

Die CCOO-Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 – C-55/18

**Kritische Würdigung und Umsetzungsbedarf
im deutschen Recht**

Rechtsgutachten

vorgelegt von

Prof. Dr. Clemens Höpfner

Geschäftsführender Direktor
des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln

unter Mitarbeit von

Wiss. Mit. Jakob Schneck, LL.M.

Inhaltsübersicht

A. Gegenstand des Rechtsgutachtens	4
B. Gutachten	8
Einführung.....	8
I. Reformstau im Arbeitszeitrecht: Zur normativen Ausgangslage vor der CCOO-Entscheidung	8
II. Zur Rezeption der CCOO-Entscheidung des EuGH	10
III. Der Status quo der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung.....	13
Teil 1: Umsetzungsbedarf im deutschen Arbeitszeitrecht	17
I. Grenzen der Auslegbarkeit des Primär- und Sekundärrechts im Hinblick auf etwaige Pflichten zur Erfassung der Arbeitszeit	18
1. Methodenkanon des EuGH als Grundlage der Auslegung	18
2. Grenzen der Auslegbarkeit der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL im Hinblick auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	21
a) Keine expliziten Regelungen zur Arbeitszeiterfassung	22
b) Grenzen der Herleitung einer impliziten Pflicht zu Regelungen über die Arbeitszeiterfassung mittels des effet utile.....	23
3. Grenzen der Auslegbarkeit des Art. 31 Abs. 2 GRC im Hinblick auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	33
a) Der Charakter der GRC als bloße Rahmenordnung	34
b) Keine Anhaltspunkte für eine extensive Interpretation durch den EuGH.....	34
c) Zwischenergebnis	38
4. Ergebnis	39
II. Kritische Würdigung der CCOO-Entscheidung am Maßstab der unionsrechtlichen Rechtsgrundlagen	41
1. Der Tenor der Entscheidung und potenzielle Lesarten	41
2. Argumente für eine extensive Lesart.....	42
a) Effet utile: Tatsächliche Aufzeichnung führt zu möglichst weitreichender Arbeitszeitkontrolle.....	43

b)	Das Begehren im Ausgangssachverhalt und die ursprünglichen Vorlagefragen	44
c)	Die Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella.....	46
d)	Weitere Passagen in den Entscheidungsgründen	47
3.	Argumente für eine restriktive Lesart	50
a)	Der Wortlaut des Tenors.....	50
b)	Der veränderte Bezugspunkt der Vorlagefrage	54
c)	Diskrepanzen zwischen den Entscheidungsgründen des EuGH und den Schlussanträgen des Generalanwalts	59
d)	Weitere Passagen in den Entscheidungsgründen	61
4.	Ergebnis	66
III.	Zur begrenzten Umsetzungspflicht des deutschen Gesetzgebers	67
1.	Berechtigung des Umsetzungsgesetzgebers zu einer „gesetzeskonformen“ Interpretation der CCOO-Entscheidung... 68	
a)	Das Spannungsfeld zwischen der Maxime des „sichersten Weges“ und der Wahrung politischer Handlungsspielräume... 70	
b)	Keine Möglichkeit zur Anrufung des EuGH durch den Gesetzgeber.....	71
c)	Die gesetzeskonforme Interpretation als Leitlinie für den Umgang mit mehrdeutigen EuGH-Entscheidungen.....	72
d)	Anwendung auf die CCOO-Entscheidung.....	77
e)	Ergebnis: Vorzugswürdige Lesart der CCOO-Entscheidung	84
2.	Folgen für das deutsche Recht	85
3.	Ergebnis: Anforderungen des Unionsrechts an das deutsche Arbeitszeitrecht im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung	88

Teil 2: Welche unionsrechtlichen Mindestvorgaben hat der Gesetzgeber bei einer Reform des ArbZG zu beachten?

