Arbeitszeiten im arbeitszeitrechtlichen Sinne erfassen und damit auch jegliche Bereitschaftszeiten und Zeiten von Arbeitsbereitschaft. *Zugänglich* muss die Zeiterfassung zum einen für beide Seiten des Arbeitsverhältnisses, zum anderen aber auch für diejenigen sein, die zur Überwachung und Kontrolle der Erfassung befugt sind: die Aufsichtsbehörden und die Interessenvertretungen in den Betrieben und Dienststellen.

Modalitäten der Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung

Bei der Auswahl der Maßnahmen zur Umsetzung der Verpflichtung aus der EU-Arbeitszeitrichtlinie und Art. 31 Abs. 2 GRCh gewährt der EuGH den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum (Rn. 42 und 63), soweit der Grundrechtsschutz gewahrt bleibt. Sie müssen daher den Anforderungen eines verlässlichen, objektiven und zugänglichen Systems der Erfassung der täglichen und wöchentlichen



Arbeitszeit eines/einer jeden Beschäftigten entsprechen. In diesem Rahmen können die Mitgliedstaaten über die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems, insbesondere über dessen Form, unter Berücksichtigung von Branchenbesonderheiten und Unternehmensgrößen, entscheiden (Rn. 63).

In Deutschland ist die Vereinbarung und Implementierung von Systemen zur Arbeitszeiterfassung ein übliches Betätigungsfeld der Kollektivvertragsparteien, etwa der Gewerkschaften, aber insbesondere der Betriebs- und Personalräte, soweit gesetzliche oder tarifliche Regelungen deren Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG bzw. § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG aufgrund inhaltlich abschließender Regelung dieser Arbeitszeitfragen nicht einschränken (§ 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG). In diesem Rahmen lassen sich die Besonderheiten verschiedener Branchen und Unternehmensgrößen am besten berücksichtigen – entsprechende Ausgestaltungsspielräume sind daher notwendig. Damit Betriebs- und Personalräte nicht nur an der Ausgestaltung der Zeiterfassungssysteme beteiligt werden, sondern ebenso an deren Einführung, ist ein diesbezügliches Initiativrecht für § 87 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 7 BetrVG gesetzlich klarzustellen, wie ein solches etwa auch bei der Einführung von Überstunden oder Kurzarbeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG besteht.

Abschließende Bewertung

Die Forderung beider Anträge, eine gesetzliche Regelung mit Verpflichtung aller Arbeitgeber zur Erfassung von Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeiten zu schaffen, wird vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften unterstützt. Eine korrekte Umsetzung der EuGH-Entscheidung setzt neben einer generellen Zeiterfassungspflicht für aller Arbeitgeber auch die Umsetzung der Vorgaben der Objektivität, Verlässlichkeit und Zugänglichkeit voraus. Die Regelung konkreter Instrumenten der Zeiterfassung ist dabei den Kollektivvertragsparteien zu überlassen.

b. Zu den sonstigen Anträgen der Fraktion BÜNDNI S90/DIE GRÜNEN (Ziff. 2 und 3)

Zu Ziff. 2: COVID-19-Arbeitszeitverordnung

Der Antrag unter der Ziffer 2 richtet sich gegen eine – inzwischen außer Kraft getretene – COVID-19-Arbeitszeitverordnung und ist insofern gegenstandslos. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften haben die Einführung der COVID-19-Arbeitszeitverordnung abgelehnt. Sie ermöglichte eine Einführung von Arbeitszeitregelungen in sog. „systemrelevanten Branchen“ mit bis zu zwölf Stunden Arbeitszeit am Tag, 60 Stunden/Woche und darüber hinaus, auf bis zu neun Stunden verkürzte Ruhezeiten und Sonntagsarbeit. Es war daher ausdrücklich zu begrüßen, dass die Geltung dieser Verordnung nicht verlängert wurde.

