

## Auswirkungen der EuGH-Entscheidung zur Arbeitszeiterfassung vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18) auf das deutsche Arbeitszeitrecht

Der Europäische Gerichtshof hat am 14. Mai 2019 entschieden, dass die EU-Arbeitszeitrichtlinie, in ihrer Auslegung im Lichte des Art. 31 Abs. 2 GRCh, der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, „die Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“

Ohne ein System zur Messung der täglichen Arbeitszeit eines jeden Beschäftigten könne weder die Zahl der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden und ihre zeitliche Verteilung noch die Zahl der Überstunden objektiv und verlässlich ermittelt werden, so dass es für Arbeitnehmer\*innen äußerst schwierig oder gar praktisch unmöglich ist, ihre Rechte durchzusetzen – so der EuGH. Die Verpflichtung zur Einrichtung von Systemen der Arbeitszeiterfassung sei daher zur Verwirklichung der praktischen Wirksamkeit der Rechte der Beschäftigten auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten aus der Grundrechtecharta und der EU-Arbeitszeitrichtlinie erforderlich.

Ein unionsrechtskonformer Vollzug der EuGH-Entscheidung, der verbindlich EU-Recht auslegt, ist in Deutschland an bestimmte Anforderungen geknüpft. Das vorliegende Papier zeichnet diese Anforderungen auf.

*Die nachfolgenden Randnummern (Rn.) beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf die Randnummern in der Entscheidung des EuGH vom 14.05.2019 (C-55/18).*

### **Strenger Prüfungsmaßstab**

Der Ausgangspunkt für die Bewertung der Auswirkungen der Entscheidung des EuGH für Deutschland ist die Verortung des Rechts auf Arbeitszeitbegrenzung (sowie auf tägliche und wöchentliche Ruhezeit) im System des Unionsrechts. Bei dem Recht auf Begrenzung der Arbeitszeit und Ruhezeiten handelt es sich ausdrücklich um ein primärrechtlich verankertes, individuelles Grundrecht der Arbeitnehmer\*innen (Art. 31 Abs. 2 GRCh) in seiner Ausgestaltung/Konkretisierung durch die EU-Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG und zugleich um einen besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Union (Rn. 30). Die durch die Mitgliedstaaten umzusetzenden Vorgaben sind restriktiv und nicht auf Kosten der Arbeitnehmerrechte auszulegen (Rn. 32). Eine Abweichung von den bedeutsamen Grundsätzen des Sozialrechts der Union ist nicht gestattet (Rn. 32 mit Verweis auf EuGH C-569/16 und C-570/16, Rn. 38).

Das Grundrecht nach Art. 31 Abs. 2 GRCh steht – so der EuGH mehrfach – *einem jeden Arbeitnehmer zu* (Rn. 30 – 33, Rn. 38). Ein Ausschluss bestimmter Personengruppen von diesem Grundrecht ist nicht gestattet (s. zuletzt C-569/16 und C-570/16).

### **Pflicht zum Handeln für Deutschland aufgrund der EuGH-Entscheidung?**

Deutschland ist verpflichtet, die Vorgaben der EuGH-Entscheidung nachzuvollziehen. Das gilt unabhängig davon, dass die Entscheidung zu einer Vorlage aus Spanien ergangen ist.

Vorabentscheidungsurteile, so auch die Entscheidung des EuGH vom 14. Mai 2019, gelten zwar grundsätzlich nur zwischen den unmittelbar am Verfahren Beteiligten und entfalten insoweit Wirkung gegenüber allen innerstaatlichen Organen des

Mitgliedstaates, für den die Entscheidung konkret ergangen ist. In seiner ständigen Rechtsprechung bekräftigt der EuGH jedoch, dass die Mitgliedstaaten generell bei Unvereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit der Auslegung des Unionsrechts die allgemeinen oder besonderen Maßnahmen zu ergreifen haben, um die Beachtung des Unionsrechts zu sichern (st. Rspr. EuGH vgl. 19.04.2016, C-441/14, Rn. 30, v. 13.12.2018, C-385/17 Rn. 49; so auch v. 14.5.2019, aaO, Rn. 68; Hatje in: (Schwarze/EU-Kommentar zu Art 4 EUV Rn. 38 mWN). Das folgt aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 UAbs 2 EUV), aber auch aus der allgemeinen Verpflichtung aller Mitgliedstaaten der EU zur Durchführung der Rechtsakte der Union nach Art. 291 Abs. 1 AEUV. Das nationale Recht ist so schnell wie möglich mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen, um den Rechten der Bürgerinnen und Bürger aus dem Unionsrecht volle Wirksamkeit zu verschaffen. Daran sind alle Staatsorgane im Rahmen ihrer Zuständigkeit zu beteiligen.

Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung verlangt, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten, übereinstimmt.

Der EuGH legt verbindlich Unionsrecht aus, zu dessen Einhaltung sich Deutschland über Art. 23 GG, Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet hat. Deutschland ist damit bereits heute, auch ohne entsprechende nationale Regelung und auch ohne explizit gegen Deutschland dazu ergangenes EuGH-Urteil, zur Einhaltung und Ermöglichung der Einhaltung von Art. 31 Abs. 2 GRCh verpflichtet.

Die EuGH-Entscheidung formuliert einen klaren Handlungsauftrag an die Mitgliedstaaten: Das Grundrecht eines jeden Arbeitnehmers aus Art. 31 Abs. 2 GRCh – als schwächere Partei des Arbeitsvertrages (Rn. 44-45 und 55) – sei nach Auffassung des EuGH durch ein System zu sichern, mit dem die von *einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit* gemessen werden könne (Rn. 46 und Rn. 49). Dies sei unverzichtbar für die Beurteilung, ob die wöchentliche Höchstarbeitszeit einschließlich geleisteter Überstunden und ob die täglichen oder wöchentlichen Mindestruhezeiten eingehalten wurden (Rn. 49). Eine nationale Regelung, die *keine* Verpflichtung zur objektiven und verlässlichen Erfassung der Zahl *der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden* enthält, ist nach Auffassung des EuGH *nicht geeignet*, um die praktische Wirksamkeit der von der Charta und der EU-Arbeitszeitrichtlinie verliehenen Rechte sicherzustellen (Rn. 50).

### **Gesetzgeberisches Handeln in Deutschland erforderlich?**

Die Verpflichtung, das Unionsrecht im Wege der Gesetzgebung auszuführen, obliegt in erster Linie den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten (Hatje in: (Schwarze/EU-Kommentar zu Art 4 EUV Rn. 59 mWN). Die Pflicht aller Träger öffentlicher Gewalt und damit auch des Gesetzgebers zur Umsetzung des Unionsrechts folgt dem Art. 4 Abs. 3 EUV (EuGH v. 15.5.1986, Rs. 222/84). Auch dann, wenn die Gerichte den geltenden § 16 Abs. 2 ArbZG unionsrechtskonform auslegen oder über den Weg der horizontalen Wirkung des Grundrechts aus Art. 31 Abs. 2 den Arbeitnehmerschutz sichern (s. dazu gleich), ist zur Herstellung von Transparenz und Effektivität gesetzgeberisches Handeln vonnöten. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH erfordern die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes eine eindeutige Formulierung des nationalen Rechts, die den betroffenen Personen die klare und genaue Kenntnis ihrer Rechte und Pflichten ermöglicht und die Gerichte in die Lage versetzt, ihre Einhaltung sicherzustellen (EuGH v. 28.10.1999, C-187/98, Rn. 54). Auch die bereits heute existierenden Bußgeldvorschriften zwingen den Gesetzgeber, tätig zu werden und für Rechtsklarheit zu sorgen, da sonst Widersprüche innerhalb des ArbZG drohen und da sonst unklar ist, welcher Verstoß mit der Bußgeldvorschrift des § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG sanktioniert werden soll.

Mit den geltenden arbeitszeitrechtlichen Regelungen ist die Vorgabe des EuGH nicht hinreichend (transparent) umgesetzt. Der EuGH hat in seiner Entscheidung die spanische Regelung der Arbeitszeiterfassung, welche vergleichbar mit dem deutschen § 16 Abs. 2 ArbZG ist und Arbeitgeber nur zur Erfassung von Mehrarbeit verpflichtet, für nicht hinreichend wirksam zur Erfüllung der Schutzziele der Richtlinie erklärt (Rn. 52). Gleiches muss daher für § 16 Abs. 2 ArbZG gelten.

### **Unionsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts bis Neureglung möglich?**

Auch ohne gesetzgeberische Aktivität sind Gerichte in Deutschland – wie alle Träger öffentlicher Gewalt (s. Art. 4 Abs. 3 EUV – jetzt schon verpflichtet, einen unionsrechtskonformen Zustand herzustellen (EuGH v. 14.5.2019, Rn. 68). Die Pflicht zur Herstellung eines unionsrechtskonformen Zustands besteht unabhängig davon, ob und wann der Gesetzgeber tätig wird.

