



75 Jahre
Demokratie
lebendig



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Arbeit und Soziales

20. Wahlperiode

6. Oktober 2023

Ausschussdrucksache **20(11)398**

Schriftliche Stellungnahme

Professorin Dr. Christiane Brors, Oldenburg

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

Prof. Dr. Christiane Brors, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Stellungnahme als Einzelsachverständige zu den Anträgen der Fraktion der CDU/CSU „Arbeitszeiterfassung bürokratiearm ausgestalten – Mehr flexibles Arbeiten ermöglichen“ BT-Drs. 20/6909 und der Fraktion Die Linke - Beschäftigtenrechte stärken – Arbeitszeit europarechtskonform dokumentieren BT-Drs. 20/1852

In dem **Antrag der CDU/CSU** wird vorgeschlagen, unverzüglich einen Gesetzentwurf zur Reform der Arbeitszeiterfassung vorzulegen,

1. der einerseits die Vorgaben des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (C-55/18) beachtet und die Vorgaben des BAG-Beschlusses vom 13. September 2022 (1 ABR 22/21) umsetzt und der andererseits gleichzeitig die Möglichkeiten zur Flexibilisierung der Arbeitszeiterfassung vollständig ausschöpft;
2. der freiwillige Vertrauensarbeitszeitmodelle im Rahmen des EU-Rechts ohne Pflicht zur Arbeitszeiterfassung weiterhin überall dort ermöglicht, wo es praktikabel ist;
3. der beinhaltet, dass den Arbeitgebern freies Ermessen bei der Auswahl der Arbeitszeiterfassungssysteme und deren betrieblicher Anwendung belassen wird und der die Arbeitszeiterfassung nicht in elektronischer Form vorschreibt, sondern auch alternative Formen der Arbeitszeiterfassung für alle Arbeitgeber ermöglicht;
4. der keine taggenaue Erfassung der Arbeitszeiten zwingend vorsieht;
5. der die Möglichkeit belässt, die Pflicht zur verlässlichen Aufzeichnung der Arbeitszeiten auf die betreffenden Arbeitnehmer zu delegieren;
6. der praxistauglich umsetzbar ist und dafür Sorge trägt, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern, insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen, sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern keine unnötigen bürokratischen Lasten oder Kosten auferlegt werden;
7. der insbesondere flexible und moderne Arbeitszeitmodelle ermöglicht, indem im Einklang mit der europäischen Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG), ausgenommen bei gefahrgeneigten Tätigkeiten, wöchentliche statt täglicher Höchstarbeitszeiten eingeführt werden und die Möglichkeiten der Flexibilisierung der Arbeitszeiten im Rahmen der Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG) zum Vorteil der Beschäftigten und der Betriebe vollständig ausgenutzt werden und nicht nur in wenigen begrenzten Fällen, wie im derzeit geltenden Arbeitszeitgesetz.

In dem **Antrag der Fraktion Die Linke** wird gefordert,

einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber dazu verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit sowie die Dauer der gewährten Ruhepausen jeweils am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen.

Beide Anträge werden in dieser Stellungnahme zusammen kommentiert.

Zu den einzelnen Punkten:

I. Pflicht zur Arbeitszeiterfassung (gekoppelt an eine Arbeitszeitflexibilisierung?)

1. Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Nach der Entscheidung des EuGH¹ und der Bestätigung durch das BAG² steht fest, dass Arbeitgeber die Verpflichtung zur Einrichtung „eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems“... haben, **„mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann,“** ..., **„um die praktische Wirksamkeit der RL 2003/88 zu gewährleisten und der Bedeutung des in Art. Fehler! Linkreferenz ungültig. Fehler! Linkreferenz ungültig. GRCh verankerten Grundrechts, ..., Rechnung zu tragen.“**³

Nach der zutreffenden Ansicht des BAG⁴ besteht diese Pflicht bereits jetzt schon als grundsätzliche Arbeitsschutzmaßnahme gem. § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG gegenüber allen Beschäftigten und hängt nicht davon ab, ob eine solche Erfassung vom Arbeitnehmer gewünscht wird. Damit wendet sich das BAG gegen eine Literaturansicht⁵, die schon eine Pflicht des Arbeitgebers als solche verneint und entgegen der überwiegenden Ansicht⁶ eine „kann“-Regelung annimmt.

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

² BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683, 687.

⁴ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616, 1620 Rn. 42d).