Die COVID-19-Arbeitszeitverordnung macht deutlich, welchen Lockerungen, die im Arbeitszeitgesetz neue eingeführte – und weiterhin geltende – Ermächtigungsgrundlage für „außergewöhnliche Notfälle mit bundesweiten Auswirkungen, insbesondere in epidemischen Lagen von nationaler Tragweite“ (§ 14 Abs. 4 ArbZG) dienen kann. Es ist zu befürchten, dass bei einer womöglich erneut drohenden Verschärfung der epidemiologischen Lage, diese Ermächtigungsgrundlage erneut von den Arbeitgebern genutzt wird, um die Arbeitsverordnung erneut zur Anwendung zu bringen und eine Lockerung des Arbeitszeitgesetzes als Krisenbewältigungsmittel zu begründen.



Überlange Arbeitszeiten und unzureichende Ruhezeiten sind aber kein Krisenbewältigungsmittel. Im Gegenteil, sie können die Krise verschärfen, da überlange Arbeitszeiten generell die Gesundheit der Beschäftigten gefährden (BAuA Arbeitszeitbefragung 2017 und 2019, AOK Fehlzeitenreport 2019). In einer Zeit, in welcher der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung die oberste Priorität haben muss, ist ausgerechnet eine neue Möglichkeit der Lockerung von Arbeitszeiten ein Hohn auf die Gesundheit derjenigen, die ohnehin oft an der Grenze der Belastbarkeit ihre Arbeit im Dienste der Gesellschaft leisten. Diese Ermächtigungsgrundlage halten wir für überflüssig, sie gehört abgeschafft.

Zu Ziff.3: mehr Zeitsouveränität für die Beschäftigten

Der Antrag schlägt mehrere Lösungen vor, um mehr Flexibilität im Sinne der individuellen Interessen der Beschäftigten zu erreichen. Die Zielsetzung ist wichtig und richtig, gerade nach der Erfahrung der letzten Monate, in denen Beschäftigte weitreichende Flexibilität bewiesen haben, um die Funktionsfähigkeit ihrer Betriebe und Dienststellen aufrechtzuerhalten.

DGB-Gewerkschaften sind Vorreiter in Sachen moderne Arbeitszeitpolitik (Regelungsbeispiele unter: „Arbeitszeit – was bietet der tarifvertragliche Instrumentenkoffer“ HBS/WSI 2016), wie es zahlreiche Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen nachdrücklich belegen. In der Metall- und Elektroindustrie ist mit dem Tarifabschluss 2018 eine verkürzte Vollzeit und zusätzliche acht Freistellungstage für Kinder und Pflege als Option anstelle der Auszahlung eines tariflichen Zusatzgelds eingeführt worden (T-ZUG). Der Tarifvertrag zwischen ver.di und der Deutschen Post AG ermöglicht die Umwandlung der Entgelterhöhung in Entlastungszeit; der Tarifvertrag zwischen ver.di und der Deutschen Telekom AG sieht die Verkürzung der wöchentlichen Arbeitszeit in Form von zusätzlichen freien Tagen vor, bei der Fiducia GAD IT AG gilt auf Grundlage eines Tarifvertrages mit ver.di seit 2019 ein Wahlarbeitszeitmodell für eine flexible Vollzeit zwischen 35 – 40 Stunden die Woche. Auch das Wahlmodell im Tarifvertrag der EVG mit der DB AG ermöglicht den Beschäftigten die Wahl zwischen mehr Geld, mehr Urlaub oder einer Arbeitszeitverkürzung. Zahlreiche Betriebsvereinbarungen zu den Rahmenbedingungen für „mobiles Arbeiten“ regeln Instrumente zur Ausgestaltung der Arbeitszeiten inklusive Zeiterfassung.

Gesetzliche Mindeststandards sollten dennoch für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausgebaut werden, damit auch Beschäftigte in nicht organisierten und nicht mitbestimmten Betrieben von Gestaltungsrechten für mehr Selbstbestimmung sowie der Schutzstandards bezogen auf die Arbeitszeitdokumentation, Arbeits- und Gesundheitsschutz etc. profitieren können.

zu lit a) Flexible Vollzeit zwischen 30 und 40 Stunden und Stärkung des Aufstockungsrechts