Urteile des EuGH haben formelle und materielle Rechtskraft und damit unmittelbare Bindungswirkung nur gegenüber dem vorlegenden Gericht und allen weiteren Instanzen des Verfahrens (sog. Bindung „inter partes“, EuGH v.- 24.06.1969, Rs. 29/68). Eine faktische Bindungswirkung der EuGH-Rechtsprechung gegenüber allen Mitgliedstaaten der EU folgt aber – wie eingangs bereits ausgeführt – daraus, dass die Urteile des EuGH, ähnlich den höchstrichterlichen Entscheidungen der nationalen Gerichte, eine Leitfunktion für die Anwendung des Unionsrechts haben und damit über den Einzelfall hinaus eine tatsächlich rechtbildende Kraft entfalten (Schwarze/EU-Kommentar zu Art 267 AEUV, Rn. 72 mwN).

Zu unterscheiden ist dabei zwischen unter- und letztinstanzlichen Gerichten. Für letztinstanzlich entscheidende Gerichte entfaltet ein Auslegungsurteil eine materielle Bindungswirkung. Sie sind, wenn sie von der Rechtsauslegung durch den EuGH abweichen wollen, zur Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet (EuGH v. 6.10.1982, C-283/81 Rn. 21). Eine Nichtbefolgung dessen hat den Verstoß gegen Art. 101 GG – Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter – zur Folge. Für die unterinstanzlichen Gerichte wird ganz überwiegend eine eingeschränkte „erga omnes“-Wirkung bzw. eine faktische, präjudizielle Bindungswirkung der EuGH-Entscheidungen angenommen (EuGH v. 27.03.1980, verb. Rs. 66/79, 127/79 und 128/79). Damit sind die nationalen unterinstanzlichen Gerichte in jedem Fall gehalten, die EuGH Entscheidungen zu berücksichtigen.

In Art. 4 Abs. 3 EUV ist das Prinzip der einheitlichen Geltung und Anwendung des Unionsrechts verankert (EuGH v. 15.7.1964, Rs 6/64). Hieraus folgt unter anderem die Verpflichtung aller Mitgliedstaaten der EU, die einheitliche Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewähren. Die Rechtsprechung des EuGH als Bestandteil des Unionsrechts muss ebenfalls eine solche einheitliche Wirksamkeit in der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten erfahren. Der EuGH geht seit Jahrzehnten in seiner Rechtsprechung von einer faktischen, allgemeinen Bindungswirkung seiner Entscheidungen aus (EuGH v. 27.03.1980, verb. Rs. 66/79, 127/79 und 128/79; EuGH v. 6.10.1982, C-283/81 Rn. 21).

Deutsche Arbeitsgerichte sind zur Auslegung des Arbeitszeitgesetzes im Einklang mit der Entscheidung des EuGH vom 14. Mai 2019 verpflichtet. Zwar muss nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 ArbZG nur die über acht Stunden hinaus gehende Arbeitszeit generell erfasst werden. Aber die Erfassung dieser Zeiten setzt die Kenntnis des Arbeitgebers hinsichtlich des Beginns und des Endes der regulären täglichen Arbeitszeit voraus. Auch ist nur bei Kenntnis der täglich erbrachten Arbeit die Einhaltung der Mindestruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG möglich.

Der heutige Wortlaut des § 16 Abs. 2 ArbZG stellt jedoch nicht hinreichend rechtssicher klar, dass Arbeitgeber einer generellen Verpflichtung der Arbeitszeiterfassung unterliegen. Er sollte angepasst werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass es den Gerichten nicht auch heute schon grundsätzlich möglich und aufgrund der aktuellen EuGH-Entscheidung auch nötig ist, eine Pflicht der Arbeitgeber zur Erfassung der Arbeitszeit anzunehmen. Bei einem Rechtsstreit etwa über den Umfang der geleisteten Mehrarbeit kann eine entsprechende Dokumentation der Arbeitszeiten – wie bei gesetzlich normierten

Zeiterfassungspflichten (BAG, Urt. v. 21.12.2016 – 5 AZR 362/16) – vom Arbeitgeber verlangt werden (Heuschmid, NJW 2019, 1853).

### **Möglichkeit der unmittelbaren Grundrechtsanwendung?**

Sollte eine unionsrechtskonforme Auslegung an dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 ArbZG scheitern, sind die Gerichte verpflichtet, die unionsrechtswidrige Regelung unangewendet zu lassen. An deren Stelle tritt dann die vom EuGH in seiner Rechtsprechung zu Art. 31 Abs. 2 GRCh (EuGH 6.11.2018 - C-569/16 und C-570/16 Rn. 85) bestätigte Horizontalwirkung des hier betroffenen Grundrechts.