⁵ *Thüsing*, Gutachten (2023), S. 27; Höpfner, Rechtsgutachten (2023), S. 43 ff.

⁶ *Bayreuther*, Referat Arbeitszeit zwischen GRC und Vertrag (2022), S. 3; *Riegel*, RdA 2021, 152, 154; *Latzel*, EuZA 2019, 469; *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365; *Rieble/Vielmeyer*, (Gutachten 2019), S. 14; *Bayreuther*, NZA 2020, 1, 6; *Baech/Winzer*, NZA 2020, 96, 101; *Reinhard*, NZA 2019, 1313, 1314; *Krause*, NZA-Beilage 2019, 86, 93; *Heuschmid*, NJW 2019, 1853, *Ulber*, NZA 2019, 677, 687; *Brors*, NZA 2019, 1176, 1178.

Diese Auslegung, dass der Arbeitgeber keine Pflicht zur Zeiterfassung hat, sondern nur auf Wunsch des Beschäftigten diese Möglichkeit einräumen muss, ist nicht europarechtskonform.⁷ Sie widerspricht dem vom *EuGH* betonten Zweck der Arbeitszeiterfassung, den Gesundheitsschutz für alle Beschäftigten praktisch wirksam abzusichern.⁸

2. Erforderlichkeit einer Regelung

Zwar hat das BAG⁹ angenommen, dass die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung bereits jetzt aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG abgeleitet werden kann. Die Regelung bezieht sich aber nicht speziell auf die Arbeitszeiterfassung, sondern regelt die arbeitsschutzrechtlichen Grundpflichten des Arbeitgebers¹⁰. Es ist zum Beispiel unklar, wie das Arbeitszeitsystem ausgestaltet sein soll, so dass erhebliche Rechtsunsicherheiten für die Arbeitsvertragsparteien bestehen. Darüber hinaus ist von Teilen der Literatur¹¹ vertreten worden, dass die Rechtsprechung mit der Heranziehung des § 3 ArbSchG ihren Kompetenzrahmen überschritten hat und somit eine verfassungswidrige Rechtsfortbildung wie bei der verfassungswidrigen¹² Rechtsprechung des BAG zu § 14 Abs. 2 TzBfG vorliegt.

Daher ist eine spezielle Regelung der Arbeitszeiterfassung wie im Antrag verlangt, dringend erforderlich, um die vom Staat zu gewährleistende Rechtssicherheit herzustellen.

3. Koppelung an eine Arbeitszeitflexibilisierung

Anders als es im Antrag der CDU/CSU Fraktion impliziert wird, besteht keine Notwendigkeit, die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit einer möglichen Arbeitszeitflexibilisierung zu regeln.

⁷ *Bayreuther*, Referat Arbeitszeit zwischen GRC und Vertrag (2022), S. 3; *ders.*, NZA 2020, 1, 5 und die Nachweise unter Fußnote 6.

⁸ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683, 685 Rn. 44.

⁹ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616, 1620 Rn. 42d).

¹⁰ ErfK-Roloff, (23. Auflage, 2023), § 3 ArbSchG Rn.1

¹¹ *Höpfner*, Gutachten (2023), S. 15 und 103; für den Fall der fehlenden europäischen Verpflichtung *Thüsing*, Gutachten (2023), S. 4.

¹² BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 u. a., NZA 2018, 774 Rn. 76 ff.

Die Rechtslage ist klar. Die Arbeitgeber müssen mit einem objektiven, verlässlichen und zugänglichen System¹³ die Arbeitszeit erfassen. Deshalb sollte der Gesetzgeber in einem ersten Schritt klären, wie dieses System aussehen muss, damit der grundrechtlich garantierte Gesundheitsschutz durchgesetzt werden kann und die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt wird. Arbeitszeitflexibilisierung hat damit wenig zu tun. Es gibt keine Notwendigkeit der Verknüpfung. Im Gegenteil: Die Regelung der Arbeitszeiterfassung ist der erste Schritt um überhaupt eine Arbeitszeitflexibilisierung im Sinne des Gesundheitsschutzes zu ermöglichen.

4. Sinn einer Flexibilisierung der Arbeitszeit – Notwendigkeit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit?

Im Antrag der CDU/CSU Fraktion wird ein Abrücken von der täglichen Höchstarbeitszeit (so § 3 ArbZG acht Stunden Verlängerung auf 10 Stunden mit Ausgleichszeitraum) zu der europäisch vorgegebenen wöchentlichen Höchstarbeitszeit (Art. 6 der Richtlinie 2003/88 48 Stunden pro Siebestageszeitraum einschließlich Überstunden) gefordert.

