

# **Ende der Vertrauensarbeit – Renaissance der Stechuhr?**

Zeiterfassung im Arbeitsrecht nach dem Urteil des EuGH v. 14.5.2019 –  
C-55/18

Stefanie Will\*

Inhalt	
A. Einleitung	159
B. Entscheidung des EuGH	162
I. Wesentlicher Inhalt der Entscheidung	162
II. Rechtsgrundlage der Entscheidung	164
C. Auswirkungen der Entscheidung auf die Rechtslage in Deutschland	168
I. Unmittelbare Wirkung der Charta	169
II. Unmittelbare Wirkung der Richtlinien	170
III. Auslegung von § 16 Abs. 2 ArbZG	171
IV. Auslegung von § 17 Abs. 4 ArbZG	173
D. Neugestaltung der Arbeitszeitmessung	174
I. Objektivität	175
II. Verlässlichkeit	179
III. Zugänglichkeit	181
IV. Ausnahmeregelungen	182
V. Erkenntnisse aus der Rechtsvergleichung	184
VI. Datenschutz	186
VII. Betriebliche Mitbestimmung	187
VIII. Sanktionen	188
E. Fazit	189

## **A. Einleitung**

Arbeiten zu jeder Zeit und von überall aus – die Digitalisierung der Arbeitswelt soll für Arbeitgeber und Arbeitnehmer zahlreiche Vorteile bieten. Die Zahl der Erwerbstätigen in Deutschland befindet sich nach wie vor auf einem Rekordhoch, wobei die Rate der in Teilzeit Beschäftigten ebenfalls noch nie so hoch war wie in den letzten

\* Dr. (iur.), berufliche Position ist Dozentin für Wirtschaftsprivatrecht.

Jahren.<sup>1</sup> Dabei steht der Wunsch nach mehr Flexibilität im Vordergrund, wozu auch die freie Entscheidung über die Arbeitszeit gehört, um Beruf und Familie oder Freizeitgestaltung besser vereinbaren zu können. Für viele insbesondere im Dienstleistungsbereich tätige Mitarbeiter gehören die Zeiten der Vergangenheit an, in denen man jeden Morgen sein festes Büro betreten und es am Abend wieder verlassen hat – es wird von entgrenzter oder entbetrieblicher Arbeit gesprochen.<sup>2</sup> Arbeiten ohne festgelegte Arbeitsorte und -zeiten erfreuen sich unter den Schlagworten „Home-office“<sup>3</sup> und „Vertrauensarbeitszeit“ immer größerer Beliebtheit. Dabei wählt der Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarte Zeit selbstständig und eigenverantwortlich, während der Arbeitgeber auf eine Kontrolle oder auch eine Zeiterfassung weitgehend verzichtet.<sup>4</sup> Starre Arbeitszeitmodelle nach den Vorgaben im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) bezüglich werktäglicher Höchstarbeitszeit sowie einzuhaltender Ruhepausen und Ruhezeiten entsprechen seit langem nicht mehr der modernen Arbeitswelt;<sup>5</sup> Vertriebler, die zwischen den einzelnen Kunden hin- und herpendeln, Telefonkonferenzen am Abend sowie auf Dienstreisen, E-mails, die schnell noch beim Frühstück gelesen und beantwortet werden, all das ist selbstverständlicher Teil der modernen Arbeitswelt. Dennoch sieht die gegenwärtige Gesetzeslage in Deutschland in § 16 Abs. 2 ArbZG eine genaue Zeiterfassung im Wesentlichen nur für Überstunden sowie die Arbeit an Sonn- und Feiertagen vor.<sup>6</sup>

Soll sich dies nach dem Urteil des Europ. Gerichtshofs (EuGH) vom 14. Mai letzten Jahres<sup>7</sup> grundlegend ändern? Einmal mehr haben die obersten Richter in der EU die Stellung des Arbeitnehmers als „schwächere Partei des Arbeitsvertrages“<sup>8</sup> betont und versuchen, mit ihrer Forderung an die Mitgliedstaaten nach einer Verpflichtung der Arbeitgeber zur Einrichtung von Zeiterfassungssystemen den Schutz der Arbeitnehmer vor Benachteiligung und gesundheitlichen Beeinträchtigungen auszubauen. Nach Ansicht des Gerichts sei ein effektiver Arbeitnehmerschutz, wie ihn die Regelungen der EU vorschreiben, nur dann gewährleistet, wenn die Dauer und Lage der täglich geleisteten Arbeitszeit durch ein „objektives, verlässliches und zugängliches System“

1 Vgl. Statist. Bundesamt, Datenreport 2018, Kap. 5; Institut für Arbeitsmarkt- u. Berufsfor- schung mit aktuellen Zahlen unter <http://doku.iab.de/arbeitmarktdaten/tabc-az1902.pdf> (11.03.2020).

2 Vgl. Höpfner/Daum, RdA 2019, S. 270; Hanau, EuZA 2019, S. 424.

3 Zum Begriff vgl. Benkert, NJW-Spezial 2019, S. 306.

4 Vogelsang, in: Schaub/Ahrendt et al., § 160, Rn. 33; Schlottfeldt/Hoff, NZA 2001, S. 530; Hilgenstock, BeckOK Arbeitsrecht, § 2 MiLoG, Rn. 37.

5 Zahlreiche Beispiele zu Verstößen gegen das geltende ArbZG bei Schmid, SPA 2019, S. 81 f.; Felsiak/Schmid, BC 2019, S. 271, 272.

6 Zu den Ausnahmen vgl. § 17 Abs. 1 MiLoG i.V.m. § 8 Abs. 1 SGB IV bei geringfügig Beschäftigten und i.V.m. § 2 a SchwarzArbG für zahlreiche Branchen wie Bau-, Gaststätten, Speditions- u. Logistikgewerbe sowie Unternehmen aus den Bereichen Forstwirtschaft u. Messebau, § 17 c AÜG bei Arbeitnehmerüberlassung, § 19 Abs. 1 ArbEntG für entsandte Arbeitnehmer, § 8 Offshore-ArbZV für Offshore-Tätigkeiten, und § 21 a Abs. 7 ArbZG für Arbeitnehmer im Straßentransport. Dort muss die gesamte Arbeitszeit gemessen und aufgezeichnet werden.

7 EuGH, Rs. C-55/18, CCOO, ECLI:EU:C:2019:402.

8 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 44 u. 55; vgl. auch EuGH, Rs. C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft, ECLI:EU:C:2018:874.

gemessen werde.<sup>9</sup> Soweit in manchen Ländern keine entsprechenden gesetzlichen Regelungen vorgesehen seien, müsste dieses Umsetzungsdefizit der Arbeitszeitrichtlinie beseitigt und die tägliche Regelarbeitszeit branchenübergreifend erfasst werden.

Nachdem in den letzten Jahren vor allem Themen aus dem Bereich „Arbeiten 4.0“ mit Fragen des Datenschutzes und künstlicher Intelligenz die Personalabteilungen beschäftigt haben,<sup>10</sup> stellt diese Entscheidung des EuGH mit ihrer Forderung nach verlässlichen Systemen zur Messung der Arbeitszeit eine klassische Frage der Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in den Fokus: wie wird festgestellt, ob der Arbeitnehmer die vereinbarte Gegenleistung erbracht hat und wie kann er die ihm zustehenden Pausen und Ruhezeiten sowie die Vergütung für geleistete Überstunden geltend machen?

In den vergangenen Monaten wurde das Urteil bereits in einer Reihe von Beiträgen kommentiert. Vorliegend wird zunächst untersucht, ob eine gesetzliche Neufassung der arbeitsrechtlichen Regelungen in Deutschland überhaupt erforderlich ist. Anschließend soll ein Vergleich mit der Rechtslage in ausgewählten europäischen Staaten dazu dienen, Vorschläge für eine zeitgemäße und den Erfordernissen der europ. Richter genügende Neufassung des Arbeitszeitrechts zu erarbeiten.

Leider fehlen verlässliche Daten zur aktuellen Situation der Erfassung geleisteter Arbeitszeit in Deutschland. Nach einer neueren Studie des „Center for Leadership and Behavior in Organisations“ wird von durchschnittlich der Hälfte aller Beschäftigten in Deutschland die Arbeitszeit nicht gemessen, bei etwa einem Drittel dagegen findet orts- und zeitunabhängig eine Erfassung statt, bei allen übrigen ist die Vorgehensweise der Zeitmessung unterschiedlich ausgestaltet, bei einem geringen Prozentsatz werden nur die Überstunden festgehalten.<sup>11</sup> Bei dieser komplexen Ausgangssituation erscheint es schwer, eine einheitliche und alle Beteiligten zufriedenstellende Rechtslage zu schaffen.

Entsprechend hat die Entscheidung des Gerichtshofs in Politik- und Wirtschaftskreisen kontroverse Stellungnahmen ausgelöst, die von einem zustimmenden Ruf insbesondere auf Gewerkschaftsseite nach der (Wieder)Einführung der (digitalen) Stechuhr auch zum Schutz gegen unbezahlte Überstunden<sup>12</sup> über behutsame Anpassungen

9 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 60.

10 Vgl. Arnold/Winzer, Kap. 3 A.; Wiebauer, NZA 2016, S. 1430 ff.

11 Vgl. FAZ v. 20.07.2019, S. C1, allerdings sind die dort erhobenen Zahlen nicht bevölkerungsrepräsentativ, wobei andere Studien zu ähnlichen Ergebnissen kommen, s. <https://www.personalwirtschaft.de/arbeitsrecht/urteile/artikel/studie-zur-arbeitszeiterfassung.html> (11.03.2020); nach einer Studie der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin aus dem Jahr 2015 soll bei 61% der befragten 20.000 abhängig Beschäftigten ein Arbeitszeitkonto geführt worden sein, vgl. BauA (2016) Arbeitszeitreport Deutschland 2016, S. 60, abrufbar unter: <https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/F2398.pdf> (11.03.2020).

12 Pressemitteilung 034 des DGB v. 14.05.2019, abrufbar unter: <https://www.dgb.de/presse/+co++5bb4337a-7622-11e9-9e41-52540088cada> (11.03.2020); Däubler, Interview v. 17.05.2019, abrufbar unter: [\(11.03.2020\)](https://www.bund-verlag.de/aktuelles-Ein-guter-Betriebsrat-vertraegt-auch-Liebeszug).

gerade im Bereich mittelständischer Unternehmen<sup>13</sup> bis hin zu der Ansicht reichen, es bestehe derzeit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.<sup>14</sup>

Für den deutschen Gesetzgeber bedeutet das Urteil zunächst einmal eine Überprüfung der bestehenden Rechtslage: kann das Arbeitszeitgesetz in seiner jetzigen Fassung richtlinienkonform nach den im Urteil festgehaltenen Anforderungen ausgelegt werden oder bedarf es einer Neuregelung?

Dabei gilt es zu beachten, dass der EuGH selbst offen gelassen hat, wie dieses System zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit konkret ausgestaltet sein soll; diese Festlegung obliege den einzelnen Mitgliedstaaten. Darüber hinaus dürften Besonderheiten wie etwa des Tätigkeitsbereichs oder der einzelnen Unternehmen selbst, namentlich die Unternehmensgröße bei der Umsetzung der richterlichen Anordnung berücksichtigt werden.<sup>15</sup> Dabei stellt sich die Frage, ob damit ein weites Feld für die Staaten eröffnet wird, die geforderte Messung der Arbeitszeit auszuhöhlen. Auf jeden Fall wird das Urteil des EuGH Auswirkungen auf die bisherige Praxis im Umgang mit der Arbeitszeit sowie deren Erfassung und Dokumentation haben.

Der folgenden Ausführungen stellen die Entscheidung zunächst in methodischer Sicht dar und befassen sich anschließend mit der Frage der Auswirkungen auf die Rechtsordnung in Deutschland, wobei Vorschläge für eine Neuregelung unter Berücksichtigung bestehender Normen auch aus anderen europäischen Staaten erarbeitet werden.

## B. Entscheidung des EuGH

### I. Wesentlicher Inhalt der Entscheidung

Ausgangspunkt des Urteils war eine Verbandsklage der spanischen Gewerkschaft Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) unterstützt von vier weiteren Gewerkschaftsorganisationen gegen die Deutsche Bank SAE, bei der kein betriebsinternes System zur Erfassung der von ihren Mitarbeitern geleisteten täglichen Arbeitszeit bestand, lediglich ganztägige Fehlzeiten (wie Urlaub oder sonstige freie Tage) wurden von einer Software erfasst. Die Einführung eines solchen Systems hielt die Gewerkschaft aber für notwendig, um die tatsächlich geleistete Arbeitszeit im Einzelnen lückenlos erfassen und dokumentieren sowie im Anschluss daran auch überprüfen zu können.

Die Beklagte hatte unter Verweis auf frühere Urteile des Obersten Spanischen Gerichtshofs das Begehren der CCOO als unbegründet zurückgewiesen, da nach der bestehenden Gesetzeslage die Aufzeichnung der Regelarbeitszeit nicht geboten sei und diese zudem in unzulässiger Weise in die Datenschutzrechte der Arbeitnehmer

13 Vgl. Redaktion beck-aktuell v. 27.05.2019, becklink 2013243.

14 So BWirtschaftsMin. Altmaier, Tagesspiegel v. 22.05.2019, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/gutachten-zu-eugh-urteil-geplant-altmaier-sieht-keinen-handlungsbedarf-bei-arbeitszeiterfassung/24365880.html> (11.03.2020).

15 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 63.

eingreife. Gem. Art. 34 und 35 des span. Arbeitnehmerstatuts<sup>16</sup> bestünde lediglich die Verpflichtung, die von den Beschäftigten geleisteten Überstunden zu messen, nicht aber die tatsächlich geleistete Arbeitszeit.

Der Nationale Gerichtshof in Spanien (Audiencia Nacional) hatte Zweifel an der Vereinbarkeit dieser durch das Tribunal Supremo vorgenommenen Auslegung der Regelungen des span. Arbeitnehmerstatuts mit dem Unionsrecht. Bei dem in Rede stehenden Unionsrecht handelt es sich um die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) sowie die Richtlinien 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (im Folgenden RL 2003/88/EG) und 89/391/EWG des Rates vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (im Folgenden RL 89/391/EWG). Das Verfahren in Spanien wurde daher ausgesetzt und dem EuGH mit verschiedenen Fragen zur Vorabentscheidung nach Art. 19 Abs. 3 b) EUV vorgelegt.

Nach Auffassung der europ. Richter, die im Wesentlichen den Schlussanträgen des Generalanwalts Pitruzella folgen,<sup>17</sup> kann der in der RL 2003/88/EG garantierte Arbeitnehmerschutz nur dann gewährleistet werden, wenn die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, um die von Arbeitnehmern geleistete tägliche Arbeitszeit zu erfassen.<sup>18</sup> Die bisherige Auslegung des spanischen Rechts durch das Oberste Gericht verstöße gegen die geltende Arbeitszeitrichtlinie, die im Lichte der EU-Grundrechtecharta und der RL 89/391/EWG auszulegen sei.<sup>19</sup>

Im Ergebnis gefährde jede nationale Regelung, die keine Verpflichtung zu einer entsprechenden Arbeitszeiterfassung vorsehe, die Ziele der Charta sowie der Arbeitszeitrichtlinie, einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten.<sup>20</sup> Das Gericht ist der Ansicht, dass ein derartiges Arbeitszeiterfassungssystem für die Arbeitnehmer ein besonders wirksames Mittel darstelle, einfach an objektive und verlässliche Daten über die tatsächlich geleistete Arbeitszeit zu gelangen.

Zu beachten ist auch, dass die vom EuGH angestrebte Harmonisierung der Arbeitszeitgestaltung sich nicht – wie oftmals verkürzt dargestellt – auf die Forderung beschränkt, die tägliche Arbeitszeit als Ganzes zu messen. Vielmehr beinhaltet die Entscheidung auch die Verpflichtung, Mindestruhezeiten und Ruhepausen mit einem Kontrollsysteem zu erfassen,<sup>21</sup> somit ist eine genaue Aufzeichnung des Arbeitstages erforderlich.