Zwar hat sich der EuGH in der aktuellen Entscheidung zu der unmittelbaren Wirkung des Grundrechts aus Art. 31 Abs. 2 GRCh zwischen den Privaten nicht explizit geäußert, jedoch lag dies in erster Linie daran, dass sich in diesem Verfahren die Frage einer unmittelbaren Drittwirkung gar nicht stellte. Das Urteil erging, anders als bei den o. g. Entscheidungen aus dem Jahr 2018 im Kontext Urlaub, nicht im Rahmen eines individuellen Rechtsstreites, sondern im Rahmen einer Verbandsklage, die auf die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage zielte. Da der EuGH bereits die unmittelbare Wirkung desselben Grundrechts für den Bereich des Urlaubs bestätigt hat (EuGH 6.11.2018, aaO), ist damit zu rechnen, dass der Gerichtshof bei entsprechender Vorlage seine bisherige Rechtsprechungslinie aufrechterhalten und die Argumentation des Generalanwalts (Schlussanträge v. 31.01.2019, C-55/18, Rn. 95) bestätigen würde. Eine unmittelbare Verpflichtung zur Aufzeichnung der Arbeitszeiten durch den Arbeitgeber ist daher bereits jetzt schon anzunehmen, um den Grundrechtsschutz aus Art. 31 Abs. 2 GRCh nicht leer laufen zu lassen (so auch: Ulber, NZA 2019, 677 (680), Heuschmid, NJW 2019, 1853 (1854), Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung „EuGH und Arbeitszeitaufzeichnungen – Aktuelle Auswirkungen“, [www.neuerichter.de](http://www.neuerichter.de)).

### **Was ist in Deutschland zu regeln?**

Im Vollzug der Entscheidung sind die vom EuGH im Hinblick auf die Erfassung von Arbeitszeiten aufgestellten qualitativen und quantitativen Anforderungen für die Zeiterfassung zu beachten:

- Als *objektive* Zeiterfassung kann nur eine solche gelten, der nachweislich die tatsächlich erbrachte Arbeit zugrunde liegt. Die Erfassung durch Beschäftigte steht grundsätzlich der Objektivität nicht entgegen. Arbeitgeber sind jedoch verpflichtet, die dokumentierte Arbeitszeit auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen, eine Weiterarbeit nach der Beendigung der Erfassung muss unterbunden werden.
- Eine *verlässliche* Zeiterfassung ist am besten unverzüglich möglich und auch nötig. Sie muss alle Arbeitszeiten im arbeitszeitrechtlichen Sinne erfassen und damit auch jegliche Bereitschaftszeiten und Zeiten von Arbeitsbereitschaft. Eine Begrenzung der Erfassung der Arbeitszeit nur im vergütungsrechtlichen Sinne ist nicht zulässig.
- *Zugänglich* muss die Zeiterfassung zum einen für beide Seiten des Arbeitsverhältnisses, zum anderen aber auch für diejenigen sein, die zur Überwachung und Kontrolle der Erfassung befugt sind: die Aufsichtsbehörden und die Interessenvertretungen in den Betrieben und Dienststellen.

Zu erfassen ist *die Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden* (Rn. 49). Um die Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten sowie der täglichen Ruhepausen zu gewährleisten, ist nicht nur die bloße Zahl der Stunden, sondern auch deren Verteilung in Tagesverlauf, also der Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit zu dokumentieren. Die Frist zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit ist so zu bemessen, dass der Schutz der Gesundheit der Beschäftigten verwirklicht werden kann. Sie darf den Zeitraum einer Woche nicht überschreiten.

### **Delegation der Aufzeichnungsdurchführung an Beschäftigte zulässig?**

Die Erfassung der Arbeitszeit obliegt grundsätzlich dem Arbeitgeber, zumal die Strukturierung und Einhaltung der Vorgaben des Arbeitszeitrechts zu seinen Organisationspflichten gehört – er ist Verpflichteter/Verantwortlicher für die Einhaltung von Art. 31 II Grundrechtecharta/RL 2003/88/EG und der deutschen Arbeitszeitregelungen. Über die Form des Systems zur Arbeitszeiterfassung können laut EuGH allerdings die Mitgliedstaaten entscheiden (Rn. 63). Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung als solche steht aber nicht zur Disposition.

Bei einigen Tätigkeiten ist aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung eine Erfassung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit unmittelbar durch den Arbeitgeber ohne Mitwirkung der Beschäftigten praktisch schwierig oder gar nicht möglich. Eine Delegation der Aufzeichnungsmöglichkeit auf Beschäftigte ist daher in diesen Fallkonstellationen zur Verwirklichung der praktischen Wirksamkeit der Arbeitszeitrichtlinie erforderlich.

