



75 Jahre
Demokratie
lebendig



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Arbeit und Soziales

20. Wahlperiode

6. Oktober 2023

Ausschussdrucksache **20(11)402**

Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Thomas Klein, Saarbrücken

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

Schriftliche Stellungnahme

des Sachverständigen Prof. Dr. Thomas Klein

Hochschule für Technik und Wirtschaft des Saarlandes, Saarbrücken

zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales am 9. Oktober 2023

zu dem

Antrag der Fraktion der CDU/CSU „Arbeitszeiterfassung bürokratiearm ausgestalten – Mehr flexibles Arbeiten ermöglichen“ (BT-Drs. 20/6909)

Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. „Beschäftigtenrechte stärken – Arbeitszeit europarechtskonform dokumentieren“ (BT-Drs. 20/1852)

Zusammenfassende Stellungnahme:

1. Die in beiden Anträgen geforderte gesetzliche Regelung der Arbeitszeiterfassung ist unionsrechtlich zwingend geboten. Die neuere Rechtsprechung des BAG vermag die unionsrechtlichen Vorgaben nicht vollständig umzusetzen.
2. Die im Antrag der Fraktion der CDU/CSU enthaltenen Eckpunkte sind nur eingeschränkt mit der Richtlinie 2003/88/EG vereinbar.
3. Die Diskussion um die im Antrag der Fraktion der CDU/CSU geforderte Einführung einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit anstelle der bisher geltenden täglichen Höchstarbeitszeit sollte nicht mit der Einführung einer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung verbunden werden.

Begründung und Erläuterungen:

Zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rechtssache C-55/18 „CCOO“, ECLI:EU:C:2019:402) habe ich bereits in der vergangenen Legislaturperiode im Vorfeld einer öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales eine schriftliche Stellungnahme abgegeben.¹ Zur Vermeidung von Wiederholungen beschränke ich mich in der vorliegenden Stellungnahme auf die neueren Entwicklungen und die durch die Anträge aufgeworfenen Umsetzungsfragen. Im Übrigen nehme ich auf meine früheren Ausführungen Bezug.

I. Erfordernis einer gesetzlichen Regelung

Wie ich bereits in meiner Stellungnahme vom 9. September 2020² ausführlich dargelegt habe, müssen die Mitgliedstaaten nach dem Unionsrecht die Arbeitgeber verpflichten, ein System zur Erfassung der von einem jeden Arbeitnehmer geleisteten täglichen Arbeitszeit einzurichten. Wie ich ebenfalls schon im Einzelnen erläutert habe, erstreckt sich diese Pflicht über die bloße Einrichtung des Zeiterfassungssystem hinaus auf dessen tatsächliche Nutzung, d.h., die Arbeitgeber müssen die Arbeitszeit ihrer Beschäftigten tatsächlich erfassen und dürfen es ihren Beschäftigten nicht freistellen, ob sie das Erfassungssystem nutzen.³ Diese Vorgaben

¹ Ausschussdrucksache 19(11)746.

² Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 2 ff.

³ Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 7 f.

ergeben sich aus den Vorschriften der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeit-Richtlinie) in der Auslegung durch den EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache CCOO.

Auf der Grundlage des geltenden Rechts bin ich in meiner Stellungnahme vom 9. September 2020 zu dem Schluss gelangt, dass das deutsche Recht den unionsrechtlichen Vorgaben nicht entspricht.⁴ Diese Schlussfolgerung bedarf angesichts der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des BAG einer Überprüfung.

1. Auswirkungen des BAG-Beschlusses vom 13. September 2022

Das BAG hat sich in seinem Beschluss vom 13. September 2022⁵ zu der Rechtsfrage geäußert, ob de lege lata für Arbeitgeber in Deutschland eine Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit besteht. Es folgt dabei im Ausgangspunkt der von mir vertretenen Ansicht, dass sich aus dem Unionsrecht eine solche Pflicht ergibt:

„Damit die Richtlinie [2003/88/EG] ihre volle Wirksamkeit entfalten kann, gehört nach der Rechtsprechung des EuGH zu den [von den Mitgliedstaaten zur treffenden] erforderlichen Maßnahmen auch die Verpflichtung der Arbeitgeber, zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“⁶

Nach dem Beschluss des BAG ergibt sich eine solche Pflicht im deutschen Recht de lege lata aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG. Das Gericht führt diesbezüglich u.a. aus:

„Nach dieser Rahmenvorschrift [...] hat der Arbeitgeber zur Planung und Durchführung der Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 ArbSchG unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten für eine ‚geeignete Organisation‘ zu sorgen und die ‚erforderlichen Mittel‘ bereitzustellen. Bei unionsrechtskonformem Verständnis beinhaltet die gesetzliche Regelung auch die – grundsätzliche – Verpflichtung der Arbeitgeberinnen, ein System zur Erfassung der von ihren Arbeitnehmern geleisteten täglichen Arbeitszeit einzuführen, das Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeit einschließlich der Überstunden umfasst.“⁷

Ausgehend von dieser Rechtsprechung stellt sich die Frage, ob diese Interpretation des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG die unionsrechtlichen Vorgaben hinreichend umsetzt oder das von mir festgestellte gesetzgeberische Handlungserfordernis weiterhin besteht. Zur Beantwortung dieser Frage möchte ich zunächst die unionsrechtlichen Vorgaben zur Richtlinienumsetzung in Erinnerung rufen, die ich bereits in meiner Stellungnahme vom 9. September 2020 dargelegt habe:⁸

„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

⁴ Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 4 ff.

⁵ Aktenzeichen: 1 ABR 22/21.

⁶ BAG, Beschluss vom 13. September 2022 – 1 ABR 22/21 – Rn. 22.

⁷ BAG, Beschluss vom 13. September 2022 – 1 ABR 22/21 – Rn. 43.

⁸ Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 4.

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).“

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe genügt die Anwendung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG den unionsrechtlichen Vorgaben nicht. Die mit der Anwendung dieser Norm entstandene Rechtslage ist bereits nicht hinreichend bestimmt und klar und versetzt die Begünstigten nicht in die Lage, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese ggf. vor den Gerichten geltend zu machen, denn die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems ergibt sich erst aus der Interpretation des BAG und ist der Norm als solcher nicht klar zu entnehmen.

Schwerer noch wiegt jedoch der Umstand, dass Verstöße gegen die aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG abgeleitete Aufzeichnungspflicht keine unmittelbaren Rechtsfolgen auslösen. Der Ordnungswidrigkeitstatbestand des ArbSchG knüpft nicht unmittelbar an die Verletzung einer Pflicht aus dem ArbSchG, sondern erst an Verstöße gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 22 Abs. 3 ArbSchG an (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a ArbSchG). Kommt der Arbeitgeber seiner Aufzeichnungspflicht nicht nach, muss die Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems folglich zunächst nach § 22 Abs. 3 ArbSchG behördlich angeordnet werden. Solange eine solche Anordnung nicht erfolgt ist, riskiert der Arbeitgeber kein Bußgeld. Es fehlt daher an einer wirksamen Sanktion.

Überdies wird der Verstoß gegen die aus der Richtlinie folgende Aufzeichnungspflicht nicht wie gleichartige Verstöße gegen nationales Recht behandelt. Dies zeigt ein Vergleich mit der in § 16 Abs. 2 ArbZG verankerten Pflicht des Arbeitgebers, über die werktägliche Arbeitszeit nach § 3 Satz 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit aufzuzeichnen. Verstößt der Arbeitgeber gegen § 16 Abs. 2 ArbZG, handelt er gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG ordnungswidrig. Der Verstoß kann daher unmittelbar mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 Euro sanktioniert werden (§ 22 Abs. 2 ArbZG). Die aktuelle Rechtslage verletzt deshalb das Äquivalenzprinzip.

Für den Gesetzgeber besteht demzufolge ungeachtet der Rechtsprechung des BAG Handlungsbedarf, weshalb die in den beiden Anträgen enthaltene Aufforderung an die Bundesregierung aus rechtlicher Sicht zu unterstützen ist.

2. Ergänzende Folgerungen für die gesetzliche Umsetzung

Bei der gesetzlichen Umsetzung der Arbeitszeiterfassungspflicht muss den oben genannten (S. 2) Anforderungen an die Richtlinienumsetzung Rechnung getragen werden. Besondere Beachtung sollte dabei der Effektivität der gesetzlichen Regelungen zukommen. In diesem Punkt sollte der Referentenentwurf vom 27. März 2023 nachgebessert werden. Nach dem Entwurf können Verstöße gegen die Aufzeichnungspflicht als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld geahndet werden (§ 22 Abs. 1 Nr. 9 und 10, Abs. 2 ArbZG-E). Ob diese Sanktion hinreichend wirksam und abschreckend im Sinne der EuGH-Rechtsprechung ist, erscheint nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Ausführungen des EuGH in seinem Urteil in der Rechtsache CCOO allerdings zweifelhaft.