16 Estatuto de los Trabajadores (Arbeitnehmerstatut) idF des Real decreto legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Königliches Gesetzesdekret 2/2015 zur Billigung der Neufassung des Arbeitnehmerstatuts) vom 23.10.2015 (BOE Nr. 255 vom 24.10.2015, 100224).

17 BeckRS 2019, S. 667 ff.

18 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 50 u. 60.

19 Ibid., Rn. 30f.

20 Ibid., Rn. 43 u. 50.

21 Ibid., Rn. 42.

## II. Rechtsgrundlage der Entscheidung

Mit dieser Entscheidung kommt der EuGH seiner Aufgabe nach, das Unionsrecht zu harmonisieren, indem er für dessen einheitliche Anwendung und Auslegung Sorge trägt. Als „Motor der europäischen Integration“<sup>22</sup> urteilt er u.a. über ihm vorgelegte konkrete Rechtsfragen aus den Mitgliedstaaten, die für das nationale Gerichtsverfahren erheblich sind, um den Normen der EU zu umfassender Wirksamkeit zu verhelfen. Die Richter betonen vorliegend den Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitszeitgestaltung, wobei tägliche und wöchentliche Mindestruhezeiten sowie angemessene Ruhepausen grundsätzlich für alle Mitarbeiter zu beachten seien.<sup>23</sup>

Ein wesentlicher Ansatzpunkt des Urteils ist dazu das in Art. 31 Abs. 2 der Charta verbürgte Recht jedes Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit sowie auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten. Gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUV stehen diese Grundrechte im gleichen Rang wie primärrechtliche Verträge. Dieses Grundrecht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen werde in den Art. 3, 5 und 6 lit. b der RL 2003/88/EG konkretisiert.<sup>24</sup> Auch wenn mit der Arbeitszeitrichtlinie lediglich Mindestruhezeiten sowie eine Obergrenze der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit festgelegt werden – es findet sich darin keine Verpflichtung zur Erfassung der werktäglichen Arbeitszeit –, so seien die Mitgliedstaaten dennoch gehalten, die zur praktischen Umsetzung erforderlichen Maßnahmen dergestalt zu treffen, dass es nicht zu einer Aushöhlung der in Art. 31 Abs. 2 der Charta verbürgten Rechte komme.<sup>25</sup> Dies sei nach Auffassung der Richter nur dadurch zu gewährleisten, dass man die täglich geleistete Arbeitszeit objektiv und verlässlich feststelle,<sup>26</sup> da die Einstufung von Arbeitszeit als „Überstunde“ zwingend die Messung der „gewöhnlichen“, d.h. in Regellarbeitszeit geleisteten Stunden voraussetze.<sup>27</sup>

Insoweit sei die für das Urteil maßgebliche gesetzliche Regelung in Spanien – die im Zeitpunkt der Vorlage zum EuGH noch im Wesentlichen der aktuellen in Deutschland entsprochen hat<sup>28</sup> – unzureichend: es werde nur in einigen Teilbereichen eine Erfassung der geleisteten täglichen Arbeitszeit gefordert wie etwa für Teilzeitbeschäftigte, mobile Arbeitnehmer, Arbeitnehmer in der Handelsmarine und im Eisenbahssektor. Der von der Richtlinie angestrebte Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer und deren Anspruch auf Durchsetzung ihrer Rechte könne nur dann gesichert werden, wenn die Zahl der täglich geleisteten Arbeitsstunden sowie ihre zeitliche Verteilung objektiv und verlässlich ermittelt werde. Zudem erleichtere eine

22 Becker, MwStR 2019, S. 478.

23 EuGH, CCOO, (Fn. 7), Rn. 37 u. 40.

24 Ibid., Rn. 30f.

25 Vgl. EuGH, CCOO, (Fn. 7), Rn. 40 bis 42.

26 Ibid., Rn. 50.

27 Ibid., Rn. 52.

28 Gem. § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG ist nur die über die werktägliche Arbeitszeit von 8 Stunden hinausgehende Arbeitszeit aufzuzeichnen, nicht aber generell die „gewöhnliche“ Arbeitszeit festzuhalten. Die Rechtslage in Spanien hat sich bereits vor dem Richterspruch geändert, vgl. dazu unter C.

objektive Messung der geleisteten täglichen Arbeitszeit den zuständigen Behörden und Arbeitnehmervertretern eine Kontrolle der einzuhaltenden Arbeits- und Ruhezeiten.<sup>29</sup>

Nachfolgend wird die Vorgehensweise des EuGH, um eine entsprechende Verpflichtung der Arbeitgeber zur Messung der geleisteten täglichen Arbeitszeit zu begründen, aus rechtsmethodischer Sicht genauer betrachtet.

Der Gerichtshof erkennt in seiner Begründung zwar an, dass die RL 2003/88/EG selbst nach ihrem Wortlaut eine Erfassung der täglich geleisteten Arbeitszeit nicht vorschreibt.<sup>30</sup> Es finden sich in den Art. 3, 5 und 6 nur Ausführungen zu den täglichen Ruhezeiten bzw. zu den wöchentlichen Ruhe- und Höchstarbeitszeiten. In allen 3 Artikeln wird es den Mitgliedstaaten überlassen, über die „erforderlichen Maßnahmen“ zur Erfüllung dieser Verpflichtung selbst zu entscheiden. Insoweit stelle sich die Frage nach der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien vorliegend nicht. Vielmehr betont das Gericht, dass die beiden Richtlinien 2003/88/EG und 89/391/EWG Konkretisierungen der Rechte aus Art. 31 Abs. 2 der Charta seien.<sup>31</sup> Es bliebe damit zu klären, ob Art. 31 Abs. 2 der Charta eine unmittelbare Horizontalwirkung zwischen Privatpersonen entfaltet, d.h. ob man sich in der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Bezug auf die Arbeitszeit unmittelbar auf diese Regelung berufen kann. Die grundsätzliche Möglichkeit der Horizontalwirkung des Artikels hat der EuGH in früheren Entscheidungen bejaht.<sup>32</sup> Im vorliegenden Rechtsstreit finden sich hierzu in der gerichtlichen Entscheidung anders als in den Schlussanträgen des Generalanwalts Pitruzella<sup>33</sup> jedoch keine Ausführungen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich die von spanischer Seite vorgelegten Rechtsfragen nur darauf bezogen hatten, ob die vom Obersten Nationalgericht vorgenommene Gesetzesauslegung europarechtswidrig sei oder nicht.<sup>34</sup> Die Frage, ob sich aus der Grundrechtscharta für den einzelnen Arbeitnehmer unmittelbar Ansprüche auf eine Messung seiner täglich geleisteten Arbeitszeit ableiten lassen, hat sich für den EuGH in dem vorliegenden Verfahren nicht gestellt.

Insoweit setzt die Entscheidung des EuGH nur an der Frage nach der Zulässigkeit nationaler Arbeitsregelungen an: die Gesetze derjenigen Staaten, in denen sich keine Verpflichtung zur Messung der geleisteten täglichen Arbeitszeit finde, stünden nicht in Einklang mit den in der Charta und in den beiden Richtlinien zum Arbeitsschutz

29 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 56.

30 Ibid., Rn. 41 u. 44.

31 Ibid., Rn. 31.

32 EuGH, Rs. C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871: Artikel 31 Abs. 2 der Charta kann in einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen geltend gemacht werden, damit Regelungen des nationalen Rechts nicht zur Anwendung kommen, denen zufolge der Anspruch eines Arbeitnehmers auf eine finanzielle Vergütung für nicht genommenen Jahresurlaub nicht auf seine Erben übertragen werden kann; EuGH, Rs. C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft* (Fn. 8), zum Recht auf bezahlten Jahresurlaub.

33 Schlussanträge v. 31.01.2019, vgl. BeckRS 2019, S. 667, Rn. 93 f.

34 Diese Frage wird sich aber in Bezug auf die Auswirkungen der Entscheidung für den deutschen Gesetzgeber stellen, vgl. dazu unter C. I., da bei einer unmittelbaren Horizontalwirkung von Art. 31 Abs. 2 der Charta eine Verpflichtung der Arbeitgeber zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit schon vor einer Umsetzung der Richtlinie bestanden hätte.

verbürgten Rechten des einzelnen Arbeitnehmers, da sie eine effektive Durchsetzung der darin vorgesehenen Rechte nicht hinreichend gewährleisten würden.

Um eine entsprechende Verpflichtung der Arbeitgeber zu begründen, greift der Gerichtshof auf das Mittel der Auslegung zurück, indem er betont, dass die beiden Richtlinien zur Arbeitszeitgestaltung und zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer „im Licht von Art. 31 Abs. 2 der Charta .... auszulegen“<sup>35</sup> seien. Dabei ist zu beachten, dass die Methodik der Auslegung durch den EuGH im Wesentlichen nach objektiven Grundsätzen erfolgt, d.h. es wird zunächst auf die grammatischen, systematischen und teleologischen Auslegung abgestellt.<sup>36</sup>

Allerdings erscheint zweifelhaft, ob das damit erzielte Ergebnis im vorliegenden Fall in methodischer Hinsicht tragbar ist. Vielmehr drängt sich die Vermutung auf, dass sich das Gericht einmal mehr von dem angestrebten Ziel eines möglichst umfassenden Schutzes der Arbeitnehmer hat leiten lassen und entgegen den eigenen Ausführungen im Urteil Rechtsfortbildung jenseits der klassischen Auslegung betrieben hat.<sup>37</sup> Wie bereits dargestellt, befassen sich die Regelungen in Art. 3, 5 und 6 der RL 2003/88/EG gerade nicht mit der Messung der täglichen Arbeitszeit. Auch bei weitester Ausdehnung des Wortlauts kann die Richtlinie nach grammatischer Auslegung nicht dahingehend verstanden werden, dass sie weitere Pflichten begründet als diejenigen, Mindestruhezeiten zu gewährleisten und Überschreitungen der wöchentlichen Höchstarbeitszeit zu verhindern.<sup>38</sup>

Betrachtet man die Systematik der Richtlinien zum Arbeitsschutz und zur Arbeitszeitgestaltung, so sollen diese wie auch ihre Vorgängerregelungen Mindestvorschriften erlassen, die auf eine Verbesserung der Arbeitsumwelt abzielen, um Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen.<sup>39</sup> Dies wird auch ohne eine Erfassung der werktäglichen Arbeitszeit erreicht.

Im Rahmen der teleologischen Auslegung der Richtlinie kann zur Ermittlung des Willens des Gesetzgebers auf die dort genannten Erwägungsgründe zurückgegriffen werden. Unter Punkt 5 heißt es, dass angemessene Ruhezeiten eingehalten und wöchentliche Höchstarbeitszeiten festgelegt werden müssen. Ein möglicher Zweck, mit der Richtlinie eine Verpflichtung zur Messung und Aufzeichnung der täglich geleisteten Arbeitszeit zu schaffen, wird nicht erwähnt.

Nachdem diese klassischen Auslegungsregeln im vorliegenden Fall keine Entscheidungsgrundlage zu der Frage der Erfassung der werktäglichen Arbeitszeit zu bieten vermögen, greift der EuGH zu einem weiteren in ständiger Rechtsprechung geübten Auslegungsgrundsatz, dem sog. effet utile. Dabei geht es darum, einer Gemeinschafts-

35 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 31.

36 Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind „bei der Auslegung einer Gemeinschaftsvorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden“, vgl. EuGH, Rs. C-223/98, *Adidas*, ECLI:EU:C:1999:500, Rn. 23 und EuGH, Rs. C-156/98, *Deutschland/Kommission*, ECLI:EU:C:2000:467, Rn. 50; die historische Auslegung spielt für den EuGH kaum eine Rolle, da die erforderlichen Materialien nur schwer zugänglich sind.

37 Vgl. *Bayreuther*, EuZW 2019, S. 446, 447.

38 So auch der EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 40.

39 Europ. Kommission zu Auslegungsfragen der RL 2003/88, ABl. C 165 v. 24.05.2017, S. 8 f.

norm die volle Wirksamkeit zu verschaffen, indem im Rahmen der Auslegung demjenigen Zweck des Gesetzes der Vorzug gegeben wird, der die größtmögliche Wirkung in der gesellschaftlichen Realität zu leisten vermag.<sup>40</sup> Vorliegend sollen nach Art. 3, 5 und 6 der RL 2003/88/EG tägliche und wöchentliche Mindestruhezeiten gewährleistet und Überschreitungen der wöchentlichen Arbeitszeiten verhindert werden. Nach Ansicht des EuGH ist das wirksamste und damit allein zulässige Mittel dazu die Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeit.<sup>41</sup> Andere Beweismittel zur Ermittlung der geleisteten Arbeitszeit wie etwa die Untersuchung von Computern, Mobiltelefonen oder Zeugenbeweise hält das Gericht nicht für geeignet.<sup>42</sup>

Auch wenn der Gerichtshof dabei betont, dass die Wahl der hierzu erforderlichen konkreten Maßnahmen den Mitgliedstaaten überlassen werde, so greift er mit seiner Feststellung, dass gesetzliche Regelungen, die die von ihm genannten Anforderungen nicht erfüllen, unionsrechtswidrig seien, erheblich über die ihm zugedachte Rolle hinaus. Der EuGH führt zwar aus, dass die von den Mitgliedsländern zu wählende Maßnahme sowohl im Bereich der privatrechtlichen Ansprüche der Arbeitnehmer als auch der öffentlich-rechtlichen Ansprüche der Kontrollbehörden hinreichend geeignet – im Sinne von *einzig* geeignet und damit erforderlich – sein muss, um die in den Richtlinien postulierten Ziele zu erreichen. Indem gerade in der individualrechtlichen Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber davon ausgegangen wird, dass allein ein objektives Messsystem den Arbeitnehmer vor Benachteiligungen schütze und er keinerlei Möglichkeit habe, in anderer Weise gegen Vertragsverletzungen einzuschreiten, verkennt das Gericht dessen starke Rechtsposition.<sup>43</sup> So würde beispielsweise eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast hin zu einer entsprechenden Pflicht des Arbeitgebers wie bereits im Kündigungsrecht oder in § 22 AGG angewandt ausreichen, um die Frage der Überschreitung der vereinbarten Arbeitszeit zu klären. Auch bezüglich der Kontrollmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden sind Zweifel angebracht, ob die im Urteil ausgesprochenen Mittel die einzige erfolgversprechenden sind. In Deutschland besteht mit der Regelung in § 17 Abs. 2 ArbZG bereits die Möglichkeit, anlassbezogen eine vollständige Dokumentation zu fordern, soweit in einem Betrieb die Einhaltung der Arbeitszeit missachtet wird.<sup>44</sup>

Mit dem Tenor seiner Entscheidung wird das Gericht vielmehr rechtsfortbildend tätig, verlässt also den Rahmen der Auslegung und sucht neue oder ergänzende Inhalte für vom Parlament gesetzte Rechtsakte.<sup>45</sup> Daher ist höchst fraglich, ob diese Rechtsprechung noch von der Rechtsfortbildungsbefugnis des EuGH nach Art. 220 Abs. 1

<sup>40</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-41/74, *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133; ausführlich *Seyr* sowie *Potacs*, EuR 2009, S. 465, 467 ff.; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, S. 270, 272; z.T. auch als Unterform der teleologischen Auslegung angesehen, vgl. *Potacs*, EuR 2009, S. 469.

<sup>41</sup> EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 54.

<sup>42</sup> Ibid., Rn. 53 ff.

<sup>43</sup> Dazu ausführlich *Höpfner/Daum*, RdA 2019, S. 270, 273 f.