Ist dagegen die Erfassung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber möglich, sollte die Delegation der Zeiterfassung auf die Beschäftigten nur auf Grundlage von Tarifverträgen zulässig sein. Dabei ist nicht nur die Übertragung der Erfassung als solche, sondern sind auch die Modalitäten der Erfassung kollektiv zu regeln. Nur über Tarifverträge oder aufgrund von Tarifverträgen kann eine transparente und die Interessen aller Beschäftigten berücksichtigende Handhabung der Arbeitszeiterfassung sichergestellt werden.

Alleine die Tatsache, dass auf die Arbeitnehmer die Aufzeichnungspflichten delegiert werden, spricht nicht gegen die Objektivität, Verlässlichkeit und Zugänglichkeit der Zeiterfassung im Kontext des vom EuGH geforderten wenig missbrauchsanfälligen Systems. Im Gegenteil: Die tatsächlich erbrachte Arbeitszeit kennen die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen oft am besten. Sicherzustellen ist aber, dass den Beschäftigten keinerlei Nachteile entstehen, wenn auf sie die Arbeitszeiterfassung delegiert wird. Dafür ist eine widerlegbare Vermutung der Richtigkeit der durch Beschäftigte erfassten Arbeitszeiten notwendig.

Der Arbeitgeber bleibt aber weiterhin nicht nur für die Bereitstellung und korrekte Anwendung des Erfassungssystems verantwortlich, sondern sichert auch seine Objektivität, Verlässlichkeit und Zugänglichkeit sowie die Erfassung der täglichen Arbeitszeit. An die Möglichkeit der Widerlegung der Richtigkeit der vom Arbeitnehmer erhobenen Daten sind für den Arbeitgeber enge Fristen zu setzen.

### **Ausnahmen von der Verpflichtung zur Zeiterfassung zulässig?**

Um die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 2003/88 zu gewährleisten und der Bedeutung des in Art. 31 Abs. 2 GRCh verankerten Grundrechts Rechnung zu tragen, hält der EuGH eine allgemeine Arbeitszeiterfassung *für alle Arbeitnehmer* für erforderlich (Rn. 65).

Die sich daraus ergebende Verpflichtung zur Einrichtung eines solchen Erfassungssystems für *alle Arbeitgeber* leitet der EuGH zudem aus der allgemeinen Verpflichtung der Mitgliedstaaten und der Arbeitgeber nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 der Rahmen-Arbeitsschutzrichtlinie 89/391/EWG ab, Organisation und erforderliche Mittel zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bereitzustellen (Rn. 61).

Nach der Entscheidung des EuGH ist es den Mitgliedstaaten nicht gestattet, bestimmte Unternehmen, etwa aufgrund ihrer Größe, grundsätzlich von der Erfassungspflicht auszunehmen. Die Unternehmensgröße kann lediglich bei der *Ausgestaltung der Modalitäten* der Zeiterfassung Berücksichtigung finden (Rn. 63), nicht aber bei der Frage des „Ob“ einer Zeiterfassung.

Gleiches gilt für Fragen der Zeiterfassung für Arbeitnehmer\*innen, deren Arbeitszeit nach Art. 17 Abs. 1 der EU-Arbeitszeitrichtlinie aufgrund der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus bestimmt werden kann. Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung gilt generell, obwohl (dem Wortlaut der Entscheidung nach: „unbeschadet“, Rn. 63) Mitgliedstaaten für den von Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie erfassten Personenkreis eine Abweichung von den Arbeitszeitgrenzen vornehmen können. Selbst bei der (aufgrund der Herleitung der Aufzeichnungspflicht aus dem „Jedermanns-Grundrecht“ nach Art. 31 Abs. 2 GRCh fragwürdigen) Annahme, dass im Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie die Aufzeichnungspflicht entfallen könne, gibt es aufgrund der engen Auslegung des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie durch den EuGH kaum Tätigkeiten, für die eine solche Ausnahme in Frage kommen würde. Denn der EuGH begrenzt den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie auf das „unbedingt Erforderliche“ (EuGH v. 26.7.2017 – C-175/16, Rn. 31). Konkret sind es diejenigen Arbeitnehmer, deren gesamte Arbeitszeit auf Grund der Natur der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann (so ausdrücklich: EuGH v. 26.7.2017 – C-175/16, Rn. 32, EuGH v. 14.10.2010, C-428/09 Rn. 41 und EuGH 07.09.2006, C-484/04, Rn. 20). Ist dagegen auch nur ein Teil der Arbeitszeit im Voraus oder vom Arbeitgeber aus festgelegt – etwa in Gestalt von Kundenterminen, wöchentlichen Besprechungen, Telekonferenzen oder aber im Rahmen des Unterrichtsplans – kann nicht davon ausgegangen werden, dass die gesamte Arbeitszeit nicht messbar ist oder frei bestimmt wird. Die Anwendung der Ausnahme des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie scheidet dann insgesamt aus (so auch: EuArbR/Gallner, Art. 17 RL 2003/88, Rn. 4).