Der EuGH hat die Erforderlichkeit einer Arbeitszeiterfassung insbesondere auf die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers gestützt. In den Randnummern 44 und 45 des Urteils heißt es diesbezüglich:

„Insoweit ist darauf hinzuweisen, 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 [...].

Ebenso ist festzustellen, dass ein Arbeitnehmer aufgrund dieser schwächeren Position davon abgeschreckt werden kann, 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 [...]“

Die im Referentenentwurf vorgesehenen Regelungen werden dem nicht gerecht. Zeichnet der Arbeitgeber – entgegen der im Entwurf vorgesehenen Verpflichtung – die Arbeitszeit des Arbeitnehmers nicht auf, handelt er zwar gemäß § 22 ArbZG-E ordnungswidrig. Die Rechtsposition des Arbeitnehmers bleibt aber unverändert prekär. Er müsste sich – sofern im Betrieb kein Betriebsrat besteht – individuell an die Aufsichtsbehörde wenden oder die Aufzeichnung einklagen. Von eben dieser individuellen Geltendmachung seiner Rechte im laufenden Arbeitsverhältnis kann der Arbeitnehmer wegen seiner schwächeren Position jedoch abgeschreckt werden.

Hinzu kommt, dass eine Geltendmachung des Rechts auf Arbeitszeitaufzeichnung nur für die Zukunft möglich ist. Im Hinblick auf die in der Vergangenheit nicht aufgezeichneten Arbeitszeiten tritt indes allein durch das gesetzeswidrige Handeln des Arbeitgebers eine Beschränkung der Rechte des Arbeitnehmers ein. Letzteres läuft nicht nur dem Zweck der Arbeitszeiterfassung zuwider, sondern steht überdies im Widerspruch zu den Ausführungen des EuGH zur Bedeutung der Arbeitszeitaufzeichnung als Beweismittel. So führt der EuGH in seinem Urteil in den Randnummern 54 bis 56 folgendes aus:

„Anders als durch ein System, mit dem die täglich geleistete Arbeitszeit gemessen wird, kann mit solchen Beweismitteln [gemeint sind Zeugenaussagen, die Vorlage von E-Mails oder die Untersuchung von Mobiltelefonen oder Computern] 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, und kann diesen Arbeitnehmern dadurch sowohl den Nachweis einer Verkennung der ihnen durch die Art. 3 und 5 sowie von Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88 verliehenen Rechte, die das in Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta verankerte Grundrecht präzisieren, als auch den zuständigen Behörden und nationalen Gerichten die Kontrolle der tatsächlichen Beachtung dieser Rechte erleichtern.“

Die Einrichtung eines Zeiterfassungssystems hat demnach auch den Zweck, dem Arbeitnehmer in Rechtsstreiten über die von ihm geleistete Arbeitszeit ein verlässliches Beweismittel an die Hand zu geben.⁹ Um dieser Funktion Rechnung zu tragen, sollten Verstöße des Arbeitgebers gegen die Aufzeichnungspflicht beweisrechtliche Konsequenzen haben und zu einer Modifizierung der Beweislast führen. Solche Konsequenzen wurden vereinzelt bereits auf Grundlage des EuGH-Urteils in der Rechtssache CCOO gezogen.¹⁰ Zwar hat das BAG letztlich eine Modifizierung der Beweislast im Überstundenprozess mit Verweis auf die Unterscheidung zwischen arbeitszeitrechtlichem und vergütungsrechtlichem Arbeitszeitbegriff abgelehnt.¹¹ Da

⁹ Siehe dazu bereits Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 10 f.

¹⁰ ArbG Emden, Urteil vom 24. September 2020 – 2 Ca 144/20; Heuschmid, NJW 2019, 1853; a.A. LAG Niedersachsen, Urteil vom 6. Mai 2021 – 5 Sa 1292/20; BAG, Urteil vom 4. Mai 2022 – 5 AZR 359/21.

