

Daniel Ulber

Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung

HSI-Schriftenreihe
Band 32

Daniel Ulber

Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2020 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Kerstin Wilke

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany 2020

ISBN 978-3-7663-7041-9

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

Im Mai 2019 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) klargestellt, dass die Mitgliedstaaten Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Nur auf diese Weise, so machte der Gerichtshof deutlich, lasse sich die Einhaltung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG) sicherstellen, die Ruhezeiten und begrenzte Höchstarbeitszeiten vorschreiben.

Die Entscheidung des EuGH fiel auf einen Zeitpunkt, in dem in der Bundesrepublik über die Reform des Arbeitszeitrechts politisch bereits debattiert wurde. Diese Debatten halten an. Um sie führen zu können, bedarf es Klarheit hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen. Hier bestand Klärungsbedarf, den das vorliegende Gutachten, das der DGB zur Versachlichung der um die Zeiterfassung geführten Debatten in Auftrag gegeben hat, aufgreift und das nun Antworten auf die wichtigsten Fragen gibt.

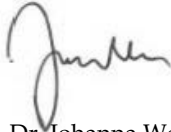
Die zentrale Frage ist, ob das in Deutschland derzeit geltende Arbeitszeitrecht den vom EuGH gestellten Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung genügt oder Handlungsbedarf besteht. Der Autor macht deutlich, dass das Urteil im deutschen Recht verbindlich gilt und bestätigt, dass die Bundesrepublik infolge der Entscheidung die öffentlichen wie privaten Arbeitgeber zur Einführung der täglichen Arbeitszeiterfassung für alle Beschäftigten verpflichten muss.

Bei einer grundsätzlichen Erfassungspflicht für alle zeigt das Gutachten den Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Modalitäten der Zeiterfassung, auch im Hinblick auf die Frage der Ausgestaltung durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, auf und erläutert, was hierbei zu beachten ist. Der Autor macht dabei deutlich, welche Anforderungen im Einzelnen an die Arbeitszeiterfassung zu stellen sind, wann also das vom EuGH erforderte objektive, verlässliche und zugängliche System dafür vorliegt.

Aufgrund der Anforderungen an die Transparenz der gesetzlichen Regeln empfiehlt der Autor eine Anpassung des deutschen Arbeitszeitrechts.

Literatur und Rechtsprechung wurden bis Oktober 2019 berücksichtigt.

Wir sind der Überzeugung, dass dieses Gutachten einen wichtigen Beitrag zu der Debatte um die rechtliche Regulierung der Arbeitszeit leistet und wünschen eine gewinnbringende Lektüre.



Dr. Johanna Wenckebach
Leiterin des HSI



Prof. Dr. Marlene Schmidt
Leiterin des HSI

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
I. Vorbemerkungen	13
II. Grundlagen der Entscheidung des EuGH	15
1. Rechtsgrundlage der Entscheidung des EuGH	16
a) Materielle Erfolgspflicht	16
b) Wortlaut der Richtlinie	17
aa) „Erforderliche Maßnahmen“	17
bb) Auslegung der Richtlinie	18
c) Weitere Grundlagen der Entscheidung	19
d) Ergebnis	19
2. Vom EuGH berücksichtigte Umstände für die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung.....	19
a) Einhaltung der Richtlinie ohne Arbeitszeiterfassung unmöglich....	20
b) Vereitelung der Rechtsdurchsetzung	20
aa) Einsichtsrecht und Einsichtsmöglichkeit für Arbeitgeber und Arbeitnehmer.....	20
bb) Beweisfunktion zugunsten des Arbeitnehmers	21
c) Arbeitsschutzrechtliche Funktion	22
aa) Ziel: Gesundheitsschutz	22
bb) Gesundheitsschutz als Leitlinie der Ausgestaltung der Systeme der Arbeitszeiterfassung.....	23
cc) Befähigung des Arbeitgebers zur Wahrung des Gesundheitsschutzes	24
dd) Erfassung des Beginns der Tätigkeit im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit	24
ee) Erfassung des Zeitpunkts der Beendigung der Tätigkeit im Zeitpunkt der Beendigung.....	25
ff) Erfassung der Gesamtarbeitszeit.....	25
d) Schutz der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertreter	25
e) Datenschutz?	26
f) Keine Relativierung der Pflicht zur Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems durch behördliche Kontrollen	27

g) Keine Relativierung durch Übererfüllung der Richtlinie	27
h) Kosten für die Arbeitgeber.....	27
i) Das übrige Unionsrecht.....	28
3. Zusammenfassung	28

**III. Die Pflicht zur Einführung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung
in der Entscheidung des EuGH** 30

1. Adressat der Verpflichtung.....	30
a) Keine Übertragung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten.....	30
b) Keine Übertragung der Pflicht zur Erfassung	31
aa) Insbesondere: Keine Erfassung von Beginn und Ende der Tätigkeit nach diesen Zeitpunkten	31
bb) Verbleibende Mitwirkung des Arbeitnehmers	33
c) Zwischenergebnis	33
2. Anforderungen des EuGH an das System der Arbeitszeiterfassung	34
a) Mindestanforderung: System	34
b) Pflicht zur Einführung des Systems.....	34
aa) Vorkehrungen für den Fall der Nichteinführung.....	34
bb) Durchsetzung durch die Arbeitsschutzbehörden.....	35
cc) Durchsetzung durch Tarifvertrag.....	35
dd) Durchsetzung durch die betriebliche Interessenvertretung.....	35
ee) Durchsetzung durch den Arbeitnehmer	35
3. Objektives System	36
a) Wortbedeutung: objektiv	36
b) Bezugspunkt der Objektivität.....	37
c) Sicherung eines Beweismittels für den Arbeitnehmer	38
d) Fixierung der Information.....	38
e) Sicherung der Einhaltung der Vorschriften der Richtlinie	38
aa) Erfassung des Beginns der Tätigkeit	38
bb) Pausen und Unterbrechungen.....	39
cc) Beendigung der täglichen Arbeitszeit.....	40
dd) Übertragung der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	40
f) Art des Erfassungssystems	40
g) Erfassung durch den Arbeitnehmer	41
4. Verlässliches System	42
a) Begriff der Verlässlichkeit.....	42
b) Absicherung gegen Manipulation	43
c) Beweissicherungsfunktion	43
d) Datenschutz	44

5.	Zugängliches System.....	44
	a) Beweissicherungsfunktion	44
	b) Zugänglichkeit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen.....	44
	c) Zugriffsmöglichkeit des Arbeitnehmers auf die erfassten Zeiten gegen und ohne den Willen des Arbeitgebers.....	45
	d) Zugriffsmöglichkeit der betrieblichen Interessenvertretung.....	46
	e) Zugriffsmöglichkeit der Aufsichtsbehörden	46
6.	Der Einwand der Manipulation.....	46
7.	Datenschutzrechtliche Fragestellungen.....	47
	a) Ausgangspunkt des EuGH: Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung steht im Einklang mit dem Unionsrecht.....	48
	aa) Verzicht auf die Erfassung aus Datenschutzgründen?	48
	bb) Begrenzter Umfang der zu erfassenden Daten	48
	cc) Art des Erfassungssystems	49
	b) Begrenzte Funktion der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	50
	c) Folgeproblem bei einvernehmlicher Missachtung des ArbZG	50
8.	Ausnahmen und Einschränkungen.....	50
	a) Keine generelle Ausnahme für Personengruppen.....	51
	b) Arbeitnehmer und Beamte.....	51
	c) Ausnahme nach Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL.....	51
	aa) Anwendbarkeit.....	52
	bb) Abweichungsbefugnis.....	53
	cc) Folgen für die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	53
	(1) Leitende Angestellte.....	53
	(2) Sonstige Beschäftigtengruppen.....	54
	dd) Ergebnis.....	54
	d) Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten.....	55
	aa) Gestaltung lediglich beim „Wie“, nicht beim „Ob“ der Arbeitszeiterfassung	55
	bb) Besonderheiten einzelner Tätigkeiten	56
	(1) Kein Dispens von den Erfordernissen der Objektivität, Verlässlichkeit und Zugänglichkeit.....	56
	(2) Aber: Gegebenenfalls großzügigere Betrachtungsweise	56
	cc) Besonderheiten einzelner, insbes. kleiner Unternehmen.....	57

IV. Bereits vorhandene Dokumentationspflichten..... 59

1.	§ 16 Abs. 2 ArbZG	59
2.	§ 17 MiLoG	59
3.	§ 21a Abs. 8 ArbZG.....	60

4.	§ 8 Offshore-ArbZV.....	60
5.	§ 50 SeeArbG.....	60
6.	§ 6 GSA Fleisch.....	61
7.	§ 80 Abs. 2 BetrVG.....	61
V. Geltende Rechtslage in Deutschland seit der Entscheidung des EuGH....		
1.	Unionsrechtskonforme Auslegung des ArbZG oder Anwendungsvorrang des Unionsrechts?.....	62
	a) Diskussionsstand.....	63
	b) Unionsrechtskonforme Auslegung von § 16 Abs. 2 ArbZG.....	63
	aa) Wortlaut des § 16 Abs. 2 ArbZG.....	63
	bb) Systematik.....	64
	cc) Pflicht zur „so weit wie möglich“ unionsrechtskonformen Auslegung.....	65
	dd) Auswirkungen auf die Bußgeldvorschriften.....	65
2.	Anwendungsvorrang des Unionsrechts.....	66
	a) Horizontalwirkung des Art. 31 Abs. 2 GRC.....	66
	b) Horizontalwirkung der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung.....	67
3.	Zeitliche Wirkung der Entscheidung.....	69
4.	Bindung staatlicher Arbeitgeber.....	70
5.	Auswirkungen der Entscheidung auf die sog. Vertrauensarbeitszeit...	71
	a) Geltende Rechtslage bei Vertrauensarbeitszeit.....	72
	b) Folgen der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung.....	73
6.	Prozessuale Auswirkungen.....	73
	a) Allgemeines.....	73
	b) Prozessuale Folgen unterlassener Arbeitszeiterfassung.....	74
	c) Insbesondere Überstundenprozess.....	75
	aa) Nur mittelbare Auswirkungen auf die Vergütung.....	75
	bb) Folgen der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung.....	75
7.	Auswirkungen auf (bestehende) Tarifverträge.....	76
8.	Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung.....	76
	a) Informationspflichten nach § 80 Abs. 2 BetrVG.....	77
	b) Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG.....	77
	aa) Grundproblem: Initiativrecht.....	78
	bb) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.....	79
	cc) § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG.....	79
	dd) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.....	80
	ee) § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.....	81
	c) Auswirkungen auf bestehende Betriebsvereinbarungen.....	82
9.	Auswirkungen auf die Überwachungsbehörden.....	82

VI. Umsetzungspflicht des deutschen Gesetzgebers	84
1. Verpflichtung zur Umsetzung zumindest aus Transparenzgründen...	84
2. Adressat der Umsetzungspflicht	85
a) Adressat der Arbeitszeitrichtlinie	85
b) Beteiligung der Tarifvertragsparteien bei der Umsetzung	86
3. Adressat der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	87
4. Anforderungen an das System zur Arbeitszeiterfassung.....	88
a) Gestaltungsspielraum	88
b) Objektives, verlässliches und zugängliches System	88
c) Objektiv.....	89
d) Verlässlich	90
e) Zugänglich	91
f) Art der Erfassung	93
aa) Technische Erfassungssysteme.....	93
bb) „Händische Erfassungssysteme“	94
(1) Äquivalenz händischer und technischer Erfassung.....	94
(2) Manipulationsgefahr	95
(3) Beweissicherungsfunktion.....	96
(4) Rechtfertigung händischer Erfassungssysteme	96
(5) Mögliche Ausnahme für Kleinbetriebe.....	97
5. Arbeitgeberbezogene Differenzierungsmöglichkeiten	97
6. Mitwirkung der Beschäftigten?	97
a) Keine Übertragung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten auf den Beschäftigten.....	98
b) Auswirkungen der Funktion der Erfassungspflicht	98
c) Information über die Beendigung der Tätigkeit.....	99
d) Dauer der täglichen Arbeitszeit.....	99
e) Information über die Ruhepausen	99
f) Folgerungen	99
g) Streitigkeiten über die Mitwirkungshandlung	100
7. Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten.....	100
a) „Personen, bei denen die Arbeitszeit wegen der Eigenart der Tätigkeit nicht erfasst werden kann“ (Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG)	101
b) Mobile Arbeitnehmer.....	101
c) Home-Office.....	102
aa) Arbeit online	102
bb) Arbeit offline.....	103
d) Geistige Arbeit	104

8.	Ausgestaltung durch Tarifvertrag.....	104
	a) Einbindung beim „Ob“	105
	b) Einbindung beim „Wie“	105
	aa) Keine Tätigkeit jenseits der Vorgaben der Richtlinie	106
	bb) Gestaltungsoptionen.....	106
	(1) Art des Erfassungssystems.....	106
	(2) Modalitäten der Erfassung.....	107
	(3) Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten.....	107
	(4) Insbesondere Home-Office.....	107
	(5) Mobile Arbeitnehmer.....	107
	(6) Vertrauensarbeitszeit	108
	(7) Datenschutz.....	108
	cc) Implementierung des TV in die arbeitsschutzrechtliche Pflichtenstellung des Arbeitgebers	108
	c) Einordnung etwaiger Tarifnormen.....	109
	d) Verhältnis zu Betriebsvereinbarungen.....	109
	e) Ergebnis.....	110
VII.	Wesentliche Ergebnisse.....	111

I. Vorbemerkungen

Der EuGH hat in seiner Entscheidung in der Rechtssache CCOO vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18) der Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG=ArbZ-RL) eine Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit eines jeden Arbeitnehmers entnommen. Die Mitgliedstaaten müssen

*„die Arbeitgeber daher verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“.*¹

Über die Folgen der Entscheidung besteht in mehrerer Hinsicht Unklarheit. Das betrifft sowohl die Auswirkungen der Entscheidung auf die Rechtslage in Deutschland de lege lata als auch die Frage nach einem etwaigen Tätigwerden des Gesetzgebers.

Zunächst muss hierzu geklärt werden, welche Vorgaben der EuGH für die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung durch den Arbeitgeber macht (II.). Die Entscheidung in der Rechtssache CCOO beinhaltet eine Vielzahl von Überlegungen, die den EuGH bewogen haben, der Richtlinie eine Pflicht des Arbeitgebers zu entnehmen, ein System zur Arbeitszeiterfassung einzuführen. Diese Überlegungen sind entscheidend für die Interpretation der Entscheidung. Das gilt insbesondere für die Frage, was ein „objektives, verlässliches und zugängliches System“ im Sinne der EuGH-Entscheidung ist (III.). Um die Rechtslage nach der Entscheidung und etwaige Handlungsoptionen des Gesetzgebers besser einordnen zu können, gibt das Gutachten sodann einen knappen Überblick über bestehende Regelungen zur Arbeitszeiterfassung im deutschen Arbeitsrecht (IV.).

Sodann wendet sich das Gutachten der Rechtslage in Deutschland nach der Entscheidung des EuGH in der Rs. CCOO de lege lata zu (V.).

Anschließend wird untersucht, ob und in welcher Weise der Gesetzgeber durch die Entscheidung zu einer Änderung des deutschen Rechts, hier des ArbZG, gezwungen ist. Besondere Berücksichtigung findet dabei die Frage nach einer Mitwirkung der Beschäftigten bei der Arbeitszeiterfassung und der Einbindung

¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 40.

der Tarifvertragsparteien (VI). Hier werden insbesondere auch denkbare Regelungsgegenstände von Tarifverträgen im Zusammenhang mit der Arbeitszeiterfassung aufgezeigt.

II. Grundlagen der Entscheidung des EuGH

Der EuGH hat die Art. 3², 5³ und 6⁴ der ArbZ-RL im Lichte von Art. 31 Abs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) sowie von Art. 4 Abs. 1, Art. 11 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 3 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie dahin ausgelegt, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die nach ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte die Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.⁵

Ihre Grundlage findet die Entscheidung im Arbeitsschutzrecht. Sie fokussiert sich in erster Linie auf die Bedeutung der Arbeitszeiterfassung für den Gesundheitsschutz. Sie ist nicht unmittelbar darauf gerichtet, Vergütungsstreitigkeiten zu beeinflussen.

Die Entscheidung legitimiert Datenerhebungen durch den Arbeitgeber nur in ganz begrenztem Umfang. Nur zum Zwecke der Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen der Richtlinie (dazu unter II.2.c) dürfen punktuell

² Artikel 3 Tägliche Ruhezeit

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem Arbeitnehmer pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt wird.

³ Artikel 5 Wöchentliche Ruhezeit

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem Arbeitnehmer pro Siebentageszeitraum eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden zuzüglich der täglichen Ruhezeit von elf Stunden gemäß Artikel 3 gewährt wird.

Wenn objektive, technische oder arbeitsorganisatorische Umstände dies rechtfertigen, kann eine Mindestruhezeit von 24 Stunden gewählt werden.

⁴ Artikel 6 Wöchentliche Höchstarbeitszeit

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer:

a) die wöchentliche Arbeitszeit durch innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern festgelegt wird;

b) die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet.

⁵ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683.

Informationen erhoben werden. Die Arbeitszeiterfassung dient bei diesem Verständnis dazu, dass der Arbeitgeber in die Lage versetzt wird, zu verhindern, dass Beschäftigte unter Verstoß gegen die Art. 3, 5 und 6 der ArbZ-RL beschäftigt werden, und seinen insoweit bestehenden arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen nachkommen kann.

Ob das der Fall ist, sollen die Behörden und die betriebliche Interessenvertretung effektiv kontrollieren können.

Schließlich soll auch der Beschäftigte durch die Arbeitszeiterfassung in die Lage versetzt werden, seine Ansprüche wirksam durchzusetzen und nicht auf andere Beweismittel zurückgreifen zu müssen.

1. Rechtsgrundlage der Entscheidung des EuGH

Ausgangspunkt der Entscheidung des EuGH ist, dass die Arbeitszeitrichtlinie dem Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer dient. Der EuGH arbeitet daher zunächst die Gesamtheit der Vorschriften heraus, aus denen sich diese Funktion ergibt. Dies sind die von ihm in ständiger Rechtsprechung als besonders wichtige Vorschriften des Sozialrechts der Union eingeordneten Art. 3, 5 und 6 der ArbZ-RL sowie Art. 31 Abs. 2 GRC.

a) Materielle Erfolgspflicht

Soweit die Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie erlassen, müssen diese so ausgestaltet sein, dass der durch die Arbeitszeitrichtlinie vorgesehene Schutz tatsächlich gewährt wird.⁶ Dazu der EuGH:

„Die Mitgliedstaaten müssen daher zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit der RL 2003/88 die Beachtung dieser Mindestruhezeiten gewährleisten und jede Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit verhindern (EuGH, ECLI:EU:C:2010:609 = Slg. 2010, I-9852 = NZA 2010, 1344 = AP RL 2003/88/EG Nr. 3 Rn. 51 mwN – Fuß).“⁷

Der Prüfmaßstab des EuGH mit Blick auf die Art. 3, 5 und 6 lit. b) ArbZ-RL ist streng. Es handelt sich nach ständiger Rechtsprechung um „besonders wichtige

⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 40.

⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 40.

Regeln des Sozialrechts der Union“,⁸ die noch dazu durch Art. 31 Abs. 2 GRC überformt sind.⁹

Zudem stützt sich der EuGH auf die allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten und der Arbeitgeber nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 Arbeitsschutzrahmenrichtlinie, eine Organisation und die erforderlichen Mittel zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bereitzustellen.¹⁰ Diese ist neben der Arbeitszeitrichtlinie anwendbar und steht zu dieser in einem wechselseitigen Ergänzungsverhältnis.¹¹

Auch aus den Zielen der Arbeitszeitrichtlinie und ihrer besonderen Bedeutung für den Gesundheitsschutz ergibt sich seit jeher eine eher strenge Handhabung der Richtlinie durch den EuGH.¹² Diese Grundhaltung präformiert die Überlegungen des EuGH.

b) Wortlaut der Richtlinie

Die Pflicht des Arbeitgebers, ein System zur Erfassung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit eines jeden Arbeitnehmers einzurichten, stützt der EuGH auf Struktur und Wortlaut der Art. 3, 5 und 6 der ArbZ-RL.¹³

aa) „Erforderliche Maßnahmen“

Diese Vorschriften sehen vor, dass die Mitgliedstaaten die „erforderlichen Maßnahmen“ ergreifen, um die in den Art. 3, 5 und 6 der ArbZ-RL geregelten Mindeststandards hinsichtlich der täglichen Mindestruhezeit von elf Stunden (Art. 3 ArbZ-RL), der wöchentlichen Ruhezeit (Art. 5 ArbZ-RL) und der durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit (Art. 6 ArbZ-RL) zu gewähren.

⁸ EuGH 25.11.2010 – C-429/09 (Fuß II), Rz. 33 = NZA 2011, 53 ff.; EuGH 1.12.2005 – C-14/04 (Dellas), Rz. 49 = NZA 2006, 89 ff.; EuGH 5.10.2004 – C-397/01 (Pfeiffer), Rz. 100 = BeckRS 9998, 81556.

⁹ Vgl. dazu Preis/Sagan/Ullber, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., § 7 Rz. 7.38 ff.

¹⁰ EuGH 14.5.2019 – C 55/18 (CCOO) Rz. 62.

¹¹ Preis/Sagan/Ullber, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., § 7 Rz. 7.92.

¹² Vgl. zur Auslegung der ArbZ-RL durch den EuGH allgemein Preis/Sagan/Ullber, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., § 7 Rz. 7.27.

¹³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 41.

bb) Auslegung der Richtlinie

Der Wortlaut der Vorschrift ist insoweit auslegungsbedürftig und auslegungsfähig, als von „erforderlichen Maßnahmen“ gesprochen wird.¹⁴ Daher handelt es sich um eine methodisch vertretbare Auslegung der Richtlinie, wenn der EuGH nunmehr bestimmt, welche Maßnahmen erforderlich in ihrem Sinne sind. Anders als dies im Schrifttum teilweise gesehen wird,¹⁵ lässt sich die Rechtsprechung damit durchaus auf den Wortlaut der Richtlinie zurückführen.¹⁶

Zudem sind die Vorschriften ergebnisbezogen formuliert: „Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit ...“¹⁷. Diese Formulierung ist zum einen inhaltlich offen, weil „erforderliche Maßnahmen“ sehr umfassend formuliert ist, und zum anderen zeigt sie, dass es darauf ankommt, ob insgesamt ein Rechtszustand besteht, bei dem die Rechte eingehalten werden. Die Mitgliedstaaten haben also einen Spielraum, wie sie die Richtlinie umsetzen, dürfen dabei aber nicht ihr materielles Schutzniveau unterschreiten.¹⁸ Dementsprechend ist ein Mindestmaß an erforderlichen Maßnahmen durch die Richtlinie vorgegeben, und zwar ungeachtet eines Umsetzungsspielraums der Mitgliedstaaten.

Dazu der EuGH:

„Auch wenn die Mitgliedstaaten daher zu diesem Zweck über einen gewissen Spielraum verfügen, müssen sie angesichts des von der RL 2003/88 verfolgten wesentlichen Ziels, einen wirksamen Schutz der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer sowie einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, sicherstellen, dass die praktische Wirksamkeit dieser Rechte in vollem Umfang gewährleistet wird, indem ihnen tatsächlich die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten und die Obergrenze für die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit, die in dieser Richtlinie festgesetzt sind, zugutekommen.“

Daraus folgt, dass die von den Mitgliedstaaten festgelegten Modalitäten zur Sicherstellung der Umsetzung der Bestimmungen der RL 2003/88 nicht zu einer Aushöhlung der in Art. 31 II GRCh und den Art. 3 und 5 sowie Art. 6 Buchst. b dieser Richtlinie verankerten Rechte führen dürfen.“¹⁹

¹⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 41.; Klein/Leist, ZESAR 2019, 365 (366).

¹⁵ Bayreuther, EuZW 2019, 446 (447).

¹⁶ Klein/Leist, ZESAR 2019, 365 (366).

¹⁷ WL Art. 3, 5 und 6 ArbZ-RL.

¹⁸ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 42.

¹⁹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 42f.

c) Weitere Grundlagen der Entscheidung

Im Schrifttum wird mit Recht darauf hingewiesen, dass der EuGH seine Entscheidung zusätzlich auch auf den 6. Erwägungsgrund und die damit in Bezug genommenen Normen der ILO hätte stützen können. Auch der ILO-Sachverständigenausschuss hält eine Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung für unerlässlich, um die Pflichten zur Beachtung der arbeitszeitrechtlichen Grenzen einhalten zu können.²⁰

Der EuGH kann sich auch auf die Arbeitsschutzrahmenrichtlinie stützen. Nach ihrem Art. 6 Abs. 1 ist der Arbeitgeber ohnehin verpflichtet, eine geeignete Organisation und die erforderlichen Mittel bereitzustellen, um die Einhaltung seiner arbeitsschutzrechtlichen Pflichten sicherzustellen.²¹ Das bedeutet, dass der EuGH nicht etwa neue Pflichten des Arbeitgebers geschaffen, sondern nach der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie bereits bestehende Pflichten des Arbeitgebers näher ausgeformt hat.²²

d) Ergebnis

Die Entscheidung des EuGH ist methodisch vertretbar. Der Kritik an der Entscheidung ist gleichwohl zuzugestehen, dass angesichts der sehr weitreichenden Vorgaben eine bessere Anbindung an den Wortlaut der Richtlinie wünschenswert gewesen wäre.

2. Vom EuGH berücksichtigte Umstände für die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Der EuGH hat seine Entscheidung auch stark mit dem Gedanken begründet, dass ein System der Arbeitszeiterfassung zur effektiven Durchsetzung der in der Richtlinie verankerten Rechte notwendig ist. Die Gründe, die den EuGH bewogen haben, sich auf den Effektivitätsgedanken zu stützen, sind daher für die Interpretation der Entscheidung von großer Bedeutung. Daher sollen diese Grundgedanken der Entscheidung hier vorab dargestellt werden.

²⁰ General Survey 2018 zum ILO-Arbeitszeitrecht unter Berufung auf Übereinkommen Nr. 1 und 30 sowie Empfehlungen Nr. 98 und 103, vgl. dazu *Buschmann*, AuR 2019, 291 (292); sowie *Lörcher*, HSI-Newsletter 2/2019 unter 3.1.

²¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 62.

²² Vgl. Dazu auch unter III.2.c).

a) Einhaltung der Richtlinie ohne Arbeitszeiterfassung unmöglich

Der EuGH nimmt plausibel an, dass die Zahl der von einem Arbeitnehmer geleisteten Arbeitsstunden und ihre zeitliche Lage bekannt sein müssen, damit überprüft werden kann, ob die Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie eingehalten werden. Das führt ihn unmittelbar zur Pflicht zur Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung.

Denn ohne ein System, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, können weder die Zahl der vom Arbeitnehmer tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden sowie ihre zeitliche Lage noch die über die gewöhnliche Arbeitszeit hinausgehende, als Überstunden geleistete Arbeitszeit objektiv und verlässlich ermittelt werden.²³

Der EuGH geht daher davon aus, dass eine systematische Arbeitszeiterfassung Grundvoraussetzung für die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie ist. Damit ist die Frage, ob der Gesetzgeber vorschreiben muss, dass Arbeitgeber ein solches System vorsehen müssen, geklärt. Das „Ob“ der Erfassung steht damit nicht zur Disposition des Gesetzgebers.

b) Vereitelung der Rechtsdurchsetzung

Der EuGH geht des Weiteren davon aus, dass es für die Arbeitnehmer äußerst schwierig oder gar praktisch unmöglich ist, die ihnen durch Art. 31 Abs. 2 GRC und die RL 2003/88 verliehenen Rechte durchzusetzen, um tatsächlich in den Genuss der Begrenzung der wöchentlichen Arbeitszeit sowie der in dieser Richtlinie vorgesehenen täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten zu kommen, wenn es kein System zur Arbeitszeiterfassung gibt.²⁴

aa) Einsichtsrecht und Einsichtsmöglichkeit für Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Das bedeutet, ohne dass hier schon auf alle Details eingegangen werden kann, dass die Aufzeichnungen dem Arbeitnehmer stets zugänglich sein müssen und sie gegen Manipulationsversuche zu sichern sind.²⁵

²³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 47.

²⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 48.

²⁵ Dazu unter III.5.

Das bestätigt Rz. 50 der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO.²⁶ Der EuGH stellt hier fest, dass eine nationale Regelung, die keine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung vorsieht, nicht mit der Richtlinie vereinbar ist, weil

„weder die Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer überprüfen können, ob diese Rechte beachtet werden, wodurch sie das Ziel dieser Richtlinie, das darin besteht, einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer sicherzustellen, gefährden kann.“²⁷

bb) Beweisfunktion zugunsten des Arbeitnehmers

Der Gedanke der effektiven Rechtsdurchsetzung, der den EuGH veranlasst, ein solches System für unerlässlich zu halten, speist sich auch aus einem weiteren Umstand. Der EuGH geht davon aus, dass ohne ein System der Arbeitszeiterfassung dem Arbeitnehmer keine ausreichenden Beweismittel zur Verfügung stehen, um seine Rechte effektiv durchsetzen zu können.²⁸

Der EuGH folgert dies aus der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers. Arbeitnehmer werden bei unklarer Rechts- und Beweislage davon abgeschreckt, ihre Rechte wahrzunehmen und ihre Rechte durchzusetzen, weil sie Benachteiligungen durch den Arbeitgeber befürchten.²⁹ Dieser Abschreckungseffekt ist umso geringer, je klarer beurteilt werden kann, ob ein Anspruch besteht und in diesem Fall die prozessualen Chancen seiner Durchsetzung hoch sind. Das hängt gerade im Bereich von Arbeitszeitfragen ganz stark von der Möglichkeit ab, die geleistete Arbeitszeit nachzuweisen.³⁰ Deswegen ist das System der Arbeitszeiterfassung so auszugestalten, dass der Arbeitnehmer die tatsächlich geleistete Arbeitszeit mit den Informationen aus diesem System so beweisen kann, dass er keiner weiteren Beweismittel bedarf.

