



75 Jahre
Demokratie
lebendig



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Arbeit und Soziales

20. Wahlperiode

6. Oktober 2023

Ausschussdrucksache **20(11)403**

Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Frank Bayreuther, Passau

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. Frank Bayreuther

Universität Passau

Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drs. 20/6909 u. 20/1852

Ausschuss für Arbeit und Soziales, Anhörung am 9. Oktober 2023

Der Antrag BT-Drs. 20/6909 zielt insbesondere auch auf den Referentenentwurf des BMAS mit Bearbeitungsstand vom 27.3.2023. Dieser ist in die Stellungnahme einbezogen.

1. Es ist zu begrüßen, dass mittlerweile offenbar Konsens darüber besteht, dass die Vorgaben des EuGH in seinem CCOO-Urteil (14.5.2019 – C-55/18, CCOO, NZA 2019, 683) nur über eine gesetzliche Regelung umgesetzt werden können.

Die Vorgaben des EuGH sind eindeutig: Die Mitgliedstaaten müssen die Arbeitgeber verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten und die von den Beschäftigten geleistete tägliche Arbeitszeit aufzuzeichnen. Diskussionen darüber, ob einzelne Wendungen im Urteil so auszulegen sind, dass die Arbeit nur zu messen, aber nicht aufzuzeichnen wäre oder dass der Arbeitgeber nur einen Aufzeichnungsmechanismus bereithalten müsse, indes nicht verpflichtet wäre, von diesem auch Gebrauch zu machen, haben nicht weitergeführt.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 13.9.2022, 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 erkannt, dass Arbeitgeber bereits nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet sind, ein System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann. Zudem ist er gehalten, die Arbeitszeiten der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer auch tatsächlich aufzuzeichnen.

Dieser Beschluss reicht indes bei weitem nicht zur Umsetzung der Vorgaben des EuGH. So ist in der Literatur ganz erheblich umstritten, ob er „verfassungskonform“ ist (dies bestreiten u.a.: Höpfner/Schneck, NZA 2023, 1; Salamon NJW 2023, 335; H. Hanau, RdA 2023, 115; aA: Bayreuther, NZA 2023, 193). Einige Stimmen fordern die Instanzgerichte sogar ganz explizit dazu auf, dem BAG nicht zu folgen. Darauf kommt es aber gar nicht an. Der Beschluss „funktioniert“ nur, soweit im fraglichen Betrieb ein Betriebsrat vorhanden ist und dieser über sein Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG vom Arbeitgeber auch tatsächlich die Einrichtung eines Zeiterfassungssystems einfordert. Dagegen außerordentlich fraglich ist, ob die Aufsichtsbehörden Arbeitgeber hierzu über eine Anordnung nach § 22 Abs. 3 ArbSchG verpflichten können. Wegen Art. 103 GG ist ausgeschlossen, dass gegen einen Arbeitgeber, der einer Anordnung nicht nachkommt, nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 lit. a, Abs. 2 ArbSchG ein Bußgeld verhängt wird (vgl. BVerfG 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, NJW 2022, 139 Rn. 156, Bundesnotbremse I). Alles in allem hat der Beschluss wohl sogar für weitere Unsicherheit in der Rechtspraxis gesorgt und am Ende hat sich die (u.a. auch vom Verfasser in der Anhörung am 11.9.2020, s. Ausschuss-Drs. 19[11]752) geäußerte Befürchtung realisiert, dass wenn der Gesetzgeber weiter nicht aktiv wird, Gerichte versuchen werden, die bestehende Regelungslücke über Einzelfallentscheidungen zu schließen.

Alleine der Gesetzgeber kann eine grundständige Verpflichtung zur Einrichtung einer Erfassung einführen. Und nur mittels einer gesetzlichen Regelung kann ein Tatbestand geschaffen werden, der allgemein Geltung beansprucht, umgekehrt aber sorgfältig ausdifferenziert ist, erforderliche Ausnahmen berücksichtigt und dabei die Spielräume genutzt werden, die das Unionsrecht den Mitgliedstaaten einräumt.

2. In der Tat erscheint es an der Zeit, dass beinahe fünf Jahre nach Verkündung des CCOO-Urteils die vom EuGH erkannte Rechtslage nunmehr endlich in das deutsche Recht überführt wird. Dennoch sollte bei aller gebotenen Eile bedacht vorgegangen und ein abgerundetes Regelungswerk ausgearbeitet werden. Insoweit verdient einige Aufmerksamkeit, dass die literarische Diskussion gezeigt hat, dass es alleine mit einer Regelung im ArbZG noch nicht getan ist. Vielmehr knüpfen an die Zeiterfassung nicht wenige Folgefragen vor allem für den öffentlichen Dienst (insb. Beamtenrecht) und angrenzende Bereiche an (Wissenschaft, Kunst usw.; zum Wissenschaftsbereich s. insb. Voßkuhle/ Poscher, FAZ 25.3.2023, S. 11), die ggf. einer gesonderten Regelung bedürfen.