Aufgrund dieses strengen Maßstabs sind die im deutschen Arbeitszeitgesetz zugelassenen Ausnahmen des § 18 ArbZG schon heute als unionsrechtswidrig zu bewerten (EuArbR/Gallner RL 2003/88/EG Art. 17 Rn. 5 mwN). Eine eventuelle Herausnahme des Personenkreises des § 18 ArbZG von der Aufzeichnungspflicht (oder eines vergleichbar weit gefassten Personenkreises) lässt sich mit dem Unionsrecht nicht vereinbaren.

### **Rechtsfolgen und Sanktionen bei Verletzung der Aufzeichnungspflicht**

Fehlende oder fehlerhafte/lückenhafte Arbeitszeitaufzeichnungen gehen infolge der EuGH-Entscheidung und seiner unmittelbaren Wirkung auf das deutsche Arbeitsrecht, ähnlich wie jetzt schon bei gesetzlich festgelegten Aufzeichnungspflichten, zulasten des Arbeitgebers. Beschäftigte genügen ihrer Darlegungslast durch einen bloßen Sachvortrag (BAG v. 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 zu Aufzeichnungspflicht im Straßentransport gem. § 21 a Abs. VII ArbZG). Bei fehlender Erfassung der Arbeitszeit gelten die von dem bzw. der Beschäftigten erfassten bzw. vorgetragenen Arbeitszeiten in Form einer widerlegbaren Vermutung als zugestanden. Zur Verbesserung der Rechtsklarheit und -sicherheit ist diese Rechtsfolge gesetzlich klarzustellen.

Zur wirksamen Durchsetzung der Aufzeichnungspflichten muss zudem der bisherige Bußgeldkatalog des § 22 Abs. 1 ArbZG ergänzt und erweitert werden. Der Bußgeldtatbestand des § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG, der die Verletzung der Aufzeichnungspflicht nach § 16 Abs. 2 ArbZG sanktioniert, muss widerspruchsfrei auf die Fälle der fehlenden Erfassung der werktäglichen Arbeitszeit zur Anwendung kommen. Zu regeln ist der Ordnungswidrigkeitstatbestand für den Fall der fehlerhaften/lückenhaften Erfassung. Die Verstöße gegen die Aufzeichnungspflicht sind mit spürbaren, erheblichen Geldbußen zu versehen, damit sie wirksam als Kontrollmittel der Arbeitszeiterfassung eingesetzt werden können. Die bisherigen Bußgeldvorgaben des ArbZG mit einer maximalen Bußgeldandrohung von 15.000 Euro, gepaart mit einer unzulänglichen Kontrollaktivität seitens der zuständigen Behörden, wirken keinesfalls präventiv gegen die Arbeitszeitverstöße.

Zur Verwirklichung der Vorgaben des EuGH-Urteils sind zudem wirksame Arbeitszeitkontrollen unverzichtbar (Rn. 56). Dafür ist aber eine entsprechende personelle Ausstattung der zuständigen Behörden notwendig, die es zu gewährleisten gilt.

### **Verhältnis zu heute bereits bestehenden spezialgesetzlichen Arbeitszeiterfassungspflichten**

Der EuGH geht in seiner Entscheidung auf die in den Sondervorschriften des Unionsrechts geregelten Aufzeichnungspflichten ein (Rn. 64). Diese, aufgrund der besonderen Schutzbedürfnisse der einzelnen Beschäftigtengruppen erlassenen Regeln, sprechen nicht gegen eine generelle Aufzeichnungspflicht in allen Branchen und bei allen Arbeitgebern. Im Gegenteil: eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ist aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der EU-Arbeitszeitrichtlinie und zur Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 31 Abs. 2 GRCh geboten (Rn. 65).

In ähnlichem Verhältnis zueinander stehen die in Deutschland zu regelnde generelle Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung und die spezialgesetzlichen Aufzeichnungspflichten, etwa § 17 Abs. 1 MiLoG iVm § 2a SchwarzAG oder nach § 6 GSA Fleisch. Bei den vorhandenen Aufzeichnungspflichten handelt es sich um Schutzvorschriften, die in erster Linie der Einhaltung der gesetzlichen Lohnbestimmungen in bestimmten Branchen und bei bestimmten Tätigkeiten dienen und den Sozialversicherungsbetrug verhindern sollen. Deren Einhaltung wird folgerichtig durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit überwacht. Sie stehen einer allgemeinen, in erster Linie auf den Arbeitsschutz ausgerichteten Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung nach den Regeln des Arbeitszeitgesetzes nicht entgegen und dürfen auch nicht aus Anlass der Umsetzung der Entscheidung des EuGH modifiziert oder beschränkt werden.