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften sehen keine Notwendigkeit für eine gesetzliche Regelung flexibler Vollzeit im Sinne eines allgemeinen Arbeitszeitkorridors zwischen 30 und 40 Stunden die Woche. Die Regelung von Arbeitszeitkorridoren und Wahlarbeitszeiten liegt nicht in der Zuständigkeit des Gesetzgebers sondern der Tarifvertrags- und Betriebsparteien (s. die oben genannten Beispiele tarifvertraglicher Regelungen). Regelungen zur Arbeitszeitdauer bilden neben dem Arbeitsentgelt das wesentliche Betätigungsfeld von Gewerkschaften bei der Ausübung ihrer verfassungsrechtlich garantierten Tarifautonomie. Allein individualrechtlich ausgestaltete Ansätze sind ohne entsprechende Durchsetzungsinstrumente wie z. B. Tarifverträge aufgrund des Verhand-



lungsübergewichts auf Arbeitgeberseite in der Praxis häufig ebenso wenig umsetzbar wie generalisierende gesetzliche Regelungen zur Wochenarbeitszeit, die – anders als Tarifverträge – weder branchenspezifischen Besonderheiten noch betriebsspezifischen Bedarfen Rechnung tragen können.

Der Antrag zielt zudem darauf ab, den bestehenden Anspruch der Beschäftigten auf Verlängerung der Arbeitszeit zu stärken. Unklar bleibt jedoch, welche rechtliche Änderung hier konkret angedacht ist. Nach dem geltenden Recht sind Teilzeitbeschäftigte mit Aufstockungswunsch bevorzugt zu berücksichtigen. § 9 TzBfG begründet – wenn seine Voraussetzungen vorliegen – nach ständiger Rechtsprechung des BAG einen einklagbaren Rechtsanspruch der Teilzeitbeschäftigten auf Verlängerung der Arbeitszeit durch Vertragsänderung¹. Für dessen bessere Verwirklichung wurde mit der Reform zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts zum 1.1.2019 die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Gründen gegen eine Aufstockung auf den Arbeitgeber verlagert. Dieser muss das Fehlen eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes, das Nichtvorliegen mindestens gleicher Eignung des bzw. der Aufstockungswilligen im Vergleich zu dem vom Arbeitgeber bevorzugten Bewerber, das Vorliegen von Arbeitszeitwünschen anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie das Entgegenstehen betrieblicher Gründe darlegen und beweisen. Die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer muss lediglich ihren/seinen Aufstockungswunsch in Textform (E-Mail reicht also aus) anzeigen.

Das Gesetz knüpft jedoch an das Vorliegen eines freien zu besetzenden Arbeitsplatzes an. Es muss daher eine Stelle vorhanden sein, die der Arbeitgeber neu geschaffen oder neu zu besetzen hat. Der bzw. die Aufstockungswillige kann also nicht fordern, dass eine Stelle entsprechend dem eigenen Aufstockungsbegehren geschaffen wird, ebenso wenig, wie bei einer Neubesetzung einer Stelle einen konkreten Stellenzuschnitt verlangen kann.

An dieser Schwachstelle sollen eventuelle Reformüberlegungen ansetzen: Zur Verbesserung der Durchsetzung der Aufstockungswünsche ist der Anspruch nach § 9 TzBfG dahingehend auszubauen, dass die Erhöhung der Arbeitszeit auch über die Neuverteilung freier Arbeitszeitvolumina realisiert werden kann. Die Arbeitgeber sollen verpflichtet werden, nicht nur freie Arbeitsplätze, sondern auch freie Arbeitszeitvolumina zunächst dem Stellenanteil eines oder mehrerer Teilzeitbeschäftigter zuzuschlagen, die eine Erhöhung ihrer Arbeitszeit wünschen. Gerade die Berücksichtigung von freien Arbeitszeitvolumina ist ein entscheidender Punkt, der maßgeblich zu einer Verbesserung der rechtlichen Durchsetzung des Aufstockungsanspruchs führt.