Der EuGH stellt sich hier auf den Standpunkt, dass ohne eine Arbeitszeiterfassung häufig ein Zeugenbeweis erforderlich ist, um die tatsächlich geleistete Arbeitszeit nachzuweisen. Als Zeugen kommen in diesen Fällen aber häufig Kollegen in Betracht, die aus Sicht des EuGH aufgrund ihrer strukturellen Un-

²⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 50.

²⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 50.

²⁸ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 54ff.; ebenso die Analyse von *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (367), die die Entscheidung allerdings stark auf diesen Gesichtspunkt verengen.

²⁹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 44f.

³⁰ *Heuschmid*, NJW 2019, 1853.

terlegenheit und der Angst vor Benachteiligungen wiederum nicht zugunsten des Arbeitnehmers aussagen werden.³¹ Damit befindet sich der Arbeitnehmer aufgrund dieses Umstands in einer Situation, welche die Durchsetzung der Rechte aus der Richtlinie so stark beeinträchtigt, dass sie aus Sicht des EuGH kompensationsbedürftig ist. Dem wird man spezifische Ausgestaltungen des nationalen Arbeitsrechts, die dem potenziell entgegenwirken könnten (Kündigungsschutz, Maßregelungsverbot etc.), nicht entgegenhalten können, weil der EuGH diese Umstände erkennbar für irrelevant hält. Ansonsten hätte er seine Überlegungen auf solche Fälle einschränken müssen, in denen es an solchen Schutzvorschriften fehlt. Das ist allerdings nicht der Fall.

c) Arbeitsschutzrechtliche Funktion

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass sich die Pflicht des Arbeitgebers aus dem Gedanken des Gesundheitsschutzes und eines Schutzes des Arbeitnehmers vor übermäßiger Beanspruchung ergibt.³² Das zeigt auch der Rückgriff auf die Arbeitsschutzrahmenrichtlinie durch den EuGH.³³

aa) Ziel: Gesundheitsschutz

Das System der Arbeitszeiterfassung dient also nicht dazu, Streitigkeiten über Entgeltansprüche zu vermeiden. Die Vorschriften, die durch das System zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit abgesichert werden sollen, dienen vielmehr dem Gesundheitsschutz. Das bedeutet aber, dass jegliches Kontrollsystem so ausgestaltet sein muss, dass es nicht lediglich die vergütungspflichtige Arbeitszeit erfasst, sondern dies in einer Weise erfolgt, die dem Ziel des „Gesundheitsschutzes durch Arbeitszeiterfassung“³⁴ Rechnung trägt und damit am arbeitschutzrechtlichen Arbeitszeitbegriff ausgerichtet ist.³⁵

Der EuGH sieht die Einhaltung der dem Gesundheitsschutz dienenden Vorschriften über die tägliche Ruhezeit, die wöchentliche Ruhezeit und die werktägliche Höchstarbeitszeit aber als gefährdet an, wenn es an einem System zur Arbeitszeiterfassung fehlt.³⁶ Dann aber muss umgekehrt jedes Arbeitszeiterfas-

³¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 55.

³² EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 37.

³³ Dazu *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (366f.).

³⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 50.

³⁵ Zum Arbeitszeitbegriff der ArbZ-RL ausf. *Preis/Sagan/Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, § 7 Rz. 7.97ff.

³⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 50.

sungssystem so ausgestaltet sein, dass es die Einhaltung der Vorschriften der Art. 3, 5 und 6 ArbZ-RL und ihren Schutzzweck auch tatsächlich fördern kann. Das ergibt sich aus Sicht des EuGH zudem auch aus Art. 31 Abs. 2 GRC.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass der EuGH sich nicht nur auf die Arbeitszeitrichtlinie stützt. Der EuGH hat die Pflicht zur Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung vielmehr auch auf die Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie gestützt. Die Pflicht ergibt sich damit aus der Pflicht des Arbeitgebers, eine Organisation und die erforderlichen Mittel zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bereitzustellen.³⁷ Das bedeutet, dass es jenseits der Arbeitszeitrichtlinie bereits bestehende Organisationspflichten des Arbeitgebers zum Gesundheitsschutz sind, die die Auslegung des EuGH tragen und es sich nicht um eine rechtschöpfende Implementierung neuer Pflichten in das Unionsrecht handelt.

bb) Gesundheitsschutz als Leitlinie der Ausgestaltung der Systeme der Arbeitszeiterfassung

Damit ist die Ausgestaltung des Arbeitszeitsystems und die Bestimmung der Begriffe „objektiv“, „verlässlich“ und „zugänglich“ stets im Lichte der Schutzfunktion des Systems der Arbeitszeiterfassung zu sehen. Ihre Interpretation kann nicht von den Art. 3, 5 und 6 ArbZ-RL entkoppelt werden. Festzuhalten ist, dass die Überlegung des EuGH, dass die Rechte aus der Richtlinie hinsichtlich der Art. 3, 5 und 6 ArbZ-RL in der Praxis leerlaufen könnten, wenn die Arbeitszeit nicht erfasst wird, bedeutet, dass die Einhaltung dieser Vorschriften das Ziel des Arbeitszeiterfassungssystems sein muss. Bei den Regelungen der Richtlinie handelt es sich um arbeitsschutzrechtliche Vorschriften, deren Einhaltung jederzeit überprüfbar sein muss.

Dieser Umstand begrenzt zugleich auch die Möglichkeit des Arbeitgebers, die Erhebung von Daten auf die ArbZ-RL und die Pflicht, ein System zur Arbeitszeiterfassung einzuführen, zu stützen. Denn es sind nur in ganz begrenzten Umfang Datenerhebungen erforderlich, um die Rechte aus der Richtlinie zu wahren.³⁸ Nur insoweit hat die Entscheidung eine Legitimationswirkung. Alles andere an Datenerhebungen ist jedenfalls nicht auf Grundlage der Arbeitszeitrichtlinie zulässig. Deswegen fordert bzw. legitimiert die Entscheidung auch

³⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 62.

³⁸ Ausführlich zum Datenschutz unten unter III.7.

keine Überwachung der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit oder sonstige überschießende Maßnahmen.

cc) Befähigung des Arbeitgebers zur Wahrung des Gesundheitsschutzes

Daher muss dem Arbeitgeber an jedem Tag und zu jeder Zeit bekannt sein, ob die Rechte des Arbeitnehmers aus der Richtlinie gewahrt sind. Dafür benötigt er die Information über die Aufnahme der Tätigkeit des Arbeitnehmers im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit.³⁹ Denn der EuGH bezieht sich bei der Funktion der Arbeitszeiterfassung stets auf die wöchentliche Höchstarbeitszeit UND die tägliche Ruhezeit.⁴⁰

dd) Erfassung des Beginns der Tätigkeit im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit

Die Ruhezeit kann aber nur dann gewährt werden, wenn der Arbeitgeber ihre Einhaltung schon bei Aufnahme der Tätigkeit überprüfen kann. Ansonsten kann er seinen Pflichten, den Arbeitnehmer ggf. von der weiteren Ausübung seiner Tätigkeit abzuhalten, nicht nachkommen.

Daher sind grundsätzlich Verfahren unzulässig, bei denen der Arbeitnehmer nachträglich nach Beendigung seiner Arbeitszeit über ihren Umfang informiert, also etwa am Ende der Woche einen Stundenzettel ausfüllt oder Beginn und Ende der Arbeitszeit am Ende des Arbeitstages mitteilt (zu den Folgen für die Ausgestaltung des nationalen Rechts vgl. unter VI.4.f) und VI.6. sowie zu den Ausnahmen für besondere Tätigkeiten unter VI.7.).⁴¹

³⁹ Vgl. dazu auch unter III.3.d), III.3.e), III.5.b).

⁴⁰ Vgl. etwa EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 40, 42, 46, besonders deutlich Rz. 49 und 58.

⁴¹ Die Folgen dieses Ausgangspunkts des EuGH für das nationale Recht werden im weiteren Verlauf noch dargestellt.

ee) Erfassung des Zeitpunkts der Beendigung der Tätigkeit im Zeitpunkt der Beendigung

Der Arbeitgeber muss aber auch den genauen Zeitpunkt der Beendigung der Tätigkeit des Arbeitnehmers erfassen. Denn ab diesem Zeitpunkt berechnet sich die Mindestruhezeit, die vor einer erneuten Aufnahme der Tätigkeit einzuhalten ist.

ff) Erfassung der Gesamtarbeitszeit

Des Weiteren sind die beiden Informationen erforderlich, um die Gesamtarbeitszeit zu erfassen, was zur Einhaltung der durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit nach Art. 6 ArbZ-RL erforderlich ist.

d) Schutz der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertreter

Der EuGH stützt die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auch auf die Sicherung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertreter nach Art. 11 Abs. 1 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie. Diese können ihre Aufgaben nicht sachgerecht ausüben, wenn die Arbeitszeit der Arbeitnehmer nicht systematisch erfasst ist. Der EuGH bezieht sich hier insbesondere auf das Recht der Arbeitnehmervertreter, den Arbeitgeber um Vorschläge für geeignete Maßnahmen zum Gesundheitsschutz zu ersuchen.⁴²

In persönlicher Hinsicht werden in der Entscheidung des EuGH die Arbeitnehmervertreter mit einer besonderen Funktion bei der Sicherheit und beim Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer und ihre Rechte nach Art. 11 Abs. 3 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie angesprochen. Dies ist nach Art. 3 lit. c) der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie jede Person, die gemäß den nationalen Rechtsvorschriften bzw. Praktiken gewählt, ausgewählt oder benannt wurde, um die Arbeitnehmer in Fragen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit zu vertreten. Diese Überlegung des EuGH lässt sich allerdings nicht dahingehend verstehen, dass das System der Arbeitszeiterfassung nur diesem Personenkreis zu dienen bestimmt ist. Vielmehr verweist der EuGH lediglich exemplarisch auf Art. 11 Abs. 3 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie. Es darf nicht übersehen werden, dass nach Art. 11 Abs. 1 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie die Arbeitnehmer und ihre Vertreter das Recht haben, Vorschläge bezüglich der Gesundheit am Arbeitsplatz zu machen. Die entspre-

⁴² EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 62.

chenden Vorschriften stehen nicht in einem Alternativitätsverhältnis zu den Rechten der besonderen Vertreter. Vielmehr muss von einem Dualismus dieser Rechte gesprochen werden.⁴³ Berücksichtigt man den engen Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 1 GRC, weist die Entscheidung des EuGH daher auch den betrieblichen Interessenvertretern eine zentrale Funktion bei der Durchsetzung der Rechte aus der Richtlinie zu.

e) **Datenschutz?**

In der Entscheidung des EuGH finden sich keine Erwägungen, die den Datenschutz betreffen. Der Hintergrund dafür kann darin liegen, dass es hier um Rechtspflichten des Arbeitgebers geht.

Der EuGH ist erkennbar der Meinung, dass der Arbeitnehmer sich der Arbeitszeiterfassung nach Maßgabe der Entscheidung nicht unter Verweis auf den Datenschutz entziehen kann. Ebenso wenig kann sich der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Arbeitszeiterfassung unter Verweis auf den Datenschutz entziehen. Das bedeutet, dass, soweit die Arbeitszeiterfassung erforderlich ist, um die Einhaltung der werktäglichen und wöchentlichen Ruhezeiten und der wöchentlichen Höchstarbeitszeit sicherzustellen, ein Verweis auf den Datenschutz nicht in Betracht kommt.⁴⁴

Allerdings beschränkt sich diese Legitimationswirkung auf Maßnahmen, die dem Ziel der Einhaltung dieser arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben dienen. Jede andere Nutzung oder Verarbeitung dieser Daten ist eigenständig zu beurteilen⁴⁵ und nicht auf Grundlage der ArbZ-RL zulässig. Das betrifft insbesondere eine überschießende Totalüberwachung von Arbeitnehmern.

Daher ist es weder für den Gesetzgeber noch für den Arbeitgeber möglich, sich unter Verweis auf den Datenschutz von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung zu befreien. Andererseits ist es aber auch nicht möglich, eine über die arbeitsschutzrechtlich erforderlichen Daten hinausgehende Datenerhebung auf die Richtlinie zu stützen.

⁴³ MüArbR/Kohte, 4. Aufl. 2019, § 173 Rn. 22.

⁴⁴ Schrader, NZA 2019, 1035 (1039).

⁴⁵ Dazu ausf. unter III.7.

f) Keine Relativierung der Pflicht zur Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems durch behördliche Kontrollen

Der EuGH stellt auch klar, dass die Frage, ob und in welcher Weise staatliche Behörden die Einhaltung der Vorgaben zur Arbeitszeit kontrollieren, kein Argument gegen die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ist.⁴⁶ Da die Behörden ohne die Aufzeichnungen erhebliche Probleme bei der Kontrolle haben, sieht der EuGH die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung vielmehr als essenziell an, damit diese ihre Aufgaben im Zusammenhang mit der Richtlinie überhaupt effektiv wahrnehmen können.⁴⁷

Es ist daher unter keinem Gesichtspunkt vertretbar anzunehmen, dass die Mitgliedstaaten unter Verweis auf behördliche Kontrollen die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung relativieren können. Das gilt auch für die Modalitäten des jeweiligen Systems. Ebenso wenig können Sanktionen oder Eingriffsbefugnisse der Behörden zur Relativierung dieser Pflichten herangezogen werden.⁴⁸

g) Keine Relativierung durch Übererfüllung der Richtlinie

Der EuGH weist auch darauf hin, dass die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht dadurch relativiert werden kann, dass das nationale Arbeitsrecht die ArbZ-RL übererfüllt.⁴⁹ Ebenso wenig kann es daher darauf ankommen, wie die individuelle Arbeitszeit eines Arbeitnehmers gestaltet ist.

Es spielt daher auch keine Rolle, ob ein Arbeitnehmer in starren oder flexiblen Arbeitszeitmodellen beschäftigt wird oder in einem Schichtsystem eingesetzt wird, das Verstöße gegen die Richtlinie vermeintlich ausschließt. All das kann dem „Ob“ der Erfassung überhaupt nicht entgegengehalten werden. Beim „Wie“ der Erfassung können solche Unterschiede aber berücksichtigt werden.

h) Kosten für die Arbeitgeber

Etwaige Kosten der Einführung der Systeme zur Arbeitszeiterfassung können der Erfüllung der Verpflichtung, ein „objektives“ und „verlässliches“ Erfassungssystem vorzusehen, grundsätzlich nicht entgegengehalten werden.⁵⁰ Al-

⁴⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 57.

⁴⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 57.

⁴⁸ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 57.

⁴⁹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 51.

⁵⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 66.

lerdings verweist der EuGH darauf, dass die Belange etwa kleinerer Betriebe bei der Ausgestaltung des „Wie“ der Erfassungspflicht berücksichtigt werden können.⁵¹

i) Das übrige Unionsrecht

Der EuGH weist in seiner Entscheidung auch darauf hin, dass das übrige Unionsrecht ungeeignet ist, eine Einschränkung der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung aufgrund der Arbeitszeitrichtlinie zu rechtfertigen oder dieser Pflicht insgesamt entgegengehalten zu werden.⁵²

3. Zusammenfassung

Aus den Erwägungen des EuGH ergeben sich Leitlinien, die Gerichte und Gesetzgeber zu beachten haben, wenn sie die Entscheidung des EuGH in der Praxis umsetzen.

- Die Pflicht des Arbeitgebers ist nicht darauf beschränkt, „irgendein“ System der Arbeitszeiterfassung einzuführen. Vielmehr bestehen auf Grundlage der Rspr. des EuGH qualifizierte Anforderungen. Jedenfalls müssen Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn sowie ihre Dauer erfasst werden.
- Der EuGH verpflichtet die Mitgliedstaaten, die rechtlichen Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung so auszugestalten, dass die Arbeitnehmer ihre Rechte aus der Richtlinie effektiv wahrnehmen können.
- Die Arbeitnehmer sind aufgrund ihrer strukturellen Unterlegenheit so weit wie möglich davor zu schützen, dass der Arbeitgeber von ihnen die Mitwirkung bei einer Manipulation des Erfassungssystems verlangt.
- Das Arbeitszeiterfassungssystem muss der Einhaltung der täglichen Ruhezeit (Art. 3 RL 2003/88/EG) dienen. Der Arbeitgeber muss aufgrund des Systems in der Lage sein, diese einzuhalten. Das ist nur dann der Fall, wenn er in dem Moment, in dem der Arbeitnehmer die Tätigkeit aufnimmt, überprüfen kann, ob zwischen dem Beendigungszeitpunkt des letzten Arbeitseinsatzes und dem Beginn des neuen Arbeitseinsatzes die erforderliche Ruhezeit liegt. Deswegen muss er im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit von der Auf-

⁵¹ Dazu etwa unter III.8.d).

⁵² EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 64.

nahme der Tätigkeit in Kenntnis gesetzt werden. Gegebenenfalls muss er die Erbringung der Arbeitsleistung unter Verstoß gegen die Ruhezeit unterbinden.

- Das Arbeitszeiterfassungssystem muss der Einhaltung der wöchentlichen Ruhezeit (Art. 5 RL 2003/88/EG) dienen. Der Arbeitgeber muss aufgrund des Systems in der Lage sein, diese einzuhalten. Das ist nur dann der Fall, wenn er in dem Moment, in dem der Arbeitnehmer die Tätigkeit aufnimmt, überprüfen kann, ob zwischen dem Beendigungszeitpunkt des letzten Arbeitseinsatzes und dem Beginn des neuen Arbeitseinsatzes, die erforderliche Ruhezeit liegt. Deswegen muss er im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit von der Aufnahme der Tätigkeit in Kenntnis gesetzt werden. Gegebenenfalls muss er die Erbringung der Arbeitsleistung unter Verstoß gegen die Ruhezeit unterbinden.
- Das Arbeitszeiterfassungssystem muss der Einhaltung der durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit (Art. 6 Abs. 1 RL 2003/88/EG) dienen. Der Arbeitgeber muss aufgrund des Systems in der Lage sein, diese einzuhalten.
- Das Arbeitszeiterfassungssystem dient der Beweissicherung zugunsten des Arbeitnehmers. Es muss so ausgestaltet sein, dass der Arbeitnehmer die erfassten Informationen effektiv als Beweismittel nutzen kann.⁵³ Das erfordert eine Zugriffsmöglichkeit für den Arbeitnehmer.
- Das Arbeitszeiterfassungssystem dient nicht dem Entgelt-, sondern dem Gesundheitsschutz. Es muss so ausgestaltet sein, dass die Vorgaben der Richtlinie zum Gesundheitsschutz durch den Arbeitgeber jederzeit eingehalten werden können. Das bedeutet, dass es nicht darauf abzielt, nachträglich Stunden korrekt abzurechnen, sondern gesundheitsschädliche Arbeitszeiten zu vermeiden. Das bedeutet auch, dass die Arbeitszeitrichtlinie keine Grundlage für Datenerhebungen darstellt, die über die mit dem System der Arbeitszeiterfassung verfolgten arbeitsschutzrechtlichen Ziele hinausgehen.
- Der EuGH verlangt nicht, dass der Arbeitnehmer über die Erfassung des Zeitpunkts des Beginns und des Endes der Arbeitsleistung sowie den Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit hinausgehend überwacht wird.
- Das Arbeitszeiterfassungssystem muss durch die Arbeitsschutzbehörden und die betriebliche Interessenvertretung genutzt werden können, um Informationen für die eigene Tätigkeit zu erhalten und die Rechte aus der Richtlinie wahren zu können.

⁵³ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (367).

III. Die Pflicht zur Einführung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung in der Entscheidung des EuGH

Die Erfassung der täglichen Arbeitszeit muss durch ein System zur Arbeitszeiterfassung erfolgen. Dieses System muss „objektiv“ und „verlässlich“ die Erfassung der Arbeitszeit sicherstellen⁵⁴ und zugänglich⁵⁵ sein. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Sie stehen in einem wechselseitigen Ergänzungsverhältnis, um zu erreichen, dass die Ziele erreicht werden, die mit der Arbeitszeiterfassung verfolgt werden.

1. Adressat der Verpflichtung

Zunächst stellt sich die Frage nach dem Adressaten der vom EuGH entwickelten Pflichten. Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass nur der Arbeitgeber das System zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit eines jeden Arbeitnehmers einrichten kann. Strittig ist hingegen zum einen, ob der Arbeitgeber die Pflicht, mit diesem System die Arbeitszeit zu erfassen, delegieren kann (dazu sogleich) und zum anderen, ob und in welcher Weise er die Erfassung auf die Arbeitnehmer übertragen kann (dazu später).⁵⁶

a) Keine Übertragung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten

Adressat der arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung ist der Arbeitgeber. Die Pflicht zur Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten kann nicht auf den Arbeitnehmer übertragen werden.⁵⁷ Der Tenor der Ent-

⁵⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 66.

⁵⁵ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 62.

⁵⁶ Beide Gesichtspunkte sind voneinander zu trennen, weil es einerseits um die Frage der Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen geht und andererseits um die Mitwirkung des Arbeitnehmers bei der Erfüllung dieser arbeitgeberseitigen Pflicht.

⁵⁷ Wenig überzeugend dazu *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1037).

scheidung des EuGH besagt, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die nach ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte „die Arbeitgeber“ nicht verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Sobald der Arbeitgeber nicht der Adressat der entsprechenden Verpflichtung ist, ist daher die Richtlinie verletzt.⁵⁸

Der EuGH macht dies auch an anderer Stelle deutlich. Er weist darauf hin, dass die Mitgliedstaaten „die Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“.⁵⁹

Zudem ergibt sich die Pflicht des Arbeitgebers aus der allgemeinen Verpflichtung der Mitgliedstaaten und der Arbeitgeber nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 Arbeitsschutzrichtlinie, eine Organisation und die erforderlichen Mittel zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bereitzustellen.⁶⁰

b) Keine Übertragung der Pflicht zur Erfassung

Des Weiteren verlangt der EuGH im Zusammenhang mit dem Kriterium der Verlässlichkeit, dass der Arbeitgeber in der Lage sein muss, zu beurteilen, ob die täglichen Ruhezeiten eingehalten werden.⁶¹ Denn nach Auffassung des EuGH muss durch das System der Arbeitszeiterfassung „der Arbeitgeber“ überprüfen können, ob die in der Richtlinie vorgesehen Rechte gewahrt werden.⁶² Das hat Auswirkungen insbesondere auf die zu erfassenden Daten und den Zeitpunkt der Erfassung.

aa) Insbesondere: Keine Erfassung von Beginn und Ende der Tätigkeit nach diesen Zeitpunkten

Denn der Arbeitgeber kann die Einhaltung der Ruhezeiten nicht sicherstellen, wenn er die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung überträgt. Es ist zu verzeichnen, dass sich ein Teil des Schrifttums von einer vergütungsrechtlichen Betrachtung der Problematik leiten lässt. Das wird deutlich, wenn behauptet wird, es sei

⁵⁸ Zur Ausgestaltung des Systems der Arbeitszeiterfassung siehe unten.

⁵⁹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 60.

⁶⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 62.

⁶¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 50.

⁶² EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 50.

ausreichend, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitszeiten erfasst und sie dem Arbeitgeber nach Beendigung der Tätigkeit mitteilt.⁶³ Das mag für die Frage der Vergütung möglich sein. Arbeitsschutzrechtlich betrachtet ist eine solche Vorgehensweise nutzlos, soweit mit ihr das Ziel verfolgt wird, präventiv Gesundheitsschädigungen zu vermeiden.

Der EuGH hat die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht aus dem luftleeren Raum entwickelt, sondern sieht sie als „erforderliche Maßnahme“, um die täglichen Ruhezeiten nach der Richtlinie zu wahren. Diese können aber nicht mehr eingehalten werden, wenn der Arbeitnehmer nachträglich einen Verstoß mitteilt. Der Arbeitgeber kann dann seinen arbeitsschutzrechtlichen Pflichten nicht mehr nachkommen.

Des Weiteren wird auch die Kontrollmöglichkeit der Arbeitsschutzbehörden beeinträchtigt. Diese zu gewährleisten, ist aber eine weitere Funktion des Systems der Arbeitszeiterfassung.⁶⁴ Die Arbeitsschutzbehörden benötigen die Dokumentation des Beginns der Arbeitszeit, um etwaige Verstöße gegen das ArbZG feststellen zu können. Dazu muss diese Dokumentation aber bei Betreten der Betriebsstätte vorhanden sein. Erkennbar wäre es widersinnig, die Behörden darauf zu verweisen, sie könnten am nächsten Tag die Dokumentation der Arbeitnehmer über diesen Zeitpunkt einsehen.

Auch deswegen ist es nicht überzeugend anzunehmen, dass eine nachträgliche Mitteilung des Arbeitnehmers über den Beginn der Arbeitstätigkeit eine zulässige Form der Arbeitszeiterfassung im Sinne der Vorgaben des EuGH ist. Vielmehr muss bei Beginn der Tätigkeit ihr genauer Zeitpunkt erfasst und dem Arbeitgeber zur Kenntnis gebracht werden.

Dies ist auch bei der Tätigkeit an einer Betriebsstätte ohne Weiteres möglich. Soweit Tätigkeiten nicht in einer Betriebsstätte erfolgen, sind ebenfalls technische Lösungen möglich, bei denen allerdings die Mitwirkung des Beschäftigten ggf. intensiver ist.⁶⁵

⁶³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 62.

⁶³ *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038 f.).

⁶⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 57; vgl. dazu oben unter II.2.g).

⁶⁵ Zum Datenschutz vgl. unter II.1.e) und III.7.

bb) Verbleibende Mitwirkung des Arbeitnehmers

Von der Frage nach der Pflicht zur Erfassung zu den genannten Zeitpunkten ist die Frage zu trennen, in welcher Weise die Beschäftigten bei dieser Erfassung mitwirken.⁶⁶ Das betrifft nicht nur die Regelung der Art und Weise der Erfassung, etwa durch eine Personalkarte, sondern auch die Frage, welche Kontrollmöglichkeiten dem Arbeitnehmer dadurch hinsichtlich der erfassten Daten verschafft werden können.⁶⁷

Dass aus der fehlenden Berechtigung des Arbeitgebers, seine arbeitsschutzrechtlichen Pflichten auf den Arbeitnehmer zu übertragen, umgekehrt keine Rechte zur Überwachung des Arbeitnehmers hergeleitet werden können, die über die arbeitsschutzrechtlichen Zwecke hinausgehen, bedarf eigentlich keiner Erwähnung, sei hier aber nochmals klargestellt.⁶⁸

c) Zwischenergebnis

Daher ist es unionsrechtswidrig, die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auf den Arbeitnehmer zu übertragen. Denn die Vorgabe, dass das Arbeitszeiterfassungssystem effektiv sein muss, ist nicht vom Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten erfasst.⁶⁹ Hinzu kommt, dass ansonsten die Arbeitsschutzbehörden etwaige Verstöße nicht effektiv kontrollieren können. Zudem lässt der EuGH in der Entscheidung CCOO auch keine Abweichungen, von seiner Vorgabe zu, dass den Arbeitgeber die Pflicht trifft, ein solches System einzuführen, damit er seinen Pflichten nachkommen kann. Von einer Übertragung dieser Pflichten auf die Arbeitnehmer ist hingegen nicht die Rede.

Zudem ergibt sich aus dem Vorstehenden, dass Beginn und Ende der Tätigkeit in dem jeweiligen Zeitpunkt so erfasst werden müssen, dass der Arbeitgeber hiervon unmittelbar Kenntnis erlangt.

Von dieser Frage unberührt bleibt eine etwaige Mitwirkung der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeiterfassung. Es geht hier nur darum, wen aus arbeitsschutzrechtlicher Perspektive die Pflichten zur Arbeitszeiterfassung treffen. Die meisten Systeme der Arbeitszeiterfassung erfordern hingegen Mitwirkungshandlungen der Arbeitnehmer. Wie diese ausgestaltet werden können, ist eine Frage,

⁶⁶ Vgl. dazu unter VI.6.

⁶⁷ Zur Objektivität unter III.3; zur Verlässlichkeit unter III.4. und zur Zugänglichkeit unter III.5.

⁶⁸ Vgl. dazu auch unter III.7.

⁶⁹ *Ullber*, NZA 2019, 677 (679).

welche die Ausgestaltung des konkreten Systems zur Arbeitszeiterfassung betrifft und in diesem Zusammenhang gesondert behandelt wird.⁷⁰

2. Anforderungen des EuGH an das System der Arbeitszeiterfassung

Der Arbeitgeber muss ein System zur Arbeitszeiterfassung einrichten.

a) Mindestanforderung: System

Das System muss die tägliche Arbeitszeit jedes Arbeitnehmers messen. Zweck dieses Systems muss es sein, die Einhaltung der werktäglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten sowie der wöchentlichen Höchstarbeitszeit sicherzustellen.

Zunächst stellt sich die Frage, was ein System im Sinne der Rechtsprechung des EuGH ist. Jedenfalls muss es sich um eine Organisationsform handeln. Das ergibt sich auch aus den vom EuGH ergänzend herangezogenen Vorschriften der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie. Nach Art. 6 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie, die neben den Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie Anwendung findet,⁷¹ ist der Arbeitgeber zur „*Bereitstellung einer geeigneten Organisation und der erforderlichen Mittel*“ zur Einhaltung seiner arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen gehalten (Art. 6 Abs. 1 RL 89/391/EG).

b) Pflicht zur Einführung des Systems

Das erfordert, dass jeder Arbeitgeber über organisatorische Regeln zur Arbeitszeiterfassung verfügen muss. Die Mitgliedstaaten müssen daher eine Pflicht des Arbeitgebers vorsehen, ein System zur Arbeitszeiterfassung einzuführen.

aa) Vorkehrungen für den Fall der Nichteinführung

Da die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass jeder Arbeitgeber ein solches System einführt, müssen sie auch Vorkehrungen für den Fall treffen, dass dies nicht erfolgt.

⁷⁰ Vgl. dazu unter VI.6.