Bei der Diskussion der Höchstarbeitszeit ist zu beachten, dass das bundesdeutsche System bereits jetzt mit der Möglichkeit der Verlängerung der täglichen Arbeitszeit auf zehn Stunden kombiniert mit vertraglichen oder tarifvertraglichen Arbeitszeitmodellen (§ 7 ArbZG) breite Möglichkeiten zur Arbeitszeitflexibilisierung bietet. Zwar erlaubt die europäische Regelung – isoliert betrachtet – eine längere Wochenarbeitszeit. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese Wochenarbeitszeit nur unter Beachtung der Ruhezeiten und Höchstarbeitszeiten der Art. 3 und 4 der Richtlinie 2003/88 geleistet werden darf. Daher ist die zusätzliche Flexibilisierungsmöglichkeit geringer als es auf den ersten Blick erscheint.

Ein weiteres Argument folgt aus dem Gesundheitsschutz selbst. Die in § 3 ArbZG geregelte Orientierung am 8 Stundentag beruht auf der schlichten Erkenntnis, dass Arbeiten über diesen Zeitraum hinaus zu Gesundheitsbeeinträchtigungen führen

¹³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683, 687.

kann.¹⁴ Gerade in der Zeit fehlender Mitarbeiter und Zunahme der Tätigkeiten außerhalb eines räumlichen Betriebs liegt die Gefahr nahe, dass Arbeitszeiten über ein „gesundes“ Maß ansteigen. Auch wenn es sich um keine körperlich anstrengenden Tätigkeiten handelt, nehmen psychische Erkrankungen (burnout) bei einer Entgrenzung der täglichen Arbeitszeit zu.¹⁵ Arbeitsüberlastung ist ein zentraler Faktor bei Burnouterkrankungen.¹⁶ Eine Begrenzung der Arbeitszeit und Kontrolle der geleisteten Tätigkeitszeiten liegt daher gerade im Zentrum eines modernen Arbeitsschutzes.¹⁷

II. Ausnahme der „Vertrauensarbeitszeit“ von der Arbeitszeiterfassung

Im Antrag der CDU/CSU Fraktion wird verlangt, dass „freiwillige Vertrauensarbeitszeitmodelle im Rahmen des EU-Rechts ohne Pflicht zur Arbeitszeiterfassung weiterhin überall dort ermöglicht werden, wo es praktikabel ist“.

Eine solche Regelung würde für die Vertrauensarbeitszeit voraussetzen, dass eine solche Ausnahme nach dem europäischen Recht überhaupt zulässig ist. Meines Erachtens ist eine solche Ausnahme bei der sogenannten Vertrauensarbeitszeit nicht möglich. Sie wäre europarechtswidrig (dazu 1. und 2. im Anschluss).

1. Ausnahmen von der Arbeitszeiterfassung nach Art. 17 der Richtlinie 2003/88

Ausnahmen von der europäischen Pflicht zur Arbeitszeiterfassung sind in Art. 17 der Richtlinie 2003/88 geregelt. Nach Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88¹⁸ kann eine

¹⁴ BT-Drs. 12/5888, S. 24.

¹⁵ Backhaus, Arbeitsmedizinische Stellungnahme Bundesanstalt für Arbeitsschutz, BT-Ds. 19/23678, S. 6 m.w.N.; zusammenfassend Riegel, RdA 2021, 152, 155 m.w.N.

¹⁶ Gefährdung durch Stress am Arbeitsplatz - Statistisches Bundesamt (destatis.de 2020).

¹⁷ Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt (2016), S. 77 Begrenzung der Arbeitsmenge ist entscheidender Faktor.

¹⁸Nach Art. 17 Abs. 1 kommt es darauf an, dass „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, und zwar insbesondere in Bezug auf nachstehende Arbeitnehmer:

- a) leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis;
- b) Arbeitskräfte, die Familienangehörige sind;
- c) Arbeitnehmer, die im liturgischen Bereich von Kirchen oder Religionsgemeinschaften beschäftigt sind.“

Ausnahme vorliegen, wenn die Arbeitszeit **der Art der Tätigkeit nach nicht gemessen** werden kann. Das ist sehr selten.