zu lit b) Mitgestaltung der zeitlichen Lage der Arbeitszeit

Die Möglichkeit einer realen Einflussnahme auf die Lage und die Verteilung der eigenen Arbeitszeit ist für viele Beschäftigte von zentraler Bedeutung, um die Vereinbarkeit vom Privatleben und Beruf – ohne Einkommenseinbuße – herzustellen. Die Interessenlage der Beschäftigten, die eine Anpassung ihrer Arbeitszeit durch deren anderweitige Verteilung wünschen, ähnelt oft der Interessenlage derjenigen, die ihre Arbeitszeit verkürzen wollen. Während die Letztgenannten nach dem geltenden § 8 TzBfG (Teilzeit) und dem 2019 neu eingeführten § 9a TzBfG (sog. „Brückenteilzeit“) ein Rechtsanspruch auf Festlegung der erwünschten Verteilung bzw. der Lage der Arbeitszeit haben, fehlt es nach wie vor an einem vergleichbaren Rechtsanspruch für diejenigen, die lediglich eine anderweitige Verteilung ihrer Arbeitszeit wünschen. Der DGB hat bereits im Zusammenhang mit der letzten Reform zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts (Stellungnahme zu dem ersten Gesetzesentwurf im Januar 2017) die Notwendigkeit eines Anspruchs auf Bestimmung der Lage der Arbeitszeit in Anlehnung an den Anspruch auf befristete Teilzeit in § 8 TzBfG adressiert.

¹ BAG v. 17.10. 2017, 9 AZR 192/17, Rn. 26 mwN



Mit den zum 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Neuerungen des TzBfG haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer das Recht erhalten, bei gleichbleibender Arbeitszeit nur eine andere Verteilung der Arbeitszeit oder eine den eigenen Bedürfnissen entsprechende Anpassung des Beginns und des Endes der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit mit dem Arbeitgeber zu erörtern (§ 7 Abs. 2 TzBfG). Die Erörterungspflicht begründet allerdings keinen Rechtsanspruch der Beschäftigten auf die Gestaltung der Lage der eigenen Arbeitszeit. Ungeregelt bleibt, wie und ob überhaupt die Verstöße gegen die Erörterungspflicht zu ahnden sind und ob es möglich ist, die Beratung der Arbeitszeitwünsche gerichtlich durchzusetzen. Der DGB begrüßt vor diesem Hintergrund den Antrag der Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN, die bestehenden Möglichkeiten auszubauen, auch wenn dieser inhaltlich noch weiter konkretisiert werden müsste.

zu lit c) Rechtlicher Rahmen für Homeoffice und mobile Arbeit

Des Weiteren fordert der Antrag die Schaffung eines gesetzlichen Rahmens des mobilen Arbeitens und Arbeit im Homeoffice mit Rechtsanspruch auf Homeoffice unter Beibehaltung des festen (wohl: betrieblichen) Arbeitsplatzes und Zusicherung der Freiwilligkeit.

Die Corona-Pandemie und die damit verbundenen Kontaktbeschränkungen haben zu einer deutlichen Ausweitung von Arbeit im Homeoffice geführt. Zugleich gibt es Anzeichen, dass Unternehmen gezielt auf eine dauerhafte Arbeit im Home Office umstellen wollen, um Büroflächen zu reduzieren und Kosten einzusparen. Damit kann sich der Charakter von Homeoffice verändern: von einer Möglichkeit zur Arbeitszeit- und Arbeitsortssouveränität der Beschäftigten hin zu einer dauerhaften Verschiebung der Arbeit in die Privatsphäre, mit dem daraus folgenden Druck auf Beschäftigte zur unfreiwilligen Arbeit von Zuhause auch jenseits von eigenen Wünschen oder akuten Notlagen. Eine Umwandlung von selbstbestimmter, vorübergehender mobiler Arbeit hin zu einer längerfristigen, unfreiwilligen Arbeit im Privatbereich der Beschäftigten muss ausgeschlossen werden.