I.	Bewertung des BAG-Beschlusses zur Arbeitszeiterfassung	90
1.	Die wesentlichen Erwägungen des 1. Senats des BAG	91
a)	Zutreffendes obiter dictum: Keine allgemeine Arbeitszeiterfassung im ArbZG	92
b)	Die ratio decidendi als „taubeneiergroßer Hagelschlag aus blauem Himmel“	93
2.	Bewertung der arbeitsschutzrechtlichen Begründung.....	94
a)	Fehlerhafte Auslegung von § 3 ArbSchG	95

b)	Verstoß gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV.	105
3.	Ergebnis und Auswirkungen auf die gesetzgeberischen Reformbestrebungen	107
II.	Inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung einer Arbeitszeiterfassung im Fall einer Reform des ArbZG	109
1.	Form der Arbeitszeiterfassung.....	110
2.	Erfassung von Tätigkeiten im Schichtbetrieb	113
3.	Erfassung von Vertrauensarbeitszeit	115
a)	Bestimmung von Umfang und Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer („materielle Zeitsouveränität“)	116
b)	Bestimmung der Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer unter Dokumentation der Arbeitszeit.....	117
c)	Bestimmung der Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer unter Verzicht des Arbeitgebers auf Erfassung der Arbeitszeit („Vertrauensarbeitszeit“).....	117
d)	Vereinbarkeit von Vertrauensarbeitszeit mit der Arbeitszeit-RL.....	119
e)	Zwischenergebnis	130
4.	Befugnis zur Delegation der Erfassung an den Arbeitnehmer ..	132
a)	Zulässigkeit einer Delegation an den Arbeitnehmer bei vorzugswürdiger Lesart der CCOO-Entscheidung	132
b)	Hilfsweise: Zulässigkeit einer Delegation an den Arbeitnehmer bei extensiver Interpretation der CCOO-Entscheidung	133
c)	Gesetzliche Ausgestaltung der Delegationsbefugnis	135
	Zusammenfassung der Ergebnisse des Rechtsgutachtens	138

A. Gegenstand des Rechtsgutachtens

Mit Entscheidung vom 14.5.2019 hat der EuGH die Rechtssache Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) mit folgendem Tenor entschieden:

„Die Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung sind im Licht von Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie von Art. 4 Abs. 1, Art. 11 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 3 der Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit dahin auszulegen, 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.“¹

In der Folge wurde kontrovers darüber diskutiert, ob aus dieser Entscheidung ein Umsetzungsbedarf hinsichtlich der Art. 3, 5 und 6 der Arbeitszeit-Richtlinie² (im Folgenden: Arbeitszeit-RL) im deutschen Recht folgt. Zwei vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) und vom (damaligen) Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) in Auftrag gegebene Rechtsgutachten bejahen dies im Ergebnis und sprechen sich jeweils für eine Erweiterung der in § 16 Abs. 2 ArbZG kodifizierten Aufzeichnungspflicht für die die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden überschreitende Arbeitszeit auf die gesamte vom Arbeitnehmer abgeleistete

¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 – CCOO.

² Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 1993 L 299, 9.

Arbeitszeit aus.³ Andere Stimmen im Schrifttum gehen davon aus, dass sich das deutsche Recht in zentralen Punkten – v.a. durch die Befugnisse der Aufsichtsbehörden nach § 17 Abs. 2 ArbZG sowie das Auskunftsrecht des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – von der Rechtslage in Spanien unterscheidet, sodass bereits aus diesem Grunde eine Übertragung der CCOO-Entscheidung auf das deutsche Recht ausscheidet.⁴ Die Diskussion wird nicht nur durch die unterschiedlichen Rahmenbedingungen im spanischen und im deutschen Recht beeinflusst. Sie leidet vor allem darunter, dass die Entscheidung des EuGH eine Vielzahl von Fragen offenlässt, sodass bereits die unionsrechtlichen Vorgaben für die Mitgliedstaaten – entgegen einer verbreiteten Darstellung – alles andere als eindeutig sind.