¹¹ BAG, Urteil vom 4. Mai 2022 – 5 AZR 359/21.

sich diese Entscheidung allerdings nicht auf höherrangiges Recht stützt, steht sie der Einführung einer entsprechenden Beweislastregel durch den Gesetzgeber nicht entgegen.

II. Vertrauensarbeitszeitmodelle

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

Eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Erfassung der Arbeitszeit ist nur für die unter Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG fallenden Arbeitnehmer zulässig, da die Mitgliedstaaten im Hinblick auf diese Arbeitnehmer von den Vorschriften der Richtlinie abweichen dürfen.¹² Allein der Umstand, dass für einen Arbeitnehmer ein „freiwilliges“ Vertrauensarbeitszeitmodell gilt, entbindet den Arbeitgeber noch nicht von der Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung. Ich möchte in diesem Zusammenhang die entsprechende Passage meiner Stellungnahme vom 9. September 2020 zitieren:¹³

„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 [sein], 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.“

„Freiwillige Vertrauensarbeitszeitmodelle im Rahmen des EU-Rechts ohne Pflicht zur Arbeitszeiterfassung“ kommen demnach in der Regel nur Arbeitnehmer in Betracht, für die Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeit-Richtlinie Abweichungen von den in der Richtlinie festgelegten Arbeitszeitgrenzen zulässt. Sie könnten daher im deutschen Recht insbesondere für die in § 18 Abs. 1 ArbZG genannten Arbeitnehmer in Erwägung gezogen werden. Dabei ist allerdings zu

¹² So auch BAG, Beschluss vom 13. September 2022 – 1 ABR 22/21 – Rn. 56.

¹³ Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 16.

beachten, dass an der Vereinbarkeit des § 18 ArbZG mit den Vorgaben des Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeit-Richtlinie durchgreifende Bedenken bestehen.¹⁴

Für alle übrigen Beschäftigten können zwar Vertrauensarbeitszeitmodelle eingeführt werden, im Rahmen derer der Arbeitgeber auf die Festlegung von Beginn und Ende der Arbeitszeit verzichtet. Ein Verzicht auf eine Arbeitszeitaufzeichnung ist in diesen Fällen allerdings nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.

In Betrieben mit Betriebsrat scheidet ein Verzicht auf eine Erfassung der Arbeitszeit überdies bereits aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen aus. Wie das BAG bereits im Jahr 2003 entschieden hat, muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat auch dann Auskunft über die tatsächliche Arbeitszeit der Beschäftigten erteilen, „wenn er mit Rücksicht auf eine im Betrieb geltende ‚Vertrauensarbeitszeit‘ die tatsächlichen Arbeitszeiten der Arbeitnehmer bewusst nicht zur Kenntnis nehmen will“.¹⁵

III. Ausgestaltung des Arbeitszeiterfassungssystems

Der Antrag der Fraktion der CDU/CSU fordert ferner eine Regelung, nach der „den Arbeitgebern freies Ermessen bei der Auswahl der Arbeitszeiterfassungssysteme und deren betrieblicher Anwendung belassen wird“. Zudem soll nach dem Antrag keine taggenaue Erfassung der Arbeitszeiten zwingend vorgesehen werden.

Auch diese Forderungen stoßen an unionsrechtliche Grenzen. Der EuGH verlangt in seinem Urteil ein „objektives, verlässliches und zugängliches System“. Auf die Interpretation dieser Vorgaben bin ich in meiner Stellungnahme vom 9. September 2020 bereits ausführlich eingegangen.¹⁶ Im Ergebnis lässt sich Folgendes festhalten:¹⁷

„Das Kriterium ‚objektiv‘ dürfte als Anforderung 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.

¹⁴ Siehe dazu ausführlich: Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 13 ff.

¹⁵ BAG, Beschluss vom 6. Mai 2003 – 1 ABR 13/02.

¹⁶ Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 9 ff.

¹⁷ Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 11.

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.“

In Bezug auf den Zeitpunkt der Erfassung enthält das Urteil keine ausdrücklichen Vorgaben. Wie ich bereits ausgeführt habe,¹⁸ muss die Erfassung 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.