⁷¹ Preis/Sagan/Ulber, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 7 Rz. 7.92.

Das bedeutet, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, eine Auffangregel für den Fall vorzusehen, dass ein Arbeitgeber kein solches System eingeführt hat, und Instrumente zu schaffen, die dazu führen, dass die Verpflichtung durchgesetzt wird.

bb) Durchsetzung durch die Arbeitsschutzbehörden

Effektive Sanktionsmöglichkeiten für die Arbeitsschutzbehörden sind hier ebenso erforderlich wie Regelungen, die sicherstellen, dass in der Übergangszeit keine Gesundheitsschäden aus der fehlenden Erfassung resultieren. Denn die Mitgliedstaaten verletzen ihre Pflichten aus der Richtlinie schon dadurch, dass sie nicht sicherstellen, dass jeder Arbeitgeber ein solches System einführt. Dieses Ergebnis muss also durch die Vorschriften zur „Umsetzung“ des Urteils stets und ohne Ausnahme sichergestellt werden.

cc) Durchsetzung durch Tarifvertrag

Ein Tarifvertrag könnte hier etwaige Rechte schaffen und ebenso Systeme der Arbeitszeiterfassung regeln, sofern die Regelungsbefugnis sich innerhalb der Grenzen des Unionsrechts hält und nur innerhalb dieser Grenzen ausgeübt wird.

dd) Durchsetzung durch die betriebliche Interessenvertretung

Auch die betriebliche Interessenvertretung muss eine Möglichkeit haben, den Arbeitgeber zur Einführung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung zu zwingen. Dies ist schon deshalb erforderlich, weil mit der Einigungsstelle ein Instrument zur Verfügung steht, mit dem eine inhaltliche Ausgestaltung des Erfassungssystems erzwungen werden kann.

ee) Durchsetzung durch den Arbeitnehmer

Da das System der Rechtsdurchsetzung der Arbeitnehmer dient, müssen auch Vorschriften geschaffen werden, welche die Beweislast zugunsten der Arbeitnehmer verändern, solange es ein solches System nicht gibt und dadurch die Rechtsdurchsetzung vereitelt wird.

Einzelne Arbeitnehmer müssen gegenüber ihrem Arbeitgeber einen Anspruch auf Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung erhalten. Den Inhalt des Systems müsste der Arbeitgeber in diesen Fällen unter Beachtung der Vorgaben des EuGH nach billigem Ermessen ausgestalten, soweit nicht Vorgaben durch

Tarifverträge zu beachten sind. Auch gegen die Ausgestaltung des konkreten Systems muss sich der einzelne Arbeitnehmer wenden können, wenn er der Meinung ist, es entspreche nicht den rechtlichen Vorgaben. Stützen kann er sich hierbei etwa auf die Pflichten des Arbeitgebers aus § 618 BGB.⁷²

3. Objektives System

Der EuGH hat die Anforderungen an das System der Arbeitszeiterfassung näher präzisiert:

„Es muss sich um ein objektives, verlässliches und zugängliches System (...) (handeln⁷³), mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“⁷⁴

Das System muss nach der Rechtsprechung des EuGH also zunächst objektiv sein.⁷⁵

a) Wortbedeutung: objektiv

Objektiv bedeutet nach deutschem Verständnis: „unabhängig von einem Subjekt und seinem Bewusstsein existierend; tatsächlich“. Ob der EuGH diesen Begriff exakt so definieren würde, ist offen, weil in der Union unterschiedliche Sprachen Begriffen eine unterschiedliche Konnotation geben können.

Bei der Auslegung des Begriffs sind die vom EuGH vorgegebenen Zwecke und Ziele des Arbeitszeiterfassungssystems zu berücksichtigen.⁷⁶

- Das System ist nur dann objektiv, wenn es die Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne erfasst.
- Objektiv ist das System nur dann, wenn es sicherstellt, dass die Rechte aus Art. 3, 5 und 6 der ArbZ-RL eingehalten werden können. Das ergibt sich aus dem Ziel des Systems der Arbeitszeiterfassung, einen effektiven Gesundheitsschutz zu gewährleisten.⁷⁷

⁷² Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (371).

⁷³ Einschub vom Verfasser.

⁷⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 60.

⁷⁵ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 60.

⁷⁶ Siehe dazu oben unter II.2.

⁷⁷ Dazu oben unter II.2.c).

- Objektiv ist ein System nur dann, wenn es dem Arbeitnehmer die Durchsetzung seiner Rechte aus der Richtlinie ermöglicht, und zwar unabhängig von weiteren Beweismitteln.⁷⁸
- Objektiv ist ein System nur dann, wenn sichergestellt ist, dass es so weit wie möglich vor Manipulationen geschützt ist.

b) Bezugspunkt der Objektivität

Kernproblem des Begriffs der Objektivität des Systems der Arbeitszeiterfassung ist aber der Bezugspunkt der Objektivität.

Man kann sie auf das Ergebnis der Erfassung beziehen⁷⁹ oder den Erfassungsvorgang. Im ersten Fall würde es ausreichen, wenn objektiv überprüfbare und verwertbare Daten produziert werden. Bezieht man die Objektivität auf den Erfassungsvorgang, so darf die Erfassung nicht allein auf den Arbeitnehmer oder Arbeitgeber übertragen und von seinen Angaben zur Arbeitszeit abhängig gemacht werden. Es liegt allerdings nahe, dass der EuGH diese beiden Gesichtspunkte zugleich meint. Das ergibt sich auch aus dem Kriterium der Zugänglichkeit.⁸⁰ Denn auch dann, wenn man die Objektivität alleine auf die erfassten Daten beziehen würde, würde sich nichts daran ändern, dass sich aus dem Kriterium der Zugänglichkeit und der Funktion des Arbeitszeiterfassungssystems die Einhaltung der Ruhezeiten zu ermöglichen, ergibt, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit über diesen Zeitpunkt in Kenntnis gesetzt werden muss.

Zudem ist von Bedeutung, dass der Arbeitszeitbegriff der Arbeitszeitrichtlinie nicht disponibel ist. Deswegen muss sichergestellt sein, dass das Arbeitszeiterfassungssystem alle Zeiten erfasst, die nach der Richtlinie als Arbeitszeit einzuordnen sind. Der Arbeitgeber kann also die Erfassung nicht dadurch manipulieren, dass er die Erfassungssysteme so einrichtet oder aufstellt, dass anrechnungsfähige Zeiten unterschlagen werden.

⁷⁸ *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (367), allerdings zu stark auf diesen Gesichtspunkt verengt.

⁷⁹ So etwa *Latzel*, EuZA 2019, 469 (479).

⁸⁰ Dazu unter III.5.

c) Sicherung eines Beweismittels für den Arbeitnehmer

Bei der Bestimmung, was objektiv bedeutet, ist insbesondere die Beweisfunktion zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.⁸¹ Des Weiteren darf die vom System erfasste Zeit grundsätzlich nicht auf einer subjektiven Einschätzung beruhen. Das erfordert eine Fixierung der durch das System erfassten Arbeitszeit.

Insoweit hat der Begriff der Objektivität einen engen Bezug zur Zugänglichkeit.⁸² Die Informationen müssen so gespeichert werden, dass sie im Prozess ohne Weiteres als Beweismittel verwertet werden können. Auch deswegen darf die Erfassung nicht alleine auf den Arbeitnehmer übertragen werden, weil der Arbeitgeber bei dieser Vorgehensweise die vom Arbeitnehmer auf Papier erfassten Zeiten streitig stellen könnte.⁸³

d) Fixierung der Information

Grundsätzlich dürfen diese Informationen auch nicht mündlich erfasst werden. Eine solche Vorgehensweise wäre nicht objektiv. Das bedeutet, dass die Information in irgendeiner Weise fixiert werden muss. Das muss so geschehen, dass sowohl Arbeitgeber wie auch Arbeitnehmer jederzeit auf diese Information zugreifen können, falls sie „vergessen“ haben sollten, wann der Arbeitnehmer seine Tätigkeit aufgenommen hat.

e) Sicherung der Einhaltung der Vorschriften der Richtlinie

Ein objektives System soll nach Auffassung des EuGH beiden Seiten ermöglichen, jederzeit festzustellen, dass die Rechte aus der Richtlinie gewahrt werden.

aa) Erfassung des Beginns der Tätigkeit

Konsequenz ist, dass der Beginn der werktäglichen Arbeitszeit erfasst werden und dem Arbeitgeber zur Kenntnis gebracht werden muss. Denn ansonsten kann er seiner Verpflichtung zur Einhaltung der täglichen Ruhezeiten nicht nachkommen. Insofern ist jede Regelung unionsrechtswidrig, bei der der Arbeitgeber nicht über den Zeitpunkt der Aufnahme der Arbeitstätigkeit in

⁸¹ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (366).

⁸² Dazu siehe unter III.5.

⁸³ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (367).

Kenntnis gesetzt wird, weil dies die Durchsetzung der Rechte aus der Richtlinie vereiteln kann.

Das bedeutet, dass grundsätzlich eine händische Erfassung auf Papier, die nachträglich eingereicht wird, eine unionsrechtswidrige Praxis darstellt. Denn der Arbeitgeber ist bei dieser Vorgehensweise nicht in der Lage, im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit die Einhaltung der täglichen Mindestruhezeit zu prüfen und seiner arbeitsschutzrechtlichen Pflicht nachzukommen, eine Beschäftigung des Arbeitnehmer zu unterlassen bzw. zu verhindern. Eine solche Erfassung ist z.B. bei Arbeitnehmern im Home-Office oder mobilen Arbeitnehmern auch ohne Weiteres möglich. In Betracht kommen hier beispielsweise technische Lösungen über Apps, eine Anmeldung in einem Onlineerfassungssystem oder eine Benachrichtigung des Arbeitgebers auf anderem Wege per Smartphone.

bb) Pausen und Unterbrechungen

Der EuGH hat seine Entscheidung ausdrücklich auf die Art. 3, 5 und 6 der ArbZ-RL gestützt.⁸⁴ Eine Erfassung der Pausen ist vom EuGH hingegen nicht angesprochen worden. Eine Erklärung dafür ist, dass sich die Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten ebenso wie der wöchentlichen Höchstarbeitszeit allein mit der Information über Beginn und Ende der Arbeitszeit beurteilen lässt. Das folgt aus dem ruhezeitbezogenen Schutzkonzept der Richtlinie soweit es die werktägliche Arbeitszeit und den Begriff der Arbeitszeit in Abgrenzung zur Ruhezeit betrifft.

Lediglich dann, wenn ein Arbeitnehmer die nach Art. 6 Abs. 1 ArbZ-RL gewährleistete durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit im Bezugszeitraum überschreitet, kann die Information über die Pausen relevant werden. Denn dann würden Zeiträume, die zwischen Beginn und Ende der Tätigkeit liegen, nicht erfasst. Dann liegt es nahe, dass auch Unterbrechungen der Arbeitszeit erfasst werden müssen. Dazu hat sich der EuGH aber (noch nicht) verhalten.

Gleichwohl ist auch die Ruhepause nach Art. 4 ArbZ-RL einzuhalten. Das Arbeitszeiterfassungssystem kann daher auch dazu genutzt werden, die Pausenzeiten zu erfassen. Ausdrücklich verhalten hat sich der EuGH zu dieser Thematik bislang allerdings nicht.

⁸⁴ Vgl. etwa EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 38, 41, 49.

cc) Beendigung der täglichen Arbeitszeit

Des Weiteren muss der Arbeitgeber auch täglich über die Beendigung der täglichen Arbeitszeit in Kenntnis gesetzt werden. Diese Angabe durch den Arbeitnehmer ist unerlässlich, weil der Arbeitgeber ansonsten seiner Pflicht zur Einhaltung der ununterbrochenen täglichen Ruhezeit nach Art. 3 ArbZ-RL von elf Stunden nicht nachkommen kann. Insbesondere hat der Arbeitgeber ansonsten keine Möglichkeit, den Zeitraum zu bestimmen, in dem er den Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsleistung heranziehen kann, ohne dass erneut eine Ruhezeit von ununterbrochenen elf Stunden eingelegt werden muss.

dd) Übertragung der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Daraus folgt, dass die Erfassung der Arbeitszeit – vorbehaltlich von Ausnahmen für bestimmte Tätigkeiten oder Unternehmen – nicht auf den Arbeitnehmer übertragen werden kann, wenn dies dazu führt, dass der Arbeitgeber nicht im Zeitpunkt der Aufnahme und Beendigung der Tätigkeit über diese Zeitpunkte informiert wird.

Daraus ergeben sich auch prozessuale Konsequenzen. Da das System der Arbeitszeiterfassung eine Beweissicherungsfunktion für den Arbeitnehmer hat,⁸⁵ würde es dann, wenn der Arbeitgeber die entsprechenden Daten vernichten sollte, zu einer Beweisvereitelung kommen. Daher ist, sofern die vom Arbeitnehmer behauptete Arbeitszeit in einem etwaigen Prozess durch den Arbeitgeber streitig gestellt werden sollte und keine Dokumentation (mehr) vorliegt, der Vortrag des Arbeitnehmers widerleglich als zutreffend zu vermuten. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber diesen nur noch durch Beweis eines abweichenden tatsächlichen Verlaufs der Arbeitszeit widerlegen kann.

f) Art des Erfassungssystems

Der EuGH gibt kein konkretes Erfassungssystem vor. Er gibt aber vor, welche Eigenschaften dieses aufweisen muss. Daher sind nicht alle denkbaren Systeme unionsrechtskonform. Als objektiv wird der EuGH aber gleichwohl nur solche Systeme anerkennen, bei denen die erfassten Arbeitszeiten nicht ohne Weiteres manipuliert werden können.⁸⁶

⁸⁵ Siehe oben unter II.2.b).

⁸⁶ Siehe dazu oben unter II.2.b).

In diesem Sinne gegen eine Manipulation gesichert sind grundsätzlich technische Erfassungssysteme, bei denen sich der Arbeitnehmer in irgendeiner Weise anmeldet und diese Anmeldung so protokolliert wird, dass sie nicht einseitig geändert werden kann. Irrelevant ist hier, wie auch in anderen Zusammenhängen, dass eine Manipulation des Erfassungszeitpunktes nicht völlig ausgeschlossen werden kann.⁸⁷

Des Weiteren muss (s.o.) das System im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit diesen Umstand so aufzeichnen, dass er Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen bekannt ist.

g) Erfassung durch den Arbeitnehmer

Soweit eine Erfassung durch den Arbeitnehmer als objektiv eingeordnet würde, wäre dies nur bei oberflächlicher Betrachtungsweise der EuGH-Rechtsprechung überzeugend. Denn das „Ob“ der Erfassung sieht der EuGH als Pflicht des Arbeitgebers.⁸⁸ Diese ist nicht übertragbar.⁸⁹ Es muss daher differenziert werden zwischen der arbeitsschutzrechtlichen Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, die nicht übertragen werden kann, und der Mitwirkung des Arbeitnehmers bei der Erfassung.

Mitwirkungshandlungen des Arbeitnehmers, wie etwa das Durchziehen einer Stechkarte, stehen der Objektivität nicht entgegen.⁹⁰ Denn hier ist der Erfassungsvorgang durch das technische Erfassungssystem objektiviert, weil dieses die Uhrzeit protokolliert und diese nicht auf einer Angabe des Arbeitnehmers basiert. Es handelt sich dann nicht um eine subjektive Einschätzung.

Das bedeutet aber auch, dass händische Erfassungssysteme nicht objektiv sind, wenn der Arbeitnehmer alleine und nachträglich eine Erfassung auf einem Zettel vornimmt.⁹¹ Wie oben bereits ausführlich dargelegt, bezieht sich die Objektivität nicht nur auf die erfassten Daten, sondern auch auf den Erfassungsvorgang. Zudem wären die entsprechenden Daten dem Arbeitgeber nicht zugänglich.⁹²

⁸⁷ Siehe dazu unter III.6.

⁸⁸ Siehe oben unter II.2.a).

⁸⁹ Siehe oben unter III.1.

⁹⁰ Siehe dazu unter VI.6.

⁹¹ *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (367), zu den Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten und Betriebe s.u. unter VI.4.f)bb)(5), 5. und 7.

⁹² Dazu ausf. unter III.5.b).

Eine händische Erfassung würde möglicherweise auch Konflikte zur Beweisfunktion des Systems der Arbeitszeiterfassung aufwerfen, wenn der Arbeitgeber die erfassten Zeiten nachträglich streitig stellt. Vor allem basiert hier aber die Zeitangabe des Arbeitnehmers lediglich auf seiner subjektiven Einschätzung und ist dem Arbeitgeber nicht rechtzeitig zugänglich, um die Wahrung der Rechte aus der Richtlinie sicher zu stellen.⁹³

Eine händische Erfassung alleine durch den Arbeitnehmer lässt sich auch nicht unter Verweis auf den Datenschutz legitimieren. Denn es dürfen unabhängig vom Erfassungssystem immer nur die gleichen Informationen (Beginn und Ende der Arbeitszeit im jeweiligen Zeitpunkt) erfasst werden. Darüber hinausgehende Datenerhebungen können nicht auf die ArbZ-RL gestützt werden. Dass ein technisches System die Möglichkeit bietet, mehr Daten zu erfassen als notwendig, bedeutet nicht, dass diese Möglichkeit auch genutzt werden darf. Unter Verweis auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung lassen sich aber keine weitergehenden Datenerhebungen rechtfertigen als die der genannten Zeitpunkte. Die händische Erfassung würde daher nicht dazu führen, dass weniger Daten erfasst werden. Vielmehr dürfen unabhängig von der Erfassungsform nur die gleichen Daten erfasst werden. Diese müssen aber auch erfasst werden. Weitergehende Datenerhebungen werden durch die ArbZ-RL hingegen nicht legitimiert und auch nicht gefordert.

4. Verlässliches System

Das System muss nach der Rechtsprechung des EuGH verlässlich sein.⁹⁴

a) Begriff der Verlässlichkeit

Verlässlich bedeutet zuverlässig bzw. vertrauenswürdig. Das bedeutet, dass das System so weit wie möglich gegen Manipulation gesichert sein muss und, sofern es korrekt genutzt wird, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und ihre Dauer richtig wiedergibt. Nicht erforderlich oder durch den EuGH vorgegeben ist die Erhebung weiterer Informationen.⁹⁵

⁹³ Vgl. hierzu unter III.5.

⁹⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 60.

⁹⁵ Zum Datenschutz vgl. unter III.7.

b) Absicherung gegen Manipulation

Dass eine solche Absicherung gegen Manipulationen nicht vollständig möglich ist, ändert nichts daran, dass die eingeführten Systeme sie zumindest strukturell erschweren müssen.⁹⁶ Ebenso muss unter mehreren Systemen so ausgewählt werden, dass möglichst geringste Manipulationsmöglichkeiten bestehen.⁹⁷ Vollständig ausschließen lassen werden sich diese hingegen kaum. Daher ist dieser Befund auch ein untaugliches Argument gegen die Arbeitszeiterfassung.

Damit ist es auch kein Argument, dass derartige Manipulationsmöglichkeiten immer bestehen werden. Dass der Arbeitnehmer nach Ausstechen weiterarbeiten könnte, ist kein Argument gegen die Arbeitszeiterfassung.⁹⁸ Vielmehr trifft den Arbeitgeber die Pflicht, solche Möglichkeiten zu bedenken und sie zu unterbinden.⁹⁹ Wenn ihm das nicht gelingt, obwohl er dafür Vorkehrungen getroffen und aktiv auf den Arbeitnehmer eingewirkt hat, kommen arbeitsschutzrechtliche Sanktionen nicht in Betracht.

c) Beweissicherungsfunktion

Das System ist zudem nur dann verlässlich, wenn die erfassten Daten später im Prozess von Seiten des Arbeitgebers nicht mehr streitig gestellt werden können,¹⁰⁰ wenn man von einer denkbaren Manipulation der Daten absieht. Das ergibt sich aus der Beweissicherungsfunktion des Arbeitszeiterfassungssystems.¹⁰¹

Darüber hinaus bestätigt diese Funktion auch den Befund, dass die Arbeitszeit sofort erfasst werden muss und nicht erst nachträglich.

Zudem muss so weit wie möglich vermieden werden, dass der Arbeitnehmer trotz des Systems der Arbeitszeiterfassung auf Zeugenaussagen von Kollegen angewiesen ist.

⁹⁶ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (368).

⁹⁷ Siehe dazu oben unter III.4.b); Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (367); Ullber, NZA 2019, 677 (678).

⁹⁸ So aber Latzel, EuZA 2019, 469 (479).

⁹⁹ Heuschmid, NJW 2019, 1853.

¹⁰⁰ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (367).

¹⁰¹ S.o. II.2.b).

d) Datenschutz

Der EuGH verlangt insoweit eine Datenerhebung zum Zwecke der Einhaltung der Richtlinie. Dass diese Anforderungen zu einer Ausweitung von Datenerhebungen durch Arbeitgeber führen werden, ist zwangsläufige Folge der Entscheidung. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH das System der Arbeitszeiterfassung nur insoweit fordert und damit legitimiert, wie es die Einhaltung der Vorgaben des Arbeitsschutzrechts – hier des Arbeitszeitrechts – gebietet. Das bedeutet, dass auch unter dem Gesichtspunkt der Verlässlichkeit nur eine ganz punktuelle Datenerhebung legitim ist, die sich auf Anfangs- und Beendigungszeitpunkt der Tätigkeit im jeweiligen Zeitpunkt bezieht.

5. Zugängliches System

Das System muss nach der Rechtsprechung des EuGH zugänglich sein.¹⁰²

a) Beweissicherungsfunktion

Der EuGH bezieht sich mit diesem Erfordernis wohl zunächst auf die Beweisfunktion des Systems der Arbeitszeiterfassung.¹⁰³ Das System der Arbeitszeiterfassung ist – wie oben ausführlich dargestellt wurde – auch deshalb erforderlich, um bei etwaigen Rechtsstreitigkeiten, dem Arbeitnehmer ein Beweismittel zur Verfügung zu stellen, auf das er sich im Prozess stützen kann. Wenn er auf die Daten der Erfassung nicht zugreifen kann, fehlt ihm aber der Zugriff auf dieses Beweismittel. Zudem soll auch den Arbeitsschutzbehörden der Zugriff auf die für ihre Arbeit notwendigen Daten und damit ggf. auch der Nachweis von Verstößen gegen das geltende Recht erleichtert werden.

b) Zugänglichkeit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen

Aus der Entscheidung des EuGH ergibt sich, dass das System für beide Seiten zugänglich sein muss. Ohne System zur Arbeitszeiterfassung können weder die Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer überprüfen, ob die (durch die RL gewährleisteten) Rechte beachtet werden, wodurch das Ziel der Richtlinie, das darin

¹⁰² EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 60.

¹⁰³ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (368).

besteht, einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer sicherzustellen, gefährdet werden kann.¹⁰⁴

Sofern nur der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer die erfassten Arbeitszeiten einsehen kann, ist es zumindest einer Seite nicht möglich, die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie zu kontrollieren. Deswegen muss der Arbeitnehmer die erfassten Zeiten jederzeit einsehen können.¹⁰⁵

Das spricht dafür, dass die Erfassung der täglichen Arbeitszeit weder hinsichtlich Beginn noch Ende der Arbeitszeit so auf den Arbeitnehmer verlagert werden kann, dass der Arbeitgeber von diesen Daten erst nach diesen Zeitpunkten erfährt. Denn in diesem Fall sind die Informationen dem Arbeitgeber nicht zugänglich. Er kann dann nicht überprüfen, ob die werktägliche Ruhezeit und die Höchstarbeitszeit eingehalten werden. Das aber wäre unionsrechtswidrig.¹⁰⁶ Eine Mitwirkung des Arbeitnehmers, etwa indem er eine Personalkarte „durchzieht“, ist hingegen unproblematisch, weil dieser Zeitpunkt exakt erfasst werden kann und dem Arbeitgeber zugänglich ist.

c) Zugriffsmöglichkeit des Arbeitnehmers auf die erfassten Zeiten gegen und ohne den Willen des Arbeitgebers

Im Lichte der vom EuGH aufgeworfenen Beweisproblematik muss das System der Arbeitszeiterfassung die Informationen für einen Abruf durch den Arbeitnehmer verlässlich bereitstellen. Der Arbeitnehmer muss die in ihm niedergelegten Informationen auch gegen den Willen des Arbeitgebers abrufen können. Zudem muss der Arbeitnehmer die im System erfassten Informationen jederzeit selbst abrufen können. Ansonsten kann er die Informationen nicht ohne Weiteres nutzen, um zu überprüfen, ob seine Rechte gewahrt wurden.¹⁰⁷ Darauf basiert aber die Entscheidung, ob er seine Rechte gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen möchte.

Deswegen wäre es auch unzureichend, den Arbeitnehmer darauf zu verweisen, der Arbeitgeber müsse die entsprechenden Unterlagen in einem Prozess vorlegen. Das verkürzt seine Möglichkeiten, die Erfolgsaussichten eines Verfahrens zu überprüfen. Die Zugänglichkeit ist daher nur gewährleistet, wenn die Ar-

¹⁰⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 50.

¹⁰⁵ *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (367).

¹⁰⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 50.

¹⁰⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 50.

beitszeiterfassung so gestaltet ist, dass der Arbeitnehmer die gespeicherten Informationen als Beweismittel nutzen kann.¹⁰⁸

d) Zugriffsmöglichkeit der betrieblichen Interessenvertretung

Des Weiteren ergibt sich aus der Entscheidung des EuGH auch, dass der betrieblichen Interessenvertretung der Zugriff auf die entsprechenden Informationen gewährt werden muss.¹⁰⁹ Der EuGH hat insoweit Art. 11 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie in Bezug genommen und darauf verwiesen, dass die Arbeitszeiterfassung auch deshalb erforderlich ist, um der betrieblichen Interessenvertretung¹¹⁰ die Wahrnehmung ihrer Rechte zu ermöglichen.¹¹¹

e) Zugriffsmöglichkeit der Aufsichtsbehörden

Schließlich müssen die Aufzeichnungen auch den Aufsichtsbehörden jederzeit zugänglich sein und diesen zu Kontrollzwecken zugänglich gemacht werden.¹¹² Das bedeutet, dass eine Aufbewahrungspflicht für die Aufzeichnungen vorgeesehen werden muss.¹¹³ Diese muss mindestens so lange sein, wie der längste Bezugszeitraum für die Ermittlung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit. Ansonsten kann nicht überprüft werden, ob die Rechte aus Art. 6 Abs. 1 ArbZ-RL gewahrt wurden. Das bedeutet auch, dass sich die Aufbewahrungsfrist dann verlängert, wenn von Art. 16 der Arbeitszeitrichtlinie dahingehend Gebrauch gemacht wurde, die Bezugszeiträume zu verlängern.

6. Der Einwand der Manipulation

Genereller Einwand gegen all diese Anforderungen ist, dass eine Manipulation nie vollständig ausgeschlossen werden kann, solange die Zeiterfassung Mitwirkungshandlungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer verlangt. Das ist sicherlich zutreffend. Es steht sogar zu vermuten, dass in einigen Tätigkeitsfeldern die

¹⁰⁸ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (368).

¹⁰⁹ Lörcher, HSI-Newsletter 2/2019 unter 3.1.

¹¹⁰ Vgl. dazu oben unter II.2.d); insbesondere zur personellen Reichweite.

¹¹¹ Siehe dazu oben II.2.d).

¹¹² Lörcher, HSI-Newsletter 2/2019 unter 3.1.

¹¹³ Ebenso Schrader, NZA 2019, 1035 (1037).

Arbeitszeit in kollusivem Zusammenwirken von Arbeitnehmer und Arbeitgeber manipuliert wird.¹¹⁴

Das entsprechende Problem ist ohne eine Novelle des ArbZG insgesamt nicht zu lösen. Der Gesetzgeber müsste dann aber die unionsrechtswidrigen Vorschriften im ArbZG anpassen und die Regelungsdichte insgesamt erhöhen.

Gleichwohl geht der Einwand, dass es Systeme völlig ohne Manipulationsmöglichkeiten nicht gibt, ins Leere.¹¹⁵ Der Gesetzgeber ist nicht dazu verpflichtet, Unmögliches zu regeln. Er muss aber im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes dafür sorgen, dass die Manipulationsmöglichkeiten möglichst gering sind. Das bedeutet nicht, dass er aus der Verantwortung entlassen wäre, zum einen besonders manipulationsanfällige Systeme nicht zuzulassen und unabhängig davon geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um dafür zu sorgen, dass die eingeführten Systeme nicht manipuliert werden.

7. Datenschutzrechtliche Fragestellungen

Dieses Gutachten kann nicht sämtlichen Fragen, die sich aufgrund der Verpflichtung des Arbeitgebers, ein System zur Arbeitszeiterfassung einzuführen, ergeben, mit Blick auf den Datenschutz nachgehen. Das würde den zeitlichen Umfang für die Erstellung des Gutachtens sprengen.

In der Tat wird sich die datenschutzrechtliche Diskussion nach Einführung der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung vor allem um die Nutzung der Informationen für andere Zwecke drehen. Es wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Arbeitnehmerüberwachung durch das Urteil intensiver wird.¹¹⁶

Mit der Entscheidung des EuGH sind in der Praxis erkennbar Ängste vor einer erweiterten Überwachung von Beschäftigten aufgetreten. Bei verständiger Würdigung der EuGH-Entscheidung sind diese Ängste indes unbegründet. Der EuGH verlangt lediglich, dass einige wenige Daten erfasst werden und insbesondere nicht – was bereits an verschiedener Stelle hervorgehoben wurde – eine durchgehende Überwachung der Aktivitäten von Arbeitnehmern. Vielmehr geht es eigentlich nur um folgende Daten:

¹¹⁴ Dazu *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (368).

¹¹⁵ *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (368).

¹¹⁶ *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (448); *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (368).