Nicht zuletzt mit Blick auf diese nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit bzgl. der unionsrechtlichen Vorgaben hat sich die Bundesregierung während der 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages gegen die Einleitung eines Gesetzgebungsverfahrens zur Reform des ArbZG entschieden. Die Parteien der aktuellen „Ampel“-Regierung haben im Koalitionsvertrag vereinbart, im Dialog mit den Sozialpartnern zu prüfen, welchen Anpassungsbedarf sie angesichts der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitszeitrecht sehen.⁵ Die Frage hat erheblich an Bedeutung gewonnen, nachdem, der 1. Senat des BAG in einem vielbeachteten Beschluss vom 13.9.2022 entschieden hat, dass der Arbeitgeber nach einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG gesetzlich verpflichtet

³ *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 60 ff.; *Rieble/Vielmeier*, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.5.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht, 22.7.2019, Rn. 45 ff., 75.

⁴ *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (276); vgl. auch *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (480).

⁵ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 68, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 14.1.2023).

sei, die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu erfassen.⁶ In Reaktion auf die Entscheidung kündigte das BMAS einen „praxistauglichen Vorschlag für die Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung im Arbeitszeitgesetz“ an, der voraussichtlich im ersten Quartal 2023 vorgelegt werden soll.⁷

Unklar ist allerdings weiterhin, ob und inwieweit aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „CCOO“ ein Umsetzungsbedarf im deutschen Recht hinsichtlich der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL folgt. Vor diesem Hintergrund soll im Rahmen des ersten Teils des Rechtsgutachtens zu folgender Frage Stellung bezogen werden:

1. Besteht im deutschen Arbeitszeitrecht Regelungsbedarf zur Umsetzung der Verpflichtungen der Bundesrepublik aus Art. 31 Abs. 2 GRC sowie aus Art. 3, 5 und 6 der RL 2003/88/EG in ihrer Auslegung durch den EuGH in der Entscheidung „CCOO“? Insbesondere: Muss der Gesetzgeber die Arbeitgeber zur generellen Erfassung der tatsächlich geleisteten täglichen Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer verpflichten?

Getrennt davon soll im Rahmen des zweiten Teils des Rechtsgutachtens auf Grundlage des ersten Teils zu den folgenden Fragen Stellung bezogen werden:

2. Wie ist der Beschluss des BAG vom 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 rechtlich zu bewerten?
3. Unterstellt, der Gesetzgeber entschließt sich zum Tätigwerden – ungeachtet dessen, ob überhaupt ein Umsetzungsbedarf hinsichtlich der CCOO-Entscheidung besteht: Welche Mindestvorgaben ergeben sich aus dem Unionsrecht für die Ausgestaltung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung,

⁶ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 42 ff.

⁷ Siehe BMAS, Arbeitszeiterfassung. Fragen und Antworten, S. 5, abrufbar unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/faq-arbeitszeiterfassung.html> (zuletzt abgerufen am 14.1.2023).

insbesondere im Hinblick auf die Form der Arbeitszeiterfassung, die Erfassung von Tätigkeiten im Schichtbetrieb, die Erfassung von Vertrauensarbeitszeit sowie die Befugnis zur Delegation der Erfassung auf den Arbeitnehmer?

B. Gutachten

Einführung

Es ist ein Allgemeinplatz, dass sich die Arbeitswelt in den vergangenen Jahrzehnten in rasanter Geschwindigkeit verändert hat und künftig weiter verändern wird. Diese Entwicklung bringt insbesondere eine wachsende zeitliche Flexibilisierung vieler Arbeitsverhältnisse – mit Vor- und Nachteilen sowohl für die Arbeitgeber- als auch für die Arbeitnehmerseite⁸ – mit sich und verändert dadurch spiegelbildlich auch die arbeitszeitrechtlichen Regelungsbedürfnisse.

I. Reformstau im Arbeitszeitrecht: Zur normativen Ausgangslage vor der CCOO-Entscheidung

Mit diesen sich verändernden Regelungsbedürfnissen müssen zwei Regelungsebenen schritthalten, seit das Arbeitszeitrecht durch die RL 93/104/EG 1993 erstmals unionsrechtlich harmonisiert und durch das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) 1994 entsprechend im deutschen Recht umgesetzt wurde.⁹ Zusätzlich verkompliziert hat sich die normative Ausgangslage, seit das Grundrecht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit sowie auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten in Art. 31 Abs. 2 Grundrechtecharta (GRC) – seit 2009 mit verbindlicher Wirkung – die zwischenzeitlich neu gefasste, aber inhaltlich im Vergleich zur RL 93/104/EG unveränderte RL 2003/88/EG (Arbeitszeit-RL) und das ArbZG überformt.