DGB-Mitgliedsgewerkschaften sowie Betriebs- und Personalräte setzten seit Jahren Tarifverträge und Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen zum selbstbestimmten mobilen Arbeiten durch (Tarifvertrag zum mobilen Arbeiten der IG Metall, Tarifvertrag „Mobile Arbeit“ zwischen ver.di und der Deutschen Telekom AG, BV „mobile Arbeit“ der Stadtwerke Duisburg u.v.a.m.) und haben auch in der Krise mit Vereinbarungen zum mobilen Arbeiten reagiert. Nach Ansicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften sollen Beschäftigte ein Recht auf selbstbestimmtes mobiles Arbeiten erhalten, das durch Tarifverträge und Mitbestimmung in Betrieben und Verwaltungen (mittels Betriebs- oder Dienstvereinbarungen) auszugestaltet ist. Es geht dabei um ein Nebeneinander der Arbeit am betrieblichen Arbeitsplatz und der flexiblen Nutzung der Möglichkeiten des mobilen Arbeitens inklusive Homeoffice. Der Erhalt des betrieblichen Arbeitsplatzes ist notwendig für die Anbindung an die betrieblichen Strukturen, den persönlichen Austausch mit Kolleginnen und Kollegen sowie für den Kontakt mit der Interessenvertretung. Die Arbeit im Homeoffice muss stets freiwillig bleiben, eine einseitiges Weisungsrecht lehnen wir ab.

Für gute mobile Arbeit inklusive Homeoffice muss sichergestellt werden, dass die geltenden Grenzen des Arbeitszeitrechts inklusive der vollumfänglichen Erfassung der erbrachten Arbeit sowie die Vorgaben des Arbeits- und Gesundheitsschutzes unter Mitwirkung der Beschäftigten eingehalten werden. Es muss gewährleistet werden, dass bei der Arbeit im Homeoffice der Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung vollumfänglich greift. Notwendig ist die Erweiterung der Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen bei der Steuerung durch Zielvorgaben, um der Arbeitsverdichtung entgegen-



zuwirken sowie bei der Konzeption und Nutzung digitaler Arbeitsmittel. Zudem braucht es ein umfassendes generelles Initiativ- und Mitbestimmungsrecht bei der Verarbeitung und Nutzung personenbezogener und personenbeziehbarer Beschäftigtendaten und schließlich eines wirkungsvollen Beschäftigtendatenschutzes durch ein eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetz. Gewerkschaften brauchen schließlich digitale Zugangsrechte, um in autonomer inhaltlicher Verantwortung gewerkschaftliche Informationen im Intranet hinterlegen zu können.

zu lit d) Möglichkeit der Betriebs- und Personalräte, Vereinbarkeitsfragen und für mehr Zeitsouveränität zu verhandeln

Die Formulierung des Antrags unter lit. d) ist unklar. Die grundsätzliche Möglichkeit, zu Vereinbarkeitsfragen und für mehr Zeitsouveränität Kollektivvereinbarungen zu verhandeln, haben Betriebs- und Personalräte jetzt schon. Zielführend ist aber die Stärkung der Mitbestimmungsrechte von Betriebs- und Personalräten durch gesetzliche Verankerung eines umfassenden Mitbestimmungsrechts in allen Fragen der Arbeitsorganisation, das sich auch auf Arbeitsinhalte und Personalbemessung bezieht (§§ 90, 91, 92 BetrVG).

Gerade die Verdichtung von Arbeit, d. h. die Erhöhung der Arbeitsmenge bei gleich bleibender Arbeitszeit, ist Ursache von Erkrankungen und wachsender Unzufriedenheit der Beschäftigten (AOK-Fehlzeitenreport 2016 und IG-Metall Beschäftigtenbefragung 2017). 36 % der Beschäftigten in Deutschland halten die für sie im Arbeitsverhältnis gesetzten Zielvorgaben für unerreichbar (Bertelsmann Stiftung/Barmer GEK 2015). Insbesondere werden ständig steigende Leistungsziele („Zielspirale“) von 42 % der Beschäftigten als Problem gesehen. So werden die unternehmerischen Risiken auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verlagert. Ergebnisorientierte Arbeit über Zielvereinbarungen führt vermehrt zu überlangen Arbeitszeiten, überdurchschnittlichem Zeitdruck und einem hohen Arbeitsvolumen. Lange und überlange Arbeitszeiten, Schichtarbeit und atypische Arbeitszeiten oder arbeitsbezogene Erreichbarkeit außerhalb der vereinbarten Arbeitszeit erhöhen das Risiko gesundheitlicher, insbesondere psychischer Belastungen und Fehlbeanspruchungen (BAuA 2016).