- Beginn der Tätigkeit, wobei diese Information bei Aufnahme der Tätigkeit erhoben und dokumentiert werden muss.
- Beendigung der Tätigkeit, wobei diese Information bei Beendigung der Tätigkeit erhoben werden muss.
- Dauer der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit.

a) Ausgangspunkt des EuGH: Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung steht im Einklang mit dem Unionsrecht

Aufgrund der EuGH-Entscheidung kann davon ausgegangen werden, dass der EuGH die zur Erfüllung der Verpflichtungen zur Arbeitszeiterfassung notwendigen Maßnahmen mit dem geltenden Datenschutzrecht für vereinbar hält.¹¹⁷ Ansonsten wären Ausführungen hierzu zu erwarten gewesen. Die Besonderheiten einzelner Tätigkeiten und Unternehmen zu berücksichtigen, bleibt ungeachtet dessen möglich.¹¹⁸ Dies ändert aber nichts an den Mindestanforderungen an die zu erfassenden Daten.

aa) Verzicht auf die Erfassung aus Datenschutzgründen?

Daher ist es grundsätzlich nicht möglich, für bestimmte Beschäftigte oder Tätigkeitsfelder unter Verweis auf den Datenschutz auf eine Erfassung als solche zu verzichten.

Daher wird die Arbeitszeiterfassung, wie sie durch CCOO vorgegeben ist, grundsätzlich auch weder unter dem Gesichtspunkt der DSGVO noch anderer Unionsgrundrechte beschränkt werden können. Es ist insoweit auch keine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen.¹¹⁹

bb) Begrenzter Umfang der zu erfassenden Daten

Das gilt aber ausschließlich für die Informationen, deren Erhebung der EuGH verlangt, also den Zeitpunkt des Beginns der Tätigkeit, der Beendigung der Tätigkeit und die Dauer der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit.

¹¹⁷ Lörcher, HSI-Newsletter 2/2019 unter 4.6.2.

¹¹⁸ Dazu unten unter III.8.d).

¹¹⁹ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (368).

cc) Art des Erfassungssystems

Ganz anders sieht dies etwa bei der Art des Erfassungssystems bzw. der Art und Weise der Erfassung aus. Diese sind durch den EuGH nur hinsichtlich bestimmter Ziele und Eigenschaften determiniert. Hier sind datenschutzrechtliche Erwägungen relevant.¹²⁰

Gleichwohl besteht ein Missverständnis, wenn damit argumentiert wird, bei einer technischen Erfassung könne der Arbeitgeber auch andere Informationen „abgreifen“.¹²¹ Ob diese Möglichkeit technisch besteht, sagt nichts darüber, ob dies aufgrund der Entscheidung des EuGH legal oder erforderlich wäre.

Dies ist aber nicht der Fall. Insoweit gibt es auch nichts abzuwägen. Würde der Arbeitgeber etwa bei einem Arbeitnehmer im Home-Office eine Arbeitszeiterfassung über Login-Daten vornehmen, so wäre das aufgrund der Entscheidung des EuGH zulässig. Weitere Daten dürfte er mittels der dazu eingerichteten Technik aber nicht erfassen, wenn er sich auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung berufen möchte. Das beträfe etwa eine Aktivitätenverfolgung oder ähnliches.

Für derartige Erfassungsmaßnahmen kann sich der Arbeitgeber überhaupt nicht auf die ArbZ-RL berufen. Deswegen ist auch keine Abwägung vorzunehmen. Der Arbeitgeber greift in diesen Fällen Daten ab, was ohne Rechtfertigungsgrund unzulässig ist. Solche ergeben sich in dieser Hinsicht jedenfalls nicht aus der Arbeitszeitrichtlinie.

Das bedeutet, dass eine durchgehende Aktivitätenverfolgung, Bewegungsprofile, Keylogging oder ähnliche Maßnahmen, die sich auf das Arbeitsverhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers erstrecken, durch die Entscheidung des EuGH nicht legalisiert und auch nicht gefordert werden.

Es geht um die Dokumentation punktueller Ereignisse (Arbeitsaufnahme und Beendigung) und die sich aus diesen Ereignissen zu berechnende Gesamtarbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne. Diese Daten müssen aber erfasst werden.

¹²⁰ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (368).

¹²¹ In diese Richtung wohl Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (368).

b) Begrenzte Funktion der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Umgekehrt ist eine Berufung auf die Entscheidung des EuGH bei der Nutzung der Daten für Zwecke, die nicht unmittelbar der Einhaltung der Verpflichtungen aus der Richtlinie dienen, nicht möglich. Hier ist dann aber auch keine Abwägung erforderlich, weil die Arbeitszeitrichtlinie die Erhebung von Daten, die nicht zu ihrer Einhaltung erforderlich sind, überhaupt nicht zu legitimieren vermag.

Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, klarzustellen, dass die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung eine Pflicht zur Einhaltung der Vorgaben des ArbZG ist und eine Grundlage für eine Datenerhebung nur vorliegt, soweit diese für diesen Zweck erforderlich ist. Der Gesetzgeber sollte daher vorsehen, dass der Arbeitgeber das System zur Arbeitszeiterfassung nur zur Wahrung seiner arbeitschutzrechtlichen Befugnisse nutzen darf. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber eine anderweitige Datennutzung untersagen muss, solange sie nicht auf einer anderen Grundlage für zulässig erklärt wird.

c) Folgeproblem bei einvernehmlicher Missachtung des ArbZG

Zu Recht wird im Rahmen der Diskussion über das Urteil darauf hingewiesen, dass die Entscheidung für Beschäftigte ambivalent wirkt, die bislang u.U. einvernehmlich mit ihrem Arbeitgeber die Regeln des ArbZG außer Kraft setzen.¹²² Das alles ist aber ein Thema für eine Reform des Arbeitszeitrechts.

Zunächst einmal schafft die Entscheidung mehr Transparenz darüber, wie viel tatsächlich gearbeitet wird. Die Frage, was von dieser tatsächlichen Arbeitszeit dann zulässig sein soll und was nicht, muss der Gesetzgeber beantworten. Er kann aber nicht einfach der Praxis gestatten, die geleistete Arbeitszeit zu verschleiern, damit er ein insuffizientes Gesetz nicht ändern muss.

8. Ausnahmen und Einschränkungen

Der EuGH weist in seiner Entscheidung hinsichtlich der Modalitäten für die Arbeitszeiterfassung auch auf Ausgestaltungsmöglichkeiten hin. Das führt zu der Frage, ob einzelne Personengruppen und Tätigkeiten von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ausgenommen werden können.

¹²² Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (368).

a) Keine generelle Ausnahme für Personengruppen

Die Entscheidung des EuGH bietet grundsätzlich keine Möglichkeit, bestimmte Personengruppen von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auszunehmen. Der EuGH betont die Pflicht des Arbeitgebers, ein System einzurichten, mit dem die „von einem jeden“ Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.¹²³

b) Arbeitnehmer und Beamte

Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitszeitrichtlinie ist, wer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt¹²⁴ und damit Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.¹²⁵ Damit spielt es keine Rolle, ob ein Arbeitnehmer nach einzelstaatlichen Rechtsvorschriften als Arbeiter, Angestellter oder Beamter angesehen wird.¹²⁶

c) Ausnahme nach Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL

Allerdings weist der EuGH selbst auf eine Ausnahmegesetzgebung in der Richtlinie hin, die für den Anwendungsbereich der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung von Bedeutung ist. Die Existenz der Vorschrift lässt sich aus seiner Sicht der Notwendigkeit, ein System der Arbeitszeiterfassung vorzusehen, nicht entgegenhalten.¹²⁷

Nach Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL kann von den Art. 3 bis 6, 8 und 16 ArbZ-RL abgewichen werden. Allerdings haben die Mitgliedstaaten insoweit die Einschränkungen des Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie durch den EuGH zu beachten. Es ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH die Ausnahmegesetzgebungen in der Richtlinie allgemein restriktiv interpretiert.¹²⁸ Das gilt auch für Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL.¹²⁹ Von besonderer Bedeutung ist, dass diese Vorschrift nur dann angewendet werden kann, wenn wegen der Art der Tätigkeit die gesamte

¹²³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 71; *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1036); *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (369).

¹²⁴ EuGH 7.4.2011 – C-518/09 (May), Slg. 2011, I-2761, Rz. 21.

¹²⁵ EuGH 7.4.2011 – C-518/09, (May), Slg. 2011, I-2761, Rz. 21; EuGH 14.10.2010 – C-428/09 (Union syndicale Solidaires Isère), Slg. 2010, I-9961, Rz. 28.

¹²⁶ EuGH 7.4.2011 – C-518/09 (May), Slg. 2011, I-2761, Rz. 24 f.

¹²⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 64.

¹²⁸ *EuArbR/Gallner*, Art. 17 RL 2003/88, Rn. 4.

¹²⁹ EuGH 26.7.2017 – C-175/16 (Hälvä u.a.), NZA 2017, 1113.

Arbeitszeit und nicht nur Teile der Arbeitszeit nicht erfasst werden können¹³⁰, was den Anwendungsbereich der Norm erheblich einschränkt.

aa) Anwendbarkeit

Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL ist nur dann anwendbar, wenn die Arbeitszeit des betroffenen Arbeitnehmers nicht gemessen wird oder nicht im Voraus festgelegt wird oder durch den Arbeitnehmer selbst festgelegt werden kann. Daher fallen nur Personen unter die Vorschrift, deren gesamte Arbeitszeit nicht gemessen werden kann.¹³¹ Ob das in der Praxis überhaupt vorkommt, erscheint fraglich, da jede Zeitspanne grundsätzlich messbar ist.

Aus dem Vorstehenden folgt jedenfalls, dass sämtliche Personen, die sowohl zu Hause als auch im Betrieb arbeiten, nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL fallen. Daher wäre es z.B. nicht möglich, auf diesem Weg Lehrer, die einen Teil ihrer Arbeitszeit zu Hause leisten, von der Erfassungspflicht auszunehmen. Bei diesen Personen ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass es ohne Weiteres möglich ist, die Aufnahme der Tätigkeit von zu Hause aus per Telefon, App oder auf anderem Wege anzuzeigen, und zwar in dem Moment, in dem mit der Tätigkeit begonnen wird. Insofern liegt hier auch kein Fall vor, in dem es nicht möglich wäre, die für das System der Arbeitszeiterfassung notwendigen Informationen (Zeitpunkt des Beginns, Zeitpunkt des Endes der Tätigkeit) zu erfassen.

Auch für diese Beschäftigten muss daher ein objektives, verlässliches und zugängliches System der Arbeitszeiterfassung etabliert werden. Die Besonderheiten einzelner Tätigkeiten können dabei berücksichtigt werden.¹³²

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL hinsichtlich von Arbeitnehmern, deren Arbeitszeit nicht festgelegt wird, nur dann anwendbar ist, wenn ihre gesamte Arbeitszeit nicht festgelegt wird.¹³³ Jede auch nur rahmenmäßige Umschreibung ist schädlich.

¹³⁰ EuGH 26.7.2017 – C-175/16 (Hälvä u.a.), NZA 2017, 1113; EuGH 7.9.2006 – C-484/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2006, I-7471, Rz. 20; *Latzel*, EuZA 2019, 469 (480).

¹³¹ EuGH 26.7.2017 – C-175/16 (Hälvä u.a.), NZA 2017, 1113; EuGH 7.9.2006 – C-484/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2006, I-7471, Rz. 20; *Latzel*, EuZA 2019, 469 (480).

¹³² Die Einzelheiten hierzu finden sich unter III.8.c).

¹³³ EuGH 26.7.2017 – C-175/16 (Hälvä u.a.), NZA 2017, 1113.

bb) Abweichungsbefugnis

Folge der Vorschrift ist zudem lediglich, dass von den Art. 3 bis 6, 8 und 16 der Arbeitszeitrichtlinie abgewichen werden kann, nicht dass ihre Anwendung ausgeschlossen werden darf. Dementsprechend muss der Arbeitgeber auch hier sicherstellen, dass sich die Arbeitszeit innerhalb der gesetzlichen Vorgaben hält. Die Vorschrift beinhaltet keine Befugnis der Mitgliedstaaten, die Tarifvertragsparteien den Anwendungsbereich der Norm regeln zu lassen, also etwa Personen von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auszunehmen.¹³⁴

cc) Folgen für die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Das hat für die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung aber immerhin zur Folge, dass erwogen werden kann, für Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 der ArbZ-RL fallen, Ausnahmen vorzusehen.

(1) Leitende Angestellte

Für leitende Angestellte ist gegenwärtig allerdings die Ausnahme in § 18 Abs. 1 ArbZG unionsrechtswidrig gefasst, weil sie die leitenden Angestellten komplett vom Anwendungsbereich des ArbZG ausnimmt.

§ 18 Abs. 1 ArbZG nimmt bestimmte Personengruppen vom Anwendungsbereich des ArbZG aus. Die Vorschrift soll nach Auffassung des Gesetzgebers auf Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie gestützt werden. Nach Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL kann hinsichtlich bestimmter Personengruppen von den Art. 3 bis 6, 8 und 16 ArbZ-RL abgewichen werden. Sollte ein Arbeitnehmer in den Anwendungsbereich der Norm fallen, so dürfen die Abweichungen nur unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer erfolgen. Die Vorschrift dispensiert nicht von der Anwendung der Richtlinie, sondern gestattet lediglich Abweichungen.¹³⁵ Die Mitgliedstaaten können sich gegenüber ihren Bürgern nicht auf nicht ordnungsgemäß umgesetzte Ausnahmenvorschriften berufen.¹³⁶ Dies gilt auch bei unvollständiger Umsetzung.

¹³⁴ Preis/Sagan/Ullber, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., § 7 Rz. 7.230.; zum Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien im Übrigen vgl. unter VI.8.

¹³⁵ Preis/Sagan/Ullber, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2018, § 7 Rz. 7.230.

¹³⁶ EuGH v. 21.10.2010 – C-227/09 – Accardo, Slg. 2010, I-10237 – Rz. 46 f.

Für diese Personen wird in § 18 ArbZG aber nicht von den Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie abgewichen, sondern sie werden komplett von der Anwendung jeder Schutzvorschrift des ArbZG ausgenommen. Da damit kein wirksamer Gebrauch von der Ausnahmvorschrift vorliegt,¹³⁷ können sich die in § 18 Abs. 1 ArbZG genannten Arbeitnehmer uneingeschränkt auf das ArbZG berufen. Denn die Unionsrechtswidrigkeit lässt sich nur dadurch beheben, dass man § 18 ArbZG unangewendet lässt.¹³⁸

Insoweit ist die Norm auch in ihrer gegenwärtigen Form untauglich, die dort genannten Personengruppen von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auszunehmen.¹³⁹

(2) Sonstige Beschäftigtengruppen

Der Gesetzgeber könnte lediglich für bestimmte Beschäftigtengruppen Ausnahmen vorsehen, bei denen die o.g. Kriterien erfüllt sind. Sofern dies dann im Einzelfall tatsächlich der Fall ist, was angesichts der vom EuGH aufgestellten Anforderungen fraglich erscheint, könnten einerseits geringere Anforderungen hinsichtlich der Art. 3 bis 6, 8 und 16 der Arbeitszeitrichtlinie vorgesehen werden. Da sich die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung aber aus der Gesamtheit dieser Vorschriften ergibt, spricht viel dafür, dass die Abweichungen auch insoweit möglich sind, als die Erfassungspflicht hier großzügiger gehandhabt werden kann.

Nicht anwendbar ist die Vorschrift ferner bei Arbeitnehmern im Home-Office. Hier kann die Arbeitszeit gemessen werden. Dass das im Einzelfall Schwierigkeiten bereitet, ist kein Argument, das den Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie eröffnet.

dd) Ergebnis

Damit ist Art. 17 Abs. 1 der ArbZ-RL kein taugliches Instrument, um die Pflicht für ein System der Arbeitszeiterfassung abzustreifen. Die Vorschrift lässt bei einem nur sehr begrenzten persönlichen Anwendungsbereich Abweichungen von den Vorschriften der ArbZ-RL vor, die schon jetzt durch § 18 ArbZG nicht

¹³⁷ Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 7 Rz. 7.230.

¹³⁸ Ebenso Latzel EuZA 2019, 469 (480).

¹³⁹ Latzel EuZA 2019, 469 (480).

eingehalten werden. Die Regelung des § 18 ArbZG in seiner derzeitigen Fassung ist unionsrechtswidrig und unanwendbar.

d) Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten

Der EuGH gibt, wie bereits angesprochen, kein konkretes System zur Arbeitszeiterfassung vor, sondern legt fest, welche Anforderungen dieses erfüllen muss. Die Mitgliedstaaten müssen damit lediglich Erfassungssysteme vorschreiben, die diese Anforderungen erfüllen.

Der EuGH betont allerdings, dass die Mitgliedstaaten nicht befugt sind, die Vorgaben lediglich formal umzusetzen und so auszugestalten, dass sie materiell leerlaufen.¹⁴⁰ Dieser Aushöhlungsschutz ist bei allen Umsetzungsmaßnahmen zu beachten.

aa) Gestaltung lediglich beim „Wie“, nicht beim „Ob“ der Arbeitszeiterfassung

Von besonderer Bedeutung ist, dass der EuGH den Mitgliedstaaten keinen Gestaltungsspielraum beim „Ob“ der Arbeitszeiterfassung zubilligt¹⁴¹, sondern lediglich beim „Wie“.

Allerdings besteht aus Sicht des EuGH die Pflicht der Mitgliedstaaten, die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems, insbesondere dessen Form, festzulegen.¹⁴² Daher wäre es unionsrechtswidrig, lediglich vorzuschreiben, dass jeder Arbeitgeber ein objektives, verlässliches und zugängliches System der Arbeitszeiterfassung vorsehen muss. Vielmehr muss der Gesetzgeber selbst regeln, welche Mindestanforderungen an ein solches System gestellt werden. In diesen Grenzen kommen dann auch tarifvertragliche Regelungen in Betracht, auf welche Weise die Systeme der Arbeitszeiterfassung ausgestaltet werden, damit sie diesen Anforderungen Rechnung tragen.¹⁴³ Eine minimalinvasive Lösung wäre hingegen unionsrechtswidrig.

¹⁴⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 43.

¹⁴¹ Siehe oben II.2.a); ebenso *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (369).

¹⁴² EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 63.

¹⁴³ Dazu ausf. unter VI. 8.

bb) Besonderheiten einzelner Tätigkeiten

Der EuGH lässt den Mitgliedstaaten allerdings einen Spielraum, „Besonderheiten“ bestimmter Tätigkeitsbereiche bei der Wahl der Form des Arbeitszeiterfassungssystems Rechnung zu tragen.

(1) Kein Dispens von den Erfordernissen der Objektivität, Verlässlichkeit und Zugänglichkeit

Das bedeutet allerdings keine Abweichung von den Vorgaben, dass der Adressat der Verpflichtung der Arbeitgeber sein muss und das gewählte System objektiv, verlässlich und zugänglich sein muss.

(2) Aber: Gegebenenfalls großzügigere Betrachtungsweise

Der Gesetzgeber kann aber, wenn in bestimmten Tätigkeitsbereichen die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht in gleicher Weise erfüllt werden kann wie in anderen Bereichen, unterschiedliche Systeme zulassen.¹⁴⁴ Das betrifft allerdings nur die Art, wie ein System die Vorgaben der Erfassung, insbesondere der Erfassungszeitpunkte, umsetzt und keine Abweichung von den Vorgaben für die Erfassung.

Der Verweis auf die Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten darf nicht genutzt werden, um die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung und die Vorgaben der Richtlinie auszuhöhlen. Das bedeutet, dass auch in diesen Bereichen nur insoweit großzügigere Maßstäbe angelegt werden können, wie dies tatsächlich in der Eigenart der Tätigkeit begründet liegt.

Unter diese Besonderheit werden insbesondere Arbeitnehmer ohne festen Arbeitsplatz oder jedenfalls solche Arbeitnehmer fallen, die dauerhaft außerhalb der Arbeitsstätte tätig sind. Denn hier kann der Arbeitgeber selbst keine Erfassung vornehmen und an dieser auch nicht mitwirken. Er kann nur Systeme vorsehen, bei denen die Betroffenen selbst durch eine Anmeldung oder Registrierung die Erfassung bewirken. Darauf zu verzichten steht hingegen nicht im Ermessensspielraum des Gesetzgebers. Insbesondere kann nicht darauf verzichtet werden, dass der Beginn der Arbeitszeit bei Aufnahme der Tätigkeit angezeigt und vom Arbeitgeber zur Kenntnis genommen werden muss.

¹⁴⁴ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (369).

cc) Besonderheiten einzelner, insbes. kleiner Unternehmen

Der EuGH lässt bei der Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung als solche keine Differenzierungen zu. Die Verpflichtung, ein System der Arbeitszeiterfassung vorzusehen, trifft „die Arbeitgeber“ ohne jede Unterscheidung nach der Art des Unternehmens.¹⁴⁵

Der EuGH hält es aber für möglich, dass die Besonderheiten einzelner Unternehmen beim „wie“ der Erfassung berücksichtigt werden. Der EuGH nennt hier explizit ihre Größe, darauf ist die Einschränkung aber nicht beschränkt.¹⁴⁶

Hinsichtlich der Berücksichtigung der Unternehmensgröße scheint der EuGH so zu verstehen sein, dass bei kleineren Betrieben andere Anforderungen gestellt werden dürfen als bei größeren Betrieben. Auf den ersten Blick liegt es nahe, dass der EuGH hier das gängige Argument aktiviert, kleinere Betriebe würden durch eine solche Arbeitszeiterfassungspflicht u.U. wirtschaftlich stärker getroffen. Allerdings scheint das nicht die Stoßrichtung der Entscheidung zu sein. Denn der EuGH betont auch in der Rs. CCOO ohne seine ständige Rechtsprechung, dass die Rechte aus der Richtlinie nicht unter Verweis auf etwaige durch sie verursachte Kosten eingeschränkt werden dürfen:

„Was im Übrigen die von der spanischen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs angesprochenen Kosten betrifft, die mit einem solchen System für die Arbeitgeber verbunden sein könnten, ist darauf hinzuweisen, dass, wie sich aus dem vierten Erwägungsgrund der RL 2003/88 ergibt, der wirksame Schutz der Sicherheit und der Arbeitnehmergesundheit nicht rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden darf.“¹⁴⁷

Daher scheint der EuGH eher so zu verstehen zu sein, dass insbesondere bei kleinen Betrieben Besonderheiten bestehen können, die die Einführung eines komplexen Erfassungssystems unmöglich oder unzumutbar machen.¹⁴⁸ Das könnte etwa bedeuten, dass hier – jedenfalls was die Zugänglichkeit der Information, wann ein Arbeitnehmer seinen Dienst aufnimmt – geringere Anforderungen gestellt werden können, wenn der Arbeitgeber jeden Beschäftigten per-

¹⁴⁵ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 71; *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (369).

¹⁴⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 63.

¹⁴⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 66.

¹⁴⁸ *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (369).

sönlich bei der Arbeitsaufnahme antrifft und dies in diesem Zeitpunkt von beiden Seiten protokolliert wird.

IV. Bereits vorhandene Dokumentationspflichten

Grundsätzlich ist die Verpflichtung zur Dokumentation der Arbeitszeit dem deutschen Recht nicht fremd. Unabhängig von einer rechtlichen Verpflichtung wird die Arbeitszeit in vielen Betrieben auch aus Gründen der Lohnbuchhaltung bereits erfasst. Zudem ist in vielen Bereichen bereits jetzt eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung vorgesehen. Diese Vorschriften müssen vom Gesetzgeber in den Blick genommen und ggf. harmonisiert werden, wenn er eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung vorsieht, die über die bestehenden Erfassungspflichten hinausgeht. Denn dann müssten diese Vorschriften ebenfalls erweitert werden. Daher seien sie hier kurz aufgelistet.

1. § 16 Abs. 2 ArbZG

Schließlich beinhaltet das deutsche Recht mit § 16 Abs. 2 ArbZG eine Regelung, die den Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitszeit insoweit zu erfassen, als sie die in § 3 Abs. 1 ArbZG beinhaltete werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden überschreitet. Der Gesetzgeber hat die Pflicht nicht weiter ausgeformt.

2. § 17 MiLoG

Nach § 17 MiLoG unterliegen Arbeitgeber ohnehin bereits heute gesetzlichen Verpflichtungen zur Arbeitszeiterfassung. Soweit Arbeitnehmer geringfügig beschäftigt werden oder in einem der in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftsbereiche oder Wirtschaftszweige tätig sind, muss der Arbeitgeber Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt aufbewahren.

Das BMAS kann durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Verpflichtungen des Arbeitgebers hinsichtlich bestimmter Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder der Wirtschaftsbereiche oder der Wirtschaftszweige einschränken oder erweitern.

Von dieser Befugnis hat das BMAS Gebrauch gemacht und die Reichweite durch die Mindestlohndokumentationspflichtenverordnung eingeschränkt. Verbal kritisiert wurde an der Norm vor allem, sie führe zu unnötiger Bürokratie. Tatsächlich dürfte schon unter Geltung des MiLoG ein Hauptproblem gewesen sein, dass die Dokumentationspflicht Verstöße gegen das ArbZG transparent macht.

Die Norm kann nicht als Vorbild für eine Neuregelung im Bereich des ArbZG dienen. Zwar ist es möglicherweise ausreichend, um die Vorgaben des MiLoG einzuhalten, wenn die Arbeitszeiterfassung erst nach sieben Tagen erfolgt. Die Einhaltung der Grenzen für die tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit kann so allerdings nicht sichergestellt werden. Zudem geht es bei der Erfassung der Arbeitszeit nach dem MiLoG primär um die Sicherung einer Mindestvergütung.

Zweifelsohne gehen daher die Vorgaben des EuGH über die Erfassungspflichten auf Grundlage von § 17 MiLoG hinaus.

3. § 21a Abs. 8 ArbZG

Für den Bereich des Straßenverkehrs sieht § 21a Abs. 8 ArbZG ebenfalls eine Aufzeichnungspflicht vor.¹⁴⁹

4. § 8 Offshore-ArbZV

Nach § 8 Offshore-ArbZV ist der Arbeitgeber verpflichtet, die gesamte Arbeitszeit sowie den Ausgleich der Mehrarbeit über acht Stunden und die Ersatzruhetage für Sonntags- und Feiertagsbeschäftigung täglich aufzuzeichnen.

5. § 50 SeeArbG

Nach § 50 SeeArbG sind auf jedem Schiff Arbeitszeitznachweise zu führen, aus denen gesondert für jedes Besatzungsmitglied die täglichen Arbeitszeiten und Ruhezeiten zu ersehen sind.

¹⁴⁹ Ausf. hierzu Preis/Sagan/Ullber, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 7 Rz. 7.74 ff.

6. § 6 GSA Fleisch

Nach § 6 GSA Fleisch sind Arbeitgeber und Entleiher verpflichtet, den Beginn der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter jeweils unmittelbar bei Arbeitsaufnahme sowie Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit jeweils am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen. Diese Norm dürfte noch am ehesten den Vorgaben des EuGH entsprechen.

7. § 80 Abs. 2 BetrVG

Schließlich hatte auch schon bislang der Betriebsrat auf Grundlage von § 80 Abs. 2 BetrVG einen Auskunftsanspruch, der sich auf den Beginn und das Ende der werktäglichen Arbeitszeit bezog.

V. **Geltende Rechtslage in Deutschland seit der Entscheidung des EuGH**

Der EuGH hat die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung als bloße Auslegung der Richtlinie qualifiziert. Damit hat er festgestellt, dass die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, wie sie in der Entscheidung beschrieben wird, schon immer durch die Richtlinie vorgegeben war. Sie ist also nicht „neu“. Sie hätte daher schon seit Inkrafttreten der Richtlinie durch den Gesetzgeber eingeführt werden müssen. Die Umsetzungsfrist für die Arbeitszeitrichtlinie ist allerdings längst abgelaufen. Damit stellt sich die Frage, ob die Entscheidung unmittelbare Auswirkungen auf das geltende Recht hat.

1. **Unionsrechtskonforme Auslegung des ArbZG oder Anwendungsvorrang des Unionsrechts?**

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in der Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen und ihre Pflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, an alle Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten gerichtet und obliegt damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten.¹⁵⁰ Diese müssen bei Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts sämtliche nationalen Rechtsnormen berücksichtigen und die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden anwenden, um seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der fraglichen Richtlinie auszurichten, damit das von ihr festgelegte Ergebnis erreicht und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachgekommen wird.¹⁵¹

¹⁵⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 68 m.w.N.

¹⁵¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 69 m.w.N.

a) Diskussionsstand

Gegenwärtig ist im Schrifttum vor allem umstritten, ab welchem Zeitpunkt die Vorgaben des EuGH zu beachten sind. Folgende Ansätze sind denkbar:

- Ohne gesetzgeberisches Handeln sind die Vorgaben des EuGH nicht zu beachten.¹⁵² Die nationale Rechtslage ist unionsrechtswidrig. Das ArbZG kann insoweit nicht unionsrechtskonform ausgelegt werden.¹⁵³ Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts führt zu keinem anderen Ergebnis.
- § 16 Abs. 2 ArbZG ist unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass die Arbeitgeber verpflichtet sind, Beginn und Ende der werktäglichen Arbeitszeit und deren Dauer aufzuzeichnen. Gleichwohl wäre der Gesetzgeber wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot verpflichtet, die Norm anzupassen.¹⁵⁴
- § 16 Abs. 2 ArbZG kann nicht unionsrechtskonform ausgelegt werden. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts besteht gleichwohl bereits jetzt eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Gleichwohl wäre der Gesetzgeber wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot verpflichtet, die Norm anzupassen.¹⁵⁵

Damit besteht im Grundsatz zwischen allen gegenwärtig vertretenen Ansätzen Einigkeit darüber, dass der Gesetzgeber das ArbZG anpassen muss. Weniger Einigkeit besteht darüber, wie die Rechtslage bis zu diesem Zeitpunkt aussieht.

b) Unionsrechtskonforme Auslegung von § 16 Abs. 2 ArbZG

Hält man § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG für auslegungsfähig, dann gilt aufgrund der Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung ab sofort für alle Arbeitsverhältnisse eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung.¹⁵⁶

aa) Wortlaut des § 16 Abs. 2 ArbZG

Gegen die unionsrechtskonforme Auslegung des § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG kann sein Wortlaut ins Feld geführt werden. Die Norm beschränkt die Pflicht zur

¹⁵² So etwa *Sittard/Esser*, JM 2019, 284 (286).