<sup>44</sup> VG Augsburg, Urt. v. 18.04.2013, BeckRS 2013, S. 22889.

<sup>45</sup> Vgl. *Potacs*, S. 483 ff. mit Verweis auf eine Reihe bedenklicher Entscheidungen des EuGH; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, S. 270, 274 f.; *Bayreuther*, EuZW 2019, S. 446, 447; ähnliches gilt für die Rspr. des BAG, vgl. *Linsenmaier*, RdA 2019, S. 157, 158 ff.; grundlegend zur Frage der Grenzen der Rechtsfortbildung *Schlachter*, EuZA 2015, S. 1 ff.

EGV gedeckt ist. Insbesondere in dem hier auch betroffenen Bereich des öffentlichen Arbeitsrechts sollten in den zugrundeliegenden Richtlinien zumindest Ansätze der geforderten Verpflichtung der Arbeitgeber vorhanden sein, die in den RL 2003/88/EG und 89/391/EWG aber nicht zu erkennen sind.<sup>46</sup>

### C. Auswirkungen der Entscheidung auf die Rechtslage in Deutschland

Aufgaben und Bedeutung des EuGH sind im EU-Vertrag eindeutig geregelt: gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV sichert der Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge; ein Mittel dazu ist wie im vorliegenden Fall die Vorabentscheidung auf Antrag der einzelstaatlichen Gerichte über die Auslegung des Unionsrechts, § 19 Abs. 3 b EUV. Wie unter B. II. dargelegt, konnte der EuGH die Verpflichtung zur Einrichtung eines Zeiterfassungssystems nicht aus der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts folgern – weder die Charta noch die RL 2003/88/EG bzw. RL 89/391/EWG sehen entsprechende Regelungen vor.

Die Entscheidung hat allerdings bereits ihrem Tenor nach nicht nur Bedeutung für die Rechtslage in Spanien: es werden alle Mitgliedstaaten zu einer bestimmten Rechtsauslegung bzw. Gesetzesänderung angehalten, soweit in ihren Vorschriften noch keine verbindliche Messung der täglichen Arbeitszeit vorgesehen ist. In der Diskussion nach Erlass des Urteils ist vielfach unerwähnt geblieben, dass in Spanien bereits zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung eine neue Rechtslage bestand: die span. Regierung hat in einem Gesetz vom 08. März 2019 über dringende Sozialschutzmaßnahmen und der Bekämpfung prekärer Arbeitsbedingungen beschlossen, die Unternehmen zu verpflichten, eine Kontrolle und Stundenerfassung für die Arbeitnehmer durchzuführen.<sup>47</sup> Danach wird das bestehende span. Arbeitsgesetz in Art. 34 insoweit ergänzt, als die Unternehmen verpflichtet werden, ein sog. Tagesregister zu führen, das für jeden Mitarbeiter Arbeitsbeginn und Arbeitsende konkret festhält. Die Form des Registers ist freigestellt, vorgeschrieben ist allerdings eine Aufbewahrungsfrist von 4 Jahren zur Einsichtnahme durch die Arbeitnehmer, deren Rechtsvertreter und die zuständigen Behörden.

Da die frühere Regelung in Art. 35 Abs. 5 des spanischen Arbeitnehmerstatuts inhaltlich weitestgehend dem geltenden Gesetz in Deutschland entspricht, könnte sich die Entscheidung auch auf die Rechtslage in Deutschland auswirken. Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung das Urteil für das deutsche Arbeitsrecht hat: ist wie vielfach beklagt die Wiedereinführung der Stechuhr erforderlich, genügt eine geänderte Auslegung der bestehenden Gesetze oder schafft die Rechtsfortbildung Abhilfe?

Für Unternehmen in Deutschland ist aktuell zu klären, ob eine Reaktion des deutschen Gesetzgebers abgewartet werden kann, oder ob mit der Entscheidung des

46 Bereits in seiner Entscheidung im Fall „Worten“ aus dem Jahr 2013 hat der EuGH die Bedeutung eines Instruments zur Messung der Arbeitszeit betont, damit die entsprechenden Aufzeichnungen den Kontrollbehörden vorgelegt werden können, vgl. EuGH, Rs. C-342/12, *Worten*, ECLI:EU:C:2013:355, Rn. 37 ff.

47 Real Decreto-ley 8/2019, („medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo“) v. 08.03.2019, in Kraft getreten 13.05.2019.

EuGH eine sofortige Verpflichtung der Arbeitgeber zur genauen Aufzeichnung der werktäglich geleisteten Arbeitszeit besteht. Diese könnte aus der unmittelbaren Anwendung der Regelungen der Charta bzw. der Richtlinie folgen oder aber durch entsprechende Auslegung des geltenden Arbeitszeitgesetzes abgeleitet werden.

## I. Unmittelbare Wirkung der Charta

Entgegen der Auffassung des Generalanwalts<sup>48</sup> hat der EuGH vorliegend keine unmittelbare Horizontalwirkung von Art. 31 Abs. 2 der Charta im Hinblick auf Ruhe- und Höchstarbeitszeiten festgestellt, das Grundrecht wurde lediglich zur Auslegung der Richtlinie herangezogen.<sup>49</sup> Dies erstaunt insoweit, als der EuGH in früheren Entscheidungen<sup>50</sup> eine horizontale Wirkung der Rechte aus Art. 31 der Charta bejaht hat, auch wenn nach Art. 51 Abs. 1 die Charta grundsätzlich nur für Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gilt. Wie bereits erwähnt stellte sich diese Frage einer unmittelbaren Horizontalwirkung für das entscheidende Gericht jedoch nicht, da die ihm zur Entscheidung vorgelegten Rechtsfragen nur die Auslegung der nationalen Gesetze betraf, nicht aber auf eine Verpflichtung der Beklagten zur Zeiterfassung abzielte.

Die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung des EuGH können allerdings nicht auf die vorliegende Frage nach einer Pflicht zur Messung der werktäglichen Arbeitszeit übertragen werden, da in den früheren Entscheidungen jeweils Rechte der Arbeitnehmer betroffen waren, die in Art. 31 Abs. 2 der Charta ausdrücklich und unmittelbar verbürgt sind, wie etwa des Recht auf bezahlten Jahresurlaub. Dies ist in Bezug auf eine Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeit nicht gegeben, da zu den angemessenen Arbeitsbedingungen nach der Charta nur ein Anspruch auf eine generelle Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub zu zählen sind. In Anlehnung an Art. 6 der RL 2003/88/EG als konsolidierte Fassung der früheren Richtlinie 93/104/EG mit ihrem Art. 1 Abs. 2 lit.a meint der Begriff der Höchstarbeitszeit in Art. 31 der Charta die wöchentliche und eben nicht die tägliche Höchstarbeitszeit.<sup>51</sup> Entsprechend wurde in ersten Stellungnahmen zum Urteil ein unmittelbarer Handlungsbedarf der Arbeitgeber basierend auf der Charta abgelehnt.<sup>52</sup> Die dagegen geäußerte Ansicht von einer unmittelbaren Geltung des

48 Schlussantrag v. 31.01.2019 BeckRS 2019, S. 667, Rn. 95 f.

49 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 65.

50 EuGH, Rs. C-176/12, *Association de médiation sociale*, ECLI:EU:C:2014:2; EuGH, Rs. C 414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 76; EuGH, Rs. C-684/16, *Max-Planck-Ges.* (Rn. 8), Rn. 74; EuGH, Rs. C 569/16 und 570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 85 und 92.

51 Vgl. Jarass, Art. 31, Rn. 8 m.w.N.

52 Fuhrkrott/Garden, ArbR Aktuell 2019, S. 263, 264; Reinhard, NZA 2019, S. 1313, 1314; Baeck/Winzer/Launer, NZG 2019, S. 858, 859; Happ, jurisPR-Compl 3/2019, D. 1; Kössel, DB 2019, S. 1958, 1961.

Art. 31 Abs. 2 der Charta auch in Fragen des Arbeitszeitrechts<sup>53</sup> vermag nicht zu überzeugen. Wie der EuGH selbst in seinen Entscheidungen immer wieder betont hat, ist von einer direkten Anwendung der Normen der Charta nur für diejenigen Sachverhalte auszugehen, die in der Charta selbst verankert und nicht von Bedingungen abhängig sind, die erst durch unions- oder nationalrechtliche Bestimmungen konkretisiert werden müssen.<sup>54</sup>

## II. Unmittelbare Wirkung der Richtlinien

Wie bereits mehrfach betont finden sich weder in der RL 2003/88/EG über Aspekte der Arbeitszeitgestaltung noch in der RL 89/391/EWG zu Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer Ausführungen zur Notwendigkeit der Messung werktäglicher Arbeitszeit. Insoweit kann unmittelbar aus diesen Regelungen keine entsprechende Pflicht der Arbeitgeber abgeleitet werden.

Trotzdem sollen nach Ansicht der europ. Richter die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die darin zum Ausdruck kommenden Schutzpflichten gehalten sein, die Arbeitgeber zur Einrichtung eines Zeiterfassungssystems zu verpflichten. Zu überlegen ist daher, ob die Gerichte in Deutschland ähnlich wie der EuGH den Richtlinien und ihren Wertungen durch eine direkte Anwendung Geltung verschaffen können. Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV sind europäische Richtlinien im Gegensatz zu Verordnungen nur hinsichtlich ihrer Ziele verbindlich, deren konkrete Umsetzung und damit verbunden die Wahl von Form und Mittel wird den Mitgliedstaaten überlassen. Lediglich im Fall unterbliebener, nicht fristgerechter oder fehlerhafter Umsetzung erkennt der EuGH Richtlinien eine unmittelbare Wirkung zu, allerdings nur im Vertikalverhältnis zwischen Bürger und Mitgliedstaat, nicht zwischen Privaten.<sup>55</sup> Eine Richtlinie begründet daher unabhängig von ihrem Regelungsinhalt nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht selbst Verpflichtungen für den Einzelnen, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist. „Eine Ausdehnung der Möglichkeit, sich auf eine Bestimmung einer nicht oder unrichtig umgesetzten Richtlinie zu berufen, auf den Bereich der Beziehungen zwischen Privaten liefe nämlich darauf hinaus, der Europäischen Union die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zulasten der Einzelnen Verpflichtungen anzurufen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen

53 Ulber, NZA 2019, S. 677, 680; Heuschmid, NJW 2019, S. 1853, 1854; v. Roetteken, jurisPR-ArbR 23/2019, Anm. 1 D.; ähnlich wohl Ginal, GWR 2019, S. 317, 318.

54 EuGH, Bauer (Fn. 50), Rn. 85.

55 EuGH, Rs. C-8/81, Becker, ECLI:EU:C:1982:7; EuGH, Rs. C-152/84, Marshall, ECLI:EU:C:1986:84; vgl. auch Balze in Kollmer/Klindt/Schucht, Arbeitsschutzgesetz, Teil B 1., Rn. 20; Oberhür, MDR 2019, S. 1029, 1030; Mörsdorf, EuR 2009, S. 219, 221. Im Bereich des Arbeitsrechts kann somit eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien nur für Beschäftigte im öffentlichen Dienst eintreten, vgl. auch die Ausführungen der Europ. Kommission zu Auslegungsfragen der RL 2003/88, ABl., C 165 v. 24.05.2017, S. 29.

ist“.<sup>56</sup> Folglich kann selbst eine eindeutige und nicht von Bedingungen abhängige Norm einer Richtlinie als solche im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Private gegenüberstehen, keine Direktwirkung entfalten, selbst wenn es Inhalt der Regelung ist, einem Einzelnen Rechte zu gewähren oder Verpflichtungen aufzuerlegen.<sup>57</sup>

Insoweit kann man in die RL 2003/88/EG keinen Normbefehl zur Erfassung der Arbeitszeit hineininterpretieren<sup>58</sup> oder im Wege der Rechtsfortbildung erschaffen. Dies ist originäre Aufgabe des Gesetzgebers.

Wie der EuGH mehrfach betont hat, können sich Richtlinien insoweit jedoch mittelbar auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten auswirken, als die nationalen Gerichte verpflichtet seien, nationales Recht im Lichte der Richtlinien auszulegen, um zu vermeiden, dass der Richtlinie widersprechende Entscheidung getroffen würden.<sup>59</sup> Diesbezüglich stellt sich die anschließend betrachtete Frage der Auslegung von § 16 ArbZG.

### III. Auslegung von § 16 Abs. 2 ArbZG

Der EuGH hat als eine Möglichkeit, die von ihm gesetzten Maßstäbe zur Zeiterfassung zu gewährleisten, eine am Wortlaut und Zweck der Richtlinie orientierte Auslegung der bestehenden nationalen Regelungen durch die obersten Gerichte dargelegt.<sup>60</sup> Dies ist zwingend geboten, da die nationalen Regelungen des Arbeitszeitgesetzes in Umsetzung der RL 2003/88/EG eingeführt wurden. Zu prüfen ist daher, ob im Wege der Auslegung von § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG ein den Vorgaben des EuGH entsprechender Inhalt erreicht werden kann, die Arbeitsgerichte somit bereits jetzt die Arbeitgeber zur Einführung von Zeiterfassungssystemen verpflichten können.

a) Nach dem *Wortlaut* der Regelung besteht für den Arbeitgeber lediglich die Verpflichtung, die über die werktägliche – also nicht die sonn- und feiertägliche<sup>61</sup> – Arbeitszeit des § 3 S. 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit aufzuzeichnen, nicht aber die Regelarbeitszeit; deren Einhaltung wird de facto unterstellt.<sup>62</sup> Insoweit ist zu prüfen, ob man die vom EuGH aufgestellte Forderung nach der Zeiterfassung in die vorhandene Norm hineinlesen kann. Weder nach dem allgemeinen noch einem speziell juristischen Sprachgebrauch lässt sich in die Festlegung der „über die werktägliche Arbeitszeit ... hinausgehende(n) Arbeitszeit“ so verstehen, dass geleistete Arbeitszeit grundsätzlich zu erfassen ist, der Wortlaut ist eindeutig auf die Messung der Über-

56 EuGH, *Bauer* (Fn. 50), Rn. 76 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-122/17, *Smith*, ECLI:EU:C:2018:631, Rn. 42 und die dort angeführte Rspr.

57 EuGH, *Smith* (Fn. 56), Rn. 43 m.w.N.; *Happ*, jurisPR-Compl 3/2019, Anm. 2 D.

58 Vgl. *Bayreuther*, EuZW 2919, S. 446, 447; *Sittard/Esser*, jM 2019, S. 284, 287; *Leist*, jurisPR-ArbR 22/2019, D. II.

59 Vgl. EuGH, Rs. C-397-403/01, *Pfeiffer*, ECLI:EU:C:2004:584; EuGH, Rs. C-106/89, *Märleasing*, ECLI:EU:C:1990:395, Rn. 8; BAG, NZA 1996, S. 998 zur Bildschirmarbeitsplatz-Richtlinie.

60 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 69.

61 Vgl. *Wank*, in: *ErfK*, § 16, Rn. 4.

62 Zu den bereits heute bestehenden gesetzlichen Ausnahmen vgl. Fn. 6.

stunden beschränkt. Insoweit ist es zweifelhaft, ob der Norm über den Weg der grammatischen Auslegung der vom EuGH angestrebte Regelungsgehalt beigemessen werden kann.<sup>63</sup>

b) Auch aus gesetzeshistorischer Sicht lässt sich aus der Begründung nur folgern, dass der Gesetzgeber eine Nachweispflicht der Arbeitgeber für notwendig erachtet hat, „um die Überwachung des Gesetzes durch die Aufsichtsbehörden zu ermöglichen“.<sup>64</sup> Dabei war ausdrücklich nur die Aufzeichnung der „über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 S. 1 (ArbZG) hinausgehenden Arbeitszeit“ gemeint.<sup>65</sup> Grundsätzlich ist daraus zu folgern, dass der Gesetzgeber eine Dokumentation der Überstunden für erforderlich hielt, allerdings keine weitergehende Messung.

c) *Teleologisch* ist auf den Sinn und Zweck einer Regelung abzustellen. Da das Arbeitszeitgesetz die RL 2003/88/EG umsetzen soll, ist bei dessen Interpretation auch auf den Hauptzweck der Richtlinie abzustellen. Dieser besteht darin, Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung festzulegen.<sup>66</sup> Ob dies mit der bloßen Messung der Überstunden erreicht werden kann, erscheint zweifelhaft. Allerdings stünde eine Verpflichtung zur Aufzeichnung insgesamt auch nicht in Widerspruch zu einem Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer. Zudem ermöglicht die gesetzlich vorgesehene Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht es den Aufsichtsbehörden, die Einhaltung der Regelung des Arbeitszeitgesetzes grundsätzlich zu überprüfen, auch wenn es nach Auffassung des EuGH dazu effektivere Mittel gäbe.