3. Zudem sollte der Gesetzgeber die Gelegenheit beim Schopf ergreifen und – wenn er in Richtung einer Novelle des ArbZG denkt – sich ggf. zu einer weiterreichenden Reform des Arbeitszeitrechts durchringen (etwa: weiterer Gleichklang von ArbZG und Richtlinie usw.). Alleine schon was Begrifflichkeiten und Definitionen angeht, könnte das ArbZG gut modernisiert und so wieder näher an die Dogmatik des Unionsrecht herangeführt werden (Definition der Arbeitszeit, Definition und Regelung von Bereitschaftsdiensten, Rufbereitschaft, Ruhezeiten und Pausen, sowie von Fahrt- und Reisezeiten). Vor allem: Die Koalitionspartner hatten sich auf eine (begrenzte) Möglichkeit zur Abweichung von den derzeit bestehenden Regelungen des Arbeitszeitgesetzes hinsichtlich der Tageshöchstarbeitszeit verständigt und waren übereingekommen, jedenfalls auf der Basis von Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen Experimentierräume zu schaffen (s. Koalitionsvertrag, S. 54). Die nun erforderliche Anpassung des ArbZG erschiene als ein beinahe idealer Zeitpunkt, um auch hier tätig zu werden.

4. Art. 17 der Arbeitszeitrichtlinie der Union bietet die Möglichkeit, von den Vorgaben des Arbeitszeitrechts für solche Arbeitnehmer abzuweichen, deren (gesamte) Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht im Voraus bestimmt werden kann und die alleine und autonom ihre Arbeitszeit festlegen. Darüber hinaus billigt der EuGH den Mitgliedstaaten einen ergänzenden Entscheidungsspielraum zu, was die Zeiterfassung in concreto betrifft, so dass diese dort zusätzlich *„Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs, sogar der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihrer Größe“* zur Geltung bringen können (EuGH, aaO, Rn. 63).

Das ist nicht gleichbedeutend mit der bisherigen Vertrauensarbeitszeit und darf mit dieser auch nicht verwechselt werden. Dessen ungeachtet gibt es aber Berufsgruppen, auf die die beschriebenen Voraussetzungen zutreffen und auf die eine Aufzeichnungspflicht weder von ihrer Tätigkeit noch von ihrem Berufsbild her gesehen passt. Daher sollten einschlägige Ausnahmen gesetzlich verankert werden oder zudem ein gesetzlicher Rahmen geschaffen werden, wonach die Tarif- oder Betriebspartner solche vorsehen können.

Eine Delegation derartiger Öffnungsmöglichkeiten an die Tarifpartner erscheint insoweit sicherlich naheliegend. Umgekehrt sollten aber Beschäftigtengruppen, die ganz eindeutig über ihre Arbeitszeit völlig frei disponieren können, bereits von der gesetzlichen Ausnahme selbst erfasst sein. Für diese Personen ist nicht ersichtlich, warum eine Ausnahmeregelung an das „Einverständnis“ der Tarifpartner gebunden sein sollte. Zudem treffen die Öffnungsvoraussetzungen nicht selten gerade auf nicht „tarifffierte“ Arbeitsbereiche und Personengruppen zu. Zu denken sind etwa an Beschäftigte auf außertariflicher Ebene, die noch keine leitenden Angestellten sind oder an den wissenschaftlichen Bereich. Gerade dort könnten nicht alle Einrichtungen von einer Tariföffnungsklausel profitieren, weil keineswegs alle Forschungseinrichtungen in den Geltungsbereich der sich insoweit mehr oder weniger ausschließlich anbietenden Tarifverträge des öffentlichen Dienstes fallen.

Unabhängig davon wäre es eine Überlegung wert, das Ausnahmeregime des § 18 ArbZG zu modernisieren. Insbesondere der von Nr. 1 aktuell herangezogene betriebsverfassungsrechtliche Begriff

des leitenden Angestellten ist mit dem Unionsrecht einerseits nicht kompatibel, nutzt andererseits aber auch nicht den Spielraum, den dieses bietet.

Kritisch zu hinterfragen ist auch, ob etwaige tariflichen Gestaltungsmöglichkeiten, so wie im Referentenentwurf vorgesehen, an eine Tarifbindung des Arbeitgebers geknüpft sein sollen. Es geht hier nicht um eine Frage des Individualarbeitsrechts, sondern um die Option, von einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung abweichen zu dürfen. Warum der Gesetzgeber dies an eine Verbandszugehörigkeit bindet, erschiene zumindest rechtfertigungsbedürftig. Der dadurch ohnehin verknappte Anwendungsbereich des im Entwurf vorgesehenen Ausnahmeregimes wird noch dadurch weiter verengt, dass die Betriebspartner faktisch außen vorgelassen werden. Diese können nur auf Basis eines Tarifvertrags tätig werden.