¹⁵³ *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (447).

¹⁵⁴ *Heuschmid*, NJW 2019, 1853.

¹⁵⁵ *Heuschmid*, NJW 2019, 1853.

¹⁵⁶ Vgl. dazu auch *Ulber*, NZA 2019, 677.

Erfassung der Arbeitszeit ausdrücklich auf die Arbeitszeit, die über die nach § 3 Abs. 1 ArbZG zulässige tägliche Arbeitszeit von acht Stunden hinausgeht.¹⁵⁷

bb) Systematik

In systematischer Hinsicht wird nicht ganz zu Unrecht darauf verwiesen, dass im nationalen Recht bereits andere Vorschriften Aufzeichnungspflichten vorsehen, die über § 16 Abs. 2 ArbZG hinausgehen.

Insbesondere ist hier § 8 der Offshore-Arbeitszeitverordnung zu beachten. Dieser lautet: „Der Arbeitgeber ist abweichend von § 16 Absatz 2 Satz 1 des Arbeitszeitgesetzes verpflichtet, die gesamte Arbeitszeit sowie den Ausgleich der Mehrarbeit über acht Stunden und die Ersatzruhetage für Sonntags- und Feiertagsbeschäftigung täglich aufzuzeichnen.“

Bayreuther zieht hieraus das zunächst einmal nachvollziehbare systematische Argument, dass § 16 Abs. 2 ArbZG keine allgemeine Aufzeichnungspflicht enthalte, die über die Überstunden hinausgehe.¹⁵⁸ Weitergehend geht er auch von einem Willen des Gesetzgebers aus, dass § 16 Abs. 2 ArbZG einen solchen Inhalt nicht haben sollte.¹⁵⁹ Indes erscheint diese Überlegung deshalb nicht ganz überzeugend, weil die Offshore-Arbeitszeitverordnung dem ArbZG nachfolgend erlassen wurde und über den Willen des Gesetzgebers bei Erlass des ArbZG wenig aussagt.

Zudem neigt das BAG dazu, die Wortlautgrenze stark zu relativieren und den Wortlaut immer dann für nicht eindeutig zu erklären, wenn er nicht zu einem unionsrechtlich gebotenen Ergebnis passt.¹⁶⁰

Des Weiteren erscheint es mit Blick auf den systematischen Zusammenhang von § 16 Abs. 2 ArbZG zu § 17 Abs. 4 ArbZG schon jetzt naheliegend, dass die Vorschrift eine Erfassung von Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit gebietet.¹⁶¹

Hinzu kommt, dass auch bislang eine arbeitsschutzrechtliche Pflicht des Arbeitgebers bestand, die Vorgaben des ArbZG einzuhalten und dafür zu sorgen, dass

¹⁵⁷ *Sittard/Esser*, JM 2019, 284 (286).

¹⁵⁸ *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (447).

¹⁵⁹ *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (447).

¹⁶⁰ Aktuell BAG 17.4.2019, NZA 2019, 1223.

¹⁶¹ *Buschmann/Ullber*, § 16 Rn. 6.

sein Arbeitszeitmodell und die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten einhalten.¹⁶²

cc) Pflicht zur „so weit wie möglich“ unionsrechtskonformen Auslegung

Auch mit Blick auf die sehr weitreichenden Vorgaben, die der EuGH zur unionsrechtskonformen Auslegung macht, erscheint es nicht ausgeschlossen, die Norm bereits jetzt so auszulegen, dass sie eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung vorsieht.¹⁶³

Das gilt insbesondere deshalb, weil der Gesetzgeber stets behauptet hat, das ArbZG diene der Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie.¹⁶⁴ Ein abweichender Wille steht zwar aufgrund vieler Vorschriften zu vermuten, ist aber nirgends ausdrücklich ausgesprochen, auch nicht bei § 16 Abs. 2 ArbZG. Insofern sind die Vorschriften des ArbZG im Zweifel unionsrechtskonform auszulegen. Diese Sichtweise wird auch im Schrifttum vertreten.¹⁶⁵

dd) Auswirkungen auf die Bußgeldvorschriften

Nicht von einer unionsrechtskonformen Anpassung des § 16 Abs. 2 ArbZG erfasst würde die Bußgeldvorschrift in § 22 Nr. 9 ArbZG.¹⁶⁶

Zwar ist der Gesetzgeber aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes gehalten, ggf. auch Bußgeld- und Strafvorschriften vorzusehen, um die Einhaltung der Vorgaben des Unionsrechts zu gewährleisten. Das ändert aber nichts daran, dass es verfassungsrechtlich nicht möglich ist, den Bestimmtheitsgrundsatz zu überwinden.¹⁶⁷ Daher ist es, solange das ArbZG nicht geändert wird, über § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG nur möglich, Bußgelder zu verhängen, soweit der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Aufzeichnung der über die Grenzen des § 3 S. 1 ArbZG hinausgehenden Arbeitszeit nicht nachkommt.

¹⁶² BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 (1351); HK-ArbZG/Jerchel, § 3 ArbZG Rn. 72.

¹⁶³ Überschießend insoweit *Sittard/Esser*, JM 2019, 284 (286).

¹⁶⁴ BT-Drs. 15/1587 S. 19.

¹⁶⁵ *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1036); a.A. *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (447).

¹⁶⁶ *Lörcher*, HSI-Newsletter 2/2019 unter 4.1.2.

¹⁶⁷ Ebenso *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (448).

2. Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Eine bereits jetzt bestehende Pflicht aller Arbeitgeber, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, kann sich auch aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts ergeben.¹⁶⁸

a) Horizontalwirkung des Art. 31 Abs. 2 GRC

Der EuGH hat Art. 31 Abs. 2 der GRC im Bereich des Urlaubsrechts bereits eine Horizontalwirkung zuerkannt.¹⁶⁹ Eine Entscheidung, die das ausdrücklich für das in Art. 31 Abs. 2 GRC verankerte Recht auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten feststellt, fehlt.¹⁷⁰

Daran, dass eine solche Horizontalwirkung aber auch insoweit besteht, kann angesichts der Ausführungen des EuGH in der Rs. Bauer und Willmeroth¹⁷¹ eigentlich kein Zweifel bestehen, weil sie sich auf die Arbeitszeitrichtlinie und die arbeitszeitbezogenen Gewährleistungen in Art. 31 Abs. 2 ohne Weiteres übertragen lassen.¹⁷² Ohne dass hier auf eine Darstellung sämtlicher Aspekte, die für eine Übertragung sprechen, eingegangen werden kann, sei beispielsweise darauf verwiesen, dass der EuGH in der Rs. Bauer und Willmeroth¹⁷³ ausführt:

„Nach den Erläuterungen zu Art. 31 der Charta, die gem. Art. 6 I UAbs. 3 EUV und Art. 52 VII der Charta bei deren Auslegung zu berücksichtigen sind, orientiert sich Art. 31 II der Charta an der RL 93/104, an Art. 2 der am 18.10.1961 in Turin unterzeichneten und am 3.5.1996 in Straßburg revidierten Europäischen Sozialcharta sowie an Nr. 8 der auf der Tagung des Europäischen Rates in Straßburg am 9.12.1989 verabschiedeten Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (...).

¹⁶⁸ Heuschmid, NJW 2019, 1853 (1854).

¹⁶⁹ Vgl. dazu EuGH 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer und Willmeroth), NZA 2018, 1467.

¹⁷⁰ Anders Lörcher, der davon ausgeht, der EuGH habe die Frage bereits ausdrücklich entschieden: Lörcher, HSI-Newsletter 2/2019 unter 3.2.

¹⁷¹ EuGH 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer und Willmeroth), NZA 2018, 1467; darauf verweist mit Recht auch Brors, NZA 2019, 1176 (1179).

¹⁷² Brors, NZA 2019, 1176 (1179); Ulber, NZA 2019, 677; Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (366, 370).

¹⁷³ EuGH 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer und Willmeroth), NZA 2018, 1467.

Wie sich aus dem ersten Erwägungsgrund der RL 2003/88 ergibt, wurde mit ihr die RL 93/104 kodifiziert.¹⁷⁴

Eine Beschränkung auf das Urlaubsrecht ist in dieser Passage nicht zu finden. Und auch in der Rechtssache CCOO wird das Konkretisierungsverhältnis¹⁷⁵ zwischen Unionsgrundrecht in Art. 31 Abs. 2 und Arbeitszeitrichtlinie betont. Daher wird im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass Art. 31 Abs. 2 GRC auch insoweit Horizontalwirkung entfaltet.¹⁷⁶

Von besondere Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang ist überdies, dass der EuGH unlängst in einem anderen Fall, in dem es um eine mitgliedstaatliche Regelung ging, die durch den nationalen Gesetzgeber unionsrechtskonform anzupassen war, eine unmittelbare Verpflichtung des einzelnen Arbeitgebers angenommen hat.¹⁷⁷ Daher kann der Umstand, dass das nationale Recht ggf. noch angepasst wird oder werden muss, einer Verpflichtung der Arbeitgeber in der Zwischenzeit nicht entgegen gehalten werden. Das betrifft insbesondere auch individuelle Ansprüche von Arbeitnehmern.¹⁷⁸

b) Horizontalwirkung der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Der Anwendungsbereich des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 GRC) ist mit Blick auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung offensichtlich eröffnet.

Die Folgefrage ist allerdings, inwieweit sich die Horizontalwirkung auch auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung erstreckt. Sollte man § 16 Abs. 2 ArbZG insoweit für unionsrechtswidrig halten, als er lediglich für die Überstunden eine Aufzeichnungspflicht vorschreibt, wäre diese Einschränkung unangewendet zu lassen und nicht – wie teilweise erwogen wird¹⁷⁹ – die gesamte Norm. Damit

¹⁷⁴ EuGH 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16, NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rz. 55.

¹⁷⁵ *Ulber*, NZA 2019, 677; Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, § 7 Rz. 7.39 (vgl. dazu etwa *Heuschmid*, in Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid, HdBARbR, 9. Aufl. 2017, § 27 Rn. 7 ff.; so auch der Generalanwalt beim EuGH (Pitruzzella), Schlussantrag vom 31.1.2019 – C-55/18.

¹⁷⁶ *Brors*, NZA 2019, 1176 (1179); *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1854); *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (366, 370); *Latzel*, EuZA 2019, 469 (478); *Lörcher*, HSI-Newsletter 2/2019 unter 3.2; *Ulber*, NZA 2019, 677 (680).

¹⁷⁷ EuGH 22.1.2019 – C-193/17 – Cresco Investigation, NZA 2019, 297, Rn. 89; vgl. dazu ausf. *Klocke* BB 2019, 1204 (1206 ff.).

¹⁷⁸ EuGH 22.1.2019 – C-193/17 – Cresco Investigation, NZA 2019, 297, Rn. 89; vgl. dazu ausf. *Klocke* BB 2019, 1204 (1206 ff.).

¹⁷⁹ *Sittard/Esser*, JM 2019, 284 (287).

bestünde eine Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung bereits unter Rückgriff auf die „negative Horizontalwirkung“,¹⁸⁰ wie sie der EuGH etwa in der Rechtssache Küçükdeveci entwickelt hat.¹⁸¹

Des Weiteren müssen aber auch die übrigen Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendbarkeit vorliegen. Hier werden nicht zu Unrecht Bedenken geltend gemacht, weil die Vorgaben des EuGH einer Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen.¹⁸² Daran ist sicherlich richtig, dass der Gesetzgeber nicht einfach in das Gesetz schreiben darf, dass die Arbeitgeber ein objektives, verlässliches und zugängliches System der Arbeitszeiterfassung für alle Arbeitnehmer vorsehen müssen. Davon gehen erkennbar Sittard/Esser aus.¹⁸³

Indes ist zwischen den Vorgaben des Transparenzgebots und damit einer Verletzung der Richtlinie durch den Gesetzgeber und den Anforderungen an eine unmittelbare Anwendbarkeit auf Grundlage des Primärrechts zu differenzieren. Letztere kann vorliegen, auch wenn der Gesetzgeber gleichzeitig zur Normsetzung verpflichtet bleibt.

Soweit in diesem Zusammenhang auf einen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers verwiesen wird,¹⁸⁴ ist auch das nicht unwichtig. Allerdings ist zu beachten, dass die Mitgliedstaaten vom EuGH keinen Entscheidungsspielraum beim „Ob“ der Arbeitszeiterfassung eingeräumt bekommen haben.¹⁸⁵ Insoweit wäre eine unmittelbare Anwendbarkeit unproblematisch.¹⁸⁶

Soweit es das „Wie“ betrifft, ist des Weiteren zu beachten, dass der EuGH qualifizierte Anforderungen stellt, die die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung zu beachten haben und die sie im Ergebnis einhalten müssen. Auch insoweit scheint daher für eine unmittelbare Anwendbarkeit hinreichend Raum zu bestehen.¹⁸⁷ Jedenfalls müssten alle diejenigen, die vertreten, der Gesetzgeber könnte die Regelung minimalinvasiv umsetzen, indem er den Leitsatz des EuGH abschreibt, keine Einwände gegen die unmittelbare Anwendbarkeit der entsprechenden Vorgaben des EuGH haben.

¹⁸⁰ Dazu Preis/Sagan/Pötters, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., § 3 Rz. 3.29.

¹⁸¹ EuGH 19.1.2010 – C-555/07 (Küçükdeveci), NZA 2010, 85.

¹⁸² Sittard/Esser, JM 2019, 284 (287).

¹⁸³ Sittard/Esser, JM 2019, 284 (287).

¹⁸⁴ Sittard/Esser, JM 2019, 284 (287).

¹⁸⁵ Siehe oben II.2.a).

¹⁸⁶ Ebenso Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (370).

¹⁸⁷ Ähnlich Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (370).

3. Zeitliche Wirkung der Entscheidung

Eng verknüpft mit der Frage nach den Rechtsfolgen der Entscheidung des EuGH ist die Frage nach der zeitlichen Wirkung der Entscheidung.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH¹⁸⁸ wird durch die Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts durch den EuGH deren Inhalt erläutert und verdeutlicht, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre. Daraus folgt, dass die Gerichte die Vorschriften in dieser Auslegung auch auf Rechtsverhältnisse, die vor Erlass des Urteils entstanden sind, anwenden können und müssen.¹⁸⁹

Es gilt der Grundsatz, dass Vertrauensschutz und eine Beschränkung der zeitlichen Wirkung von Entscheidungen des EuGH ausdrücklich vom EuGH ausgesprochen werden müssen.¹⁹⁰ Ein solcher Ausspruch fehlt aber in der Rs. CCOO.

Ausgesprochen werden kann eine solche zeitliche Beschränkung auch nur unter strengen Voraussetzungen, und zwar dann, wenn nämlich guter Glaube der Betroffenen vorliegt und die Gefahr schwerwiegender Störungen besteht.¹⁹¹

Betrachtet man die Folgen der Entscheidung, so kommt eine rückwirkende Einführung eines Systems zur Erfassung der Arbeitszeit allerdings nicht in Betracht. Insofern wirkt sich die Entscheidung nicht aus. Sie kann aber gleichwohl überall dort Folgen haben, wo Arbeitgeber die Arbeitszeit nicht erfasst haben und sich im Prozess darauf berufen, der Arbeitnehmer könne die von ihm behaupteten Arbeitszeiten nicht nachweisen.

Allerdings würde auch in solchen Konstellationen die Gewährung von Vertrauensschutz verkennen, dass den Arbeitgeber auch bislang schon die Pflicht traf, dafür zu sorgen, dass seine Arbeitnehmer die Vorgaben des ArbZG einhalten.¹⁹² Sofern der Arbeitgeber behauptet, er wisse nicht, wann der Arbeitnehmer gearbeitet habe, wäre sein Vertrauen darauf, er könne sich prozessual hierauf beru-

¹⁸⁸ EuGH 6.3.2007 – C-292/04 (Meilicke), Rz. 34; EuGH 22.9.2016 – C-110/15 (Microsoft Mobile Sales International), Rz. 59.

¹⁸⁹ EuGH 13.12.2018 – C-385/17 (Hein), NZA 2019, 47, Rz. 56.

¹⁹⁰ EuGH 13.12.2018 – C-385/17 (Hein), NZA 2019, 47, Rz. 56ff. m.w.N.

¹⁹¹ EuGH 13.12.2018 – C-385/17 (Hein), NZA 2019, 47, Rz. 57.

¹⁹² BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 (1351); HK-ArbZG/Jerchel, § 3 ArbZG Rz. 72.

fen, also schon nach dem geltenden Recht nicht schutzwürdig, soweit es das Arbeitsschutzrecht betrifft.¹⁹³

4. Bindung staatlicher Arbeitgeber

Unproblematisch sind staatliche Stellen aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts verpflichtet, die Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie zu befolgen und entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen.¹⁹⁴ Insofern ist die Situation hier klarer als im Privatrecht. Gegenüber staatlichen Stellen besteht die Möglichkeit, sich unmittelbar auf die Arbeitszeitrichtlinie zu berufen.¹⁹⁵ Selbst wenn man also die vorstehenden Überlegungen zu einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG und dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht teilt, hätte die Entscheidung des EuGH jedenfalls insoweit gleichwohl unmittelbare Auswirkungen.

Von staatlichen Arbeitgebern kann jeder Arbeitnehmer unter unmittelbarer Berufung auf die Arbeitszeitrichtlinie verlangen, dass eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden nicht überschritten wird¹⁹⁶ und die täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten eingehalten werden. Dementsprechend kann jeder betroffene Arbeitnehmer bereits jetzt verlangen, dass die entsprechenden Pflichten eingehalten werden. Entgegenstehende Vorschriften sind unangewendet zu lassen.¹⁹⁷

Das bedeutet, dass ungeachtet der Frage der Auswirkungen der Entscheidung in der Rs. CCOO auf private Arbeitgeber sowohl Beamte¹⁹⁸ als auch Arbeitnehmer, die beim Staat beschäftigt werden, bereits jetzt unmittelbar von staatlichen Arbeitgebern verlangen können, dass ein System der Arbeitszeiterfassung eingeführt wird, das den Vorgaben des EuGH entspricht.

Eine Änderung der entsprechenden beamtenrechtlichen Vorschriften ist zwar aus Transparenzgründen erforderlich.¹⁹⁹ Die Vorgaben des EuGH sind indes

¹⁹³ Zu den Folgen für den Überstundenprozess vgl. unten unter V.6.c).

¹⁹⁴ BVerwG 26.7.2012 – 2 C 29/11, NVwZ-RR 2012, 972 (973).

¹⁹⁵ EuGH 25.11.2010 – C-429/09 (Fuß II), Slg. 2010, I-12167, Rz. 38 f.; EuGH 14.10.2010 – C-243/09 (Fuß I), Slg. 2010, I-9849, Rz. 60.

¹⁹⁶ EuGH 25.11.2010 – C-429/09 (Fuß II), Slg. 2010, I-12167, Rz. 38 f.; EuGH 14.10.2010 – C-243/09 (Fuß I), Slg. 2010, I-9849, Rz. 60.

¹⁹⁷ EuGH 25.11.2010 – C-429/09 (Fuß II), Slg. 2010, I-12167, Rz. 40.

¹⁹⁸ Siehe dazu oben unter III.8.b).

¹⁹⁹ I.E. ebenso *Heuschmid*, NJW 2019, 1853.

bereits jetzt einzuhalten. Das bedeutet insbesondere, dass der Bund und die Länder sofort – jenseits der zulässigen personellen Ausnahmen – die Arbeitszeit sämtlicher Beschäftigter vollständig entsprechend der Vorgaben des EuGH erfassen müssen.

Sämtliche staatliche Stellen sind auch dazu verpflichtet, ihre bestehenden Erfassungssysteme entsprechend anzupassen. Das betrifft insbesondere die Beseitigung jeglicher Instrumente, die eine automatische Abmeldung des Beschäftigten aus der Arbeitszeiterfassung vorsehen, wenn er die arbeitsschutzrechtlichen Grenzen der Arbeitszeit überschreitet.

Zudem müssen sämtliche Personen, die bislang von der Erfassung der täglichen Arbeitszeit ausgenommen waren, in bestehende Erfassungssysteme integriert werden, soweit das Unionsrecht hierfür keine Ausnahme zulässt.

5. Auswirkungen der Entscheidung auf die sog. Vertrauensarbeitszeit

Eine weitere Problematik betrifft die Vertrauensarbeitszeit, bei der die Beschäftigten ihre vertraglich geschuldete Arbeitszeit selbst organisieren. Eine Pflicht, die Arbeitszeit zu erfassen, entfällt durch die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit nicht. Die Pflicht des Arbeitnehmers, Arbeitszeit in einem nach Stunden bemessenen Umfang abzuleisten, bleibt bestehen.²⁰⁰ „Vertrauensarbeitszeit“ bedeutet, dass der Arbeitgeber auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit verzichtet und darauf vertraut, der betreffende Arbeitnehmer werde seine Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht auch ohne Kontrolle erfüllen.²⁰¹ Es bleibt den Arbeitnehmern damit je nach Ausgestaltung mehr oder weniger selbst überlassen wann und wie lange sie am jeweiligen Tag arbeiten und welche Unterbrechungen sie vornehmen.²⁰² All das musste aber schon bislang gleichwohl innerhalb der gesetzlichen Grenzen des Arbeitszeitrechts erfolgen, von deren Einhaltung die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit nicht dispensiert.²⁰³

²⁰⁰ BAG 15.5.2013 – 10 AZR 325/12, NZA-RR 2014, 519.

²⁰¹ BAG 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295.

²⁰² MüArbR/Schüren, § 47 Rn. 39.

²⁰³ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 (1351); HK-ArbZG/Jerchel, § 3 ArbZG Rz. 72.

Hier kann nur auf die Frage der Arbeitszeiterfassung bei Vertrauensarbeitszeit eingegangen werden. Die Entscheidung des EuGH verändert die Rechtslage nur ganz punktuell. Sie wird aber in der Praxis vor allem deshalb Auswirkungen haben, weil sie rechtswidrige Ausgestaltungen von Vertrauensarbeitszeit in der Praxis strukturell erschwert.

a) **Geltende Rechtslage bei Vertrauensarbeitszeit**

Ausgangspunkt einer rechtlichen Bewertung der Folgen der Entscheidung des EuGH muss die geltende Rechtslage und nicht die teilweise erheblich abweichende Handhabung in der Praxis sein.

Auch schon bislang befreite die Einführung von Vertrauensarbeitszeit den Arbeitgeber nicht von seinen arbeitsschutzrechtlichen Organisationspflichten.²⁰⁴ Auch bei Einführung von Vertrauensarbeitszeit trifft den Arbeitgeber weiterhin die Pflicht, dafür zu sorgen, dass sein Arbeitszeitmodell und die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten einhalten.²⁰⁵ Auch bislang musste der Arbeitgeber bei Vertrauensarbeitszeit nach § 16 Abs. 2 ArbZG die Arbeitszeit für alle Arbeitszeiten über acht Stunden und an Sonn- und Feiertagen aufzeichnen.²⁰⁶

Insofern bestand auch bei Vertrauensarbeitszeit schon bislang weder eine Befugnis, die Arbeitszeit überhaupt nicht zu erfassen, noch eine Möglichkeit, die Verantwortung für die Einhaltung des Arbeitszeitrechts auf die Beschäftigten zu delegieren.²⁰⁷

Daran ändert sich durch die Entscheidung des EuGH nichts. Es ändert sich auch insoweit nichts, als es auch weiterhin zulässig ist, dem Arbeitnehmer die Entscheidung zu überlassen, wann er seine Tätigkeit aufnimmt und beendet bzw. wie er sich die Arbeitszeit einteilt, wenn durch den Arbeitgeber sichergestellt ist, dass diese Zeiten erfasst werden und nicht gegen die arbeitsschutzrechtlichen Grenzen für die Arbeitszeit verstoßen wird. Insoweit bleiben auch Gestaltungsoptionen für eine kollektivvertragliche Gestaltung erhalten.

²⁰⁴ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 (1352).

²⁰⁵ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 (1351); HK-ArbZG/Jerchel, § 3 ArbZG Rz. 72.

²⁰⁶ MüArbR/Schüren, § 47 Rn. 39.

²⁰⁷ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 (1351); Buschmann/Ulber, ArbZG, § 16 Rz. 13.

b) Folgen der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Hinsichtlich der Arbeitszeiterfassung dürfte die arbeitsschutzrechtliche Rechtslage in Deutschland nunmehr durch die Richtlinie vorgegeben sein. Denn ein Erfassungssystem, das die arbeitsschutzrechtliche Verantwortung für die Erfassung der Arbeitszeit auf den Beschäftigten delegiert, wäre nicht objektiv. Das bestätigt die bisherige Rechtslage in Deutschland, nach der eine derartige Übertragung rechtswidrig wäre.²⁰⁸

Aufgrund der Entscheidung des EuGH ist Vertrauensarbeitszeit in ihrer bisher praktizierten Form insoweit rechtswidrig, als in der Praxis unzulässigerweise ohne Rücksicht auf die Grenzen des Arbeitszeitgesetzes gearbeitet wird, die tägliche Arbeitszeit überhaupt nicht erfasst wird.

Es ist aber weiterhin zulässig, mit dem Arbeitnehmer zu vereinbaren, dass dieser sich die Arbeitszeit selbst einteilen kann. Vertrauensarbeitszeit in diesem Sinne wird durch die ArbZ-RL auch nicht in ihrer Zulässigkeit berührt. Aber auch dann, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit selbst einteilen kann, ist der Arbeitgeber zu einer Erfassung der geleisteten Arbeitszeit verpflichtet, und zwar in einer Weise, die dazu führt, dass die Schutzvorschriften der Richtlinie eingehalten werden.

Soweit durch die Organisation der konkreten Tätigkeit, etwa weil diese nicht ortsgebunden erfolgt, Schwierigkeiten entstehen, sind diese lediglich beim „Wie“, nicht beim „Ob“ der Arbeitszeiterfassung berücksichtigungsfähig.²⁰⁹

6. Prozessuale Auswirkungen

Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung wirkt sich auf sämtliche Rechtsstreitigkeiten aus, bei denen der Umfang oder Zeitpunkt der geleisteten Arbeit streitig ist.

a) Allgemeines

Zwar ist grundsätzlich strikt zwischen der arbeitsschutzrechtlichen und der vergütungsrechtlichen Arbeitszeit zu differenzieren und die Arbeitszeitrichtli-

²⁰⁸ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 (1351); *Buschmann/Ulber*, ArbZG, § 16 Rz. 13.

²⁰⁹ *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1036); siehe auch unter III.8.d).

nie betrifft nur die erste Dimension.²¹⁰ Sofern allerdings vergütungsrechtliche Arbeitszeit und arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit identisch sind, wirkt sich die Entscheidung des EuGH auch in Vergütungsstreitigkeiten mittelbar aus.²¹¹

Denn da nunmehr der Arbeitgeber verpflichtet ist, Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit zu erfassen und diese Daten dem Arbeitnehmer zugänglich gemacht werden müssen,²¹² wird der Arbeitnehmer in der Praxis deutlich geringere Schwierigkeiten haben, seine Arbeitszeit nachzuweisen. Das gilt umso mehr, wenn man der Richtlinie die Vorgabe entnimmt, dass die entsprechenden Erfassungssysteme möglichst manipulationssicher ausgestaltet sein müssen.

b) Prozessuale Folgen unterlassener Arbeitszeiterfassung

Sollte der Arbeitgeber die entsprechenden Daten vernichten oder kein den Anforderungen der ArbZ-RL genügendes Erfassungssystem eingerichtet haben, wird aufgrund der vom EuGH stark betonten Beweisfunktion²¹³ der Vortrag des Arbeitnehmers zur Arbeitszeit die Vermutung der Richtigkeit in sich tragen. Folge ist, dass es dann am Arbeitgeber ist, zu beweisen, dass der Vortrag des Arbeitnehmers zur Arbeitszeit unzutreffend ist. Denn der EuGH hat, wie bereits oben dargelegt, eine zentrale Funktion der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung in der Beweissicherung zugunsten des Arbeitnehmers gesehen.²¹⁴ Dieser soll durch die Arbeitszeiterfassung in die Lage versetzt werden, seine Rechte wahrzunehmen. Wird dieser Effekt vereitelt und ihm damit eine ihm günstige Beweislage im Prozess entzogen, muss dies schon aus Gründen des Effektivitätsgrundsatzes prozessual kompensiert werden.

Das gilt jedenfalls in allen Verfahren, die die arbeitsschutzrechtliche Dimension des Arbeitszeitrechts betreffen und damit in den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie fallen. Soweit allerdings die vergütungsrechtliche und arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit identisch sind, kann nichts anderes gelten.

²¹⁰ EuGH 21.2.1018 – C 518/15 – Matzak, NZA 2018, 293 Rz. 48ff.; EuGH 4.3.2011 – C-258/10 – Grigore; EuGH 1.12.2005 – C-14/04 – Dellas, Slg. 2005, I-10253 Rz. 38.

²¹¹ EuGH 26.7.2017 – C-175/16 – Hälvä, NZA 2017, 1113; vgl. dazu auch Preis/Sagan/Ulber, Europäisches Arbeitsrecht, § 7 Rz. 7.93.

²¹² Siehe dazu unter III.5.

²¹³ Siehe dazu unter II.2.b).