Die in Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 genannten Regelbeispiele setzen eine vollständig eigenverantwortliche Bestimmung der Arbeitszeit voraus. Dies wird man nur in wenigen Fällen annehmen können, z.B. bei dem Fremdgeschäftsführer, der nach dem europäischen Arbeitnehmerbegriff¹⁹ unter den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/78 fällt, oder z.B. bei dem Pfarrer bei der Gemeindefarbeit. Ebenso kann es bei dem mitarbeitenden Familienmitglied der Fall sein, dass sich Arbeitszeit und familienrechtliche Pflicht nicht trennen lassen und die Arbeitszeit deshalb nicht messbar ist.

Andere leitende Angestellte, die sich nicht selbst ihre Aufgaben suchen, fallen dagegen unter den Anwendungsbereich der Richtlinie. Vor dem Hintergrund dieser europäischen Rahmenbedingungen liegt es nahe, den ohnehin kritisierten²⁰ Ausnahmetatbestand des leitenden Angestellten in § 18 ArbZG nicht aufzugreifen. Der betriebsverfassungsrechtliche Bezug ist nicht nur für das nationale Recht systemwidrig²¹, sondern auch europarechtswidrig, da die Richtlinie eine solche Begrenzung nicht kennt.²²

Ebenso scheidet eine Ausnahme von Besserverdienern²³ aufgrund der europäischen Vorgaben aus. In ihren Auslegungshilfen zu Fragen der Arbeitszeitgestaltung weist die Europäische Kommission darauf hin, dass Umfang und Einteilung vom „autonomen Arbeitnehmer“ frei bestimmt werden müssen.²⁴

Dies wird auch im Fall von angestellten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gelten.²⁵ Soweit die Europäische Kommission „erfahrene Rechtsanwälte im Beschäftigungsverhältnis“ davon ausnehmen will²⁶, wird es nach dem oben

¹⁹ EuGH 9.7.2015 C-229.

²⁰ Franzen/Gallner/Oetker-Gallner, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht (4. Auflage 2022) Rn. 4 f. zu Art. 17 RL 2003/88/EG; Henssler/Lunk, NZA 2016, 1425, 1428; Bauer/von Medem, NZA 2013, 1233, 1235.

²¹ Bauer/von Medem, NZA 2013, 1233, 1235; Baeck/Winzer, NZA 2020, 96, 101.

²² Franzen/Gallner/Oetker-Gallner, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht (4. Auflage 2022) Rn. 4 f. zu Art. 17 RL 2003/88/EG; Henssler/Lunk, NZA 2016, 1425, 1428.

²³ Jacobs, NZA 2016, 733, 735.

²⁴ Mitteilungen der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen der Arbeitszeitgestaltung ABl. 2017 C 165, 1 44.

²⁵ AA Thüsing/Rombey/Schippers, NZA 2020, 480; Willemsen/Oberthür, NJW 2020, 1761, 1767.

²⁶ Mitteilungen der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen der Arbeitszeitgestaltung ABl. 2017 C 165, 1 45; Ausnahme von Rechtsanwälten Thüsing/Rombey/Schippers, NZA 2020, 480; Willemsen/Oberthür, NJW 2020, 1761, 1767.

Ausgeführten darauf ankommen, ob der Umfang der Arbeitszeit selbst gewählt z.B. bei Partnern in einer Kanzlei und nicht über die Zuweisung von Mandaten z.B. bei angestellten Anwälten indirekt fremdbestimmt wird. Aufgrund der Wissenschaftsfreiheit und damit der Freiheit zur Wahl der eigenen Aufgaben und der Art und Weise der Forschung gilt eine Ausnahme z.B. bei Professorinnen und Professoren, die frei über ihre Forschungsarbeit bestimmen.²⁷

Die Ausnahmeregelungen sind daher äußerst eng auszulegen, damit das in Art. 31 Abs. 1 GRC geregelte Grundrecht auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Ruhezeit nicht unterlaufen wird.