5. Sowohl der EuGH als auch das BAG räumen dem Gesetzgeber bzw. der Praxis einen großen Gestaltungsspielraum ein, was die Art und Weise der Zeiterfassung angeht. Grundständig fordert der EuGH allerdings, dass die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten müssen, ein „*objektives (und) verlässliches*“ Erfassungssystem einzuführen. Umgekehrt eröffnet der Gerichtshof den Mitgliedstaaten aber ganz explizit einen Spielraum, was die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems, insbesondere dessen Ausgestaltung und Form betrifft.

Für die richterrechtliche Zeiterfassung formuliert das BAG (aaO, Rn. 65) treffend: *„Bei (...) Auswahl (der jeweiligen Mittel) sind vor allem die Besonderheiten der jeweils betroffenen Tätigkeitsbereiche der Arbeitnehmer und die Eigenheiten des Unternehmens – insbesondere seine Größe – zu berücksichtigen. (...), muss die Arbeitszeiterfassung nicht ausnahmslos und zwingend elektronisch erfolgen. Vielmehr können beispielsweise – je nach Tätigkeit und Unternehmen – Aufzeichnungen in Papierform genügen. Zudem ist es, auch wenn die Einrichtung und das Vorhalten eines solchen Systems dem Arbeitgeber obliegt, nach den unionsrechtlichen Maßgaben nicht ausgeschlossen, die Aufzeichnung der betreffenden Zeiten als solche an die Arbeitnehmer zu delegieren.“*

Danach wäre eine elektronische Aufzeichnung nicht zwingend. Allerdings wird es so sein, dass Unternehmen wohl in aller Regel ohnehin elektronisch aufzeichnen werden (etwa über Zeiterfassungssysteme, Apps usw.), alles andere erschiene kaum mehr zeitgemäß und vielen Arbeitgebern wohl schlicht zu aufwändig. Zudem ist zu berücksichtigen, dass im Fall einer händischen Aufzeichnung dem Arbeitgeber aufgegeben werden müsste, die Aufzeichnungen so zu systematisieren bzw. aufzubereiten, dass Aufsichtsbehörden bzw. Betriebsräte „auf einen Blick“ ersehen können, ob die Vorgaben des ArbZG eingehalten worden sind. Spätestens auf der der Aufzeichnung nachfolgenden Verwaltungsebene müssten händische Aufzeichnungen dann wohl doch noch elektronisch verbucht werden. Dennoch sollte zumindest kleineren Unternehmen (Referentenentwurf: Unternehmen mit bis zu zehn Beschäftigten) bzw. Arbeitseinheiten oder Beschäftigtengruppen, bei denen eine elektronische Erfassung nicht sinnvoll ist, ermöglicht werden, es bei einer händischen Aufzeichnung zu belassen.

Was die Aufzeichnungsfrequenz betrifft, bestehen derzeit unterschiedliche Regelungen. Das MiLoG (§ 17) und das AEntG (§ 19) verpflichten Arbeitgeber aktuell zu einer Aufzeichnung binnen einer 7-Tagesfrist, § 8 Offshore-Arbeitszeitverordnung zu einer täglichen Aufzeichnung; § 21a Abs. 7 ArbZG (Straßenverkehr) enthält keine Bestimmung hierzu. Insoweit ist freilich zu bemerken, dass, soweit elektronisch aufgezeichnet wird, die Frage, ob eine taggenaue Erfassung erforderlich ist, letztlich ohne praktische Relevanz bleiben wird. Ansonsten sollte Unternehmen, vor allem aber den betroffenen Arbeitnehmern, hier eine hinreichende Flexibilität belassen werden. Eine Zeiterfassungsregelung spricht eine nicht überschaubare Vielzahl von Berufsgruppen, Beschäftigungsformen und Tätigkeiten an, so dass sich eine punktgenaue Erfassung wohl nicht in allen Konstellationen erreichen lassen wird. Soweit insbesondere im Bereich von Mini-Jobs u.dgl. Missbräuche festzustellen sind, dürfte es dabei (s. den

Antrag BT-Drs. 20/1852, S. 2) eher um Vergütungsfragen gehen als um solche des öffentlichen Arbeitszeitrechts. Entsprechend wäre eine etwaige Anpassung des § 17 MiLoG wahrscheinlich auch zielführender.

Dass die Aufzeichnung an den Arbeitnehmer delegiert werden können muss, erscheint notwendig (mobile Arbeitnehmer [iWS], homeoffice usw.). Auch muss, wie im Referentenentwurf vorgesehen, eine mittelbare Erfassung über die Einbindung des Arbeitnehmers in ein Schichtsystem u. dgl. genügen.

Was Art, Form und Frequenz der Aufzeichnung betrifft, darf abschließend darauf hingewiesen werden, dass mit § 26 Arbeitszeitgesetz bei unserem österreichischen Nachbarn eine durchaus ausdifferenzierte Regelung besteht, die seit langer Zeit in der Praxis erprobt ist und durchaus eine Betrachtung wert wäre.