²¹⁴ Siehe unter II.2.b).

c) Insbesondere Überstundenprozess

Das vorstehend Gesagte wirkt sich auch in Überstundenprozessen aus.²¹⁵

aa) Nur mittelbare Auswirkungen auf die Vergütung

Zwar wird durch die Arbeitszeitrichtlinie die Vergütung nicht geregelt.²¹⁶ Vergütungsansprüche können daher regelmäßig nicht auf eine Verletzung der Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie gestützt werden.²¹⁷

Gleichwohl zeigt die Rspr. des EuGH, dass die Arbeitszeitrichtlinie dann, wenn Vergütungsfragen im nationalen Recht mit der arbeitsschutzrechtlichen Einordnung als Arbeitszeit zusammenhängen, erhebliche mittelbare Auswirkungen hat.²¹⁸ Denn wenn das nationale Recht im Bereich der Vergütung eine Abhängigkeit vom Arbeitszeitrecht in seiner arbeitsschutzrechtlichen Dimension schafft,²¹⁹ ist die Arbeitszeitrichtlinie zu beachten. Das ist immer dann der Fall, wenn es darum geht, ob tatsächlich gearbeitet wurde und dann nicht der Fall, wenn es darum geht, ob diese Zeit zu vergüten ist. Soweit es im Überstundenprozess daher um die Frage geht, „Ob“ und „Wie viel“ gearbeitet wurde, ist daher die Rspr. des EuGH zu beachten.²²⁰

bb) Folgen der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Aufgrund der seit der Entscheidung des EuGH bestehenden Pflicht zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit²²¹ verändert sich die prozessuale Lage. Bislang musste der Arbeitnehmer im Überstundenprozess darlegen, dass die Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet bzw. gebilligt wurden. Zudem muss der Arbeitnehmer zunächst die Arbeitszeit darlegen, auf deren Grundlage er die Vergütung beansprucht.²²²

²¹⁵ Heuschmid, NJW 2019, 1853.

²¹⁶ EuGH 21.2.1018 – C 518/15 (Matzak), NZA 2018, 293, Rz. 48ff.; EuGH 4.3.2011 – C-258/10 (Grigore), n.v., juris (Ls.); EuGH 1.12.2005 – C-14/04 (Dellas), Slg. 2005, I-10253, Rz. 38.

²¹⁷ BAG 16.5.2013 – 6 AZR 619/11, ZTR 2013, 441; BAG 17.12.2009 – 6 AZR 729/08, NZA-RR 2010, 440; BAG 24.9.2009 – 10 AZR 770/07, NZA 2009, 272.

²¹⁸ EuGH 21.2.2018 – C-518/15 (Matzak), NZA 2018, 293, Rz. 23ff.; EuGH 9.11.2017 – C-303/16 (Maio Marques da Rosa).

²¹⁹ Vgl. etwa EuGH 26.7.2017 – C-175/16 (Hälvä), NZA 2017, 1113, Rz. 27.

²²⁰ A.A. Sittard/Esser, JM 2019, 284 (288).

²²¹ Vgl. dazu unter V.1. und 2.

²²² Dazu ausf. Reinfelder, AuR 2018, 335 m.w.N.

Nunmehr muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine vollständige Übersicht über die erfassten Arbeitszeiten zur Verfügung stellen. Soweit er das nicht tun kann, weil er über die Unterlagen nicht (mehr) verfügt, liegt ein Fall der Beweisvereitelung zu Ungunsten des klagenden Arbeitnehmers vor. Soweit dieser schlüssig die von ihm geltend gemachten Überstunden vorgetragen hat, ist daher der Arbeitgeber gehalten, durch Vorlage der Arbeitszeiterfassung einen abweichenden Vortrag zu beweisen. Gelingt dies nicht, ist der Vortrag des Arbeitnehmers als zugestanden anzusehen.

Fraglich ist allein, ob es dem Arbeitgeber unbenommen bleibt, einen abweichenden Geschehensablauf durch andere Beweismittel nachzuweisen. Das erscheint mit Blick auf den Zeugenbeweis aufgrund der Rechtsprechung des EuGH nicht ganz unproblematisch,²²³ soweit es Arbeitskollegen des Arbeitnehmers betrifft. Gleichwohl dürften diese Beweismittel weiterhin zulässig sein. Etwaige Bedenken, die sich aus einer etwaigen Drucklage der betroffenen Personen ergeben, müssen aber bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.

7. Auswirkungen auf (bestehende) Tarifverträge

Die Entscheidung des EuGH hat auch Auswirkungen auf die Tarifvertragsparteien. Soweit diese bereits Systeme der Arbeitszeiterfassung in Tarifverträgen verankert haben, müssen diese an die Vorgaben des EuGH angepasst werden. Soweit diese Tarifverträge gegen die Vorgaben des EuGH verstoßen, sind sie allerdings nur dann und nur insoweit unanwendbar, wie dies zu einer Vertiefung des unionsrechtswidrigen Zustandes führt. Denn sofern eine Unwirksamkeit der Regelungen dazu führen würde, dass die gesamte Ausgestaltung des Erfassungssystems wegfällt, wäre dies noch weniger der Zustand den die Richtlinie vorgibt. Zukünftige Regelungsmöglichkeiten bestehen insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung des konkreten Erfassungssystems (dazu ausführlich unter VI.8.).

8. Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung

Im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts sind im Zuge der Umsetzung der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO vor allem zwei Fragestel-

²²³ Vgl. dazu oben unter II.2.b).

lungen von Bedeutung.²²⁴ Zum einen die Frage nach neuen und bestehenden Informationsrechten, zum anderen die Einführung und Ausgestaltung von Systemen der Arbeitszeiterfassung.

a) Informationspflichten nach § 80 Abs. 2 BetrVG

Bereits bislang hatte der Betriebsrat gegen den Arbeitgeber auf Grundlage von § 80 Abs. 2 BetrVG einen Auskunftsanspruch, der sich auf den Beginn und das Ende der werktäglichen Arbeitszeit bezog.²²⁵ Ansonsten konnten die Pflichten nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht wahrgenommen werden. Nunmehr wird der Betriebsrat auf Grundlage dieser Vorschrift auch die Vorlage der Aufzeichnungen zur Arbeitszeit verlangen können.²²⁶

Der Gesetzgeber sollte im Zuge eines etwaigen Gesetzgebungsverfahrens klarstellen, dass der Betriebsrat zum Zwecke der Wahrnehmung seiner Aufgaben nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein Einsichtsrecht in die Aufzeichnungen des Systems der Arbeitszeiterfassung hat. Zwar ergibt sich diese Rechtslage nach verbreiteter Sichtweise der Entscheidung des EuGH bereits jetzt aus einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG i.V.m. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.²²⁷ Gleichwohl ist der Gesetzgeber zu einer transparenten Umsetzung der Richtlinie verpflichtet und sollte die entsprechenden Rechte klarstellen.

b) Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG

Eine weitere wichtige Frage betrifft § 87 Abs. 1 BetrVG. In der Vergangenheit hat es immer wieder rechtliche Auseinandersetzungen über die Frage gegeben, ob und unter welchen Voraussetzungen Betriebsräte vom Arbeitgeber die Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung verlangen können.

Das würde freilich voraussetzen, dass diese Fragen nicht bereits durch Tarifvertrag geregelt sind. Jedenfalls für diese Fälle hat das Mitbestimmungsrecht aber seine Bedeutung. Als Vorbemerkung ist zudem noch darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung des EuGH nicht dafür genutzt werden kann, eine Einschränkung bestehender Mitbestimmungsrechte vorzusehen.

²²⁴ Ausf. *Brors*, NZA 2019, 1176.

²²⁵ BAG 6.5.2003, NZA 2003, 1348 (1351); krit. *Kohte*, jurisPR 25/2003, 1 ff.

²²⁶ *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1037).

²²⁷ *Brors*, NZA 2019, 1176 (1178); *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1854).

aa) Grundproblem: Initiativrecht

Auf Grundlage der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO besteht ein Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung.²²⁸

Dies ergibt sich vor allem aus dem Effektivitätsgrundsatz. Denn Alternative Durchsetzungsmechanismen sind nicht vergleichbar effektiv und können die Einführung des Systems der Arbeitszeiterfassung nicht in gleicher Weise garantieren. Der EuGH verpflichtet die Mitgliedstaaten vorzusehen, dass jeder Arbeitgeber ein System zur Arbeitszeiterfassung einführen muss. Die Mitgliedstaaten sind nicht nur verpflichtet, diese Rechtspflicht zu schaffen, sondern diese auch in der Praxis effektiv durchzusetzen.

Insofern kommen zunächst Sanktionen durch die Arbeitsschutzbehörden in Betracht. Diese haben aber kein Instrument in der Hand, dem Arbeitgeber ein konkretes Erfassungssystem vorzugeben.

Auch soweit ein Arbeitnehmer den Arbeitgeber auf Einführung eines solchen Systems verklagen würde, könnte die Einführung eines solchen Systems kaum effektiv prozessual durchgesetzt werden. Es ist zwar denkbar einen entsprechenden Anspruch auf § 618 BGB zu stützen und die Ausgestaltung billigem Ermessen des Arbeitgebers zu überlassen. Aber abgesehen davon, dass Letzteres nicht in Betracht kommt, wenn ein Betriebsrat besteht, der insoweit zu beteiligen wäre, ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein solcher Prozess geführt wird, eher gering.

Das Betriebsverfassungsrecht hingegen verfügt mit der Einigungsstelle über ein Instrumentarium, das nicht nur dazu geeignet ist, den Arbeitgeber zu verpflichten, ein solches System einzuführen, sondern mit dem auch gewährleistet werden kann, dass dieses System inhaltlich so ausgestaltet wird, dass es praktisch wirksam ist.

Vor diesem Hintergrund ist es schon aus Gründen des Effektivitätsgrundsatzes geboten, den Betriebsräten ein Recht zu verschaffen, den Arbeitgeber zur Einführung eines solchen Systems zu zwingen. Die inhaltliche Ausgestaltung kann dann ggf. durch die Einigungsstelle erfolgen. Damit ist gewährleistet, dass jedenfalls dort, wo ein Betriebsrat besteht, ein funktionsfähiger Mechanismus

²²⁸ Dazu ausf. *Brors*, NZA 2019, 1176 (1180); vgl. auch *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1854).

existiert, die Pflicht zur Einführung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung effektiv durchzusetzen.

Die folgenden Überlegungen betreffen die Frage, wo das Initiativrecht im geltenden Betriebsverfassungsrecht verortet werden kann und welche Auswirkungen die Rspr. des EuGH zu den entsprechenden Vorschriften hat.

bb) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Auf dieser Grundlage stellt sich die Frage der Auswirkungen auf § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.²²⁹ Dieser betrifft das Mitbestimmungsrecht hinsichtlich Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG ist noch ungeklärt, ob die Erfassung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber unter das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG fällt. Jedenfalls die Einführung technischer Kontrolleinrichtungen soll aber abschließend unter § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG fallen und nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sein.²³⁰ Denn die reine Erfassung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber sei lediglich eine mitbestimmungsfreie Kontrolle der Einhaltung der arbeitsvertraglichen Pflichten.²³¹

Allerdings gilt dies nur dann, wenn sich die Erfassung auf diese Funktion beschränkt. Dies ist aber seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO anders. Es geht bei der Arbeitszeiterfassung nicht mehr oder jedenfalls nicht nur um die Einhaltung arbeitsvertraglicher Pflichten. Vielmehr folgt ihre Einführung daraus, dass der Arbeitgeber einer organisatorischen Verpflichtung nachkommt.

cc) § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG

Auch mit Blick auf § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG stellt sich die Frage nach etwaigen Auswirkungen der Entscheidung des EuGH in der Sache CCOO.²³² § 87 Abs. 1 S. 2 BetrVG betrifft das Mitbestimmungsrecht hinsichtlich Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage.

²²⁹ Dazu auch *Brors*, NZA 2019, 1176.

²³⁰ BAG 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, NZA 1990, 406.

²³¹ LAG Berlin Brandenburg 22.3.2017 – 23 TaBVGa 292/17.

²³² Dazu etwa *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (371).

Hier wird ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeiterfassung von der Rechtsprechung nur dann angenommen werden, wenn diese eine inhaltliche Verknüpfung mit den Regelungen zur Lage der Arbeitszeit aufweist. Wenn dies der Fall ist, kann der Betriebsrat auch die Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung auf Grundlage der Norm verlangen.²³³

Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung gilt aber gerade völlig unabhängig von der Frage, ob es zur Lage der Arbeitszeit Vereinbarungen gibt. Insofern sollte die Umsetzung der Entscheidung in der Rechtssache CCOO nicht lediglich an § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG angedockt werden. Gleiches gilt für § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Die Arbeitszeiterfassung ist aus arbeitsschutzrechtlicher Sicht immer und nicht nur bei Vereinbarungen zur vorübergehenden Verlängerung oder Verkürzung geboten. § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG sind daher unmittelbar nicht einschlägig.

dd) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Zudem ist § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nunmehr möglicherweise anders anzuwenden. Dieser sieht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, vor.

Das BAG hat bislang ein Initiativrecht auf Einführung einer technischen Einrichtung, die dazu bestimmt ist, das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers zu überwachen, abgelehnt.²³⁴

Gleichwohl sind Systeme der Arbeitszeiterfassung, wie sie der EuGH verlangt, nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG als technische Einrichtung i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG einzuordnen, die dazu bestimmt ist, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.²³⁵

Als problematisch kann sich hier allerdings erweisen, dass das Mitbestimmungsrecht in erster Linie dem Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer dient. Allerdings kann der Gesetzgeber den Betriebsparteien keine Einschränkung der gesetzlichen Pflichten zur Arbeitszeiterfassung, auch und gerade nicht hinsichtlich der Zeitpunkte der Tätigkeit gestatten. Deswegen gibt es insoweit auch nichts mitzubestimmen.

²³³ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (371).

²³⁴ BAG 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, NZA 1990, 406.

²³⁵ BAG 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, NZA 1990, 406.

Gleichwohl ist das Mitbestimmungsrecht aber von großer Bedeutung. Denn die Daten, die der Arbeitgeber erfassen muss, können von ihm nicht nur zur Einhaltung seiner arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen genutzt werden. Das Mitbestimmungsrecht ermöglicht es, einer Zweckentfremdung der aus dem System der Arbeitszeiterfassung gewonnenen Daten entgegenzuwirken und für spezifische Tätigkeiten oder Unternehmen differenzierte Lösungen zu entwickeln. Das kann etwa durch eine Einschränkung der Zugriffs- und Nutzungsrechte erfolgen. Ebenso denkbar sind Vereinbarungen, die sicherstellen, dass anlässlich der Zeiterfassung nicht weitere Daten abgegriffen werden.

Soweit der Arbeitgeber nunmehr verpflichtet ist, ein solches System einzuführen, unterliegt dies auch weiterhin der Mitbestimmung des Betriebsrats.

ee) § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

Fraglich ist, ob sich ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der Arbeitszeiterfassung aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ergibt.²³⁶ Dieser betrifft Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften.

Die Norm setzt nach der Rechtsprechung des BAG voraus, dass eine betriebliche Regelung im Rahmen einer gesetzlichen Vorschrift ergehen soll. Es muss also eine Vorschrift vorliegen, die Maßnahmen der Unfallverhütung oder des Gesundheitsschutzes fordert, dabei aber einen ausfüllungsfähigen und -bedürftigen Rahmen vorgibt, innerhalb dessen den Betriebsparteien ein Regelungsspielraum verbleibt.²³⁷

Zwar handelt es sich bei der Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung um ein Instrument des Gesundheitsschutzes, was auch der EuGH nachdrücklich betont.²³⁸

Der Gegenstand der Erfassung (Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, Erfassung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit) steht aber nicht zur Disposition der Betriebsparteien. Damit ist allerdings noch nichts über das Erfassungssystem als solches gesagt. Die Auswahl der Technik, die Standorte für etwaige Erfassungsinstrumente und die Frage, wie die Datenerhebung er-

²³⁶ *Brors*, NZA 2019, 1176 (1180).

²³⁷ BAG 1.7.2003, NZA 2004, 620.

²³⁸ Darauf verweist mit Recht *Brors*, NZA 2019, 1176 (1180).

folgen soll, sind allesamt mit einer gewissen inhaltlichen Offenheit verbunden, die das Mitbestimmungsrecht aktiviert.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich bereits jetzt ein Initiativrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.²³⁹

c) Auswirkungen auf bestehende Betriebsvereinbarungen

Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, dass die Betriebsparteien, sofern sie Betriebsvereinbarungen schließen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System der Arbeitszeiterfassung vorsehen müssen.

Insoweit können auch bereits bestehende Betriebsvereinbarungen einer Rechtmäßigkeitskontrolle unterzogen werden. Bestehende Betriebsvereinbarungen, die die Arbeitszeiterfassung regeln, sind auf Grundlage der Entscheidung des EuGH ggf. anzupassen. Allerdings sind sie bei Verstößen nicht unwirksam, wenn die Unwirksamkeit zu einer Vertiefung des unionsrechtswidrigen Zustandes führen würde.

Das bedeutet etwa, dass dort, wo bereits Betriebsvereinbarungen über die Arbeitszeiterfassung bestehen, lediglich eine Anpassungspflicht besteht. Diese können die Betriebsräte aber unter Verweis auf die Entscheidung CCOO bereits jetzt verlangen.

Vor diesem Hintergrund sind auch Einigungsstellen durch die Rechtsprechung des EuGH gebunden.²⁴⁰

9. Auswirkungen auf die Überwachungsbehörden

Aufgrund der unmittelbaren Geltung der Verpflichtung der Arbeitgeber, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, sind diese Vorgaben auch von den zuständigen Verwaltungsbehörden durchzusetzen.

Zwar fehlt gegenwärtig nach hier vertretener Auffassung noch die Möglichkeit, etwaige Verstöße mit Bußgeldern zu sanktionieren.²⁴¹ Das ändert aber nichts

²³⁹ Ebenso *Brors*, NZA 2019, 1176 (1180).

²⁴⁰ *Lörcher*, HSI-Newsletter 2/2019 unter 4.1.1.

²⁴¹ Ebenso *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (448); vgl. dazu unter V.1.b)dd).

daran, dass die Behörden bereits jetzt auf Grundlage des § 17 Abs. 2 ArbZG tätig werden und die Einführung von Arbeitszeiterfassungssystemen bei allen Arbeitgebern anordnen müssen, die derzeit nicht über ein derartiges System verfügen.

Ungeachtet dieser Überlegungen sind die Länder verpflichtet, eine effektive Kontrolle der Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie durch eine adäquate Ausstattung der zuständigen Behörden sicherzustellen.²⁴²

Hinsichtlich der Haftung für Verstöße ergibt sich folgendes Bild. Der Arbeitgeber kann sich von seiner arbeitsschutzrechtlichen Verantwortung nicht freizeichnen, egal welches System der Arbeitszeiterfassung er wählt. Sämtliche Erfassungsfehler sind ihm zuzurechnen. Das gilt ohne Ausnahme, solange und soweit hinsichtlich des Beschäftigten eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung gilt.

²⁴² Vgl. zu den internationalen Verpflichtungen Deutschlands insoweit *Lörcher*, HSI-Newsletter 2/2019 unter 4.6.1.

VI. Umsetzungspflicht des deutschen Gesetzgebers

Ganz ungeachtet, wie man zu den Folgen der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO de lege lata steht, stellt sich die Frage nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers.

1. Verpflichtung zur Umsetzung zumindest aus Transparenzgründen

Während diejenigen Stimmen im Schrifttum, die die gegenwärtige Rechtslage für unbehebbar unionsrechtswidrig halten, konsequenterweise bereits aus diesem Umstand eine Regelungsverpflichtung des Gesetzgebers ableiten, ist dies, wenn man eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 16 Abs. 2 ArbZG für möglich hält, schwieriger. Denn in diesem Fall wären die Vorgaben des EuGH – was die Folgen der Entscheidung betrifft – bereits „umgesetzt“. Geht man davon aus, dass sich § 16 Abs. 2 ArbZG nicht unionsrechtskonform auslegen lässt, die Entscheidung des EuGH aber aufgrund Anwendungsvorrangs des Unionsrechts ergibt, steht hingegen fest, dass das nationale Recht unionsrechtswidrig ist.

Gleichwohl besteht selbst dann, wenn man § 16 Abs. 2 ArbZG unionsrechtskonform auslegen sollte, eine Pflicht des Gesetzgebers zum Tätigwerden aus dem Transparenzgebot.²⁴³

Nach ständiger Rechtsprechung (des EuGH) müssen die Mitgliedstaaten, um die volle Anwendung von Richtlinien nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht zu gewährleisten, einen eindeutigen rechtlichen Rahmen auf dem betreffenden Gebiet vorsehen, indem sie Rechtsvorschriften erlassen, die geeignet sind, eine so bestimmte, klare und transparente Lage zu schaffen,

²⁴³ Heuschmid, NJW 2019, 1853.; Lörcher, HSI-Newsletter 2/2019 unter 4.4.

dass der einzelne seine Rechte erkennen und sich vor den nationalen Gerichten auf sie berufen kann.²⁴⁴

Für die Pflichten des deutschen Gesetzgebers spielt es keine Rolle, dass die Entscheidung in einem Fall ergangen ist, der die Rechtslage in Spanien betraf. Der EuGH hat das Unionsrecht mit verbindlicher Wirkung für alle Mitgliedstaaten ausgelegt.

Damit stellt sich die Frage, wie die Vorgaben des EuGH unionsrechtskonform umzusetzen sind.

2. Adressat der Umsetzungspflicht

In der politischen Diskussion wird im Moment diskutiert, ob und in welcher Weise die Tarifvertragsparteien bei einer Umsetzung der EuGH-Entscheidung eingebunden werden können. Dabei ist zu trennen zwischen der Frage, ob der Gesetzgeber die Umsetzung insgesamt auf die Tarifvertragsparteien übertragen kann,²⁴⁵ und der Frage, ob und bei welchen Tatbestandsmerkmalen er ihnen eine Unterschreitung der Mindeststandards des EuGH gestatten darf, sowie der Frage, ob er ihnen innerhalb dieser Mindeststandards Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen kann.

a) Adressat der Arbeitszeitrichtlinie

Adressaten der Arbeitszeitrichtlinie sind die Mitgliedstaaten. Auch der EuGH hat die Verpflichtung zur Umsetzung der Vorgaben aus der Entscheidung CCOO an die Mitgliedstaaten gerichtet.²⁴⁶

„Um die praktische Wirksamkeit der von der RL 2003/88 vorgesehenen Rechte und des in Artikel 31 Absatz II GRCh verankerten Grundrechts zu gewährleisten, müssen Mitgliedstaaten die Arbeitgeber daher verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“²⁴⁷

²⁴⁴ EuGH 15.6.1995 – C-220/94 (Kommission/Luxemburg), m.w.N.

²⁴⁵ Dazu unter VI.8.a) und b).

²⁴⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz.71, vgl. dazu oben unter III.1.

²⁴⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 60.

Diese müssen eine entsprechende Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung vorsehen. Damit ist die Pflicht, den Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung zu verpflichten, an die Mitgliedstaaten gerichtet.²⁴⁸ Der EuGH hat in seiner Entscheidung insoweit keine Abweichungsbefugnisse durch Tarifvertrag vorgesehen. Ausnahmen oder Abweichungsbefugnisse für Tarifverträge, die eine Absenkung der arbeitsschutzrechtlichen Standards durch Tarifvertrag zulassen, sieht der EuGH ebenfalls nicht vor. Die Frage, ob innerhalb des vom Gesetzgeber zu setzenden Mindeststandards Gestaltungsmöglichkeiten durch Tarifvertrag bestehen, hat mit dieser Frage indes nichts zu tun und wird durch sie auch nicht entschieden.²⁴⁹ Insofern kommt etwa eine Beteiligung bei der Auswahl des Systems der Arbeitszeiterfassung durchaus in Betracht.

b) Beteiligung der Tarifvertragsparteien bei der Umsetzung

Grundsätzlich darf der deutsche Gesetzgeber die Umsetzung von Unionsrichtlinien nicht auf die Tarifvertragsparteien übertragen und er kann es auch rechtlich nicht.²⁵⁰ Dazu braucht er eine Befugnisnorm im Unionsrecht. Eine generelle Übertragungsmöglichkeit auf die Tarifvertragsparteien gibt es in Deutschland nicht.²⁵¹ Das deutsche System kollektiver Arbeitsbeziehungen kennt jenseits der AVE keine Wirkung erga omnes und auch keine Wirkung jenseits der Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien. Ohne nationalen Tarifvertrag zur Umsetzung fehlt daher die Befugnis, die Umsetzung von Unionsrecht auf die Tarifvertragsparteien zu übertragen.²⁵²

Eine andere Frage ist aber, ob die Tarifvertragsparteien bei der Umsetzung beteiligt werden können. Grundsätzlich ist es dem Gesetzgeber nicht gestattet, den Tarifvertragsparteien Befugnisse zu verleihen, die gegen Unionsrecht verstoßen. Normen wie § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG musste das BAG in grenzwertiger Weise umgestalten, damit dieser Grundsatz gewahrt blieb.²⁵³

²⁴⁸ Siehe auch unter II.2.

²⁴⁹ Zu dieser Frage unter VI.8.

²⁵⁰ *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rz. 1.54.

²⁵¹ *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht § 1 Rz. 1.54; *Preis/Sagan/Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, § 7 Rz. 7.269.

²⁵² *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rz. 1.54; *Preis/Sagan/Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, § 7 Rz. 7.269.

²⁵³ Zuletzt BAG 17.4.2019 – 7 AZR 410/17.

Eine Einbeziehung der Tarifvertragsparteien ist aber beim „Wie“ der Arbeitszeiterfassung denkbar. Das betrifft aber nicht die Umsetzung der Richtlinie, sondern einen Gestaltungsspielraum innerhalb der Normen, die die Richtlinie umsetzen.

3. Adressat der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

In inhaltlicher Hinsicht ist der Arbeitgeber der Adressat der Verpflichtung, ein System zur Arbeitszeiterfassung vorzusehen. Das bedeutet, dass er ein solches System, welcher Art auch immer, einrichten muss. Diese Vorgabe des EuGH lässt keinen Spielraum.²⁵⁴ Das bedeutet, dass der Gesetzgeber weder selbst noch durch Tarifvertrag eine Möglichkeit vorsehen darf, dass ein Arbeitgeber von seinen insoweit bestehenden Pflichten entbunden wird.

Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung kann daher in arbeitsschutzrechtlicher Hinsicht auch nicht auf den Beschäftigten übertragen werden und zwar ebenso wenig wie die Pflicht, die arbeitsschutzrechtlichen Höchstgrenzen für die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit einzuhalten.²⁵⁵ Das bedeutet, dass – wie schon bislang – den Arbeitgeber die arbeitsschutzrechtliche Pflicht trifft, sicherzustellen, dass seine Beschäftigten die Vorgaben des ArbZG einhalten. Zu diesem Zweck muss er ein objektives, verlässliches und zugängliches System errichten. All das gilt auch, soweit es um tarifvertraglicher Regelungen geht.

Der Gesetzgeber darf daher eine Übertragung der Pflicht auf den Arbeitnehmer weder im Gesetz vorsehen noch den Tarifvertragsparteien gestatten, die Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten auf den Arbeitnehmer zu übertragen. Das gilt auch bei Regelungen zur Vertrauensarbeitszeit.²⁵⁶ Eine andere Frage ist die nach den Modalitäten der Erfassung der Arbeitszeit und einer etwaigen Mitwirkung der Beschäftigten.²⁵⁷

²⁵⁴ Siehe oben unter III.1.

²⁵⁵ Siehe oben unter III.1.

²⁵⁶ *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1854), weist in diesem Zusammenhang auf Anpassungsbedarf in Betriebsvereinbarungen hin. Die Überlegung gilt auch für etwaige tarifvertragliche Regelungen.

²⁵⁷ Siehe dazu unter VI.6.

4. Anforderungen an das System zur Arbeitszeiterfassung

Der Gesetzgeber muss Regelungen schaffen, die den Arbeitgeber zur Einrichtung eines objektiven²⁵⁸, verlässlichen²⁵⁹ und zugänglichen²⁶⁰ Systems der Arbeitszeiterfassung verpflichten. Diese müssen den oben bereits dargestellten Anforderungen entsprechen, die hier noch einmal zusammengefasst werden.

a) Gestaltungsspielraum

Die Mitgliedstaaten haben einen Spielraum bei den konkreten Modalitäten zur Umsetzung ihrer Pflicht, ein solches System zur Arbeitszeiterfassung einzuführen. Insbesondere können sie dessen Form festlegen, und zwar gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs wie sogar der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihrer Größe.²⁶¹

Damit kann der Gesetzgeber unter Beachtung des Effektivitätsgrundsatzes unterschiedliche Systeme zulassen, wenn sie im jeweiligen Kontext effektiv sind. In dieser Hinsicht können auch tarifvertragliche Regelungen getroffen werden, mit denen das jeweilige System gewählt und entsprechend den Vorgaben des Gesetzgebers ausgestaltet wird.²⁶² Das schafft die Möglichkeit, auf Besonderheiten einzelner Branchen oder Tätigkeiten Rücksicht zu nehmen. Gleichwohl sollte man sich hüten, hierin ein Schlupfloch zu sehen, um die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung in der Praxis doch noch leerlaufen zu lassen.

b) Objektives, verlässliches und zugängliches System

Trotz des Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten muss im Ergebnis ein objektives, verlässliches und zugängliches System der Arbeitszeiterfassung vorhanden sein, das den mit der Einrichtung dieses Systems verfolgten Zielen gerecht wird. Der Gestaltungsspielraum betrifft daher nicht das materielle Schutzniveau der Richtlinie, sondern den Weg, auf dem dieses erreicht wird.

²⁵⁸ Dazu unter III.3.

²⁵⁹ Dazu unter III.4.

²⁶⁰ Dazu unter III.5.

²⁶¹ Siehe dazu oben unter III.8.d)cc).