Nur in diesen Fällen besteht keine Pflicht des Arbeitgebers die Arbeitszeit zu dokumentieren. Der *EuGH* bezieht sich in CCOO daher auch nur auf Fälle, die nicht unter Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 als Ausnahme von der Dokumentationspflicht fallen.²⁸

Bei den Ausnahmen ist – wie oben ausgeführt - entscheidend, dass die Arbeitszeit wegen der Eigenart der Tätigkeit nicht bestimmbar ist, wie z.B. in den in Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 genannten Regelbeispielen a) - c), die aber eng auszulegen sind.²⁹ Es kommt nicht darauf an, ob die Arbeitszeit schwer kontrollierbar ist oder zuvor nicht kontrolliert wurde.³⁰ Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nimmt der *EuGH* daher auch dann an, wenn der Arbeitgeber die Arbeitszeit selbst nicht kontrolliert und den Beschäftigten das Recht einräumt „ihre Zeiten der Untätigkeit bis zu einem gewissen Grad zu bestimmen“.³¹ Danach ist im Einzelfall zu bestimmen, ob der Arbeitgeber überhaupt keine Arbeitszeit direkt oder indirekt vorgibt und der Arbeitnehmer frei von Vorgaben selbst über die Anzahl der Arbeitsstunden entscheidet³² - das sind die Ausnahmen von der Erfassungspflicht.

In den Fällen, in denen der Arbeitgeber direkt oder indirekt – z.B. durch die übertragenen Aufgaben – die Gesamtmenge der Arbeitszeit vorgibt, und dem

²⁷ Mitteilungen der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen der Arbeitszeitgestaltung ABl. 2017 C 165, 1 45; ausführlich zur Arbeitszeiterfassung bei wissenschaftlichen Tätigkeiten, Brors, NZA 2023, 657.

²⁸ *EuGH* 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683, 687 Rn. 63.

²⁹ *EuGH* 26.7.2017 – C-175/16, NZA 2017, 1113, 1114, Rn. 31

³⁰ *EuGH* 26.7.2017 – C-175/16, NZA 2017, 1113, 1115, Rn. 37

³¹ *EuGH* 26.7.2017 - C-175/16, NZA 2017, 1113, 1115, Rn. 39.

³² *EuGH* 14.10.2010 – C-428/09 BeckRS 2010/91197 Rn. 42.

Arbeitnehmer nur die Arbeitszeitverteilung überlässt, ohne diese bislang konkret zu überwachen ist die Arbeitszeit zu erfassen.

Nach dem EuGH³³ muss der Arbeitgeber nur aus Gründen des Gesundheitsschutzes die Arbeitszeit messen. Diese Pflicht besteht aber nur, wenn der Arbeitgeber die Tätigkeit überhaupt durch seine Fremdbestimmung (Arbeitszeitvorgabe im Vertrag oder durch Zuweisung von Arbeitspaketen) steuern kann. Die Fremdbestimmung ist für den EuGH auch an anderer Stelle bei der Einordnung der Rufbereitschaft als Arbeitszeit das maßgebliche Abgrenzungskriterium bei der Frage, ob es sich überhaupt um Arbeitszeit im europäischen Sinne handelt.³⁴

Nur wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung (zeitliche Lage und insbesondere Menge) durch Vorgaben oder durch das Zuweisen von Aufgaben steuert, kann ihm die Verantwortung dafür übertragen werden, dass die Höchstarbeitszeiten und die Ruhezeiten eingehalten werden. Dieses Modell trägt aber nicht mehr, wenn der Beschäftigte als „autonom“ Tätiger seine Arbeitszeit und sein Arbeitsvolumen frei von Weisungen und selbst gewählt bestimmt. Daher kann der nationale Gesetzgeber gem. Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG von den Art. 3 – 6 (Ruhezeit, Ruhepause, wöchentliche Ruhezeit, wöchentliche Höchstarbeitszeit), 8 (Nachtarbeit) und 16 (Bezugszeiträume für die Berechnung) der Richtlinie abweichen, wenn die Arbeitszeit als solche vom Arbeitnehmer selbst festgelegt wird. Der EuGH führt in CCOO selbst ausdrücklich aus, dass in den Fällen des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 die Arbeitszeit nicht dokumentiert werden muss.³⁵ Der europäische Gesundheitsschutz ist daher kein unbegrenzter Schutz vor Selbstausschöpfung, sondern setzt die Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber voraus.³⁶

Vor diesem Hintergrund ist zu überprüfen, ob Vertrauensarbeitszeit unter die Ausnahme des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 fällt.

³³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683, 687 Rn. 59.

³⁴ EuGH 9.3.2021 – C-344/19, NZA 2021, 485.

³⁵ EuGH 14.5.2019, C-55/18, NZA 2019, 683, 687 Rn. 63.

³⁶ Greiner, EuZA 2023, 123, 126, 136.