### **Heutige „Vertrauensarbeitszeit“ weiterhin möglich?**

Die Entscheidung des EuGH führt nicht zu einer Einschränkung der bereits nach dem geltenden Recht zulässigen Arbeitszeitmodelle. Das gilt auch für die sog. „Vertrauensarbeitszeit“, wie sie das BAG in seiner ständigen Rechtsprechung konturiert hat. Denn entgegen der verbreiteten Auffassung ist auch die Arbeit im Rahmen der „Vertrauensarbeit“ an die geltenden Grenzen des Arbeitszeitgesetzes gebunden, zu deren Einhaltung und Kontrolle Arbeitgeber früher schon verpflichtet waren und es auch weiterhin verpflichtet sind.

Zwar wird bei der sog. „Vertrauensarbeit“ auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit verzichtet und darauf vertraut, dass der Arbeitnehmer die Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht auch ohne Kontrolle erfüllt (BAG v. 23.9.2015, 5 AZR 767/13). Die Pflicht des Arbeitnehmers, Arbeitszeit in einem nach Stunden bemessenen Umfang abzuleisten, besteht aber weiterhin (BAG v. 15.05.2013 – 10 AZR 325/12). Die sog. „Vertrauensarbeitszeit“ steht weder der Führung eines Arbeitszeitkontos noch der Abgeltung des Mehrarbeit-Zeitguthabens entgegen (BAG v. 23.9.2015, 5 AZR 767/13). Und schließlich darf sich der Arbeitgeber bei der sog. „Vertrauensarbeitszeit“ nicht auf die Unkenntnis der Arbeitszeiten seiner Beschäftigten berufen. Er ist zur Einhaltung geltender Gesetze – darunter auch den Grenzen des Arbeitszeitgesetzes (und damit auch heute schon zur Einhaltung vom § 16 Abs. 2 ArbZG) – verpflichtet und schuldet diesbezüglich dem Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG eine Auskunft – auch bei der sog. „Vertrauensarbeitszeit“. Er kann sich deshalb nicht wirksam darauf berufen, dass er keine Erfassung der Arbeitszeiten, etwa aufgrund der vereinbarten oder praktizierten sog. „Vertrauensarbeitszeit“, durchführt (BAG v. 6. 5. 2003 – 1 ABR 13/02, BAG v. 23.9.2015, 5 AZR 767/13). Betriebsräte können daher auch bei der sog. „Vertrauensarbeitszeit“ jetzt schon den Einblick in die Aufzeichnung der Arbeitszeiten verlangen und diese notfalls auch gerichtlich durchsetzen.

Die Verpflichtung zur Dokumentation der Arbeitszeit entfällt bei Vertrauensarbeitszeit auch nicht deswegen, weil Beschäftigte die Verteilung ihrer Arbeitszeit weitgehend alleine bestimmen können. Auch bei Einsatz der sog. „Vertrauensarbeitszeit“ können die wenigsten Beschäftigten ihre *gesamte Arbeitszeit auf Grund der Natur der ausgeübten Tätigkeit* selbst

festlegen. Nur unter dieser Voraussetzung lässt der EuGH die Ausnahme des § 17 Abs. 1 der EU-Arbeitszeitrichtlinie überhaupt zu (EuGH v. 26.7.2017 – C-175/16, Rn. 32, EuGH v. 14.10.2010, C-428/09 Rn. 41 und EuGH 07.09.2006, C-484/04, Rn. 20).

### **Konkrete Modalitäten der Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung**

Bei der Auswahl der Maßnahmen zur Umsetzung der Verpflichtung aus der EU-Arbeitszeitrichtlinie und Art. 31 Abs. 2 GRCh gewährt der EuGH den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum (Rn. 42 und 63). Die durch die Mitgliedstaaten festzulegenden Maßnahmen dürfen aber nicht zu einer Aushöhlung der in Art. 31 Abs. 2 der GRCh und der in den Art. 3 und 5 sowie Art. 6 Buchst. b der EU-Arbeitszeitrichtlinie verankerten Rechte führen (Rn. 43). Sie müssen daher den Anforderungen eines verlässlichen, objektiven und zugänglichen Systems der Erfassung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit eines/einer jeden Beschäftigten entsprechen. In diesem Rahmen können die Mitgliedstaaten über die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems, insbesondere über dessen Form, unter Berücksichtigung von Branchenbesonderheiten und Unternehmensgrößen, entscheiden (Rn. 63).

