



75 Jahre
Demokratie
lebendig



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Arbeit und Soziales

20. Wahlperiode

4. Oktober 2023

Ausschussdrucksache **20(11)395**

Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Gregor Thüsing, Bonn

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 9. Oktober 2023 zum

a) Antrag der Fraktion der CDU/CSU

Arbeitszeiterfassung bürokratiearm ausgestalten – Mehr flexibles Arbeiten ermöglichen
20/6909

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

Beschäftigtenrechte stärken – Arbeitszeit europarechtskonform dokumentieren
20/1852

Siehe Anlage

**Stellungnahme zum Antrag der Fraktion der CDU/CSU
Arbeitszeiterfassung bürokratiearm ausgestalten – Mehr flexibles
Arbeiten ermöglichen (BT-Drucks. 20/6909)**

Prof. Dr. Gregor Thüsing, Bonn

Die Forderung an die Bundesregierung, einen Gesetzentwurf zur Reform der Arbeitszeiterfassung dem Deutschen Bundestag vorzulegen, ist nur zu begrüßen. Denn auch, wenn bereits ein Referentenentwurf des Bundesarbeitsministeriums vorliegt und über diesen bereits kontrovers diskutiert wurde, erreichte dieser den Deutschen Bundestag bislang nicht.

1. Umsetzung der gerichtlichen Vorgaben des EuGH und des BAG sowie der Ausschöpfung der Möglichkeiten zur Flexibilisierung der Arbeitszeiterfassung

Eine Umsetzung der Vorgaben des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (C-55/18) ist unumgänglich geworden. Dabei ist die Kür jedoch nicht nur die Umsetzung der Vorgaben, sondern vielmehr die überlassenen unionsrechtlichen Gestaltungsspielräume zu ermitteln und auszuschöpfen, um flexible Arbeitszeiterfassungssysteme in die moderne Arbeitswelt integrieren zu können. Das BAG ist nicht umzusetzen – über das kann sich der Gesetzgeber hinwegsetzen, wenn er denn will. Dabei ist er auch nicht an die Interpretation des EuGH durch das BAG gebunden – eine authentische Interpretation ist ihm qua Amt nicht möglich, und so steht sein Verständnis neben der Auslegung, die schon andere unternommen haben. Juristisch ist sie von keinem größeren Gewicht.

2. Vertrauensarbeitszeit ohne Arbeitszeiterfassungspflicht

Die Befreiung von der Aufzeichnungspflicht für freiwillige Vertrauensarbeitszeitmodelle ist begrüßenswert, um diese Modelle vor ihrer Abschaffung zu schützen. Denn eine umfassende Aufzeichnungspflicht steht im Widerspruch zu dem Konzept der Vertrauensarbeitszeit. Vertrauensarbeitszeit bedeutet nämlich, dass dem Arbeitnehmer ein konkreter Arbeitsauftrag mit festgelegtem Erledigungstermin gesetzt wird und dass der Arbeitgeber auf eine Kontrolle der Arbeitszeit - also auch deren Dauer - vollständig verzichtet.¹ Hierdurch entfällt nicht die Pflicht des Arbeitnehmers, eine bestimmte Arbeitszeit abzuleisten, sondern es wird lediglich

¹ *Compensis*, NJW 2007, 3089; *Schlottfeld/Hoff*, NZA 2001, 530, 532; zur Unschärfe des Arbeitszeitbegriffs im Arbeitsorganisationsmodell einer sog. "results only-Kultur" *Greiner*, EuZA 2023, 123, 144 f.