Zu beachten ist ferner, dass auch das geltende Arbeitszeitgesetz den Aufsichtsbehörden in Verdachtsfällen die Möglichkeit einräumt, den Arbeitgebern eine komplette Aufzeichnung der Dauer und Lage der Arbeits- und Ruhezeiten anzuhören, § 17 Abs. 2 ArbZG. Da diese Norm als Ausnahmetatbestand konzipiert ist, ist § 16 Abs. 2 ArbZG als Regelfall der Sinn und Zweck zu entnehmen, dass gerade keine generelle Aufzeichnung der werktäglichen Arbeitszeit zu erfolgen hat.

d) Der vom EuGH unter Verweis auf Art. 4 Abs. 3 EUV wiederholt betonte Grundsatz der *unionsrechtskonformen* Auslegung<sup>67</sup> verlangt, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, um die volle Wirksamkeit der zugrundeliegenden Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel im Einklang steht. Entsprechend bestünde auch eine Verpflichtung der Gerichte, eine mit den Zielen der Richt-

63 Reinhard, NZA 2019, S. 1313, 1314; Bayreuther, EuZW 2019, S. 446, 447; Kössel, DB 2019, S. 1958, 1961; Grimm/Freh, ArbRB 2019, S. 278, 279; Sittard/Esser, jM 2019, S. 284, 286; a.A. Schrader, NZA 2019, S. 1035, 1036 unter Verweis auf die Rspr. zur Frage des Verfallens von Urlaubsansprüchen, BAG, Urt. v. 18.03.2014, BeckRS 2014, S. 70342.

64 Entwurf der BReg. in BT-Drucks. 12/5888 v. 13.10.1993, S. 31.

65 Begründet wurde diese Entscheidung mit dem Bestreben, unnötigen Aufwand für den Arbeitgeber zu vermeiden, vgl. den Entwurf der BReg. a.a.O.

66 Vgl. Erwägungsgründe 1 bis 5 sowie Art. 1 Abs. 1 u. 2 der RL 2003/88/EG.

67 EuGH, Rs. C-282/10, Dominguez, ECLI:EU:C:2012:33, Rn. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung; vgl. Mörsdorf, EuR 2009, S. 219, 226 f.

linie unvereinbare Rechtsprechung zu ändern.<sup>68</sup> Allerdings betont der EuGH selbst, dass den Mitgliedstaaten in Bezug auf die konkrete Art der Zeitmessung ein Gestaltungsspielraum zusteünde.<sup>69</sup> Im Rahmen der Gewaltenteilung stellt dies aber eine originäre Aufgabe des Gesetzgebers dar, die nicht den Gerichten überlassen werden sollte.<sup>70</sup>

e) Nachdem auch eine extensive Auslegung der bestehenden gesetzlichen Regelung das vom EuGH geforderte Ziel nicht zu erreichen vermag, bleibt die Frage nach der richterlichen *Rechtsfortbildung*, die allerdings in Deutschland rechtsmethodisch anders eingeordnet wird, als dies der EuGH<sup>71</sup> vorsieht. Diese über den Wortlaut einer Norm hinausgehende rechtsgestaltende Möglichkeit der Gerichte setzt jedoch voraus, dass eine planwidrige Regelungslücke besteht.<sup>72</sup> Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass die gesetzliche Regelung im ArbZG nicht im Einklang mit der Richtlinie stünde, so begründet dies allein noch keine Unvollständigkeit des Gesetzes.<sup>73</sup> Vielmehr hat sich der nationale Gesetzgeber bewusst gegen eine Messung der werktäglichen Arbeitszeit ausgesprochen.<sup>74</sup>

Im Übrigen steht auch die Tatsache, dass ein Verstoß gegen die Nachweispflicht aus § 16 Abs. 2 ArbZG eine Ordnungswidrigkeit bzw. Straftat gem. §§ 22 Abs. 1 Nr. 9, 23 ArbZG darstellt, einer entsprechenden Rechtsfortbildung entgegen: nach dem Verbot aus Art 103 Abs. 2 GG ist eine solche Regelung nicht analogefähig, damit ist auch für eine Rechtsfortbildung kein Raum.<sup>75</sup>

#### IV. Auslegung von § 17 Abs. 4 ArbZG

Nach § 17 Abs. 4 ArbZG kann die Aufsichtsbehörde „vom Arbeitgeber die für die Durchführung dieses Gesetzes ... erforderlichen Auskünfte verlangen. Sie kann ferner vom Arbeitgeber verlangen, die Arbeitszeitnachweise ... vorzulegen ...“. Damit ist aber nicht zwingend die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit gemeint: auch wenn das BAG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2003 zur Frage der Überwachungsaufgaben des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG feststellt, dass „der Betriebsrat ... die Information über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit an jedem Arbeitstag (benötigt), um die Einhaltung des § 5 Abs. 1 ArbZG i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG überprüfen zu können. Die danach gebotene Ruhezeit vermag der Betriebsrat nicht zu überwachen, wenn ihm nicht das Arbeitszeitende und der erneute Arbeitszeitbeginn bekannt sind“,<sup>76</sup> so kann der Betriebsrat nur solche Unterlagen einfordern und

68 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 70 m.w.N.

69 Ibid., Rn. 41 f. u. 63.

70 So auch Kössel, DB 2019, S. 1958, 1961; Leist, jurisPR-ArbR 22/2019, D. I.; Grimm, ArbRB 2019, S. 278; z.T. a.A. Ulber, NZA 2019, S. 677, 680; Schrader, NZA 2019, S. 1035, 1036.

71 Vgl. Schlachter, EuZA 2015, S. 1, 7: der Gerichtshof verzichtet auf eine Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung.

72 BVerfG, Beschluss v. 26.09.2011, NJW 2012, S. 669, 671 f.

73 A.A. Oberthür, MDR 2019, S. 1029, 1030.

74 Vgl. Entwurf der BReg. Fn. 64.

75 So auch Baeck/Winzer/Launer, NZG 2019, S. 858, 859.

76 BAG, Urt. v. 06.05.2003, BAGE 106, S. 111, Rn. 38.

überprüfen, die der Arbeitgeber tatsächlich besitzt, er kann nicht verlangen, dass für ihn technische Einrichtungen installiert und Aufzeichnungen erstellt werden.<sup>77</sup> Zudem gelten auch in diesem Zusammenhang die zu § 16 Abs. 2 ArbZG dargelegten Betrachtungen, wonach das deutsche Arbeitszeitgesetz gerade keine Verpflichtung zur Messung der werktäglichen Arbeitszeit vorsieht, diese kann auch nicht im Wege einer Rechtsfortbildung manifestiert werden. Folglich darf sich darauf auch kein Auskunftsanspruch aus § 17 ArbZG beziehen,<sup>78</sup> da es gesetzeswidrig wäre, entgegen der eindeutigen Regelung in § 16 Abs. 2 ArbZG über den behördlichen Auskunftsanspruch weitergehende Pflichten der Unternehmen zu begründen.

## D. Neugestaltung der Arbeitszeitmessung

Nach ständiger Rechtsprechung sind die Mitgliedstaaten nicht nur verpflichtet, die sich aus einer Richtlinie ergebenden Ziele zu erreichen, sondern darüber hinaus auch nach Art. 4 Abs. 3 EUV gehalten, alle dazu erforderlichen Maßnahmen zu treffen.<sup>79</sup> Bedeutet dies in praktischer Konsequenz für den Bundesgesetzgeber, dass er in absehbarer Zeit tätig werden muss?

Wie zuvor dargelegt sind die grundsätzlichen Überlegungen des EuGH zur Erfassung der werktäglichen Arbeitszeit der deutschen Rechtsprechung nicht fremd. Allerdings greift die Regelung des § 80 Abs. 1 BetrVG nur für Unternehmen mit einem Betriebsrat, ermöglicht somit keine systematische Verpflichtung zur Messung der Arbeitszeit. Insbesondere im Bereich der sog. Vertrauensarbeitszeit muss ein Arbeitgeber bereits heute seinen Betrieb derart organisieren, dass er die Einhaltung der erforderlichen Ruhepausen und Höchstarbeitszeiten gewährleistet, bei Verstößen muss er einschreiten und den Arbeitnehmer gegebenenfalls abmahnern.<sup>80</sup> Die dazu erforderlichen Informationen müssen jedoch erst in Bezug auf Überstunden aufgezeichnet werden, nicht generell für den gesamten werktäglichen Arbeitszeitraum, gerade darin besteht die verschärzte Forderung aus dem Urteil des EuGH. Zudem steht dem Betriebsrat nach einhelliger Ansicht kein Initiativrecht zur Arbeitszeiterfassung zu, er kann nach bisheriger Rechtslage die Einführung entsprechender Systeme nicht verlangen.<sup>81</sup>

Somit ist der deutsche Gesetzgeber in der Pflicht, andernfalls droht ein Vertragsverletzungsverfahren durch die EU-Kommission nach Art. 258 AEUV.

Auch wenn der EuGH in seinem Urteil keine Fristen zur Umsetzung seiner Vorstellungen von Arbeitszeiterfassungssystemen genannt hat, wurde seitens des Bundesarbeitsministers Heil angekündigt, bis zum Ende des Jahres 2019 Antworten auf

77 Vgl. *Schipp*, ArbR 2019, S. 282, 284; BAG, Urt. v. 30.09.2008, DB 2009, S. 407.

78 Anders *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, S. 456, 480 f., die sich für eine europarechtskonforme Auslegung von § 17 Abs. 4 ArbZG aussprechen.

79 EuGH, CCÖO (Fn. 7), Rn. 68 m.w.N.

80 Vgl. BAG, Urt. v. 06.05.2003, BAGE 106, S. 111, Rn. 38.

81 BAG, Beschluss v. 28.11.1989, BAGE 63, S. 283 ff.; *Schipp*, ArbR 2019, S. 282.

offene Fragen und gegebenenfalls Änderungen der gesetzlichen Regelungen zu finden.<sup>82</sup> In produzierenden oder produktionsnahen Branchen, in denen Stechuhren oder digitale Zeiterfassungssysteme seit langem eingesetzt werden, stellt die Forderung der europäischen Richter nach der Einrichtung von Systemen zur Messung der täglich geleisteten Arbeitszeit kaum neue Herausforderungen dar. Wie bereits erwähnt gibt es eine Reihe von Arbeitsbereichen, in denen die Zeiterfassung heute schon gesetzlich vorgeschrieben ist, wie z.B. bei geringfügig Beschäftigten i.S.v. § 17 Abs. 1 MiLoG i.V.m. § 8 Abs. 1 SGB IV und für Berufskraftfahrer nach § 21 a ArbZG. Danach werden die Arbeitgeber verpflichtet, „Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit... spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre ... aufzubewahren“ (§ 17 Abs. 1 S. 1 MiLoG). Diese umfassende Festlegung der Zeiterfassung würde den Anforderungen des EuGH-Urteils genügen; man könnte sie erreichen, indem in § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG auf die Einschränkung „die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Abs. 1 hinausgehende (Arbeitszeit)“ verzichtet würde.

In zahlreichen anderen Berufsfeldern jedoch, in denen agile Arbeitsmethoden seit längerem fester Bestandteil sind, könnte eine derartig absolute Regelung eine Vielzahl von Problemen auslösen. Zum einen ist es dort oftmals üblich, dass die Arbeitnehmer Lage und Dauer ihrer Arbeitszeit und Pausen selbst festlegen. Zum anderen wird die Leistung nicht immer an einem festen Arbeitsplatz erbracht, was eine Erfassung der geleisteten Arbeitszeit erschwert. Außerdem legen auch die bisherigen Regelungen eindeutige Personengruppen fest, für die das Arbeitszeitgesetz nicht gilt, wie etwa leitende Angestellte und Chefärzte, § 18 Abs. 1 ArbZG. Sollte man dies beibehalten oder weitere Berufsgruppen oder Arbeitsformen von der Pflicht zur Zeiterfassung ausnehmen?

Im Folgenden werden die vom EuGH aufgestellten Kriterien einer den Richtlinien entsprechenden Arbeitszeiterfassung näher untersucht und insbesondere an den Anforderungen der modernen Formen der Arbeitsgestaltung gemessen.

## I. Objektivität

Das einzusetzende System sollte objektiv, d.h. unabhängig von der subjektiven Wertung oder Einschätzung von Arbeitgeber und -nehmer die Dauer und Lage der Arbeitszeit erfassen. Dies für alle Seiten befriedigend umzusetzen, dürfte einige Probleme aufwerfen.

Dabei stellt sich zunächst die Frage, was alles zu der zu messenden Arbeitszeit gehört. Die Entscheidung darüber darf nicht der subjektiven Einschätzung des Arbeitnehmers unterliegen. Eine einheitliche Definition des Begriffs der Arbeitszeit existiert

82 Vgl. *Handelsblatt* v. 26.06.2019, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/dgb-mindestlohnkonferenz-heil-will-eu-urteil-zur-arbeitszeiterfassung-umsetzen-und-verteidigt-den-mindestlohn/24498344.html?ticket=ST-37832894-bAOalboVwEKhVZGdWZT7-ap2> (11.03.2020) sowie *Süddeutsche Zeitung* v. 21.05.2019, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/karriere/arbeitszeiterfassung-altmaier-urteil-1.4457044> (11.03.2020).

nicht. Unterschieden werden im deutschen Recht bislang der arbeitsvertragliche im Hinblick auf die (privatrechtliche) Vergütung, der (öffentlich-rechtlich ausgestaltete) arbeitsschutzrechtliche sowie der betriebsverfassungsrechtliche Begriff der Arbeitszeit.<sup>83</sup> Da das Urteil des EuGH sich im Wesentlichen auf die angemessene Anwendung der RL 2003/88/EG stützt, kann für eine Neugestaltung in Deutschland nur der Begriff der Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn zugrunde gelegt werden. Gemäß Art. 2 Nr. 1 der RL handelt es sich dabei um „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Ge pflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“. Dabei wird lediglich zwischen „Arbeitszeit“ und „Ruhezeit“ unterschieden, wobei die Ruhezeit quasi als Gegenbegriff nach Art. 2 Nr. 2 der RL „jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit ist“. Ein Vergleich mit der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG zeigt, dass man dort einen viel allgemeineren Ansatz gewählt hat: es ist „die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen“,<sup>84</sup> wobei letztere im Gesetz nicht definiert werden. Zu den entscheidenden Kriterien der Arbeitszeit zählen demnach nicht die Leistung oder der Erfolg der Arbeit an sich. Sind aber nun bloß vorbereitende oder abschließende Arbeiten wie das Einräumen von Ware vor Geschäftsöffnung oder das Herunterfahren von Anlagen nach Betriebsschluss sowie Dienstreisen zum Kunden auch vollumfänglich oder anteilig Bestandteil der regulären Arbeitszeit? Wie sollen Treffen mit Auftraggebern oder Meetings mit Kollegen behandelt und erfasst werden? Darf die Lektüre und Bearbeitung von dienstlichen E-mails am Abend im privaten Umfeld auch miteingerechnet werden?