In Deutschland ist die Vereinbarung und Implementierung der Systeme der Arbeitszeiterfassung ein übliches Betätigungsfeld der Kollektivvertragsparteien, etwa der Gewerkschaften, aber insbesondere der Betriebs- und Personalräte. Im Rahmen von Kollektivverträgen (insbesondere Betriebs- und Dienstvereinbarungen) lassen sich die Besonderheiten verschiedener Branchen und Unternehmensgrößen am besten berücksichtigen – entsprechende Ausgestaltungsspielräume sind daher notwendig.

### **Auswirkungen der EuGH-Entscheidung auf die Mitbestimmung**

Neben den Mitbestimmungs- und Initiativrechten des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG (Verteilung und Festlegung der Arbeitszeit) und nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (Festlegung einer vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit) besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Fragen der Erfassung von Arbeitszeiten auch bei der Einführung und Anwendung technischer Überwachungseinrichtungen zur Verhaltens- und Leistungsüberwachung. Um eine solche Überwachungseinrichtung handelt es sich prinzipiell auch bei dem vom EuGH geforderten „objektiven, verlässlichen und zugänglichen System“ (Rn. 60 und 62). Dieses Mitbestimmungsrecht besteht auch dann, wenn etwa Arbeitszeiten manuell (nicht-technisch) aufgezeichnet, aber – üblicherweise zur Gehaltsabrechnung – in ein Datenverarbeitungs- oder Informationssystem zur Verarbeitung/Auswertung eingegeben werden (BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 12/84; BVerwG v. 16.12.1987 – 6 P 32/84).

Damit Betriebsräte (und ebenso die Personalräte in den Verwaltungen) neben einer Änderung und Abschaffung zur Einhaltung von Arbeitszeitregeln wie des Art. 31 Abs. 2 GrCh auch die Einführung und Beibehaltung einer technischen Einrichtung (wie vorliegend zur Arbeitszeiterfassung als Nachweis der Arbeitsleistung) durchsetzen können, müssen sie aber auch initiativ werden können. Ein diesbezügliches Initiativrecht wurde zwar bislang mit dem Hinweis auf den Schutzzweck dieses Mitbestimmungsrechts (keine Forderung von Überwachungsmaßnahmen durch die Interessenvertretung) höchstrichterlich abgelehnt (BAG v. 28.11.1989 – 1 ABR 97/88; BVerwG v. 29.9.2004 – 6 P 4.04). Durch neuere Rechtsprechung der Instanzgerichte wurde das Initiativrecht aber bereits bestätigt (LAG Berlin-Brandenburg 22.1.2015 – 10 TaBV 1812/14 und 10 TaBV 2124/14). Durch die Hervorhebung des (weiteren) Schutzzwecks einer Arbeitszeiterfassung durch ein (technisches) System und die entsprechende nun bestätigte Verpflichtung der Arbeitgeber, ein solches einzuführen und bereitzustellen (Rn. 60 und 62), ist ein entsprechendes Initiativrecht der Interessenvertretungen anzunehmen. Es bedarf einer gesetzlichen Klarstellung dieses Initiativrechts (so auch: Ulber, NZA 2019, 677). Dem steht auch der Verweis auf lediglich Art. 11 der



Richtlinie 89/391/EWG im Urteil C-55/18 des EuGH nicht entgegen (Rn. 62). Er bedeutet lediglich, dass ein Zeiterfassungssystem *auch* deshalb erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertreter, die bei der Sicherheit und dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer eine besondere Funktion haben, ihr in Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie 89/391 vorgesehenes Recht ausüben können, den Arbeitgeber um geeignete Maßnahmen zu ersuchen und ihm Vorschläge zu unterbreiten.

Neben der Beteiligung des Betriebsrats bei der Einführung und Anwendung von Systemen bzw. Einrichtungen zur Arbeitszeiterfassung hat der Arbeitgeber eine besondere Informationspflicht hinsichtlich der Arbeitszeit der Beschäftigten. Diese ergibt sich zum einen im Zusammenhang mit § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG (s. o.), zum anderen aus der Überwachung der Einhaltung der Schutzbestimmungen des ArbZG, insbes. Höchstzeiten und Mindestruhezeiten, sowie der Einhaltung der tariflichen Arbeitszeitbestimmungen (vgl. Umfang der Unterrichtungspflicht bei DKKW-Buschmann, 16. Aufl., Rn. 92 zu § 80 BetrVG). Diese Pflichten des Arbeitgebers korrespondieren mit einem Auskunftsrecht des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zur Durchführung seiner Aufgaben nach dem BetrVG, in diesem Rahmen etwa auch zur Überwachung des ArbZG (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), insbesondere zu Beginn und Ende der werktäglichen Arbeitszeit (BAG v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02).