²⁶² Vgl. dazu unter VI.8.

c) **Objektiv**

In Umsetzung der oben herausgearbeiteten Kriterien²⁶³ ergibt sich für den Gesetzgeber Folgendes:

- Objektiv sind Systeme nur dann, wenn die Arbeitszeit in irgendeiner Weise fixiert wird. Das System muss transparent Beginn, Ende der Arbeitszeit im jeweiligen Zeitpunkt sowie die Dauer der Arbeitszeit dokumentieren.
- Das bedeutet auch, dass der Zeitpunkt der Erfassung mit dem Arbeitszeitbegriff der Richtlinie übereinstimmen muss.
- Die Dokumentation muss so erfolgen, dass sie im Prozess als Beweismittel genutzt werden kann, das grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden kann.
- Der Beginn der werktäglichen Arbeitszeit muss erfasst werden und dem Arbeitgeber zur Kenntnis gebracht werden.
- Des Weiteren muss der Arbeitgeber auch über die Beendigung der täglichen Arbeitszeit in Kenntnis gesetzt werden, weil er ansonsten seiner Pflicht zur Einhaltung der ununterbrochenen täglichen Ruhezeit von elf Stunden nach Art. 3 ArbZ-RL nicht nachkommen kann.²⁶⁴ Zudem kann auch die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht verlässlich ermittelt werden.
- Daher kann die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht auf den Beschäftigten verlagert werden. Der Arbeitgeber muss unmittelbar Kenntnis erlangen, wenn die Tätigkeit aufgenommen bzw. beendet wird. Das führt dazu, dass Arbeitgeber Vorkehrungen dafür treffen müssen, dass sie solche Informationen verarbeiten und auf sie reagieren können, weil sie schon bislang die arbeitsschutzrechtliche Pflicht traf, Verstöße gegen das ArbZG zu verhindern. Das aber ist ohne technische Systeme oder Personal, das zu diesem Zweck die Arbeitszeit der Beschäftigten im Blick hat, nicht zu leisten.
- Daher ist auch jedes System einer nachträglichen Erfassung der Arbeitszeit auf Grundlage von Stundenzetteln unionsrechtswidrig. Bei einem nachträglichen Erfassungssystem hat der Arbeitgeber keine Möglichkeit, einen Verstoß gegen die gesetzlichen Ruhezeiten zu verhindern, weil er nicht rechtzeitig über die dafür erforderlichen Informationen verfügt. Vielmehr würde er erstmals mit dem eingereichten Stundenzettel über den Zeitpunkt des Beginns der Tätigkeit informiert. Das ist zu spät.

²⁶³ Vgl. dazu unter III.3.

²⁶⁴ Siehe oben unter III.3.d).

- Ein „Zettel und Stift“-Verfahren ist grundsätzlich nicht objektiv, es sei denn, es ist so ausgestaltet, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Beginn der Arbeitszeit im Zeitpunkt ihres Beginnes gemeinsam in einer Weise dokumentieren, die verhindert, dass eine der beiden Seiten diesen Zeitpunkt später streitig stellt, und gesichert ist, dass die Arbeitsschutzbehörden sich jederzeit Zugriff auf diese Information verschaffen können.
- Die Erfassungssysteme müssen so weit möglich gegen eine Manipulation gesichert sein.²⁶⁵ Sofern Korrekturen wegen einer Falscherfassung notwendig werden, müssen diese nur bei Mitwirkung des jeweiligen anderen Teils möglich sein. Keine Seite darf einseitige Eingriffsmöglichkeiten in die jeweiligen Daten haben.

d) Verlässlich

Um das Kriterium der Verlässlichkeit zu erfüllen, muss das System so weit wie möglich gegen Manipulationen gesichert sein.²⁶⁶

Zudem ergibt sich daraus, dass die Erfassungssysteme für den Arbeitnehmer ein Beweismittel zur Durchsetzung seiner Rechte schaffen sollen²⁶⁷ und so ausgestaltet sein müssen, dass ihre Beweiskraft prozessual nicht in Frage gestellt werden kann.

Zudem muss so weit wie möglich vermieden werden, dass der Arbeitnehmer trotz des Systems der Arbeitszeiterfassung auf Zeugenaussagen von Kollegen angewiesen ist, wenn er Rechte auf Mindestruhezeiten und Höchstarbeitszeiten, die auf der Richtlinie beruhen, durchsetzen möchte. Der Nachweis durch das System der Arbeitszeiterfassung muss so ausgestaltet sein, dass der Arbeitnehmer keiner weiteren Beweismittel bedarf, um seine Arbeitszeit nachzuweisen. Der EuGH hält nicht nur den Verweis auf den Zeugenbeweis für untauglich, sondern weist es zugleich als unionsrechtswidrig zurück, den Arbeitnehmer auf die Untersuchung von E-Mails, Computern oder Mobiltelefonen zu verweisen.²⁶⁸ Daraus ergeben sich auch die bereits geschilderten prozessualen Konsequenzen.²⁶⁹

²⁶⁵ *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

²⁶⁶ *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

²⁶⁷ Vgl. dazu oben II.2.b).

²⁶⁸ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 53ff.

²⁶⁹ Vgl. dazu oben V.6.

Daraus ergeben sich aber auch Anforderungen für technische Systeme zur Arbeitszeiterfassung.

- Diese müssen so ausgestaltet sein, dass der Arbeitgeber jederzeit überprüfen kann, ob die täglichen Mindestruhezeiten bzw. nach dem deutschen Modell in § 3 ArbZG die Höchstarbeitszeit eingehalten wird. Soweit die Mitarbeiterzahl zu groß wird, müssen ggf. automatisierte Benachrichtigungen vorgesehen sein.
- Auch unter dem Gesichtspunkt der Verlässlichkeit erscheinen nachträgliche Erfassungssysteme als nicht zulässig. Denn der Arbeitgeber könnte sich bei einem solchen System nachträglich ohne Weiteres auf den Standpunkt stellen, der Arbeitnehmer habe seine Tätigkeit später aufgenommen. Das aber muss ein Erfassungssystem so weit wie möglich verhindern.
- Systeme, die bei einer Überschreitung der Arbeitszeit den Arbeitnehmer automatisch abmelden, müssen verboten werden. Es empfiehlt sich, die Verwendung eines solchen Systems unter Strafe zu stellen oder jedenfalls mit empfindlichen Bußgeldern zu sanktionieren.

Solche Erfassungssysteme können nur den Zweck haben, Verstöße gegen das geltende Recht zu verschleiern. Arbeitszeitrecht ist öffentliches Gefahrenabwehrrecht, das dem Schutz der Gesundheit der Beschäftigten dient. Verstöße gegen das ArbZG sind damit stets auch Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit. Wer Derartiges systematisch betreibt oder seine Arbeitszeiterfassung so anlegt, dass dies billigend in Kauf genommen wird, sollte dementsprechend auch sanktioniert werden. Aufgrund der Entscheidung des EuGH sind solche Systeme bereits jetzt rechtswidrig. Soweit die Praxis teilweise im Einvernehmen mit den betroffenen Beschäftigten so verfährt, ist dem durch eine sachgerechte Anpassung der Außengrenzen des Arbeitszeitrechts und nicht durch eine systematische Missachtung seiner Vorgaben Rechnung zu tragen.

e) Zugänglich

Da das System für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen zugänglich sein muss, muss auch der Zugriff auf dieses System geregelt werden.

- Arbeitgeber, die technische Systeme zur Arbeitszeiterfassung vorsehen, müssen verpflichtet werden, den Beschäftigten jederzeit die Möglichkeit zu verschaffen, die erfasste Arbeitszeit einzusehen, und zwar unabhängig von einer Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers.

Das ergibt sich daraus, dass die Zugänglichkeit des Systems dem Beweissicherungsinteresse des Arbeitnehmers dient. Dieser muss sich daher unabhängig

von und notfalls auch gegen den Willen des Arbeitgebers Zugriff auf die erfassten Arbeitszeitdaten verschaffen können.

- Die Erfassung der täglichen Arbeitszeit kann weder hinsichtlich Beginn noch Ende der Arbeitszeit allein auf den Arbeitnehmer verlagert werden. Denn in diesem Fall sind die Informationen dem Arbeitgeber nicht zugänglich. Er kann dann nicht überprüfen, ob die werktägliche Ruhezeit und die Höchstarbeitszeit eingehalten werden. Das aber wäre unionsrechtswidrig.²⁷⁰
- Der Arbeitgeber hat sich aufgrund seiner arbeitsschutzrechtlichen Pflichten auch nicht nur um die Dokumentation des Beginns der Arbeitszeit zu kümmern. Er muss das Arbeitszeiterfassungssystem vielmehr so ausgestalten, dass er die dort enthaltene Information über den Beginn der Arbeitstätigkeit auch zur Kenntnis nehmen kann. Nur so kann er eine Verletzung der gesetzlichen und unionsrechtlich vorgegebenen Mindestruhezeiten verhindern. Das bedeutet auch, dass die Erfassung des Beginns der Arbeitszeit zu diesem Zeitpunkt erfolgen und so dokumentiert werden muss, dass sie dem Arbeitgeber in diesem Zeitpunkt zugänglich ist.

Diese Zugriffsmöglichkeit ist auch notwendig, um Manipulationen der erfassten Daten durch den Arbeitgeber weniger wahrscheinlich oder doch zumindest weniger erfolgversprechend zu machen.²⁷¹

- Der Arbeitgeber muss verpflichtet werden, der betrieblichen Interessenvertretung Zugriff auf die erfassten Daten zu verschaffen.
- Der Arbeitgeber muss verpflichtet werden, die Daten so bereitzuhalten, dass die Aufsichtsbehörden die Einhaltung der Vorgaben des ArbZG kontrollieren können. Auch aus diesem Grund muss der Beginn der Arbeitszeit bei Beginn der Tätigkeit erfasst werden.
- Der Arbeitgeber muss zudem verpflichtet werden, die entsprechenden Daten dem Arbeitnehmer jederzeit zugänglich zu machen.
- Die Daten müssen so erfasst werden, dass sie nicht ohne Weiteres verändert werden können. Ein typischer Fall für ein derartiges und damit unzulässiges System wäre etwa eine auf einem Rechner des Arbeitgebers abgelegte Excel-Tabelle.

²⁷⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 50.

²⁷¹ Klein/Leist, ZESAR 2019, 364 (368).

f) Art der Erfassung

Ein System der Arbeitszeiterfassung muss auch die Erfassung als solche regeln. Hier ist bislang erheblich umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen dieses System händisch oder elektronisch ausgestaltet sein muss.

Diese Diskussion geht am Kern des Problems vorbei. Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass jedes System objektiv, verlässlich und zugänglich sein und die Funktionen erfüllen muss, die der EuGH mit diesen Vorgaben verbindet. Deswegen gibt der EuGH auch kein konkretes System vor.²⁷² Das bedeutet aber nicht, dass automatisch jedes Erfassungssystem auch die Anforderungen des EuGH an die Arbeitszeiterfassung erfüllt.

aa) Technische Erfassungssysteme

Ein technisches Erfassungssystem, bei dem sich der Arbeitnehmer bei Beginn der Tätigkeit anmeldet und an deren Ende wieder abmeldet, erfüllt diese Voraussetzungen – vorbehaltlich seiner Ausgestaltung – prinzipiell. Es muss aber sicherstellen, dass die Information über den Beginn der Arbeitszeit dem Arbeitgeber zugänglich ist.

Das bedeutet, dass grundsätzlich elektronische Erfassungssysteme über Personalkarten und sonstige elektronische Systeme geeignet sein können. Auch eine Anmeldung des Beschäftigten per App oder eine Erfassung bei einer Torkontrolle sind als Systeme anzusehen, die potenziell objektiv und verlässlich sein können.

Die Zugänglichkeit muss ggf. gesondert sichergestellt werden. So müsste etwa der Arbeitgeber, der mit Stempelkarten arbeitet, diese einsehen und sich über den Tätigkeitsbeginn der Mitarbeiter informieren, um seinen arbeitsschutzrechtlichen Pflichten nachkommen zu können.

Bei technischen Erfassungssystemen in größeren Betrieben könnten diese Systeme sogar so automatisiert werden, dass der Beschäftigte, der seine Ruhezeit noch nicht vollständig eingehalten hat, sofort eine Mitteilung erhält, verbunden mit der Aufforderung, seine Tätigkeit einzustellen. Ebenso denkbar ist es, dass das System automatisch die Beschäftigten, die ihre Tätigkeit wegen Überschreitung der Höchstarbeitszeit einstellen müssen, darüber informiert und sie auffordert, die Tätigkeit einzustellen.

²⁷² EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 63.

Bei mobilen Arbeitnehmern oder Beschäftigten im Home-Office kann beispielsweise per App, SMS oder E-Mail die Aufnahme der Tätigkeit angezeigt werden. Der Arbeitgeber muss lediglich sicherstellen, dass diese Information bei ihm so verarbeitet werden kann, dass einer Verletzung arbeitsschutzrechtlicher Pflichten effektiv entgegengewirkt werden kann.

Im Grunde ist daher bei allen Betrieben, bei denen der Arbeitnehmer seine Tätigkeit nur am Arbeitsplatz ausführt, eine technische Erfassung von Beginn und Ende der Arbeitszeit ohne Weiteres möglich.

Bedenken hinsichtlich des Datenschutzes bestehen nicht, wenn die Erfassung auf die zur Arbeitszeiterfassung erforderlichen Informationen beschränkt wird. Für alle weiteren Erhebungen scheidet die ArbZ-RL als Rechtfertigung aus.²⁷³

bb) „Händische Erfassungssysteme“

Ein händisches System erfüllt diese Voraussetzungen grundsätzlich – vorbehaltlich bestimmter Besonderheiten – nicht. Das bedeutet etwa, dass in einem Unternehmen mit Betriebsstätte keine Handzettel über die individuelle Arbeitszeit geführt werden dürfen, die dann nachträglich eingereicht werden. Wie bereits dargelegt, ist es hier nicht möglich, auf die Erfassungspraxis nach dem MiLoG zu verweisen, weil es bei der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung im Bereich des Arbeitszeitrechts um die Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Regelungen und nicht um das Entgelt geht.²⁷⁴ Insbesondere die täglichen Ruhezeiten müssen jeden Tag eingehalten werden. Es handelt sich um präventive Vorschriften, die dem Gesundheitsschutz dienen. Die Fälle sind daher nicht vergleichbar.

(1) Äquivalenz händischer und technischer Erfassung

Der Kerneinwand derjenigen, die eine händische Erfassung prinzipiell zulassen wollen, ist der, dass auch eine technische Erfassung eine Mitwirkungshandlung des Arbeitnehmers erfordert. Es sei aber im Ergebnis kein Unterschied, ob die Arbeitszeit händisch in ein technisches System eingetragen oder technisch erfasst werde, solange sie erfasst werde.²⁷⁵

Das verkennt die Funktionen des Arbeitszeiterfassungssystems. Diese liegt im Arbeitsschutzrecht. Es geht nämlich gerade nicht darum, dass die Arbeitszeit

²⁷³ Siehe dazu ausf. oben unter III.7.

²⁷⁴ S.o. IV.2.

²⁷⁵ *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

irgendwie erfasst wird, sondern darum, dass diese möglichst objektiv, verlässlich und zugänglich erfasst wird. Diese Anforderungen erfüllen händische Systeme aber teilweise nicht.²⁷⁶ Es kommt gerade nicht darauf an, dass überhaupt eine Erfassung erfolgt. Vielmehr muss diese so erfolgen, dass sie den Vorgaben des EuGH gerecht wird. Und der EuGH hat vorgegeben, dass die Arbeitszeiterfassung die Funktion haben muss, einen effektiven Gesundheitsschutz zu gewährleisten²⁷⁷, indem sie dazu beiträgt, dass die täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten eingehalten werden.

Diese Durchsetzungsfunktion ist immer dann gefährdet, wenn dem Arbeitgeber im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit dieser Zeitpunkt nicht bekannt ist. Denn dann kann er die Einhaltung der Ruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden, die vor der Ausübung der nächsten Arbeitsleistung zu absolvieren ist (Art. 3 ArbZ-RL), nicht überprüfen. Deswegen ist gerade die Konstellation, in der ein vom Arbeitnehmer gefertigter Stundenzettel nachträglich in ein technisches Erfassungssystem eingetragen wird und dem Arbeitgeber erst in diesem Zeitpunkt die geleistete Arbeitszeit „zugänglich“ ist, ein typischer Fall einer richtlinienwidrigen Arbeitszeiterfassung.

Zudem können bei einem System händischer Erfassung die Kontrollbehörden ihre Befugnisse nicht adäquat ausüben, weil im Zeitpunkt einer Kontrolle der Beginn der Arbeitszeit noch nicht dokumentiert ist.

(2) Manipulationsgefahr

Händische Erfassungssysteme sind zudem leichter zu manipulieren als technische Erfassungssysteme. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Arbeitgeber allein die Arbeitszeit händisch erfasst. Denn dann könnte er die entsprechenden Unterlagen leicht, und zwar schon bei der Erfassung, manipulieren. Zudem wäre eine solche Erfassung nicht objektiv, weil sie an der subjektiven Einschätzung einer Person hängt, die die Arbeitszeit erfasst.

Zweifelsohne sind auch technische Erfassungssysteme – wie etwa Stechkarten oder elektronische Zeiterfassungssysteme – dadurch manipulierbar, dass die Karte durchgezogen und weitergearbeitet wird. Allerdings sind hier zumindest die erfassten Daten schwieriger zu manipulieren. Deswegen ist es auch nicht überzeugend, darauf zu verweisen ein System, das man nicht manipulieren

²⁷⁶ Dazu unter III.3.g).

²⁷⁷ Vgl. dazu oben unter II.2.c).

könne, gebe es nicht. Vielmehr ist das System so zu wählen, dass es möglichst schwierig ist, es zu umgehen.²⁷⁸

(3) Beweissicherungsfunktion

Ebenso wenig kann die Sicherung eines Beweismittels vorliegen, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitszeit händisch erfasst und den Arbeitgeber nachträglich über die geleistete Arbeitszeit informiert.²⁷⁹

Denn in diesem Fall steht der Arbeitnehmer vor Beweisproblemen, wenn der Arbeitgeber den Beginn und das Ende der Arbeitszeit streitig stellt. Daher muss ein objektives System sicherstellen, dass der Beginn der Arbeitszeit von beiden Seiten festgelegt wird. Händische Erfassungssysteme würden dieses Erfordernis nur dann erfüllen, wenn sie doppelt geführt werden und jeweils Arbeitnehmer und Arbeitgeber Beginn und Ende der Arbeitszeit abzeichnen. Ungelöst bliebe dann immer noch das Problem der Erfassung des Beginns der Tätigkeit in diesem Zeitpunkt.

(4) Rechtfertigung händischer Erfassungssysteme

Soll auf die händische Erfassung zurückgegriffen werden, bedarf es hierfür vielmehr einer besonderen Rechtfertigung. Das verweist auf die auch vom EuGH anerkannten Besonderheiten einzelner Tätigkeiten und Betriebe.²⁸⁰

In der Tat ist es nämlich zutreffend, dass eine technische Erfassung nicht überall möglich und u.U. auch nicht allen Arten von Betrieben zumutbar ist. Das bedeutet aber nicht, dass generell eine händische Erfassung legitim wäre.²⁸¹ Im Gegenteil erscheint eine solche Möglichkeit etwa dann ergänzend zulässig zu sein, wenn technische Systeme ausgefallen sind oder nicht sichergestellt ist, dass das technische System stets erreicht werden kann, so etwa bei Arbeitnehmern, die mobil unterwegs sind und nicht überall über ein funktionsfähiges Mobilfunksystem eine Anmeldung vornehmen können. Hier sind aber eher Regelungen erforderlich, die ein Nachmelden bzw. Korrigieren falsch oder verspätet erfasster Daten ermöglichen, als der Verzicht auf eine elektronische Erfassung.

²⁷⁸ Vgl. hierzu oben unter III.6.

²⁷⁹ Vgl. dazu ausf. oben unter II.2.c) sowie III.3.,4. und 5.

²⁸⁰ Vgl. dazu oben unter III.8.c).

²⁸¹ So aber *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

(5) Mögliche Ausnahme für Kleinbetriebe

Eine rechtzeitige schriftliche doppelte Arbeitszeiterfassung im Zeitpunkt von Aufnahme und Beendigung der Tätigkeit ist allerdings in sehr kleinen Betrieben nicht von vornherein ausgeschlossen. Es könnte daher in Betracht kommen, in diesen Betrieben vereinfachte Systeme zuzulassen. Daher könnte hier theoretisch auch auf ein händisches Erfassungssystem zurückgegriffen werden, wenn Beschäftigter und Arbeitgeber gemeinsam in einer Betriebsstätte tätig sind. Dann muss das Erfassungssystem aber ebenfalls so ausgestaltet sein, dass Beginn und Ende der Arbeitszeit zum jeweiligen Zeitpunkt erfasst werden. Um dieses System verlässlich auszugestalten, wird dann aber eine Erfassung nach dem Vier-Augen-Prinzip durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer erforderlich sein. Wegen der erhöhten Manipulationsgefahr muss diese Möglichkeit auf absolute Ausnahmefälle begrenzt bleiben.

5. Arbeitgeberbezogene Differenzierungsmöglichkeiten

Die EuGH-Entscheidung bietet keinen Spielraum für Differenzierungen nach der Unternehmensgröße beim „Ob“ der Arbeitszeiterfassung.²⁸² Insoweit sind alle Arbeitgeber erfasst.

Die Vorgaben des EuGH sprechen aber dafür, dass arbeitgeberbezogene Differenzierungen beim „Wie“ der Arbeitszeiterfassung vorgesehen werden dürfen.²⁸³

Jenseits von Kleinstbetrieben müssen wohl aus Effektivitätsgesichtspunkten elektronische Erfassungssysteme vorgesehen werden. Bei diesen können aber insoweit Erleichterungen vorgesehen werden, als die Vorgesetzten unmittelbar in der Lage sind, die Arbeitszeit eines jeden Beschäftigten zu überblicken, wenn Sie den Beginn der Arbeitszeit kennen (s.o.).

6. Mitwirkung der Beschäftigten?

Ein besonderes praktisches Problem stellt sich derzeit mit Blick auf die Möglichkeit einer Einbindung der Beschäftigten bei der Arbeitszeiterfassung. Nach

²⁸² Lörcher, HSI-Newsletter 2/2019 unter 4.1.1.

²⁸³ Lörcher, HSI-Newsletter 2/2019 unter 4.1.1.

der bisherigen Rechtslage war umstritten, ob § 16 Abs. 2 ArbZG es gestattet, den Beschäftigten die Arbeitszeiterfassung zu übertragen.

a) Keine Übertragung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten auf den Beschäftigten

Dabei ist zunächst darauf zu verweisen, dass der Arbeitgeber seine Pflicht, ein System einzuführen, mit dem die Arbeitszeit aller Arbeitnehmer objektiv, verlässlich und zugänglich erfasst werden kann, nicht auf die Beschäftigten übertragen kann. Die Pflicht zur Erfassung ist daher nicht delegationsfähig. Die arbeitsschutzrechtliche Verantwortung kann nicht übertragen werden.²⁸⁴

b) Auswirkungen der Funktion der Erfassungspflicht²⁸⁵

Der EuGH hat die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auf die Einhaltung der täglichen Mindestruhezeit ausgerichtet. Sie dient der Wahrung des Gesundheitsschutzes durch Einhaltung der Schutzvorschriften der Richtlinie.²⁸⁶ Wenn die Erfassung diese Funktion erfüllen soll, muss der Arbeitgeber aber ein Mindestmaß an Informationen haben. Er muss täglich bei Aufnahme der Tätigkeit über die Aufnahme der Tätigkeit in Kenntnis sein und er muss täglich über den Zeitpunkt der Beendigung der Tätigkeit in Kenntnis gesetzt werden. Das bedeutet, dass es stets unzulässig ist, die Arbeitszeit durch den Beschäftigten erfassen zu lassen und den Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme und Beendigung nachträglich zu erfassen. Auf diesem Weg lässt sich die Einhaltung der täglichen Ruhezeit (Art. 3 ArbZ-RL) nicht gewährleisten.

Wollte man das anders sehen, müsste man einen anderen Weg finden, auf dem der Arbeitgeber verhindern kann, dass die Tätigkeit unter Verstoß gegen die tägliche Mindestruhezeit aufgenommen wird. Das geht nur dann, wenn es ausreicht, den Beschäftigten anzuweisen, selbst darauf zu achten, dass er seine Tätigkeit nicht unter Verstoß gegen die werktägliche Ruhezeit aufnimmt. Das aber ist nach der Rechtsprechung des EuGH unzulässig. Zum einen würde dies eine unzulässige Übertragung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer bedeuten.²⁸⁷ Zudem wären damit nur dem Beschäftigten die Informationen zugänglich, auf deren Basis die Einhaltung der

²⁸⁴ Vgl. dazu oben unter III.1.

²⁸⁵ Vgl. dazu oben II.2.

²⁸⁶ Vgl. dazu oben unter II.a) und c).

²⁸⁷ Vgl. dazu oben unter VI.2.

werktäglichen Ruhezeit überprüft werden kann.²⁸⁸ Ein solches System erfüllt aber nicht das Kriterium der Zugänglichkeit.²⁸⁹

c) Information über die Beendigung der Tätigkeit

Der Arbeitgeber muss schließlich auch darüber informiert werden, wenn der Beschäftigte seine Tätigkeit beendet. Dieser Beendigungszeitpunkt muss ihm ebenfalls bekannt sein, damit er die Einhaltung der ununterbrochenen täglichen Mindestruhezeit nach Art. 3 Abs. 1 ArbZ-RL überprüfen kann. Ansonsten sind ihm die hierfür erforderlichen Informationen nicht zugänglich.²⁹⁰

d) Dauer der täglichen Arbeitszeit

Mit Blick auf die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit kann man aber darüber streiten, ob der Arbeitgeber die Information über die tägliche Arbeitszeit sofort benötigt. Denn nur dann, wenn der Beschäftigte diese zu erreichen droht, muss der Arbeitgeber einschreiten. Allerdings muss der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des EuGH die „tägliche Arbeitszeit“ erfassen.²⁹¹ Daher muss auch die Information über die Dauer der Arbeitszeit im jeweiligen Bezugszeitraum spätestens zu Beginn des nächsten Arbeitseinsatzes vorliegen.

e) Information über die Ruhepausen

Für die Einhaltung der Verpflichtungen nach Art. 6 ArbZ-RL kann der Arbeitgeber auch die Dauer der Ruhepausen (Art. 4 ArbZ-RL) erfassen. Sie einzuhalten, ist er verpflichtet. Die Berechnung der täglichen Arbeitszeit kann er unter Berücksichtigung der Pausen vornehmen.

f) Folgerungen

Selbst wenn man also eine Mitwirkung der Beschäftigten bei der Arbeitszeiterfassung nicht ausschließen kann, muss diese so ausgestaltet werden, dass der Arbeitgeber stets über die Aufnahme der Tätigkeit im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit informiert wird. Damit ist er zugleich verpflichtet, in diesem Mo-

²⁸⁸ Vgl. dazu unter III.5.b).

²⁸⁹ Siehe oben unter III.5. und VI.4.e).

²⁹⁰ Vgl. dazu unter III.5.b).

²⁹¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683, Rz. 71.

ment zu überprüfen, ob die tägliche ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden bei Arbeitsaufnahme eingehalten wurde.

Das bedeutet, dass ein „Zettel und Stift“-Verfahren, bei dem der Arbeitnehmer den Arbeitgeber nachträglich über die geleistete Arbeitszeit informiert, unionsrechtswidrig ist. Insbesondere ist es unzulässig, ein Verfahren zu wählen, bei dem Stundenzettel nachträglich vom Dienstvorgesetzten abgezeichnet werden. Dieses Verfahren ist weder objektiv noch verlässlich noch zugänglich. Das gilt auch in Kleinbetrieben oder Außendiensttätigkeiten. Gerade bei Letzteren bestehen taugliche technische Alternativen. Das gilt auch bei Tätigkeiten im Home-Office. Auf beide Gesichtspunkte ist im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten noch zurückzukommen.²⁹²

g) Streitigkeiten über die Mitwirkungshandlung

Aufgrund der streckenweise nicht zu vermeidenden Mitwirkungshandlungen des Arbeitnehmers bleibt das vom EuGH vermutete Problem bestehen, dass Beschäftigte durch den Arbeitgeber zu einer Falscherfassung der Arbeitszeit gedrängt werden.

Zudem kann es nachträglich zu Auseinandersetzungen über den Umfang der Arbeitszeit kommen. Soweit der Arbeitgeber allerdings Mitwirkungshandlungen von Arbeitnehmern verlangt, ist er an diese gebunden. Insoweit ist eine Beweislastregel vorzusehen, dass der Arbeitgeber in diesen Fällen beweisen muss, dass der Arbeitnehmer das Erfassungssystem falsch bedient hat, wenn er sich auf von den erfassten Zeiten abweichende Arbeitszeiten berufen will. Da er auch in diesen Fällen täglich über die Arbeitszeit informiert werden muss, muss er insoweit auch kurzfristig prüfen.

7. Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten

Der EuGH hat allerdings zugelassen, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Systeme der Arbeitszeiterfassung die Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten berücksichtigen dürfen.

²⁹² Unter VI.7.b) und c).

a) „Personen, bei denen die Arbeitszeit wegen der Eigenart der Tätigkeit nicht erfasst werden kann“ (Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG)

Die Bereichsausnahme nach Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG ermöglicht es, Abweichungen von den Art. 3 bis 6, 8 und 16 der Arbeitszeitrichtlinie vorzusehen. Diese Möglichkeit bleibt durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO unberührt.

Bei Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL handelt es sich um eine Ausnahmegesetzvorschrift mit eng gefasstem Anwendungsbereich. Sie ist untauglich dafür, wesentliche Personengruppen von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auszunehmen. Sofern allerdings ihre engen Voraussetzungen vorliegen,²⁹³ kann der Gesetzgeber die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung dementsprechend anders ausgestalten als bei den sonstigen Beschäftigtengruppen.

Die Anwendung der Norm den Tarifvertragsparteien zu übertragen, ist unzulässig. Eine entsprechende Norm wäre unanwendbar. Entsprechende Tarifverträge wären daher insoweit unwirksam.²⁹⁴

b) Mobile Arbeitnehmer

Diese Frage stellt sich zunächst mit Blick auf Arbeitnehmer, die mobil arbeiten. Indes hat der EuGH hier bereits seit längerem klargestellt, dass die Fahrtzeit dieser Beschäftigten Arbeitszeit ist.²⁹⁵ Sofern sie ihre Tätigkeit von der Betriebsstätte des Arbeitgebers aus aufnehmen und dort beenden, bestehen daher keine spezifischen Probleme bei der Arbeitszeiterfassung, denen der Gesetzgeber durch abgesenkte Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung Rechnung tragen darf.