Wie vom Gerichtshof mehrfach betont, stellen die Begriffe „Arbeitszeit“ und „Ruhezeit“ gemeinschaftsrechtliche Begriffe dar, die „nicht nach Maßgabe der Vorschriften der Regelungen der verschiedenen Mitgliedstaaten ausgelegt werden dürfen“, sondern anhand objektiver Merkmale unter Berücksichtigung des Zwecks der Richtlinie zu bestimmen sind.<sup>85</sup> Eine Einordnung als Arbeitszeit richtet sich gemäß den Ausführungen der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen der RL 2003/88/EG neben dem räumlichen Aspekt des Arbeitens am Arbeitsort (bzw. dem vom Arbeitgeber dazu bestimmten Ort) danach, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und entsprechend seine Tätigkeiten ausübt.<sup>86</sup> Werden diese Kriterien nicht erfüllt, handelt es sich um Ruhezeiten.<sup>87</sup> Entscheidender Ausgangspunkt der Zuordnung ist somit der auch vom BAG zugrunde gelegte Gedanke der Fremdnüt-

83 Wank, in: ErfK/ArbZG § 2, Rn. 10; vgl. auch Ricken, DB 2016, S. 1255; Hördt, ArbRAktuell 2019, S. 55, 56.

84 Auch kritisch als Pseudodefinition bezeichnet, vgl. Wank, in: ErfK/ArbZG § 2, Rn. 10; ders. auch RdA 2014, S. 285; lediglich für Beschäftigte im Straßentransport sieht das Gesetz in § 21 a Abs. 3 nähere Einzelheiten vor.

85 EuGH, Rs. C-14/04, *Dellas*, ECLI:EU:C:2005:728, Rn. 44.

86 Europ. Kommission, ABl., C 165 v. 24.05.2017, S. 17 m.w.N.

87 Kritisch zu dieser strikten Trennung Höpfner/Daum, RdA 2019, S. 270.

zigkeit,<sup>88</sup> der neben den anderen Merkmalen im Folgenden auf unterschiedliche Zeitspannen angewandt werden soll.

Für die Wege zwischen Privatwohnung und Betriebsstätte bedeutet dies, dass entsprechende Zeiten nicht zu erfassen sind, da der Arbeitnehmer seine Leistung am Firmensitz anzubieten hat; etwas anderes gilt, wenn er auf Weisung des Arbeitgebers zu einem Kunden fährt. Bei *Dienstreisen* sollte weiterhin danach unterschieden werden, ob der Arbeitnehmer die Reisezeit frei nutzen kann oder nicht. Dies bedeutet, dass bei Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel ohne Erfüllung weiterer arbeitsrechtlicher Pflichten wie z.B. Telefonaten, E-mail-Kontakten, Aktenstudium oder Arbeiten mit dem Laptop keine Zeiterfassung erfolgt,<sup>89</sup> diese Zeiten sind als Ruhezeiten zu werten, wohingegen bei Fahrten zu einem Außentermin mit dem vom Arbeitnehmer geführten Wagen diese Zeit als arbeitsschutzrechtlich relevant und damit zu messende Zeit anzusehen ist.<sup>90</sup>

Das BAG definiert die *Arbeitsbereitschaft* als „die Zeit wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung“.<sup>91</sup> Für *Bereitschaftsdienste* ist danach abzugrenzen, ob sich der Arbeitnehmer an einem bestimmten Ort aufzuhalten muss, um seine Tätigkeit bei Bedarf zeitnah aufnehmen zu können,<sup>92</sup> so ist die Zeit, die er dabei verbringt, fremdbestimmt und damit aufzeichnungspflichtig.

Davon abzugrenzen ist die sog. *Rufbereitschaft*. Diese verpflichtet den Arbeitnehmer zwar ebenfalls, auf Abruf seine Arbeit aufzunehmen; er kann sich hierfür aber an einem Ort seiner Wahl aufzuhalten, lediglich die jederzeitige Erreichbarkeit ist sicherzustellen.<sup>93</sup> Bislang haben sowohl der EuGH<sup>94</sup> als auch das BAG<sup>95</sup> nur die aktive Rufbereitschaft, d.h. die Zeit tatsächlich geleisteter Arbeit als Arbeitszeit gewertet. Nur diese Einsatzzeiten müssen somit ebenfalls erfasst werden. Allerdings wird von dieser grundsätzlichen Bewertung der Rufbereitschaft abgewichen, sofern die Zeit zwischen Abruf und Aufnahme der Arbeit sehr kurz ist, da der Arbeitnehmer dann insoweit fremdbestimmt ist, als er seinen Aufenthaltsort nur eingeschränkt frei wählen kann.<sup>96</sup> Diesbezüglich ist nach dem Urteil keine Änderung in dieser Rechtspraxis erforderlich, da die Richtlinie 2003/88/EG in Art. 2 Nr. 1 ausdrücklich auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften verweist. Allerdings sollte man im Zuge einer Neugestaltung die Gelegenheit nutzen, auch diese noch offenen Fragen gesetzlich zu regeln.

88 Vgl. BAG, Urt. v. 17.10.2018, NZA 2019, S. 159, Rn. 14; Urt. v. 25.04.2018, BB 2018, S. 1907; Hördt, ArbRAktuell 2019, S. 55, 57; Ricken, DB 2016, S. 1255, 1256.

89 So BAG, Urt. v. 11.07.2006, BAGE S. 119, Rn. 41, 42.

90 So auch Reinhard, NZA 2019, S. 1313, 1317; vgl. dazu Stöhr/Stolzenberg, NZA 2019, S. 505, 506 f.

91 BAG, Urt. v. 09.03.2005, 5 AZR 385/02.

92 BAG, Urt. v. 16.03.2004, BAGE S. 110, Rn. 60.

93 BAG, Urt. v. 24.10.2000, 9 AZR 634/99.

94 EuGH, Rs. C-303/98, *Simap*, ECLI:EU:C:2000:528, Rn. 50 f. sowie EuGH, Rs. C-518/15, *Matzak*, ECLI:EU:C:2018:82.

95 BAG, Urt. v. 18.02.2003, BAGE S. 105, Rn. 32; so auch Ricken, DB 2016, S. 1255.

96 Dabei schwanken die einer Beurteilung zugrunde gelegten Zeiten zwischen 8 min. (so EuGH, NZA 2018, S. 293, 296, Rn. 53 ff. – *de Nivelles*) und 10 min. (BAG, Urt. v. 19.12.1991, 6 AZR 592/89).

Ein weiteres Problem bei der Definition der zu erfassenden Arbeitszeit stellt sich im Zusammenhang mit den neuen Medien und der damit einhergehenden Vorstellung der ständigen Erreichbarkeit: wie soll verfahren werden, wenn noch am späten Abend kurz eine mail gelesen und beantwortet oder ein dienstliches Telefonat geführt wird – streng genommen dürfte der Mitarbeiter unter Einhaltung der täglichen Mindestruhezeiten nach § 5 Abs. 1 ArbZG erst nach Ablauf einer ununterbrochenen 11-stündigen Ruhezeit seine Arbeit wieder aufnehmen. In diesem Zusammenhang wird diskutiert, sog. „Bagatellschwellen“ einzuführen,<sup>97</sup> so dass die entsprechenden Zeiten zwar in die Arbeitszeit miteinberechnet werden sollten, soweit sie aber nicht länger als 5 bis 10 Minuten dauerten, sollten sie den Lauf der Mindestruhezeit nicht unterbrechen.<sup>98</sup> Eine andere Möglichkeit wäre es, grundlegend die Geltung des Arbeitszeitgesetzes für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern einzuschränken, wie dies Art. 17 Abs. 1 der RL 2003/88/EG insbesondere für leitende Angestellte vorsieht.<sup>99</sup>

Darüber hinaus ist fraglich, ob die Zeiterfassung noch objektiv ist, wenn der Arbeitnehmer sie *eigenständig* vornimmt. Mit Blick auf die Regelung von Ausnahmebereichen in Art 17. Abs. 1 der RL 2003/88/EG, nach der Abweichungen von den Bestimmungen über tägliche Ruhezeit, Ruhepausen sowie wöchentliche Ruhe- und Höchstarbeitszeit möglich sind, „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“, muss es auch zulässig sein, dass der Mitarbeiter selbst die geleistete Arbeitszeit registriert, auch wenn dies oftmals seiner subjektiven Einschätzung unterliegt. Die bloße Feststellung, dass bei einem digital arbeitenden Mitarbeiter automatisch und ausschließlich diejenige Zeit als Arbeitszeit zu werten ist, die eingeloggt am Computer verbracht wird, ist wenig überzeugend: auch das Lesen von Unterlagen in Papierform, Telefonate, Denken und vieles mehr können von technischen Systemen nur schwer als dienstlich begründet bzw. von Pausenzeiten abgegrenzt erfasst werden. Auch insoweit ist weiterhin auf das Vertrauen des Arbeitgebers in ein vertragsgemäßes Verhalten seiner Mitarbeiter zu setzen. Bereits seit Jahren werden Mitarbeitern im Zuge sog. Employee Self Service mit Erfolg Arbeiten des Personalbüros übertragen, die sie im Zuge der Selbstverwaltung ihrer Urlaubswünsche, Fehlzeiten, Einsatzpläne selbst verwalten.

Wichtig ist jedoch, dass Manipulationen weitgehend ausgeschlossen werden müssen. In diesem Sinn ist unter einem objektiven System zu verstehen, dass es die als tatsächlich für den Arbeitgeber in Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbrachte Zeit – entsprechend der zuvor entwickelten Maßstäbe – erfasst. Darüber hinaus sollte

97 S. Kössel, DB 2019, S. 1959 m.w.N., der für eine entsprechende teleologische Reduktion des § 5 Abs. 1 ArbZG plädiert, sowie Wank, RdA 2014, S. 285, 289; a.A. Hanau, EuZA 2019, S. 423, 429; Wiebauer, NZA 2016, S. 1430, 1433.

98 Einen andere Lösung hat VW gewählt: dort arbeiten etwa 20. 000 Mitarbeiter in Vertrauensarbeitszeit und entscheiden selbst über ihre Arbeitszeit. Um die Gefahr der ständigen Erreichbarkeit einzudämmen, können dienstlich zur Verfügung gestellte Smartphones der Tarifbeschäftigte zwischen 18.15 Uhr und 7 Uhr sowie an den Wochenenden keine E-mails empfangen, vgl. FAZ v. 20. Juli 2019; S. C1.

99 Vgl. dazu unten Abschnitt 4 sowie Oberthür, MDR 2019, S. 1029, 1032, die in diesem Zusammenhang von „autonomen Arbeitnehmern“ spricht.

bei der Selbstmessung der Arbeitgeber die Daten zeitnah bestätigen oder zumindest standardisiert als richtig annehmen,<sup>100</sup> dies ist elementarer Bestandteil seiner Organisationspflichten. Will man die zuvor erwähnten Bagatellschwellen nicht zulassen, könnten Mitarbeiter geneigt sein, am späten Abend erledigte Tätigkeiten wie etwa die Bearbeitung von e-mails oder die Lektüre von Unterlagen für den folgenden Tag in den Aufzeichnungen nicht zu erwähnen, um die Pausenregelung nicht zu unterlaufen. Soweit dazu der Zugriff auf dienstliche Server erforderlich ist, kann man automatische Zeiterfassungen vorsehen, die zum Schutz der Arbeitnehmer falsche Aufzeichnungen unterbinden.

## II. Verlässlichkeit

Dieser Begriff schließt an die geforderte Objektivität an: entsprechende Aufzeichnungen sollen präzise und kontrollierbar sein. Im Duden wird der Begriff definiert als glaubwürdig bzw. vertrauenswürdig, d.h. ein entsprechendes System sollte weitgehend manipulationssicher sein, missbräuchliche Nutzung ausgeschlossen werden.

Insoweit kommen verschiedene *Formen* der Zeiterfassung in Betracht: Papier, Stechuhr oder App – den Beteiligten stehen vielfältige Arten der Aufzeichnung zur Wahl. Wenn im Urteil des EuGH mehrfach der Begriff „System“ verwendet wird, ist dies nach dem Kontext nicht als IT-basierte Zeiterfassung zu verstehen, sondern ganz allgemein als Umschreibung eines methodischen Verfahrens, eine bestimmte Form wird nicht vorgeschrieben. Allerdings erscheint es aus Dokumentations- und Beweisgründen geboten, zumindest die Textform zu wählen, da es neben einer Gewährleistung von Rechten der Arbeitnehmer auch Sinn und Zweck der Erfassung ist, eine Überprüfung durch die zuständigen Aufsichtsbehörden zu ermöglichen. Dazu bieten sich verschiedene Verfahren an, die in der Vergangenheit bereits Anwendung gefunden haben: von handschriftlichen Aufzeichnungen auf Stundenzetteln über EDV-gestützte Systeme bis hin zur Gesichtserkennung ist vieles möglich, wobei nicht jedes Zeiterfassungssystem für jeden Arbeitsplatz geeignet ist.

Im einfachen Handwerksbetrieb mit seinen Arbeitsplätzen ohne Computeranlagen und umfangreichen Tätigkeiten außerhalb des Unternehmens wird man ohne händische Aufzeichnungen nicht auskommen, da diese Tätigkeiten mit technischen Systemen nur schwer zu erfassen sein werden, man denke etwa an Fahrten zu Kunden, dort vorgenommene Arbeiten von Handwerkern oder Servicetechnikern. Es muss bei derartigen analogen Tätigkeiten zulässig bleiben, dass Arbeitnehmer Anfang und Ende der Arbeitszeiten einschließlich der Pausen später selbst in (Excel-) Tabellen eintragen, um Kontrollen zu ermöglichen. Dem Urteil des EuGH lässt sich auch kein Verbot der Selbstdokumentation entnehmen. Jedoch dürften diese das Kriterium der Verlässlichkeit nur dann erfüllen, wenn die Aufzeichnungen auch zeitnah erfolgen.

Unter dem Schlagworten „Future Work“ und „Arbeiten 4.0“ werden eine Reihe von neuen Arbeitsformen wie Home Office, Coworking Space, Cloud Computing u.v.m. diskutiert, denen eines gemeinsam ist: Arbeit wird nicht immer im selben Büro

100 So auch Leist, jurisPR-ArbR 22/2019, D. III. 1.

zu festen Zeiten erbracht. Die gewünschte Zeiterfassung lässt sich nicht automatisch mit Zugangskontrollen zu Betriebsstätten oder Büroräumen kombinieren. Auch dies wird unterschiedliche Modelle der Zeiterfassung bedingen. Dabei bieten sich verschiedene Systeme an:

*Elektronische Erfassung mit einer Software*, indem Ein- und Ausloggen am Computer registriert werden, diese Formen können auch cloud-basiert sein;

IT-Login oder *Scan der Augeniris*, die mit Hilfe biometrischer Daten den Zugang zu Gebäuden oder Räumen oder die Nutzung von Computern feststellen;

*Elektronischer Impuls oder Apps zur ortsunabhängigen Aufzeichnung*, denen oftmals Befürchtungen der Arbeitnehmer entgegengehalten werden, dass damit jederzeit ihr Aufenthaltsort überprüft werden kann – und zwar auch in der Freizeit.

Allgemein äußern Arbeitnehmer die Bedenken, dass mit jeglicher Art der Aufzeichnung umfangreiche Kontrollmöglichkeiten einhergehen, die auch einen Vergleich ermöglichen, welcher Arbeitnehmer für eine Aufgabe wie lange benötigt. Insofern könnten Arbeitnehmer versucht sein, im Rahmen einer Projektarbeit kürzere Zeiten in ein System einzugeben, um den Eindruck einer höheren Effizienz zu erwecken.