die Einhaltung dieser Verpflichtung nicht kontrolliert.² Die Lösung des Widerspruchs kann auch nicht – wie es § 16 Abs. 4 ArbZG-E noch vorsieht – dadurch erreicht werden, dass der Arbeitgeber zwar auf Kontrollen verzichtet und lediglich sicherstellt, dass ihm Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen des ArbZG bekannt werden, da der Arbeitnehmer weiterhin zur Aufzeichnung verpflichtet wird und somit eine mittelbare Kontrolle gegeben ist. Um den Widerspruch zu lösen und die Vertrauensarbeit weiterhin bestehen zu lassen, ist es vielmehr erforderlich den EuGH „beim Wort“ zu nehmen: Der EuGH legt lediglich fest, dass mitgliedstaatliche Regelungen den Arbeitgeber verpflichten müssen, „ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“³ „Kann“ heißt nicht „muss“. Diese Wortwahl findet sich 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.⁴ Mit anderen Worten bedeutet dies: Der Arbeitgeber ist lediglich dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer ein Erfassen seiner Arbeitszeit im eigenen Interesse zu ermöglichen, ohne die tatsächliche Umsetzung der Aufzeichnung kontrollieren und erzwingen zu müssen. Insbesondere in den Fällen, in denen die Arbeitszeiterfassung auf die Arbeitnehmer delegiert wird – was bei den Vertrauensarbeitszeitmodellen aus praktikablen Gründen der Fall sein wird – drängt sich angesichts der Formulierung des Tenors und Teilen der Entscheidungsgründe die Frage auf, ob nicht die Möglichkeit zur Erfassung ausreicht, um die Durchsetzbarkeit der von der Arbeitszeitrichtlinie gewährten Rechte zu sichern. Eine Aufzeichnung soll für die Vertrauensarbeitszeit damit nur auf freiwilliger Basis möglich bleiben und nicht erzwungen werden können.

3. Freies Arbeitgeberermessen bei der Auswahl und Anwendung des Erfassungssystems

Die Erstreckung des Arbeitgeberermessens auf Auswahl und betriebliche Anwendung der Erfassungssysteme ist empfehlenswert, damit die einzelfallabhängigen betrieblichen Besonderheiten berücksichtigt werden können. Insbesondere das Erfordernis einer elektronischen Erfassung wird weder vom EuGH noch vom BAG gefordert. Vielmehr weist der Generalanwalt *Pitruzella* in den Schlussanträgen der Rs. CCOO und darauf bezugnehmend auch das BAG auf die nicht zwingende elektronische, sondern auch in Papierform genügende

² BAG, Urt. v. 15.5.2013 - 10 AZR 325/12, NZA-RR 2014, 519, Rn. 26; BAG, Urt. v. 24.5.2012 - 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223, Rn. 34; Schaub/*Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 160, Rn. 34.

³ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683.

⁴ Siehe etwa EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 46, 51, 56.

Arbeitszeiterfassung ausdrücklich hin.⁵ Um dem Erfordernis der „objektiven“ Arbeitszeiterfassungssysteme gerecht zu werden, ist eine ausschließliche elektronische Erfassung mithin nicht erforderlich. Mangels unionsrechtlicher Vorgaben über die Form der Erfassung bleibt diese einer politischen Entscheidung somit vorbehalten – wenn diese sich für eine zwingend elektronische Aufzeichnung entscheidet, mag man das politisch begrüßen, aber eben nicht juristisch fordern.

4. Delegation auf den Arbeitnehmer

Auf die Delegationsmöglichkeit der Arbeitszeiterfassung auf die Arbeitnehmer, wurde vom BAG ausdrücklich hingewiesen⁶ und ist insbesondere dienlich, um die Arbeitszeiterfassung bei den verschiedenen Arbeitsmodellen – wie z.B. beim Außendienst oder beim Homeoffice – zu erleichtern.

Zu beachten ist jedoch das durch die Delegation entstehende Ordnungswidrigkeitsrisiko für Arbeitnehmer, welches im Folgenden dargestellt wird: Es entspricht bereits der geltenden Rechtslage, dass der Arbeitgeber durch die Delegation von öffentlich-rechtlichen Pflichten nicht völlig von der delegierten Pflicht frei wird, sondern sich die Pflicht lediglich in eine Kontroll- und Überwachungspflicht umwandelt.⁷ Dadurch, dass der Arbeitgeber nur die Erfüllung der Aufzeichnungspflicht und nicht die Pflicht selbst delegieren kann,⁸ bleibt er gem. § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG-E verantwortlich. Unterlässt der Arbeitnehmer nun die Aufzeichnung oder führt eine fehlerhafte Aufzeichnung durch, könnte er sich der Beteiligung an einer Ordnungswidrigkeit über § 14 Abs. 1 S. 2 OWiG verantworten. Nach § 14 Abs. 1 S. 2 OWiG ist eine Beteiligung an einer Ordnungswidrigkeit auch dann möglich, wenn besondere persönliche Merkmale (§ 9 Abs. 1 OWiG), welche die Möglichkeit der Ahndung begründen, nur bei einem Beteiligten vorliegen. Ein solches persönliches Merkmal ist die Arbeitgebereigenschaft,⁹ die der Arbeitnehmer ja definitionsgemäß nicht erfüllt, sodass

⁵ Generalanwalt beim EuGH (*Pitruzzella*), Schlussantrag v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 87; BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

⁶ BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

⁷ *Pelz*, in Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 20, Rn. 4; vgl. auch *Kock*, in: BeckOK ArbR, 69. Ed., Stand: 1.9.2023, § 16 ArbZG, Rn. 17.