2. Vertrauensarbeitszeit als Ausnahme?

Die sogenannte Vertrauensarbeitszeit ist nicht gesetzlich definiert. Darunter fallen ganz verschiedene Arbeitszeitmodelle. Die Beschäftigten können beispielsweise eine vorgegebene Gesamtstundenzahl frei einteilen. Es können aber auch, sehr viel weitreichender und problematischer, Zielvorgaben des Arbeitgebers mit denen mittelbar ein vom Arbeitgeber bestimmtes Arbeitsvolumen verknüpft ist, bei freier Zeiteinteilung zugewiesen werden.³⁷

In diesen Fällen sind die Beschäftigten zwar frei, ihre Arbeitszeitverteilung innerhalb der arbeitgeberischen Vorgaben zu bestimmen. Schon nach der Rechtslage vor der EuGH Entscheidung stand aber außer Frage, dass der Arbeitgeber auch bei dieser freieren Gestaltungsmöglichkeit, dafür zu sorgen hat, dass der gesetzliche Arbeitszeitschutz (Höchstarbeitszeiten, Ruhezeiten) vom Arbeitnehmer eingehalten wird.³⁸

Es entspricht der ständigen nationalen Rechtsprechung³⁹, dass der Arbeitgeber bei der sogenannten Vertrauensarbeitszeit darauf zu achten hat, dass die Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG eingehalten wird. Zur Kontrolle einer möglichen Überschreitung der Arbeitszeit nach § 3 Abs. 1 ArbZG muss die Arbeitszeit dokumentiert und dem Betriebsrat zu Kontrollzwecken vorgelegt werden⁴⁰, damit der gem. § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG die Einhaltung des ArbZG überprüfen kann.⁴¹

Die Arbeitszeitkontrolle ist bei der Vertrauensarbeitszeit kein Problem. Sie kann dem Arbeitnehmer übertragen werden (dazu gleich ausführlicher unter III). Auch bislang

³⁷MünchHB Arbeitsrecht-Schüren, Band I 5. Auflage 2021, § 47 Rn. 25; Schaub-Vogelsang, Arbeitsrechtshandbuch 19. Auflage 2021, § 160 Rn. 33.

³⁸ Schaub-Vogelsang, Arbeitsrechtshandbuch 19. Auflage 2021, § 160 Rn. 3; Schlottfeld/Hoff, NZA 2001, 530, 532.

³⁹ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348.

⁴⁰ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348.

⁴¹ ArbG München 18.10.2021 – 29 BV 61/21, Beck RS 2021, 57144; LAG Berlin Brandenburg 29.10.2015 – 10 TaBV 929/115, NZA-RR 2016, 262; LAG Rheinland Pfalz 19.10.2015 – 3 TaBV 16/15 juris; LAG Köln 28.6.2011 12 TaBV 1/11 und 6.9.2010 5 TaBV 14/10 juris (bei Vertrauensarbeitszeit); LAG Hamm 8.10.2010 – 10 TaBV 5/10 juris; DKW-Buschmann, BetrVG 18. Auflage 2022, § 80 BetrVG Rn. 92; Hahn/Pfeifer/Schubert HaKo ArbZRecht-Jerchel, 2. Auflage 2018, § 3 ArbZG Rn. 72; GK-Weber, BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 80 Rn. 83 aber einschränkend auf die Pflicht nach § 16 Abs. 2 ArbZG.

hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die dafür erforderlichen Dokumentationsmittel zu Verfügung zu stellen.⁴²

An der Verpflichtung des Arbeitgebers auch die Vertrauensarbeitszeit zu dokumentieren hat sich durch die Entscheidung des EuGH in CCOO⁴³ nichts geändert. In Gegenteil: Dadurch, dass der EuGH auf die Fremdbestimmung der grundsätzlichen Vorgabe bei den Arbeitszeiten abstellt, wird klar, dass gerade die Vertrauensarbeitszeit unter die Pflicht der Arbeitszeiterfassung fällt, da sie nur die freie Verteilung innerhalb des vorgegebenen Rahmens betrifft.