Auf der anderen Seite schafft auch die mittels modernster Software installierte Zeiterfassung keinen sicheren Nachweis, ob während der online-Zeiten tatsächlich gearbeitet wurde: Lesen, Denken, Diskutieren, die traditionelle Entwicklung von Ideen oder Konzepten auf Papier, ... all dies kann nicht sicher gemessen werden. Dies zu ermöglichen kann aber auch nicht das Ziel der Gesetzgebung und vor allem der Parteien des Arbeitsvertrages sein. Auch bei automatischer Aufzeichnung mit einem Einloggen in einen dienstlichen Server ist keine vollständige Verlässlichkeit gewährleistet.

Kontrovers diskutiert wird in diesem Zusammenhang, wie zukünftig die unter dem Stichwort *Vertrauensarbeitszeit* oder Gleitzeit geleisteten Dienste behandelt werden sollen. Kennzeichnend ist dabei, dass die Beschäftigten ihre vertraglich geschuldete Arbeitszeit selbst organisieren, der Arbeitgeber verzichtet bewusst auf eine Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und „vertraut darauf, dass die Arbeitnehmer ihre Arbeitsverpflichtung auch ohne Kontrolle erfüllen“.<sup>101</sup> Diese Arbeitsform, die oftmals auf ausdrücklichen Wunsch der Arbeitnehmer praktiziert wird, stärkt die Eigenverantwortung und führt zu mehr Souveränität des Einzelnen. Dies muss aber nicht zwingend in Widerspruch zu den Erfordernissen des in Rede stehenden Urteils und insbesondere den Erfordernissen von Objektivität und Verlässlichkeit stehen. Bereits heute gilt, dass dabei die gesetzlich vorgeschriebenen Höchstarbeitszeiten sowie Ruhezeiten und Pausen einzuhalten sind. Allerdings müssen nunmehr Dokumentationen und Kontrollen eingeführt werden, d.h. die Arbeitgeber sind verpflichtet, entsprechend souverän gefertigte Aufzeichnungen regelmäßig auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen, so dass Zweifel bestehen können, ob Vertrauensarbeitszeit gemäß der bisherigen Definition des BAG noch möglich ist.<sup>102</sup> Soweit die Arbeitneh-

101 BAG, Urt. v. 06.05.2003, BAGE S. 106, 111, Rn. 65.

102 So *Ülber*, NZA 2019, S. 677, 680; *Reinhard*, NZA 2019, S. 1313, 1318; *Grimm/Frehb*, ArbRB 2019, S. 278, 281; *Schrader*, NZA 2019, S. 1035, 1039; *Kössel*, DB 2019, S. 1958, 1962; *Fuhrlrott*, NZA-RR 2019, S. 343.

mer selbst ihre Arbeitszeiten erfassen und die erforderlichen Aufzeichnungen anfertigen, kann Vertrauensarbeit weiterhin möglich sein.<sup>103</sup> Der Entscheidung lässt sich diesbezüglich keine Einschränkung entnehmen,<sup>104</sup> zumal der Gerichtshof die Arbeitgeber ausdrücklich nur dazu verpflichten will, ein Erfassungssystem einzurichten, nicht aber davon spricht, dass entsprechende Daten durch ihn auch zu erheben sind.<sup>105</sup> Für ein solches Verständnis des Urteils spricht auch seine Begründung: wie die Richter mehrfach betonen, sollen die Rechte der Arbeitnehmer in Bezug auf ihre Sicherheit sowie den Gesundheitsschutz gestärkt werden. Dieses Ziel lässt sich bereits dadurch erreichen, dass die Mitarbeiter selbst die relevanten Messungen vornehmen.

Im Sinne einer flexiblen Arbeitszeitgestaltung sollte überdacht werden, den Bereich der Vertrauensarbeitszeit sowie im Home-office von einer Neuregelung auszunehmen – die entsprechende Möglichkeit eröffnet die RL 2003/88/EG selbst in Art. 17 Abs. 1.<sup>106</sup>

### III. Zugänglichkeit

Dies bedeutet zunächst einmal, dass beide Seiten Zugang zu dem System haben. Laut Duden geht der Begriff noch darüber hinaus und bedeutet „für die Benutzung o.ä. zur Verfügung stehend“. Wie bereits dargestellt, muss bei einer selbständigen Zeiterfassung durch den Arbeitnehmer, die zunächst nur mittels handschriftlicher Aufzeichnungen erfolgt, sichergestellt sein, dass diese zeitnah in ein technisches System wie etwa eine Excel-Tabelle übertragen werden, um dem Arbeitgeber einen Zugriff zu ermöglichen. Unterschiedliche Systeme stehen dazu bereits zur Verfügung wie etwa Computerprogramme oder Smartphone-Apps, die auch außerhalb des Betriebs genutzt werden können.

Zur Frage der Zugänglichkeit gehört auch die bereits heute nach § 17 Abs. 4 ArbZG geltende Verpflichtung des Arbeitgebers, Arbeitszeitnachweise den Aufsichtsbehörden vorzulegen. Insoweit ist er dafür verantwortlich, entsprechende Nachweise bei Kontrollen erbringen zu können und deren Dokumentationen zwei Jahre aufzubewahren. Um ein Kontrollsysteem als zugänglich bezeichnen zu können, dürften seltene Stichproben nicht genügen, es sollte eine gewisse Regelmäßigkeit gewährleistet sein.<sup>107</sup> Auch dies muss die gesetzliche Regelung vorschreiben.

103 *Heuschmid*, NJW 2019, S. 1853, 1854; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, S. 270, 278; *Schrader*, NZA 2019, S. 1037; *Reinhard*, NZA 2019, S. 1313, 1315; *Bettinghausen*, BB 2019, S. 2740, 2742; *Happ*, jurisPR-Compl 3/2019, D. II. 2.; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, S. 456, 476; a.A. *Buschmann/Ulber*, ArbZG, § 16, Rn. 16, der darin eine originäre Pflicht des Arbeitgebers sieht.

104 So auch *Grimm/Freh*, ArbRB 2019, S. 278, 281.

105 Vgl. EuGH, CCOO (Fn. 7) im Tenor der Entscheidung sowie Rn. 50 u. 60.

106 Ähnlich *Zumkeller*, bb 2019, Umschlagteil I; ausführlich zu den Ausnahmebereichen dazu unter Abschnitt IV.

107 Vgl. *Grimm/Freh*, ArbRB 2019, S. 278, 281.

#### IV. Ausnahmeregelungen

Die RL 2003/88/EG betont in Art. 17 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1, dass Ausnahmevereinbarungen möglich sind, soweit „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“. Im Rahmen der sich anschließenden beispielhaften Aufzählung der betroffenen Personenkreise dieser „autonomen Arbeitnehmer“ werden zunächst die leitenden Angestellten genannt, die man entsprechend im deutschen ArbZG generell aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen hat, § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG. Dies ist darauf zurückzuführen, dass man diese Personengruppe aufgrund ihrer gehobenen Stellung in einem Unternehmen für weniger schutzbedürftig erachtet und sie daher in Bezug auf arbeitszeitrechtliche Regelungen den Selbständigen gleichstellen möchte, die souverän über ihre Zeit verfügen.<sup>108</sup> Einer Studie aus dem Jahr 2017 zufolge ist eine Kombination von Vertrauensarbeitszeit und mobiler Arbeit ein häufiges Modell für Führungskräfte.<sup>109</sup> Soweit diese auch zukünftig unter die vorgenannten Ausnahmeregelungen fallen, ergibt sich kein zusätzlicher Handlungsbedarf.

Allerdings begrenzt das deutsche Arbeitsrecht den Begriff des leitenden Angestellten auf den eng gefassten Regelungsgehalt in § 5 Abs. 3 BetrVG, also auf Arbeitnehmer mit selbstständiger Einstellungs- und Entlassungsbefugnis, Prokuristen oder Generalbevollmächtigte sowie im Bereich wichtiger unternehmerischer Entscheidungen weisungsfrei Handelnde.<sup>110</sup> Dies muss nach dem in Art. 17 Abs. 1 der RL 2003/88/EG eröffneten Spielraum nicht sein. Daher sollte eine Neuregelung des Arbeitszeitgesetzes auch den Begriff des autonomen Arbeitnehmers betreffen und im Interesse des zunehmend eigenverantwortlichen Arbeitens ausgeweitet werden auf sämtliche Arbeitnehmer, die selbstständig über wesentliche Entscheidungsbefugnisse verfügen und ihre Arbeit selbst organisieren.<sup>111</sup> Dies sollte vor allem Arbeitnehmer aus dem Dienstleistungsbereich betreffen wie etwa angestellte Rechtsanwälte und Steuerberater, die einen wichtigen Termin nicht unter Berufung auf eine Überschreitung ihrer täglichen Arbeitszeit verlassen können.<sup>112</sup> Insoweit bietet sich eine Neuformulierung des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG wie bereits von Hennssler und Lunk im Jahr 2016 vorgeschlagen dargestellt an, dass das Arbeitszeitgesetz nicht anzuwenden ist auf „leitende Angestellte, soweit diese sowohl ihre Arbeitszeit als auch den Einsatz ihrer Arbeitskraft im Wesentlichen frei bestimmen können, oder sonstige Personen mit wesentlicher selbstständiger Entscheidungsbefugnis“.<sup>113</sup>

108 Hanau, EuZA 2019, S. 423, 432.

109 Piele/Piele, S. 28 f.

110 Vgl. dazu Hennssler/Lunk, NZA 2016, S. 1425, 1426 f.

111 So auch Hennssler/Lunk, NZA 2016, S. 1427, die von einer „Erosion“ des Begriffs des leitenden Angestellten in verschiedenen arbeitsrechtlichen Gesetzen sprechen; ähnlich auch Hanau, EuZA 2019, S. 432 f.

112 Bei Chefarzten ist eine entsprechende Ausnahmeregelung in § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG bereits vorgesehen.

113 Hennssler/Lunk, NZA 2016, S. 1425, 1429; s. auch Oberthür, MDR 2019, S. 1029, 1032; Europ. Kommission, ABl., C 165 v. 24.05.2017, S. 46 f.

Auch wenn nach dem eindeutigen Wortlaut der Richtlinie die zuvor genannten Personengruppen nur aus dem Regelungsbereich der Art. 3 bis 6, 8 und 16 der RL 2003/88/EG ausgenommen werden dürfen, sollte dies nach Sinn und Zweck der Norm auch auf den Bereich der Messung der werktäglichen Arbeitszeit ausgedehnt werden.

Unter entsprechender Ergänzung der bereits in § 18 ArbZG vorgesehenen Ausschlussbereiche sollte der Gesetzgeber zudem von den im Urteil vorgesehenen Möglichkeiten weiterer Ausnahmeregelungen Gebrauch machen. Diese können sich zum einen auf die Größe des Unternehmens, aber auch auf den Tätigkeitsbereich beziehen.<sup>114</sup> Um für die Arbeitgeber organisatorische und finanzielle Hürden zu senken, sollte man wie auch in § 9a TzBfG zur Frage der zeitlich begrenzten Verringerung der Arbeitszeit vorgesehen gerade für kleinere Unternehmen bis zu einer Größe von 45 Mitarbeitern auf entsprechende Verpflichtungen zur Zeiterfassung verzichten.<sup>115</sup>

Im Rahmen der vom EuGH vorgeschlagenen tätigkeitsbezogenen Begrenzung der Zeiterfassung ist zunächst zu klären, ob sich diese auf bestimmte Arbeitsformen oder auf Arbeitsbranchen beziehen soll. Auch wenn in Art. 17 Abs. 1 und 3 der RL 2003/88/EG eine Reihe von Branchen genannt werden, so wird der Ausnahmebereich immer begründet mit den jeweiligen Tätigkeiten, wie etwa der Notwendigkeit des Schutzes von Sachen und Personen, der Kontinuität des Dienstes oder der Produktion oder des übermäßigen Arbeitsanfalls. Betrachtet man ergänzend den Schutzzweck der Arbeitszeitrichtlinie, so kann eine rein branchenspezifische Ausnahmeregelung nicht gemeint sein: das Ziel, die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu verbessern, soll grundsätzlich für alle Arbeitnehmer erreicht werden, nur für den Fall, dass die konkrete Aufgabe andere Zeiteinteilungen erfordert, sollen Sonderregelungen gelten, wie sie z.B. in § 21 a ArbZG für die Beschäftigung im Straßentransport vorgesehen sind.

Entsprechend ist der Begriff der Vertrauensarbeitszeit neu zu fassen, so dass er Arbeitsmodelle beinhaltet, bei denen aufgrund der jeweiligen Tätigkeit keine festen wöchentlichen bzw. werktäglichen Arbeitszeiten bestehen und der Arbeitnehmer deren Lage und Dauer eigenverantwortlich bestimmen kann.

Im Rahmen der modernen Arbeitszeitkonzepte beinhaltet dies auch die Möglichkeiten des Job-Sharings oder der Arbeit in sog. Coworking Spaces. Dabei stellt sich das Problem der Arbeitszeiterfassung dann nicht, wenn es sich um auf Projektbasis beschäftigte Freiberufler handelt. Allerdings gehen immer mehr Arbeitgeber auch in der Großindustrie dazu über, ihre Angestellten aus ganzen Abteilungen in Coworking Spaces zu versetzen in der Hoffnung, dass die Zusammenarbeit in neuen Teams bzw. der Austausch mit Beschäftigten aus anderen Unternehmen die Kreativität fördere.

Dem deutschen Arbeitsrecht ist eine tätigkeitsbezogene Vereinfachung der Arbeitsaufzeichnung nicht fremd: in § 1 der Verordnung zur Abwandlung der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung nach dem Mindestlohngegesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Mindestlohaufzeichnungsverordnung – MiLoAufV) finden sich

114 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 63.

115 So auch Fuhrlrott/Garegn, ArbRAktuell 2019, S. 263, 265.

für mobile Arbeitnehmer Regelungen, die es diesen ermöglichen, anstelle der konkreten täglichen Arbeitszeit mit Pausen lediglich die Gesamtdauer der täglichen Arbeitszeit zu erfassen.<sup>116</sup> Auch wenn nach der beispielhaften Aufzählung in Abs. 2 der Regelung dabei vor allem an Tätigkeiten von Brief- oder Paketzustellern, Straßenreinigern oder von Beschäftigten der Personen- oder Güterbeförderung gedacht wurde, so lässt sich der Gedanke einer eigenverantwortlichen Einteilung der Arbeitsleistung auch auf die modernen flexiblen Arbeitsmodelle übertragen.<sup>117</sup>

Insgesamt sollte der Gesetzgeber die vom Gerichtshof eröffneten Möglichkeiten der Schaffung von Freiräumen nutzen, indem hinreichend Ausnahmen von der Verpflichtung zur Erfassung der werktäglichen Arbeitszeit vorgesehen werden.

## V. Erkenntnisse aus der Rechtsvergleichung

Wie könnte eine entsprechende Neuregelung konkret aussehen? Dazu lohnt der Vergleich der aktuellen Gesetzeslage in einigen anderen europ. Staaten, die an den Anforderungen des Richterspruchs nach einem objektiven, verlässlichen und zugänglichen System zur Zeiterfassung gemessen werden soll.