⁸ *Schlottfeld/Hoff*, NZA 2001, 530, 532.

⁹ So ausdrücklich zu § 22 ArbZG Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 22 ArbZG, Rn. 15; s. allg. zur Arbeitgebereigenschaft als persönliches Merkmal *Valerius*, in: BeckOK OWiG, 39. Ed., Stand: 1.7.2023, § 9 OWiG, Rn. 8.

derjenige, der nicht selbst Arbeitgeber ist, gem. § 16 Abs. 2 ArbZG-E ordnungswidrig handeln kann – also auch der Arbeitnehmer?¹⁰

Dieses Ergebnis mutet abstrus an: Derjenige, den das Gesetz schützen will, begeht eine Ordnungswidrigkeit, weil er sich nicht schützt oder doch anders als durch eine von ihm vielleicht als sinnlos anmutende Aufzeichnung von Arbeitszeit. Das Arbeitszeitrecht wird gegen den gerichtet, der durch das Arbeitszeitrecht geschützt wird. – Dies kann nicht vom Gesetzgeber gewollt sein, sodass eine Klarstellung der Ablehnung eines Ordnungswidrigkeitsrisikos für Arbeitnehmer z.B. in der Gesetzesbegründung zu begrüßen – wenn nicht sogar notwendig ist.

5. Praxistaugliche Umsetzung und keine unnötigen bürokratischen Lasten oder Kosten

Ein gutes Gesetz zeichnet sich dadurch aus, dass es auch in der Praxis umgesetzt werden kann und auch wird. Dies wird jedoch nur dann gewährleistet, wenn die Interessen der Pflichtenträger, wie hier der Arbeitgeber, ausreichend berücksichtigt werden, wobei insbesondere die Schutzbedürftigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen im Hinblick auf die bürokratischen Lasten und Kosten zu berücksichtigen sind. Dies kann durch Ausnahmeregelungen oder finanzielle Unterstützungen erreicht werden.

6. Ausschöpfung des Gestaltungsspielraums der europäischen Arbeitszeitrichtlinie

Richtig ist, dass bei der Änderung des Arbeitszeitgesetzes nicht nur die Aufzeichnungspflicht in Blick genommen wird, sondern unter Ausschöpfung der Spielräume der europäischen Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG eine Gesamtbetrachtung des Arbeitszeitgesetzes vorzunehmen ist. Dies ist erforderlich, um flexible und moderne Arbeitszeitmodelle in der sich ändernden Arbeitswelt zu ermöglichen und mit dem Arbeitszeitgesetz zu vereinbaren. Im Hinblick auf die Möglichkeiten der Flexibilisierung nehme ich Bezug auf mein Gutachten für Gesamtmetall und darf es zur gefälligen Lektüre empfehlen¹¹:

Es verbleiben Umsetzungs- und Regelungsspielräume. Das zeigen nicht zuletzt die Regelungen anderer Mitgliedstaaten der EU wie etwa Schweden, Italien oder Österreich. Die Stechuhr hat bislang keine europaweite Renaissance erfahren und wird dies wohl auch künftig nicht tun. Insgesamt ist eine Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts geboten und auch möglich. Der Koalitionsvertrag erklärt sie zum politischen Ziel, und auch das BAG zeigt in seiner

¹⁰ Ausdrücklich gegen die Möglichkeit einer Beteiligung des von der Ordnungswidrigkeit betroffenen Arbeitnehmers selbst i. R. d. § 22 ArbZG *Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand Juni 2023, § 22 ArbZG, Rn. 2.

¹¹ Gutachten im Auftrag von Gesamtmetall, abrufbar unter <https://www.gesamtmetall.de/themen/arbeitszeit/>, letzter Abruf am: 30.9.2023.

Entscheidung Perspektiven auf, wie eine Flexibilisierung auch im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung erfolgen kann. Europarechtlich eröffnete Spielräume sollte der Gesetzgeber nutzen, bereits bestehende Ausnahmen sollte er präzisieren und hierdurch praxistauglich machen. Nur so kann eine Gestaltung des Arbeitszeitrechts gelingen, die den Gesundheitsschutz gewährleistet und zugleich die Interessen aller Betroffenen zu einem angemessenen Ausgleich bringt.