Angesichts der gesundheitlichen Risiken ist eine stärkere Einbindung der Betriebs- und Personalräte wichtig. Gleiches gilt auch für die bessere Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben, etwa durch Unterstützung bei der Durchsetzung der gewünschten Lage der Arbeitszeit. Hier ist, wie unter b) ausgeführt, die geltende Rechtslage unbefriedigend. Der generelle Ausbau der Mitbestimmungsrechte der Interessenvertretung in Betrieben und Dienststellen hin zu Initiativrechten ist auch für die Einführung von mobiler Arbeit inklusive Homeoffice und die Einrichtung eines Zeiterfassungssystems erforderlich.

3. Zum Gesetzesentwurf der Fraktion der AfD

Der Gesetzesentwurf der Fraktion der AfD adressiert eine Neuregelung des Befristungsrechts und benennt als Ziel die Förderung unbefristeter Beschäftigung als Normalarbeitsverhältnis, die Einführung einer generellen Regelung für eine befristete Anstellung für maximal 24 Monate mit der Möglichkeit der Überschreitung dieses Zeitrahmens in bestimmten Fällen sowie eine Reduzierung der Kettenbefristungen

Dem vorliegenden Entwurf ist nicht zu entnehmen, wie diese Ziele erreicht werden sollen. Stattdessen werden für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Verschlechterungen vorgeschlagen. Dabei wird die bisherige Systematik des § 14 TzBfG auf dem Kopf gestellt: Der Abschluss von sachgrundlosen Befristungen, deren Abschaffung die DGB fordert, soll zum Regelfall werden. Anstelle des geltenden Anschlussverbots für sachgrundlose Befristungen (vgl. „je zuvor“, § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG in der



geltenden Fassung) soll eine erneute sachgrundlose Befristung nach einer dreijährigen Karenzzeit möglich sein (§ 14 Abs. 1 S. 2 des Vorschlags). Somit bleibt der Vorschlag unter den vom BVerfG gesetzten Anforderungen² und geht damit klar zum Nachteil der Beschäftigten. Anstelle des bisherigen Katalogs der Befristungsgründe werden neue vorgeschlagen, die den Beschäftigten weniger und nicht mehr Schutz bieten. Die Befristung aus Vertretungsgründen soll ohne zeitliche Obergrenze möglich sein, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Dauer der Vertretung nicht absehbar war. Unter Zugrundelegung des Sachgrunds „Eigenart der Arbeitsleistung“ sollen – entgegen dem bisherigen Verständnis – auch die Befristung von Arbeitsverträgen im Bereich der „Beratung und Politik“ zulässig sein. Ob für die in Abs. 2 genannten Befristungen mit Sachgrund die vorgeschlagene dreijährige Karenzregelung greifen soll, bleibt unklar. In Abs. 3 wird vorgeschlagen, Befristungen zeitlich unbegrenzt aus Gründen des saisonalen Bedarfs (Ziff. 1) oder für Kleinbetriebe (Ziff. 4) zu ermöglichen. Damit sollen ausgerechnet für die besonders prekäre und missbrauchsanfällige Beschäftigungskontexte neue ausufernde Befristungsmöglichkeiten geschaffen werden.

Vorschläge zur Reform des Befristungsrechts können nur dann ernsthaft diskutiert werden, wenn sie erkennbar zur Beschränkung von missbräuchlichen und missbrauchsanfälligen Befristungskonstellationen führen. Das ist bei dem vorliegenden Entwurf nicht der Fall. Aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften sollte eine künftige Reform des Befristungsrechts folgende Änderungen zum Ziel haben: die Abschaffung der sachgrundlosen Befristung, die Neuregelung der Sachgrundbefristungen mit dem Ziel, Missbrauch durch Kettenbefristungen durch deren zeitliche Begrenzung zu unterbinden, insbesondere bei Befristungen zur Vertretung und aufgrund eines angeblich vorübergehenden Bedarfs. Zu streichen sind zudem Sachgründe der „Haushaltsmittelbefristung“ und des Sachgrundes „zur Erprobung“.

² Vgl. BVerfG v. 6. 06. 2018 (1 BvL 7/14, 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14)

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).