Wie bereits erwähnt hat man sich in *Spanien* schon vor Verkündung des Urteils durch den EuGH dazu entschieden, die Regelungen zur Arbeitszeit neu zu fassen. Ein entscheidender Beweggrund war die hohe Zahl an unbezahlten Überstunden, die man zur Verringerung der Arbeitslosenquote eindämmen wollte. Die jetzige Rechtslage sieht vor, dass für alle Arbeitnehmer mit Ausnahme des obersten Management eine Aufzeichnungspflicht besteht, konkrete Formen werden nicht vorgeschrieben, die Aufbewahrungsfrist beträgt vier Jahre.<sup>118</sup> Insoweit werden die Kriterien des Urteils zwar erfüllt, allerdings lässt der Gesetzestext einige Fragen insbesondere in Bezug auf leitende Angestellte offen. Das span. Arbeitsministerium hat daher Mitte Mai 2019 einen Leitfaden zur Registrierung der Arbeitszeit veröffentlicht, der allerdings keine Bindungswirkung für die Gerichte entfaltet. Danach sollen flexible Arbeitssysteme

116 Vgl. in § 1 Vereinfachung und Abwandlung der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung  
(1) Abweichend von § 17 Absatz 1 Satz 1 des Mindestlohngegesetzes und § 19 Absatz 1 Satz 1 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes genügt ein Arbeitgeber,  
1. soweit er Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit ausschließlich mobilen Tätigkeiten beschäftigt,  
2. diese keinen Vorgaben zur konkreten täglichen Arbeitszeit (Beginn und Ende) unterliegen und  
3. sich ihre tägliche Arbeitszeit eigenverantwortlich einteilen, seiner Aufzeichnungspflicht, wenn für diese Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur die Dauer der tatsächlichen täglichen Arbeitszeit aufgezeichnet wird.

117 So auch *Oberhür*, MDR 2019, S. 1029, 1031.

118 Vgl. Real Decreto-ley 8/2019 v. 08.03.2019 („medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo“) in Kraft getreten 13.05.2019; in Art. 10.9 des Arbeiterstatus heißt es nun: „La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo“ (Das Unternehmen garantiert die tägliche Registrierung der Arbeitszeit, wobei die spezifischen Anfangs- und Endzeiten jedes Arbeitnehmers umfasst sind...).

auch in Zukunft erlaubt sein, auf die Messung von Pausen oder sonstigen Unterbrechungen der Arbeitszeit kann verzichtet werden.<sup>119</sup> Insbesondere der letzte Punkt verdeutlicht, dass auch das neue span. Gesetz die Kriterien des Urteils nicht lückenlos erfüllt, vor dem Hintergrund der ungeklärten Fragen, welche Formen flexibler Arbeit oder Gleitzeit erlaubt sein sollen, eignen sich diese Regelungen nicht als Grundlage einer Neuregelung in Deutschland.

Ein Blick auf die Gesetze in *Frankreich* zeigt, dass in Art. D. 3171-8 des Code du travail<sup>120</sup> die Erfassung der täglichen Arbeitszeit für alle Arbeitnehmer vorgeschrieben wird, die nicht nach einem kollektiven Arbeitsplan tätig sind. Dabei sind Arbeitsbeginn und -ende für jede Arbeitsperiode (Morgen, Mittag, Nachmittag, Abend) aufzuzeichnen, eine Unterscheidung nach dem Ort der Tätigkeit wird nicht getroffen. Ausnahmen sind gem. Art. D. 3171-9 möglich bei tarifrechtlichen Vereinbarung von pauschalen Stundensätzen, sofern Verfahren zur Kontrolle der Arbeitszeit festgelegt sind. Darüber hinaus gelten für Führungskräfte nach Art. L. 3121-58 des Code du travail, die ihre Arbeit eigenständig organisieren, sowie für Angestellte, deren Arbeitszeit nicht im Voraus festgelegt werden kann und die ihre Arbeit und die entsprechenden Arbeitszeiten autonom gestalten können, keine täglichen Höchstarbeitsgrenzen, sondern nur auf 218 Tage beschränkte jährliche Grenzen. Diese Normen sind geprägt von einer Einteilung in Arbeitnehmer, die nach kollektiven Vereinbarungen oder Pauschalvergütungen arbeiten und solchen, für die es keine entsprechenden Regelungen gibt. Dieser Ansatz spiegelt sich im deutschen Recht nicht wider und bietet sich daher nicht als Vorlage für Gesetzesänderungen an.

In *Österreich* hat man mit § 26 AZG die Registrierungs- und Auskunftspflichten strenger als in Deutschland geregelt: nach Abs. 1 der Norm sind vom Arbeitgeber in der Betriebsstätte Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden zu führen, wobei Beginn und Dauer eines Durchrechnungszeitraumes festzuhalten sind. Soweit wären die Forderungen des EuGH nach einer Erfassung der täglichen Arbeitszeit erfüllt. Allerdings findet sich in Abs. 3 für die Bereiche der Außendienstmitarbeiter und in home-office Tätigen eine Ausnahme: diese müssen lediglich Aufzeichnungen über die Dauer der Tagessarbeitszeit führen, nach Abs. 4 der Regelung kann in Betriebsvereinbarungen vorgesehen sein, dass die Arbeitnehmer die Aufzeichnungen selbst führen, der Arbeitgeber hat dies jedoch zu kontrollieren. Letzteres hält zunächst den strengen Kriterien der EU-Rechtsprechung in Bezug auf eine Überprüfung angemessener Pausen und Ruhezeiten<sup>121</sup> nicht stand. Allerdings könnten die entsprechenden Arbeitnehmer aufgrund ihrer Art der Tätigkeit als Teil zu regelnder Aus-

119 Merkl/Soravilla, Deutscher AnwaltSpiegel 16/2019, S. 6f.

120 Article D. 3171-8, créé par Décret n°2008-244 du 7 mars 2008 – art. (V):  
Lorsque les salariés d'un atelier, d'un service ou d'une équipe, au sens de l'article D. 3171-7, ne travaillent pas selon le même horaire collectif de travail affiché, la durée du travail de chaque salarié concerné est décomptée selon les modalités suivantes :

1° Quotidiennement, par enregistrement, selon tous moyens, des heures de début et de fin de chaque période de travail ou par le relevé du nombre d'heures de travail accomplies;  
2° Chaque semaine, par récapitulation selon tous moyens du nombre d'heures de travail accomplies par chaque salarié.

121 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 37.

nahmebereiche wie unter Abschnitt D. IV. . dargestellt angesehen werden, für die das Urteil ausdrücklich Raum lässt. Damit wäre eine Anlehnung an diese Normen möglich.

Als Modell könnte zudem der in der *Schweiz* gewählte Ansatz dienen. Auch dort kennt man bereits die Pflicht zur Zeiterfassung: gem. Art. 46 ArG i.V.m. Art. 73 Abs. 1 lit. c ArgV sind Verzeichnisse anzulegen, die Angaben zur geleisteten täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit inklusive Ausgleichs- und Überzeitarbeit sowie zu ihrer Lage enthalten; übersteigen Pausen eine halbe Stunde, sind auch deren Lage und Dauer aufzuzeichnen. Der Begriff der Arbeitszeit wird in Art. 13 ArGV definiert als "die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat".

Dabei werden verschiedene Personengruppen von einer entsprechenden Verpflichtung ausgenommen: nicht unter das Gesetz fallen sog. Topmanager; zudem dürfen diejenigen Arbeitnehmer auf eine Erfassung verzichten, die entweder sehr autonom arbeiten und mehr als 50 % ihrer Arbeitszeit selbst einteilen oder ein Bruttojahreseinkommen inklusive Bonuszahlungen von mindestens 120.000 Franken aufweisen und weitgehend selbst über ihre Zeiteinteilung entscheiden dürfen, soweit sie dieser Vorgehensweise schriftlich zugestimmt haben.<sup>122</sup> Dies zeigt, dass man auch dort die Notwendigkeit erkannt hat, Ausnahmeregelungen von der Pflicht zur Zeiterfassung vorzusehen.

Eine entsprechende Vorgehensweise sollte auch im deutschen Gesetzesvorhaben berücksichtigt werden.

## VI. Datenschutz

Auch wenn der EuGH in seiner Entscheidung nicht auf die Frage des Datenschutzes eingeht, so wird die geforderte Einführung technischer Einrichtungen zur Zeiterfassung diesbezüglich nicht unproblematisch: die Kontrolle stellt einen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.<sup>123</sup> Nach den Anforderungen in Art. 5 Abs. 1 lit. a und b DSGVO dürfen personenbezogene Daten nur auf rechtmäßige Weise verarbeitet und für festgelegte legitime Zwecke erhoben werden, wobei nach Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO eine Verarbeitung dieser Daten erfolgen darf, soweit dies aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung des Verantwortlichen erforderlich ist. Mit Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur Erfassung der Arbeitszeit wäre dieses Kriterium erfüllt. Entsprechend regelt auch § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG, dass innerhalb eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses Daten verarbeitet werden dürfen, soweit dies für dessen Durchführung erforderlich ist. Auch der EuGH hat sich in der Vergangenheit bereits mit dem Datenschutz im Zusammenhang mit Zeiterfassungssystemen befasst. In seiner Entscheidung „Worten“ hat er festge-

122 Die letztgenannte Möglichkeit muss im Gesamtarbeitsvertrag (GAV) allerdings vorgesehen sein, s. dazu Ausführungsregelungen („Wegleitung zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz“, unter argv1\_art\_73a).

123 Vgl. v. Steinau-Steinrück/Burmann, NJW-Spezial 2018, S. 754 f.

halten, dass Aufzeichnungen der Arbeitszeit wie etwa die Angabe der Uhrzeit, zu der ein Arbeitnehmer seinen Arbeitstag beginnt und beendet, sowie der Pausen bzw. der nicht zur Arbeitszeit gehörenden Zeiten unter den Begriff „personenbezogene Daten“ fallen, und dass deren Aufzeichnung durch den Arbeitgeber datenschutzrechtlich zugelassen ist.<sup>124</sup>

Datenschutzrechtliche Probleme könnten jedoch entstehen, wenn Arbeitgeber die aus der Aufzeichnung der Arbeitszeit gewonnenen Erkenntnisse dazu nutzen würden, sie im Rahmen von Kündigungen oder Rationalisierungen einzusetzen: wird die Zeit gemessen, die ein Arbeitnehmer für eine bestimmte Tätigkeit benötigt, könnten in Verbindung mit weiteren Daten Rückschlüsse auf seine Produktivität gezogen werden. Außerdem sollte die Zeiterfassung nicht zu einer vollständigen Überwachung der Mitarbeiter führen – gerade wenn ständig dienstliche und private Tätigkeiten unterschieden werden müssen. Ein solches Vorgehen würde gegen den in Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO postulierten Grundsatz der Datenminimierung verstossen, wonach die Datenverarbeitung auf ein dem Zweck angemessenes und notwendiges Maß zu beschränken ist. Insoweit darf die automatische Erfassung von Arbeitszeiten nicht zu einer ständigen Überwachung des Aufenthaltsorts der Mitarbeiter führen, mit deren Hilfe z.B. ein Bewegungsprofil erstellt werden könnte.

Ein weiterer noch zu regelnder Umstand ist die Frage der zeitlichen Begrenzung der Datenspeicherung. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO ist diese zu beschränken auf einen für den konkreten Zweck erforderlichen Zeitraum. Bleibt der Gesetzgeber auch für die Aufzeichnung der werktäglichen Arbeitszeit bei der in § 16 Abs. 2 ArbZG vorgesehenen Aufbewahrungsfrist von 2 Jahren, so bietet es sich an, auch die datenschutzrechtliche Speicherungsfrist generell auf diesen Zeitraum ggf. auch zur Vereinfachung jeweils zum Ende des entsprechenden Kalenderjahres zu einzugrenzen.<sup>125</sup>

Insgesamt dürften gegen eine gesetzliche Neuregelung unter den genannten Einschränkungen daher keine datenschutzrechtlichen Bedenken bestehen, soweit die Erfassung nur zum Zweck der Messung der Arbeitszeit und nicht zu weiteren Beurteilungen der Arbeitsleistung herangezogen werden.

## VII. Betriebliche Mitbestimmung

Das BAG ist bereits seit Jahren der Auffassung, dass es zu den originären Aufgaben des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gehört, die Einhaltung von Beginn und Ende der täglichen sowie den Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit zu überwachen.<sup>126</sup> Gewinnt mit einer Neuregelung des Arbeitszeitrechts entsprechend den Anforderungen des EuGH nunmehr auch die Mitbestimmung der Betriebsräte an Bedeutung – können sie zukünftig die Art der Arbeitszeiterfassung beeinflussen und steht ihnen ein entsprechendes Initiativrecht zu?

124 EuGH, *Worten* (Fn. 46).

125 So auch *Ginal/Tribess*, GWR 2019, S. 317, 320.

126 BAG, Beschluss v. 06.05.2003, NZA 2003, S. 1348, 1351.

Insoweit kommen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus dem Bereich der sozialen Angelegenheiten nach § 87 I Nr. 1, 6 und 7 BetrVG in Betracht.

Eindeutig bestehen entsprechende Rechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wenn die Zeitmessung oder –aufzeichnung technische Einrichtungen erfordert.<sup>127</sup> Wie bereits dargelegt, ist dies auch nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien nicht zwingend erforderlich.

Bei umfassender Zeiterfassung wird zwar auch das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb geregelt, allerdings betrifft dies nicht die soziale Ordnung insgesamt, so dass diesbezüglich ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG zumindest fraglich ist.<sup>128</sup>

Eine weitere Möglichkeit, Mitwirkungsrechte des Betriebsrats zu eröffnen, könnte sich aus Nr. 7 der Regelung in § 87 Abs. 1 BetrVG ergeben, der dies für Maßnahmen aus dem Bereich des Gesundheitsschutzes vorsieht. Nach den Überlegungen des EuGH folgt die Verpflichtung zur Zeiterfassung aus der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG sowie der Arbeitsschutzrichtlinie 89/391/EWG, die entsprechenden Neuregelungen im deutschen ArbZG werden somit auf Erwägungen des öffentlich-rechtlichen Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer fußen.<sup>129</sup> Somit wird sich nach dem Urteil des EuGH auch die Möglichkeit der Betriebsräte auf Mitbestimmung im Unternehmen ändern: sie können nicht nur über technischen Mittel zur Zeiterfassung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitentscheiden, sondern generell deren Einführung als Maßnahme des Gesundheitsschutzes im Sinne von Nr. 7 der Regelung gestalten. Auch wenn das BAG bislang in Bezug auf die Einführung technischer Einrichtungen ein Initiativrecht des Betriebsrats abgelehnt hat,<sup>130</sup> so dürfte sich dies in der Zukunft ändern, da den Arbeitnehmervertretern gem. Art. 11 Abs. 3 der RL 89/391/EWG zugestanden wird, die Arbeitgeber im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz um geeignete Maßnahmen zu ersuchen.<sup>131</sup> Nach den Ausführungen des Gerichtshofs wird dies bei Zeiterfassungssystemen der Fall sein.

Soweit Betriebsräte nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Einhaltung der Gesetze überwachen müssen, sollte § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG ergänzt werden: die Daten über die gemessene Arbeitszeit müssen auch den Betriebsräten zur Verfügung gestellt werden.

### VIII. Sanktionen

Der Verstoß gegen Aufzeichnungspflichten stellt bereits heute gem. § 22 ArbZG eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße bis zu 15.000.-€ geahndet werden kann, § 22 Abs. 2 ArbZG. Darüber hinaus kann die Verletzung von Aufzeichnungspflichten nach § 23 ArbZG auch als strafrechtlich relevantes Verhalten gewertet wer-

127 V. Steinau-Steinrück/Burmann, NJW-Spezial 2018, S. 755.

128 Vgl. BAG, DB 1981, S. 1092; so auch Schipp, ArbR 2019, S. 282, 283; anders Fuhlrott/Garden, ArbRAktuell 2019, S. 263, 265; Reinhard, NZA 2019, S. 1313, 1316.

129 So auch Schipp, ArbR 2019, S. 282, 284.

130 Vgl. BAG, Beschluss v. 28.11.1989, BAGE 63, S. 283, 289 ff.

131 V. Roetteken, jurisPR-ArbR 23/2019, D.

den, es drohen erhebliche Geldstrafen bis hin zu Freiheitsstrafen bei vorsätzlicher oder beharrlich wiederholter Begehung.