Eine Ausnahme der Vertrauensarbeitszeit von der Zeiterfassung könnte man nur dann annehmen, wenn man die gesamte Zeiterfassung als „Kann“-Arbeitsschutz auffasst.⁴⁴ Eine solche Annahme würde nicht nur der nationalen Rechtsprechung⁴⁵ und der ganz überwiegenden Literaturmeinung⁴⁶ widersprechen. Sie steht auch im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH⁴⁷, der für die Frage der Nichtanwendbarkeit des arbeitszeitrechtlichen Gesundheitsschutzes ausschließlich auf die in Art. 17 der Richtlinie 2003/88 genannten Ausnahmefälle abstellt. Darunter fällt die Vertrauensarbeitszeit, bei der das Arbeitsvolumen vom Arbeitgeber vorgegeben wird, jedoch nicht. Folglich muss auch bei der sogenannten Vertrauensarbeitszeit die Arbeitszeit dokumentiert werden.⁴⁸

III. Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung

Die Punkte 3. bis 6. Des Antrags der CDU/CSU Fraktion betreffen die konkrete Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung. In dem Antrag wird gefordert keine taggenaue und keine zwingend digitale Erfassung zu regeln, bei der eine Delegation auf die Beschäftigten nicht möglich ist. Im Antrag der Fraktion Die Linke wird gefordert, die Arbeitszeit jeden Tag zu erfassen.

⁴² Schlottfeld/Hoff, NZA 2001, 530, 532, zur Dokumentationspflicht gem. § 16 ArbZG m.w.N.

⁴³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683.

⁴⁴ Höpfner, Gutachten (2023), S. 130; Thüsing, Gutachten (2023), S. 48.

⁴⁵ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

⁴⁶ Bayreuther, Referat Arbeitszeit zwischen GRC und Vertrag (2022), S. 3; Riegel, RdA 2021, 152, 154; Latzel, EuZA 2019, 469; Klein/Leist, ZESAR 2019, 365; Rieble/Vielmeyer, (Gutachten 2019), S. 14; Bayreuther, NZA 2020, 1, 6; Baeck/Winzer, NZA 2020, 96, 101; Reinhard, NZA 2019, 1313, 1314; Krause, NZA-Beilage 2019, 86, 93; Heuschmid, NJW 2019, 1853, Ulber, NZA 2019, 677, 687; Brors, NZA 2019, 1176, 1178.

⁴⁷ EuGH 14.5.2019, C-55/18, NZA 2019, 683, 687 Rn. 63; EuGH 26.7.2017 - C-175/16, NZA 2017, 1113.

⁴⁸ EuGH 9.7.2006 – C-484/04 BeckRS 2006, 70660, Rn. 44.

1. Muss die Arbeitszeit „taggenau“ und „elektronisch“ erfasst werden?

Nach der zutreffenden Ansicht des BAG⁴⁹ und der Literatur⁵⁰ gibt der EuGH nur vor, dass das Zeiterfassungssystem **objektiv, verlässlich und zugänglich** sein muss.⁵¹

Darunter wird in der Literatur⁵² verstanden, dass es sich um ein rationales und berechenbares, manipulationssicheres System handeln muss. Um die Anforderungen zu konkretisieren, wie ein solches System objektiv, verlässlich und zugänglich im Sinne des europäischen Gesamtschutzes sein kann, ist es entscheidend, welchen Sinn und Zweck die Arbeitszeiterfassung für den Gesundheitsschutz hat.

In Art. 31 Abs. 2 GRC ist das Recht auf die Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf die täglich und wöchentlich einzuhaltenden Ruhezeiten gewährleistet. Wenn der EuGH in CCOO also fordert, dass die Zeiterfassung erforderlich ist, „um die praktische Wirksamkeit der RL 2003/88 zu gewährleisten und der Bedeutung des in Art. **Fehler! Linkreferenz ungültig.** GRCh verankerten Grundrechts, ..., Rechnung zu tragen“⁵³, muss **die Zeiterfassung dem Arbeitgeber die Kontrolle ermöglichen, ob der Arbeitnehmer die täglich und wöchentlich einzuhaltenden Ruhezeiten und die Höchstarbeitszeiten einhält.**

2. Elektronische und Tag genaue Erfassung?

Nach dem europäischen Recht ergibt sich, die täglich einzuhaltende Ruhezeit aus Art. 3 der Richtlinie 2003/88 mit elf zusammenhängenden Stunden und die wöchentliche Ruhezeit aus Art. 5 der Richtlinie 2003/88 mit 24 Stunden zuzüglich der täglichen Ruhezeit von elf Stunden.