Anders kann dies nur dann sein, wenn die Beschäftigten ihre Tätigkeit von zu Hause aus aufnehmen und dort beenden und die Betriebsstätte nicht oder jedenfalls nicht regelmäßig aufsuchen. In diesen Fällen ist es dem Arbeitgeber nicht möglich, den Zeitpunkt der Abfahrt durch den Arbeitnehmer selbst zu erfassen. Daher muss in diesen Fällen sichergestellt werden, dass der Beschäftigte dem Arbeitgeber die Aufnahme der Tätigkeit anzeigt.

²⁹³ Vgl. dazu oben unter III.8.c).

²⁹⁴ Vgl. zu all dem ausführlich oben unter III.8.c).

²⁹⁵ EuGH 10.9. 2015 – C-266/14 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras).

Der Zeitpunkt dieser Anzeige ergibt sich aus dem Zweck der Arbeitszeiterfassung. Da sie dem Arbeitgeber ermöglichen soll, zu überprüfen, ob die täglichen Mindestruhezeiten eingehalten wurden, muss diese Anzeige bei Aufnahme der Tätigkeit, also mit der Abfahrt erfolgen.

Technisch bietet sich hierzu eine App, eine Anzeige per Mail oder SMS an, die es ermöglicht, den Beginn der Tätigkeit zu erfassen. Unzulässig wäre es hingegen, zuzulassen, dass der Arbeitnehmer die entsprechende Anzeige später vornimmt. Denn dann fehlt es – wenn auch nur für einen gewissen Zeitraum – an der Zugänglichkeit des Systems der Arbeitszeiterfassung. Der Arbeitgeber könnte dann die Einhaltung der täglichen Ruhezeit nicht gewährleisten.

c) Home-Office

Schließlich stellt sich die Frage, wie mit Arbeitnehmern zu verfahren ist, die im Home-Office tätig sind. Auch hier müssen wiederum die Kriterien des EuGH beachtet werden, dass eine Erfassung erfolgen muss, die objektiv, verlässlich und zugänglich ist.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es unionsrechtswidrig wäre, den Beschäftigten lediglich die tägliche Arbeitszeit erfassen zu lassen,²⁹⁶ weil der Arbeitgeber auf dieser Grundlage die Einhaltung der täglichen Ruhezeiten nicht überprüfen kann.

Die Vorgaben des EuGH, dass Beginn und Ende der Arbeitszeit erfasst werden müssen, können ohne Weiteres auch im Home-Office umgesetzt werden. Allerdings muss hier der Mitarbeiter in unterschiedlich intensiver Weise mitwirken.

Daher ist zunächst zwischen Tätigkeiten zu differenzieren, die online erbracht werden, und Arbeit, die offline erfolgt.

aa) Arbeit online

Soweit sich der Arbeitnehmer zur Erbringung der Arbeitsleistung in ein online-System des Arbeitgebers einloggen muss, ist dies nicht anders zu behandeln, als wenn ein Arbeitnehmer die Betriebsstätte betritt. Dieser Moment kann vom Arbeitgeber erfasst werden. Er kann diesen Zeitpunkt auch auf anderem Wege erfassen.

²⁹⁶ So aber *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (449).

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das System der Arbeitszeiterfassung nicht mehr als die Protokollierung dieses Logins gestatten kann.²⁹⁷ Weitergehende Datenerhebungen wären nicht gerechtfertigt. So dürfte der Arbeitgeber etwa ein entsprechendes Programm nicht zu einer durchgehenden Überwachung der konkreten Tätigkeiten des Arbeitnehmers nutzen oder Tätigkeitsprofile anlegen etc. All das dient nicht der Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie. Als Rechtsgrundlage für derartige Erfassungsvorgänge kann die Richtlinie und die Rechtsprechung des EuGH nicht herangezogen werden.

Ebenso wenig ist es aber möglich, unter Verweis darauf, dass Tätigkeiten von zu Hause ausgeführt werden, die Möglichkeit einer Erfassung zu negieren. Für die Tätigkeit online ist das möglich.

Soweit sich der Arbeitnehmer abmeldet und gleichwohl offline weiterarbeitet, ist in der Tat eine Manipulationsmöglichkeit gegeben.²⁹⁸ Das ist allerdings ein untaugliches Argument, um die möglichen Anknüpfungspunkte für eine Erfassung nicht zu nutzen.²⁹⁹ Auch bei der Tätigkeit offline gilt eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Diese kann auch auf anderen Wegen erfolgen.

bb) Arbeit offline

Allerdings ist die Erfassung schwierig, wenn teilweise bzw. ausschließlich offline im Home-Office gearbeitet wird. In diesen Fällen kann wiederum vom „Ob“ der Erfassung keine Ausnahme gemacht werden.

In diesen Fällen ist eine Erfassung ohne Mitwirkungshandlung des Arbeitnehmers aber nicht möglich. Insoweit gilt allerdings nichts Anderes als bei mobilen Arbeitnehmern. Auch hier sind also zunächst technische Systeme einzurichten, die es dem Arbeitnehmer ermöglichen, die Aufnahme der Tätigkeit so anzuzeigen, dass dem Arbeitgeber die Informationen zugänglich sind, die er benötigt, um seine arbeitszeitrechtlichen Pflichten einzuhalten. Das kann wie dort durch Anruf, Anmeldung über eine App oder per E-Mail geschehen. An fehlenden Möglichkeiten der Erfassung wird diese also gerade im Home-Office auch dann nicht scheitern, wenn offline gearbeitet wird.

²⁹⁷ Ausf. zum Datenschutz unter III.7.

²⁹⁸ Siehe oben unter III.6.

²⁹⁹ *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 364 (368).

In Kauf genommen werden muss allerdings, dass diese Angaben leichter manipuliert werden können. Das allerdings war bei Tätigkeiten im Home-Office schon immer möglich. Daran wird sich aufgrund der EuGH-Rechtsprechung nichts ändern. Derartige tatsächliche Probleme sind aber kein Argument gegen eine Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH. Auch ansonsten ist die Tatsache, dass in der Praxis Vorgaben von EU-Richtlinien missachtet werden können, kein Argument gegen die Umsetzung der Richtlinie.

Nur dort, wo der Arbeitnehmer offline arbeitet und keine Kommunikationsmöglichkeiten bestehen, beispielsweise dann, wenn der Arbeitnehmer in Zügen der Deutschen Bahn arbeitet, die auf Strecken unterwegs sind, auf denen keine Telekommunikation möglich ist, kann eine unverzügliche nachträgliche Information ausreichen. Hier ist sie vielmehr erforderlich. Das dürfte sich aber nur auf ganz begrenzte Ausnahmefälle erstrecken.

d) Geistige Arbeit

Immer wieder wird im Zusammenhang mit der Arbeitszeitdauer und Erfassung problematisiert, wie mit geistigen Tätigkeiten umzugehen ist, bei denen der Arbeitnehmer – auch nach Dienstschluss – weiter nachdenkt. Für derartige Vorgänge gibt es kein Erfassungssystem. Allerdings steht es dem Arbeitnehmer frei, in derartigen Situationen die Erfassung seiner Überlegungen als Arbeitszeit zu verlangen. Allein der Nachweis wird schwierig zu führen sein. Das ist aber kein spezifisches Problem der Arbeitszeiterfassung, sondern der adäquaten arbeitszeitrechtlichen Regulierung solcher Tätigkeiten insgesamt.

8. Ausgestaltung durch Tarifvertrag

Im Zusammenhang mit dem Urteil des EuGH stellt sich auch die Frage, in welcher Weise die Tarifvertragsparteien bei der Umsetzung der Pflicht der Mitgliedstaaten eingebunden werden können, die Arbeitgeber zu verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.

Erkennbar sind unterschiedliche Systeme der Arbeitszeiterfassung denkbar und tarifvertragliche Regelungen hierzu durchaus tauglich. Zu trennen ist aber zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Erfassung.

a) Einbindung beim „Ob“

Allerdings ist es dem Gesetzgeber nicht möglich, die Tarifvertragsparteien zu befugen, das „Ob“ der Arbeitszeiterfassung zu regeln. Die Verpflichtung, ein Arbeitszeitsystem vorzusehen, trifft nach der Rechtsprechung des EuGH – ausnahmslos – alle Arbeitgeber.³⁰⁰

Auch hinsichtlich der Ausnahmen vom personellen Geltungsbereich (Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL) untersagt die Richtlinie eine Einbindung der Tarifvertragsparteien.

Der Gesetzgeber muss nach der Entscheidung des EuGH alle Arbeitgeber verpflichten, die Arbeitszeit aller ihrer Arbeitnehmer zu erfassen. Ausnahmen gibt es nicht, soweit die betroffenen Personen unter den Anwendungsbereich der ArbZ-RL und der Art. 3, 5 und 6 ArbZ-RL fallen. Da er insoweit keine Ausnahmen vorsehen darf, kann er dies auch den Tarifvertragsparteien nicht gestatten.

b) Einbindung beim „Wie“

Gleichwohl ist eine Gestaltung durch Tarifvertrag gerade beim „Wie“ der Erfassung möglich. Hier sind vielfältige Regelungsgegenstände denkbar.

Vor allem könnte den Bedenken mit Blick auf den Datenschutz Rechnung getragen werden. Denn die Daten, die der Arbeitgeber erfassen muss, können von ihm nicht nur zur Einhaltung seiner arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen genutzt werden.

Es sind in diesem Zusammenhang auch Regelungen zum Datenschutz denkbar. Tarifverträge könnten es ermöglichen, einer Zweckentfremdung der aus dem System der Arbeitszeiterfassung gewonnenen Daten entgegenzuwirken und für spezifische Tätigkeiten oder Unternehmen differenzierte Lösungen zu entwickeln. Das kann etwa durch eine Einschränkung der Zugriffs- und Nutzungsrechte erfolgen. Ebenso denkbar sind Vereinbarungen, die sicherstellen, dass anlässlich der Zeiterfassung nicht weitere Daten abgegriffen werden. Zudem lassen sich derartige Regelungen in ohnehin bestehende tarifvertragliche Regelungen zur Arbeitszeit integrieren. Hier bestünde möglicherweise auch ein Weg, etwaigen Befürchtungen vor einer zunehmenden Überwachung von Arbeitnehmern entgegenzuwirken.

³⁰⁰ Schrader, NZA 2019, 1035 (1036).

Auch hinsichtlich der Modalitäten der Erfassung im Übrigen bestehen Gestaltungsmöglichkeiten. Möglicherweise sind tarifvertragliche Regelungen in einigen Bereichen zudem auch deshalb sinnvoll, weil eine gewisse Standardisierung Transaktionskosten für die Anschaffung elektronischer Erfassungssysteme einsparen hilft.

aa) Keine Tätigkeit jenseits der Vorgaben der Richtlinie

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss aber das Arbeitszeitsystem beim jeweiligen Arbeitgeber objektiv, verlässlich und zugänglich sein. Das ist auch bei einer Gestaltung durch Tarifvertrag zu beachten. Dann aber kann in vielen Bereichen eine branchenspezifische Gestaltung ermöglicht werden.

Insofern würde eine gesetzliche Regelung, die den Tarifvertragsparteien gestattet, die Modalitäten der Arbeitszeiterfassung zu erleichtern, dann ins Leere gehen, wenn dies dazu führt, dass die entsprechenden Anforderungen verfehlt werden.

So kann nicht vorgesehen werden, dass die Tarifvertragsparteien von der Pflicht zur Erfassung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit abweichen. Das betrifft insbesondere die Pflicht, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit im jeweiligen Zeitpunkt zu erfassen. Ebenso wenig kann ein Tarifvertrag zulassen, dass die gesamte Arbeitszeit nicht erfasst wird.

Da die Richtlinie keine durchgehende Überwachung des Arbeitnehmers verlangt oder erfordert, müssen zu diesem Umstand auch keine Regelungen vorgesehen werden (s.o.). Das ändert aber nichts daran, dass die Tarifvertragsparteien insoweit zu Regelungen des Datenschutzes befugt sind und dies in diesem Zusammenhang auch von erheblicher praktischer Bedeutung zu sein scheint.

bb) Gestaltungsoptionen

Im Folgenden werden beispielhaft einige nicht abschließend formulierte Gestaltungsoptionen für Tarifverträge zur Arbeitszeiterfassung genannt.

(1) Art des Erfassungssystems

Gestaltungsoptionen bestehen vor allem bei der Auswahl des Erfassungssystems. Dies kann etwa in Form von Stech- oder Personalkarten, per App oder anderen Systemen erfolgen. Insoweit besteht ein großer Gestaltungsspielraum zugunsten der Tarifvertragsparteien. Sie können hier für ihre Branche passende Erfassungssysteme entwickeln.

Nicht zulassen darf der Gesetzgeber lediglich Systeme, bei denen die Erfassung des Beginns der Arbeitszeit nicht zu diesem Zeitpunkt erfolgt.

(2) Modalitäten der Erfassung

Auch die Modalitäten der Erfassung können geregelt werden. Das betrifft etwa die Frage, auf welche Weise sichergestellt wird, dass das Erfassungssystem keine Arbeitszeit unterschlägt, weil Umkleidezeiten oder Ähnliches nicht erfasst werden. Denn da der Arbeitszeitbegriff der Richtlinie nicht disponibel ist, müssen sämtliche Zeiten erfasst werden, die Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie sind. Insofern sind auch tarifvertragliche Regelungen denkbar, die nicht nur die Art, sondern auch die Standorte des Erfassungssystems auf dem Betriebsgelände regeln.

(3) Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten

Für besondere Tätigkeitsformen dürfen die Tarifvertragsparteien Sonderregeln festlegen, etwa dann, wenn es technisch nicht möglich ist, die Arbeitszeit im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit zu erfassen. Solche Fälle dürfte es in der Praxis allerdings nicht geben.

(4) Insbesondere Home-Office

Tarifvertragliche Regelungen sind auch mit Blick auf die Tätigkeit im Home-Office denkbar. Hier wird es vor allem, um die insoweit bestehenden Besonderheiten bei der Erfassung gehen. Sowohl im Home-Office Beschäftigte wie auch Außendienstmitarbeiter haben zwar zumindest die Möglichkeit, die Aufnahme der Tätigkeit telefonisch oder per App anzuzeigen. Gleichwohl schließt das nicht aus, dass die Tarifvertragsparteien andere Regelungen finden, die ihnen eine Anzeige von Aufnahme und Beendigung ihrer Tätigkeit im jeweiligen Zeitpunkt ermöglichen. Allerdings können die Tarifvertragsparteien hier branchenspezifische Lösungen für die Erfassung entwickeln, um die Vorgaben des EuGH bestmöglich in die Praxis umzusetzen.

(5) Mobile Arbeitnehmer

In ganz ähnlicher Weise können sich auch Regelungen zu den Besonderheiten mobiler Arbeitnehmer anbieten. Hier ist insbesondere auch die Frage des Datenschutzes mit zu bedenken, wenn der Arbeitgeber die Einführung des Systems der Arbeitszeiterfassung zum Anlass nehmen sollte, weitergehende Daten zu erheben, als dies arbeitsschutzrechtlich erforderlich ist.

(6) Vertrauensarbeitszeit

Es kann sich auch anbieten, Regelungen zur Arbeitszeiterfassung bei Vertrauensarbeitszeit³⁰¹ in unterschiedlichen Bereichen unterschiedlich auszugestalten. Auch dafür bieten Tarifverträge eine Handlungsoption, um branchenspezifische Lösungen zu finden.

(7) Datenschutz

Insgesamt scheint der Datenschutz im Zusammenhang mit der Arbeitszeiterfassung ebenfalls eine wichtige Fragestellung zu sein, die durch Tarifvertrag geregelt werden kann.

cc) Implementierung des TV in die arbeitsschutzrechtliche Pflichtenstellung des Arbeitgebers

Da der Gesetzgeber jeden einzelnen Arbeitgeber verpflichten muss, ein objektives, verlässliches und zugängliches System der Arbeitszeiterfassung vorzusehen, treffen diesen auch die Folgen etwaiger Verstöße gegen diese Pflicht.

Ein Einbau von tarifvertraglichen Regelungsbefugnissen kann also nur dann möglich sein, wenn der Arbeitgeber in der Praxis darauf verweisen kann, dass ein Verstoß gegen seine arbeitsschutzrechtlichen Pflichten nicht in Betracht komme, weil er ein tarifvertraglich vorgesehenes Arbeitszeiterfassungssystem eingeführt habe und dies auch einhalte. Ansonsten müsste er nämlich gleichwohl über die tarifvertraglich vorgesehene Erfassung hinausgehen, um seinen unionsrechtlichen Pflichten nachzukommen.

Das wäre dann der Fall, wenn der EuGH verlangt, dass jeder Arbeitgeber isoliert daraufhin überprüft wird, ob das Arbeitszeiterfassungssystem unter den bei ihm geltenden individuellen Bedingungen objektiv, verlässlich und zugänglich ist. Denn dann würde es aus unionsrechtlicher Perspektive nicht möglich sein, ein allgemeines System für eine ganze Branche zu schaffen, das jeder Arbeitgeber einrichten kann. Ein Tarifvertrag könnte dann die Anforderungen der Richtlinie nur als Haus-TV erfüllen. Ob der EuGH eine solche betriebsbezogene Sichtweise einnehmen wird, kann gegenwärtig nicht beurteilt werden, weil er sich nicht dazu äußert, ob und in welcher Weise eine Gestaltung durch Tarifvertrag zulässig ist. Insoweit wäre eine weitere Vorlage zum EuGH unvermeidlich.

³⁰¹ Vgl. dazu oben unter V.5.

Andererseits spricht aber auch einiges dafür, dass der EuGH abstrakt-generelle Standards zu den Arbeitszeiterfassungssystemen durchaus akzeptieren wird. Denn im Urteil werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine gesetzliche Regelung zur Arbeitszeiterfassung vorzusehen. Es wird auch darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten dabei den Besonderheiten einzelner Branchen Rechnung tragen können. Vor diesem Hintergrund erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass der EuGH ein Modell akzeptiert, bei dem der Gesetzgeber einen verbindlichen Rechtsrahmen setzt und die Tarifvertragsparteien innerhalb dieses Rechtsrahmens tätig werden.

Unproblematisch wären allerdings lediglich rahmenmäßige Regelungen, die einer weiteren Ausgestaltung durch die Tarifparteien zugänglich sind.

c) Einordnung etwaiger Tarifnormen

Bei tarifvertraglichen Regelungen zur Arbeitszeiterfassung handelt es sich um Betriebsnormen i.S.d. § 3 Abs. 2 TVG. Ein System zur Arbeitszeiterfassung kann nur betriebseinheitlich eingeführt werden. Entsprechende Regelungen können auch allgemeinverbindlich erklärt werden.

d) Verhältnis zu Betriebsvereinbarungen

Ein Grundproblem der Einbindung der Tarifvertragsparteien wäre das Verhältnis etwaiger tarifvertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten zur Betriebsverfassung. Soweit Tarifverträge als Gestaltungsinstrument genutzt werden, bewirken diese, dass die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 TVG bzw. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG greift. Sofern der EuGH die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung arbeitgeberbezogen betrachten sollte (s.o.) und damit für eine Regulierung durch Flächentarifverträge weniger Raum bleibt, dürfte die Bedeutung der Betriebsverfassung als Gestaltungsinstrument für die Arbeitszeiterfassung zunehmen. Unabhängig davon besteht jedenfalls überall dort, wo es keine tarifvertraglichen Regelungen geben sollte, weiterhin eine Gestaltungsoption durch Betriebsvereinbarung.³⁰²

³⁰² Vgl. dazu ausf. oben unter V.7.

e) Ergebnis

- Der Gesetzgeber kann, wenn er eine Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung aller Arbeitnehmer vorschreibt, eine Beteiligung der Tarifvertragsparteien beim „Wie“ der Arbeitszeiterfassung zulassen.
- Dazu muss er zunächst eigenständig die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung entsprechend der Vorgaben des EuGH regeln. § 16 Abs. 2 ArbZG ist jedenfalls aus Transparenzgründen anzupassen.
- Denkbar wäre etwa eine Befugnis, die konkrete Art der Erfassung zu regeln (so etwa, welches technische System genutzt werden soll). Das kann auch Maßnahmen beinhalten, die sicherstellen, dass das System beim Arbeitgeber nicht in einer Weise eingeführt wird, die Arbeitszeit unterschlägt.
- Zudem wäre denkbar, dass die Tarifvertragsparteien regeln, auf welche Weise der Zugriff auf die Informationen im Erfassungssystem erfolgen soll.
- Denkbar wäre auch, per Tarifvertrag zu regeln, auf welchem Weg der Arbeitnehmer bei Tätigkeiten im Home-Office oder bei mobiler Tätigkeit die Aufnahme seiner Tätigkeit und die spätere Beendigung seiner Tätigkeit anzeigt.
- Nicht möglich wäre hingegen, den Tarifvertragsparteien zu gestatten, von den Grundvoraussetzungen für ein objektives, verlässliches und zugängliches System abzuweichen.
 - Das bedeutet, dass die tägliche Arbeitszeit erfasst werden muss, damit die Einhaltung der Höchstarbeitszeiten kontrolliert werden kann.
 - Das bedeutet, dass der Beginn der täglichen Arbeitszeit mit der Arbeitsaufnahme erfasst werden muss, damit die Einhaltung der täglichen Ruhezeit sichergestellt werden kann.
 - Das bedeutet, dass das Ende der täglichen Arbeitszeit erfasst werden muss, weil ansonsten die Einhaltung der täglichen Ruhezeit nicht sichergestellt werden kann.
 - Diese Informationen müssen so gesichert werden, dass sie nicht manipuliert werden können.
 - Diese Informationen müssen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, damit sie sicherstellen können, dass die Rechte aus der Richtlinie gewahrt werden.
 - Diese Informationen müssen jederzeit für die Arbeitsschutzbehörden und den Betriebsrat zur Verfügung stehen.

VII. Wesentliche Ergebnisse

- Aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO folgt, dass sich aus der Arbeitszeitrichtlinie eine Pflicht der Mitgliedstaaten ergibt, die Arbeitgeber dazu zu verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.
- Die Verpflichtung zur Einrichtung von Systemen der Arbeitszeiterfassung dient der Verwirklichung der praktischen Wirksamkeit des Rechts eines jeden Arbeitnehmers auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten, die aus Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta in ihrer Konkretisierung durch die EU-Arbeitszeitrichtlinie folgen.
- Zur Umsetzung der Entscheidung sind alle Träger öffentlicher Gewalt, damit der Gesetzgeber, die Verwaltung und die Gerichte, verpflichtet. Die Entscheidung ist bereits jetzt zu beachten. Das ergibt sich aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts, den die Vorgaben des EuGH vermittelt über Art. 31 Abs. 2 GRC entfalten. Das ändert allerdings nichts daran, dass der Gesetzgeber wegen eines ansonsten bestehenden Transparenzverstößes die gesetzlichen Regelungen in Deutschland anpassen muss.
- Die Entscheidung entfaltet bereits jetzt verbindliche Wirkung in Deutschland. Der EuGH hat keine Übergangsphase für die Umsetzung der Vorgaben gestattet und auch keinen Vertrauensschutz gewährt.
- Die Pflicht zur Einführung des Systems zur Arbeitszeiterfassung gilt für alle Personen im Anwendungsbereich der Richtlinie, also Arbeitnehmer und auch Beamte. Hinsichtlich des „ob“ der Erfassung sieht der EuGH keine Differenzierungsmöglichkeiten vor. Es ist nicht möglich, einzelne Personengruppen aus dem Anwendungsbereich der Arbeitszeiterfassung auszunehmen. Eine solche Ausnahme kann insbesondere auch nicht auf Art. 17 Abs. 1 ArbZ-RL gestützt werden, weil seine Voraussetzungen nicht vorliegen.
- Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung dient dazu, dass die werktägliche und wöchentliche Mindestruhezeit ebenso eingehalten werden wie die wöchentliche durchschnittliche Arbeitszeit.
- Damit die tägliche Ruhezeit eingehalten werden kann, müssen der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit erfasst werden. Denn ansonsten kann nicht überprüft werden, ob dem Arbeitnehmer die tägliche Ruhezeit von elf ununterbrochenen Stunden zwischen zwei Arbeitseinsätzen (Art. 3 Abs. 1

ArbZ-RL) gewährt wurde. Das Gleiche gilt hinsichtlich der wöchentlichen Mindestruhezeit nach Art. 5 ArbZ-RL und der wöchentlichen Höchstarbeitszeit nach Art. 6 ArbZ-RL.

- Beginn und Ende des Arbeitseinsatzes müssen im jeweiligen Zeitpunkt so erfasst werden, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer Kenntnis von den Zeitpunkten erlangen und überprüfen können, ob die Ruhezeiten eingehalten wurden.
- Maßgeblich ist der Arbeitszeitbegriff der Arbeitszeitrichtlinie. Dieser verlangt eine Erfassung sämtlicher Arbeitsleistungen unabhängig von ihrer Dauer, ihrem Zeitpunkt oder dem Ort der Leistungserbringung.
- Die arbeitsschutzrechtliche Pflicht zur Arbeitszeiterfassung kann der Arbeitgeber nicht auf den Beschäftigten übertragen. Die Beschäftigten können und müssen aber ggf. bei der Erfassung der Arbeitszeit mitwirken, etwa indem eine Personalkarte an einem Terminal registriert oder eine Anmeldung per App erfolgt. Jedes System, bei dem die Arbeitszeit erst nachträglich – etwa durch Stundenzettel, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nachträglich aushändigt – erfasst wird, ist unionsrechtlich bedenklich. Das gilt auch im Home-Office oder bei mobiler Arbeit. Hier gibt es digitale Alternativen.
- Der Gesetzgeber kann weder hinsichtlich des „Ob“ der Erfassung noch hinsichtlich der zu erfassenden Daten Abweichungen zulassen. Er kann aber gestatten, dass das „Wie“ der Erfassung unter Berücksichtigung der Besonderheiten einzelner Betriebe und Unternehmen besonders geregelt wird.
- Die zuletzt genannte Möglichkeit kann auch durch die Tarifvertragsparteien und die betriebliche Interessenvertretung genutzt werden, um Systeme der Arbeitszeiterfassung vorzusehen.
- Der Pflicht zur Erfassung von Beginn und Ende der Arbeitszeit im jeweiligen Zeitpunkt kann der Datenschutz nicht entgegengehalten werden. Allerdings legitimiert der EuGH auch nur die Erfassung dieser Zeitpunkte. Daher kann eine über dieses Ziel hinausgehende Datenerhebung nicht auf die Arbeitszeitrichtlinie gestützt werden.
- Nach der Rechtsprechung des EuGH muss jeder Arbeitgeber ein System der Arbeitszeiterfassung einführen, das objektiv, verlässlich und zugänglich ist. Diese Kriterien gelten jetzt schon für die Bewertung der Rechtmäßigkeit bestehender Zeiterfassungssysteme, sind von den Gerichten als Maßstab heranzuziehen und als Anforderungen gesetzlich zu verankern. Der Gesetzgeber und die Gerichte haben diesbezüglich keinen Gestaltungsspielraum.
- Objektiv ist das System insbesondere, wenn
 - Die gesamte Arbeitszeit irgendeiner Weise festgehalten wird. Das System muss transparent Beginn, Ende der Arbeitszeit im jeweiligen Zeit-

punkt sowie die Dauer der Arbeitszeit dokumentieren. Diese Zeitpunkte müssen der Wirklichkeit entsprechen und nicht auf einer subjektiven Einschätzung beruhen.

- Die Dokumentation so erfolgt, dass der Arbeitnehmer im Prozess keines weiteren Beweismittels als der erfassten Arbeitszeit bedarf.
- Es ist die gesamte Arbeitszeit im Sinne des Unionsrechts zu erfassen. Dazu zählen insbesondere auch die mobile Tätigkeit unterwegs, Arbeit von zu Hause sowie jede sonstige auch kurzzeitige Arbeitsaufnahme.
- Verlässlich ist das System insbesondere dann, wenn
 - Es so weit wie möglich gegen Manipulationen gesichert ist.
 - Es so ausgestaltet ist, dass seine Beweiskraft prozessual nicht in Frage gestellt werden kann.
 - Die Erfassung unmittelbar im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung erfolgt.
- Zugänglich ist das System insbesondere dann, wenn
 - Arbeitgeber und Arbeitnehmer jederzeit und insbesondere im Zeitpunkt der Erfassung über den Beginn und das Ende der Arbeitszeit informiert sind.
 - die Arbeitnehmer diese Information auch gegen den Willen des Arbeitgebers so abrufen können, dass die Daten für einen etwaigen Rechtsstreit zur Verfügung stehen. Unbeschadet des – auch dem Arbeitnehmer zustehenden – Rechts, eine Manipulation der Daten nachzuweisen, darf der Arbeitgeber diese Daten im Prozess nicht mehr streitig stellen.
 - Auch Betriebsrat und Aufsichtsbehörden müssen jederzeit auf die erfasste Arbeitszeit zugreifen können.

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht sind zuletzt erschienen:

- Band 31** Ulrich Preis/Katharina Schwarz
Dienstreisen als Rechtsproblem
ISBN 978-3-7663-7031-0
- Band 30** Olaf Deinert/Elena Maksimek/Amélie Sutterer-Kipping
Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts
ISBN 978-3-7663-6932-1
- Band 29** Daniel Klocke
Das BetrVG und der Arbeitskampf im Betrieb
ISBN 978-3-7663-6935-2
- Band 28** Marita Körner
Die Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in der betrieblichen Praxis
ISBN 978-3-7663-6928-4
- Band 27** Martin Franzen
Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt
ISBN 978-3-7663-6855-3
- Band 26** Frank Bayreuther
Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten
ISBN 978-3-7663-6850-8
- Band 25** Stefan Greiner
Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip
ISBN 978-3-7663-6829-4
- Band 24** Daniel Ulber/Karoline Wiegandt
Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten
ISBN 978-3-7663-6761-7
- Band 23** Claudia Schubert
Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation
ISBN 978-3-7663-6713-6

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de