Der EuGH betont darüber hinaus die Aufgabe der zuständigen Behörden, die Einhaltung der Verpflichtung angemessen zu kontrollieren.<sup>132</sup> Nach Angabe der Bundesregierung lag die Kontrolldichte im Bereich des sozialen und technischen Arbeitsschutzes im Jahr 2018 zwischen 0,3 und 3,17 Prozent.<sup>133</sup> Insoweit kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit der derzeitigen personellen Ausstattung eine effektive Überprüfung in der Zukunft gewährleistet ist. Die Folgen einer gesetzlichen Neuregelung in Bezug auf das Verhalten der Unternehmen bleiben vor diesem Hintergrund abzuwarten.

## E. Fazit

Durch die zunehmende Digitalisierung der Arbeitswelt und die Nutzung moderner Kommunikationsmittel haben sich in den letzten Jahren eine Vielzahl von Arbeits(zeit)modellen herausgebildet, denen die aktuelle Gesetzeslage nur zum Teil gerecht wird. Der Wandel in der Arbeitsorganisation insgesamt, der auch auf neue Geschäftsmodelle bedingt durch die Anforderungen von Just-in-time-Produktion und globale Wertschöpfungsketten zurückzuführen ist, hat erhebliche Auswirkungen auf Formen und Inhalte von Beschäftigungsverhältnissen, wobei insgesamt die Anzahl an Teilzeit- und befristeten Arbeitsverhältnissen zugenommen hat.<sup>134</sup> Die Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit gestalten sich vor allem bei Wissensarbeitern oftmals fließend, wobei diese Entwicklung auch auf die Wünsche vieler Arbeitnehmer zurückzuführen ist, ihren Arbeitsalltag flexibler, individueller und eigenverantwortlicher gestalten zu können. Dennoch müssen zum Schutz ihrer Gesundheit und Sicherheit die bestehenden Rechte auf angemessene Arbeitszeiten beachtet und Höchstarbeits- und Ruhezeiten eingehalten werden.

Länderübergreifend erhoffen sich die Gewerkschaften durch eine Neuregelung zur Arbeitszeiterfassung eine Stärkung der Rechte der Arbeitnehmer in Bezug auf geleistete Überstunden, mithin einen Schutz vor nicht entlohter Mehrarbeit und Ausbeutung. In Anbetracht der hohen Zahl an unbezahlten Überstunden in Deutschland<sup>135</sup> bietet eine Verpflichtung zur Erfassung der geleisteten werktäglichen Arbeitszeit die Chance zu mehr Gerechtigkeit auch bei der Entlohnung.

Diesem vermeintlichen Vorteil stehen aber auch Risiken gegenüber: die genaue Zeiterfassung ermöglicht es den Arbeitgebern zu vergleichen, wie lange Arbeitnehmer für dieselbe Arbeit benötigen – diese Messung der Produktivität könnte Konsequenzen in Bezug auf Gehaltszahlungen oder sogar Kündigungsverfahren auslösen. Um

132 EuGH, CCOO (Fn. 7), Rn. 57.

133 BT-Drucksache 19/11376 zu Frage 3.

134 Dies gilt EU-weit: *Flüter-Hoffmann/Hammermann/Stettes*, S. 12.

135 Nach Angaben des Instituts für Arbeitsmarkt- u. Berufsforschung waren 2018 die Anzahl der bezahlten und der unbezahlten Überstunden mit etwa 1,07 Millionen Stunden annähernd gleich hoch, vgl. <http://www.iab.de/de/daten/arbeitmarktentwicklung.aspx> (11.03.2020).

dem vorzubeugen, sollten in Betriebsvereinbarungen entsprechende Regelungen vorgesehen werden, die eine genau begrenzte Einsatzmöglichkeit der mit der Zeitmessung gewonnenen Daten vorsehen. Allerdings sollten weiterhin Möglichkeiten einer flexiblen Arbeitsteilung erhalten bleiben, wie sie gerade von Erwerbstägigen mit Familie bevorzugt werden, die gerne am späten Abend noch Arbeit von Zuhause erledigen wollen und trotzdem am nächsten Morgen früh wieder am Arbeitsplatz sind. Insoweit sollten Ausnahmeregelungen in Bezug auf die Bemessung der Pausenzeiten bzw. Bagatellschwellen für die Dauer der Unterbrechung vorgesehen werden.

Ganz allgemein bedeuteten die geforderten Aufzeichnungen für die Arbeitgeber zusätzlichen Aufwand bei der Erfassung und Kontrolle. Diesen vermögen kleine Unternehmen nur erschwert zu leisten; für diese wie insbesondere auch für Start-ups sollte eine gesetzliche Regelung nur begrenzte weitere Kosten und bürokratische Hürden aufbauen.

Der deutsche Gesetzgeber darf die erforderlichen gesetzlichen Ergänzungen als Chance betrachten, die veralteten Regelungen des Arbeitszeitgesetzes anzupassen, insbesondere sollte man autonomen Arbeitnehmern größere Gestaltungsspielräume eröffnen, indem man sie vom Anwendungsbereich des Gesetzes über die Gruppe der leitenden Angestellten hinaus ausnimmt, um Vertrauensarbeit in unterschiedlichen Gestaltungsformen weiterhin zu ermöglichen.

Insgesamt überzeugt daher der in der Schweiz gewählte Ansatz, der eine Erfassung von Pausen erst ab einer bestimmten Dauer und vor allem Ausnahmeregelungen für verstärkt autonom arbeitende Angestellte vorsieht.

Vor dem Hintergrund, dass in vielen Bereichen die Arbeitszeitwünsche und deren reale Umsetzung auseinanderfallen,<sup>136</sup> vermag eine gesetzliche Neuregelung in Kombination mit spezifischen Betriebsvereinbarungen den Anforderungen der Arbeit 4.0 verstärkt Rechnung zu tragen, die technischen Möglichkeiten einer Zeiterfassung über Tablet oder Smartphone werden sicherlich in der Zukunft weitere Erleichterungen schaffen.

Das Risiko eines Vertrauensverlusts in der Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wobei sich letztere ständig kontrolliert fühlen und kreative Ansätze verlorengehen könnten, wenn man sich als gläsern und im dauernden Vergleich mit Kollegen sieht, sollte minimiert werden. Darüber hinaus dürften auf viele Unternehmen steigende Lohnkosten zukommen, die nach der geltenden Gesetzeslage als unbezahlte Überstunden nicht erfasst wurden.

Es bleibt daher abzuwarten, für welchen Weg der Neugestaltung des Arbeitszeitrechts sich die Bundesregierung entscheidet: da der Regelung zugleich eine richtungsweisende wirtschaftspolitische Wertung innewohnt, müssen widerstreitende Interessen in Einklang gebracht werden.

136 Vgl. *BAuA*, S. 39 f.

## BIBLIOGRAPHIE

- ARNOLD, CHRISTIAN; GÜNTHER, JENS, *Arbeitsrecht 4.0 – Praxishandbuch zum Arbeits-, IP und Datenschutzrecht in einer digitalisierten Arbeitswelt*, München 2018
- BAECK, ULRICH; WINZER, THOMAS; LAUNER, MIRIAM, *Neuere Rechtsprechung im Arbeitsrecht*, NZG 2019, S. 858 – 860
- BAYER, BASTIAN, *Verpflichtung zur systematischen Arbeitszeiterfassung*, GWR 2019, S. 198
- BAYREUTHER, FRANK, *Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit der Beschäftigten*, EuZW 2019, S. 446 – 450
- BECKER, STEFANIE, *Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf die Gesetzgebung*, MwStR 2019, S. 478 – 484
- BENKERT, DANIEL, *Arbeitsrechtliche Aspekte einer Tätigkeit im Home-Office*, NJW-Spezial 2019, S. 306 – 307
- BETTINGHAUSEN, MINA, *Pauschale Abgeltung von Überstunden und das Modell der Vertrauensarbeitszeit unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung*, BB 2019, S. 2740 – 2743
- BÖS, NADINE, *Vertrauen: gut – Stechuhr: besser?*, FAZ v. 20.07.2019, S. C1
- DÄUBLER, WOLFGANG, *Ein guter Betriebsrat verträgt auch Liebesentzug*, Interview v. 17.05.2019, abrufbar unter: <https://www.bund-verlag.de/aktuelles-Ein-guter-Betriebsrat-vertraegt-auch-Liebesentzug> (11.03.2020)
- FELSIAK, MICHAELA; SCHMID, ERIK, *Rückschritt für die Flexibilisierung oder Fortschritt für den Arbeitsschutz?*, BC 2019, S. 271 – 273
- FLÜTER-HOFFMANN, CHRISTIANE; HAMMERMANN, ANDREA; STETTES, OLIVER, *Erfolg mit flexiblen Arbeitszeitmodellen – Leitfaden für Personalverantwortliche und Geschäftsleitungen*, Köln/Berlin, 2019
- FUHLROTT, MICHAEL, *Arbeitgeber müssen tägliche Arbeitszeit verlässlich erfassen*, NZA-RR 2019, S. 343
- ders.; GARDEN, FLORIAN, *Arbeitsrechtliche Folgen des „Stechuhr-Urteils“ des EuGH*, ArbRAktuell 2019, S. 263 – 265
- GINAL, JENS; TRIBESS, ALEXANDER, *Der EuGH und die Arbeitszeiterfassung – Ein Rollback zu Arbeitsrecht 3.0?*, GWR 2019, S. 317 – 320
- GRIMM, DETLEF; FREH, STEFAN, *Der EuGH und die Arbeitszeit*, ArbRB 2019, S. 278 – 282
- HANAU, HANS, *Zum Flexibilisierungspotential der Arbeitszeitrichtlinie*, EuZA 2019, S. 423 – 440
- HAPP, DANIEL, *Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Arbeitszeit erfassungssystems*, jurisPR-Compl 3/2019 v. 28.06.2019

- HENSSLER, MARTIN; LUNK, STEFAN, *Leitende Angestellte und das Arbeitszeitrecht – Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda*, NZA 2016, S. 1425 – 1430
- HERRMANN, LARS; MEYER, MICHAEL, *Das Urteil des EuGH zur gesetzlichen Arbeitszeit-Aufzeichnungspflicht*, 20.05.2019, abrufbar unter: <https://www.arbeitszeitberatung.de/fileadmin/pdf-publikationen/pub144.pdf> (11.03.2020)
- HEUSCHMID, JOHANNES, *Neujustierung des Arbeitszeitrechts und des Systems der Arbeitszeiterfassung durch den EuGH*, NJW 2019, S. 1853 – 1854
- HÖPFNER, CLEMENS; DAUM, JAN ALEXANDER, *Die Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit*, RdA 2019, S. 270 – 280
- HÖRDT, MICHAEL, *Vergütungs- und arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit – ein Rechtsprechungsüberblick*, ArbRAktuell 2019, S. 55 – 58
- JARASS, HANS D., *Charta der Grundrechte der EU*, 3. Aufl. 2016
- KÖSSEL, ANDREAS, *Deutsches Arbeitszeitrecht im Wandel?*, DB 2019, S. 1958 – 1962
- KOLLMER, NORBERT; KLINDT, THOMAS; SCHUCHT, CARSTEN, *Arbeitsschutzgesetz*, 3. Aufl. München 2016
- LEIST, DOMINIK, *Unionsrecht gebietet Pflicht zur systematischen Arbeitszeiterfassung*, jurisPR-ArbR 22/2019 v. 05.06.2019
- LINSENMAIER, WOLFGANG, „*Das Richterrecht bleibt unser Schicksal*“ – Zur Rechtsfortbildung durch das BAG, RdA 2019, S. 157 – 169
- LÖBIG, CHRISTOPH, *Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung elektronischer Arbeitszeiterfassungssysteme gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG?*
- MARQUARD, CORNELIA, *Pflicht zur Arbeitszeiterfassung*, ArbRB 2019, S. 162 – 163
- MERKL, FRANZISKA; SORAVILLA, JUAN BAUTISTA, *Spanien als Testobjekt – Im Blickpunkt: Praktischer Einsatz von Arbeitszeiterfassungssystemen nach dem Urteil des EuGH*, Deutscher AnwaltSpiegel, Ausgabe 16/2019, S. 5 – 8
- MÖRSDORF, OLIVER, *Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH*, EuR 2009, S. 219 – 241
- NEZIK, ANN-KATHRIN, *Wie es uns gefällt*, Der Spiegel 2/2019, S. 10 – 18
- OBERTHÜR, NATHALIE, *Arbeitszeiterfassung à la EuGH – ein Weckruf mit Potential?*, MDR 2019, S. 1029 – 1032
- PIELE, CHRISTIAN; PIEL, ALEXANDER, *Flexible Arbeitszeiten – Arbeitszeitmodelle und Flexibilitätsanforderungen, Eine Analyse des verarbeitenden Gewerbes auf Basis der IG Metall-Beschäftigtenbefragung 2017*, Stuttgart 2018
- POTACS, MICHAEL, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, EuR 2009, S. 465 – 488
- REINHARD, ANDRÉ, *Pflicht zur Arbeitszeiterfassung und Arbeit 4.0 – Wird die Flexibilität abgeschafft oder unbezahlt?*, NZA 2019, S. 1313 – 1319

- RICKEN, OLIVER, *Arbeit im Sinne des Arbeitszeitrechts*, DB 2016, S. 1255 – 1260
- V. ROETTEKEN, TORSTEN, *Pflicht des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Systems zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit*, jurisPR-ArbR 23/2019 v. 12.06.2019
- SCHAUB, GÜNTER; AHRENDT, MARTINA; ET AL, *Arbeitsrecht-Handbuch*, 18. Aufl. München 2019, zitiert nach Bearbeiter
- SCHIPP, JOHANNES, *Die Informationsrechte des Betriebsrats – Ein mächtiges Instrument*, ArbRB 2009, S. 113 – 117
- Ders., *Mitbestimmung bei der Einführung einer technischen Arbeitszeiterfassung – Steht dem Betriebsrat nach dem EuGH-Urteil v. 14.5.2019 ein Initiativrecht zu?*, ArbR 2019, S. 282 – 284
- SCHLOTTFELDT, CHRISTIAN; HOFF, ANDREAS, „*Vertrauensarbeitszeit*“ und arbeitsrechtliche Aufzeichnungspflicht nach § 16 II ArbZG, NZA 2001, S. 530 – 533
- SCHMID, ERIC, *Paukenschlag aus Luxemburg! Unternehmen müssen Arbeitszeit aller Arbeitnehmer erfassen*, SPA 2019, S. 81 – 82
- SCHRADER, PETER, *Aufzeichnung und Dokumentation der Arbeitszeit nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache CCOO*, NZA 2019, S. 1035 – 1039
- SEYR, SYBILLE, *Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH*, Berlin 2008
- SITTARD, ULRICH; ESSER, ILKA, *Das Ende der Vertrauensarbeitszeit? – Das EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung*, jM 2019, S. 284 – 290
- V. STEINAU-STEINRÜCK, ROBERT; BURMANN, KAI-OLIVER, *Überwachung der Arbeitszeit im Homeoffice – Vertrauen vs. Kontrolle*, NJW-Spezial 2018, S. 754 – 755
- STÖHR, ALEXANDER; STOLZENBERG, HENDRIC, *Dienstreisen: Arbeitszeitrechtliche Behandlung und Vergütung*, NZA 2019, S. 505 – 512
- THÜSING, GREGOR; FLINK, MAIKE; JÄNSCH, MELANIE, *Arbeitszeiterfassung als europarechtliche Pflicht*, ZfA 2019, S. 456 – 485
- ULBER, DANIEL, *Die Folgen der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO*, NZA 2019, S. 677 – 681
- WANK, ROLF, *Facetten der Arbeitszeit*, RdA 2014, S. 285 – 290
- WIEBAUER, BERND, *Arbeitsschutz und Digitalisierung*, NZA 2016, S. 1430 – 1436
- ZUMKELLER, ALEXANDER R., *Der EuGH und die Arbeitszeiterfassung – eine sonnenklare Entscheidung?*, BB 2019, Umschlagteil I