IV. Delegation der Aufzeichnung auf die Beschäftigten

Im Antrag der Fraktion der CDU/CSU wird überdies gefordert, den Arbeitgebern die Möglichkeit zu belassen, „die Pflicht zur verlässlichen Aufzeichnung der Arbeitszeiten auf die betreffenden Arbeitnehmer zu delegieren“. Auch zu dieser Frage habe ich bereits Stellung genommen:¹⁹

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.

Der Forderung des Antrags kann also insofern nachgekommen werden, dass die tatsächliche Aufzeichnung dem Arbeitnehmer überlassen werden kann. Dies gilt jedoch nur mit der genannten Einschränkung, dass diesen Aufzeichnungen zumindest eine widerlegbare Richtigkeitsvermutung zukommt. Diesen Anforderungen wird der Referentenentwurf vom 27. März 2023 nicht gerecht. Er eröffnet zwar die Möglichkeit, die Aufzeichnung auf den Arbeitnehmer zu delegieren (§ 16 Abs. 3 ArbZG-E). Es fehlen jedoch Regelungen für den Fall, das zwischen

¹⁸ Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 9.

¹⁹ Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 11 f.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer Streitigkeiten über die Richtigkeit der vom Arbeitnehmer erstellten Aufzeichnung auftreten.

V. Ausnahmen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU)

Der Antrag der Fraktion der CDU/CSU fordert außerdem eine Regelung, die „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“. Aus unionsrechtlicher Perspektive sind in diesem Zusammenhang die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers abzustecken, auf die ich bereits wie folgt hingewiesen habe:²⁰

„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,

²⁰ Ausschussdrucksache 19(11)746, S. 12 f.

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.“

VI. Wöchentliche Höchstarbeitszeit statt täglicher Höchstarbeitszeiten

Schließlich fordert der Antrag der Fraktion der CDU/CSU jenseits der Regelungen zur Arbeitszeiterfassung, dass „im Einklang mit der europäischen Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG), ausgenommen bei gefahrgeneigten Tätigkeiten, wöchentliche statt täglicher Höchstarbeitszeiten eingeführt werden“.

Im Hinblick auf diese Forderung ist aus rechtlicher Perspektive erstens festzuhalten, dass die angesprochene Änderung des materiellen Schutzniveaus des Arbeitszeitgesetzes durch das Unionsrecht nicht geboten ist. Die Richtlinie 2003/88/EG verlangt zwar keine tägliche Höchstarbeitszeitgrenze, sondern lediglich eine Begrenzung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit auf maximal 48 Stunden (Art. 6 der Richtlinie). Die Richtlinie enthält allerdings nur Mindeststandards und lässt die für die Beschäftigten günstigeren Regelungen der Mitgliedstaaten unberührt (Art. 15 der Richtlinie). Sie steht daher einer Begrenzung der täglichen Höchstarbeitszeit, wie sie § 3 ArbZG vorsieht, nicht entgegen.

Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass gegen eine Änderung des ArbZG im Zusammenhang mit der Umsetzung des Urteils CCOO in dem von der CDU/CSU-Fraktion angeregten Sinne angesichts des Art. 23 der Richtlinie 2003/88/EG unionsrechtliche Bedenken bestehen könnten. Nach dieser Norm stellt die Durchführung der Richtlinie keine wirksame Rechtfertigung für eine Zurücknahme des allgemeinen Arbeitnehmerschutzes dar. Der EuGH hat sich zwar zu diesem Regressionsverbot aus Art. 23 der Richtlinie 2003/88/EG bisher nicht geäußert. Zu der ähnlichen Regelung in § 8 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG hat der EuGH jedoch entschieden, dass das Regressionsverbot nicht eng ausgelegt werden darf. Der EuGH begründete dies wie folgt:

„Die Rahmenvereinbarung und namentlich ihr Paragraph 8 Nr. 3 verfolgen somit einen Zweck, der zu den grundlegenden Zielen gehört, die in Art. 136 Abs. 1 EG sowie im dritten Absatz der Präambel des EG-Vertrags und in den Nrn. 7 und 10 erster Gedankenstrich der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989, auf die die vorgenannte Vorschrift des EG-Vertrags verweist, verankert sind und die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, sowie das Bestehen eines angemessenen sozialen Schutzes für Arbeitnehmer [...] betreffen [...].