In einer aktuellen Entscheidung hat der **EuGH⁵⁴ ausdrücklich betont, dass die tägliche Ruhezeit kein Teil der wöchentlichen Ruhezeit ist, sondern der Gesundheitsschutz verlangt, dass dem Beschäftigten unabhängig von der wöchentlichen Ruhezeit die tägliche Ruhezeit gemäß Art. 3 der Richtlinie 2003/88 zusteht** und dies auch dann gilt, wenn es sich um Arbeitsperioden mit einer Pause

⁴⁹ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

⁵⁰ Bayreuther, Rechtsgutachten, S. 33 ff. m.w.N.

⁵¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683, 687.

⁵² Bayreuther, Rechtsgutachten, S. 33 ff. m.w.N.

⁵³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683, 687.

⁵⁴ 2.3.2023 – C-477/21, NJW 2023, 1561, 1562.

handelt. Die Überwachung der Einhaltung der täglichen Ruhezeit von elf Stunden ist dem Arbeitgeber aber nur dann möglich, wenn der Arbeitgeber die Information über die am Vortrag geleisteten Stunden und deren Arbeitsende am Tag der Kontrolle hat.

Aus dieser Vorgabe folgt schon, dass die am Tag geleisteten Stunden „Tag genau“ erfasst werden müssen. Damit diese Informationen dem Arbeitgeber zeitnah und möglichst am folgenden Werktag zur Verfügung stehen, ist die elektronische Aufzeichnung der schnellste Weg, um die Informationen zu diesen Kontrollzwecken zu übermitteln. Gerade in Situationen, in denen der Arbeitsplatz nicht im Betrieb ist, ist die elektronische Erfassung und Übermittlung notwendig, um eine dem Sinn und Zweck der Arbeitszeiterfassung entsprechende Kontrolle überhaupt erst zu ermöglichen. Darüber hinaus ist diese Form der Dokumentation in dem vom EuGH geforderten Sinne „zugänglich“, da sie in Form einer Tabelle eingesehen und in der digitalen Form auch im Prozess vom Arbeitnehmer genutzt werden kann. Das wäre bei einer manuell schriftlichen Erfassung durch den Arbeitnehmer nicht der Fall. Im übrigen müsste der Arbeitgeber eine solche „Zettelwirtschaft“ ohnehin bei der Lohnbuchhaltung digitalisieren, so dass keine unnötige Bürokratisierung entsteht.

3. Delegation an den Arbeitnehmer?

Wie bei der unter 1. erörterten Frage, hängt die Antwort auch hier von dem Sinn und Zweck der Zeiterfassung gem. Art. 31 Abs. 2 GRC ab. Der EuGH konkretisiert keine weiteren Vorgaben außer der Gewährleistung einer objektiven, verlässlichen und zugänglichen Zeiterfassung. Damit die Frage im Sinne des europäischen Gesundheitsschutzes beantwortet werden kann, sollte jedoch zunächst der Begriff der Delegation genauer erklärt werden. Es ist zu bestimmen, welcher Vorgang delegiert werden soll.

Zum einen könnte das der Vorgang der elektronischen Zeiterfassung durch eine Automatik wie eine Schranke oder eine Stechkarte oder eine Kamera sein. Abgesehen von den datenschutzrechtlichen Problemen, die derartige Aufzeichnungen über die bloße Zeiterfassung hinaus mit sich brächten, ist eine derartige Form zu einer korrekten Zeiterfassung auch nicht notwendig.⁵⁵

⁵⁵ Bayreuther, Rechtsgutachten, S. 33 ff.

Die Arbeitszeit kann ebenso erfasst werden, wenn der Arbeitnehmer selbst und in dem Sinne „händisch“ seine Arbeitszeiten in eine elektronische Zeiterfassung eingibt z.B. ein Zeiterfassungssystem auf dem zur Verfügung gestellten Laptop, Computer oder Smartphone. Dies gilt insbesondere bei Tätigkeiten, die nicht am betrieblichen Arbeitsplatz geleistet werden.

Daher kann in diesem Rahmen eine taggenaue und elektronische Zeiterfassung (siehe unter 1.) an den Arbeitnehmer delegiert werden.

Anders als es der Antrag der CDU/CSU Fraktion vorsieht, sollte daher der Gesetzgeber regeln, dass die Arbeitszeit taggenau in elektronischer Form erfasst wird. Dabei kann der Arbeitnehmer selbst per Hand die Zeiten in das elektronische Zeiterfassungssystem eingeben.