In Anbetracht dieser Ziele kann Paragraph 8 Nr. 3 der Rahmenvereinbarung nicht eng ausgelegt werden.“²¹

Die Bezugnahme auf die nunmehr in Art. 151 AEUV niedergelegten Ziele der gemeinsamen Sozialpolitik spricht für eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf Art. 23 der Richtlinie 2003/88/EG.²² Aus diesem Grund können die vom EuGH zu § 8 der Rahmenvereinbarung entwickelten Grundsätze auch im Rahmen des Art. 23 der Richtlinie 2003/88/EG herangezogen werden. Entscheidend für die Geltung des Regressionsverbots sind demnach zwei

²¹ EuGH, Urteil vom 23. April 2009 – Rechtssache C-378/07 „Angelidaki“ – Rn. 112 f. – ECLI:EU:C:2007:675.

²² So auch die Position der Kommission: Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Amtsblatt EU vom 24. Mai 2017/C 165/01), unter III.C.3.

Kriterien: Erstens muss eine Senkung des allgemeinen Schutzniveaus vorliegen und zweitens muss diese mit der Umsetzung der Richtlinie zusammenhängen.²³ Zum Kriterium der Umsetzung führte der Gerichtshof weiter aus:

„Was erstens die Voraussetzung des Zusammenhangs mit der ‚Umsetzung‘ der Rahmenvereinbarung angeht, hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass mit diesem in Paragraph 8 Nr. 3 der Rahmenvereinbarung ohne weitere Erläuterung verwendeten Ausdruck nicht nur die ursprüngliche Umsetzung der Richtlinie 1999/70 und insbesondere ihres die Rahmenvereinbarung enthaltenden Anhangs gemeint sein kann, sondern dass er alle nationalen Maßnahmen erfassen muss, die die Erreichung des mit der Richtlinie verfolgten Zieles gewährleisten sollen, einschließlich derjenigen, mit denen nach der eigentlichen Umsetzung die bereits erlassenen nationalen Rechtsvorschriften ergänzt oder geändert werden [...].

[...] Allerdings kann eine solche Regelung nicht als diesem Paragraphen zuwiderlaufend angesehen werden, wenn die Senkung, die sie mit sich bringt, in keinem Zusammenhang mit der Umsetzung der Rahmenvereinbarung steht. Dies wäre der Fall, wenn die Senkung nicht durch das Erfordernis der Umsetzung der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt ist, sondern durch die Notwendigkeit, auf ein anderes Ziel als die Umsetzung hinzuwirken [...].“²⁴

Da es sich bei der Umsetzung des Urteils in der Rechtssache CCOO ins deutsche Recht um eine nachträgliche Umsetzung der Richtlinie 2003/88/EG handelt, kommt es für die Geltung des Regressionsverbots nach den dargestellten Grundsätzen entscheidend darauf an, ob die geforderte Änderung des ArbZG durch das Erfordernis der Umsetzung der Richtlinie gerechtfertigt wird. Der Antrag der Fraktion der CDU/CSU legt einen solchen Zusammenhang nahe. Die Flexibilisierung der Arbeitszeitgrenzen wird in einen inneren Zusammenhang mit der „Reform der Arbeitszeiterfassung“ gestellt und soll offensichtlich vermeintlich „überflüssige Bürokratie“ kompensieren, die nach Auffassung der Antragsteller mit der Umsetzung der unionsrechtlich gebotenen Aufzeichnungspflicht einhergeht. Eine solche Koppelung lässt das Regressionsverbot aus Art. 23 der Richtlinie 2003/88/EG nicht zu. Die Diskussion über grundsätzliche Reformen des deutschen Arbeitszeitrechts sollte daher nicht mit der Umsetzung der unionsrechtlich gebotenen Pflicht zur Arbeitszeiterfassung verbunden werden.

Drittens ist anzumerken, dass die im Antrag vorgeschlagene Abgrenzung am Merkmal der Gefahrgeneignetheit bei der praktischen Rechtsanwendung erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten dürfte.

Saarbrücken, den 5. Oktober 2023

Prof. Dr. Thomas Klein

²³ EuGH, Urteil vom 23. April 2009 – Rechtssache C-378/07 „Angelidaki“ – Rn. 126 – ECLI:EU:C:2007:675; ebenso: Kommission, a.a.O.

²⁴ EuGH, Urteil vom 23. April 2009 – Rechtssache C-378/07 „Angelidaki“ – Rn. 131 ff. – ECLI:EU:C:2007:675.