⁸ Dazu etwa *Henssler*, in: FS Moll, 2019, S. 233 (235 ff.).

⁹ Vgl. zur Entwicklung des europäischen Arbeitszeitrechts Gebauer/Wiedmann/*Höpfner*, *Europäisches Zivilrecht*, 3. Aufl. 2021, Kap. 20 Rn. 111 ff.

Weder Art. 31 Abs. 2 GRC noch die Arbeitszeit-RL 2003/88/EG werden indes dem Reformbedarf für ein an die heutigen Anforderungen des Arbeitslebens angepasstes Arbeitszeitrecht auch nur annähernd gerecht. Vielmehr hat der europäische Gesetzgeber in den 2000er Jahren wiederholt an einer Reform der Arbeitszeit-RL zum Zwecke ihrer Flexibilisierung gearbeitet,¹⁰ ohne jedoch entsprechende Bemühungen erfolgreich abschließen zu können. Im Jahr 2010 beklagte die Kommission eine „schwierige Situation“, „mangelnde Rechtsklarheit“ über die Auslegung und „erhebliche Schwierigkeiten bei der Umsetzung mancher Aspekte“ der Arbeitszeit-RL in den Mitgliedstaaten.¹¹ Abschließend wurde konstatiert:

„Nach Auffassung der Kommission ist die gegenwärtige Situation eindeutig unbefriedigend: Weder ist sichergestellt, dass Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer in der ganzen Europäischen Union im Einklang mit EU-Recht wirksam geschützt werden, noch, dass die Unternehmen und Arbeitnehmer über genügend Flexibilität bei der Arbeitszeitgestaltung verfügen.“¹²

Reformbedarf besteht nicht nur auf europäischer Ebene, sondern auch im deutschen Recht. So wird die teilweise überschießende Umsetzung der Arbeitszeit-RL im deutschen Arbeitszeitrecht infrage gestellt, da sie die (ohnehin geringen) Flexibilitätsspielräume des Unionsrechts nicht nutzt und schlicht nicht mehr zeitgemäß ist.¹³ Exemplarisch sei die – unproblematisch unionsrechtskonforme –

¹⁰ Vgl. etwa die beiden Vorschläge der Kommission zur Änderung der Arbeitszeit-RL v. 22.9.2004, KOM(2004) 607 endgültig, sowie v. 31.5.2005, KOM(2005) 246 endgültig.

¹¹ Mitteilung der Kommission an das EP, den Rat u. a. zur Überarbeitung der Arbeitszeitrichtlinie v. 24.3.2010, KOM(2010) 106, endgültig, S. 2.

¹² Mitteilung der Kommission an das EP, den Rat u. a. zur Überarbeitung der Arbeitszeitrichtlinie v. 24.3.2010, KOM(2010) 106, endgültig, S. 2.

¹³ Vgl. etwa BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, 2016, S. 115 ff.; *Henssler*, in: FS Moll, 2019, S. 233 (235 ff.); *Jacobs*, ZFA 2019, 265 (265 ff.).

Forderung genannt, die werktägliche Höchstarbeitszeit des § 3 S. 1 ArbZG durch eine wöchentliche Höchstarbeitszeit zu ersetzen.¹⁴

II. Zur Rezeption der CCOO-Entscheidung des EuGH

Neben die genannten Bestrebungen zur Flexibilisierung des materiellen Arbeitszeitrechts, also insbesondere der Höchstarbeitszeiten, der Ruhepausen und der Ruhezeiten, treten seit der CCOO-Entscheidung des EuGH¹⁵ im Jahr 2019 Forderungen nach einer Verschärfung der organisatorischen Maßnahmen, mit denen die Durchsetzung der materiellrechtlichen Vorgaben gestärkt werden soll. Ausgangspunkt hierfür ist die in den Medien¹⁶ wie auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum vorherrschende Rezeption der CCOO-Entscheidung: Hiernach sollen die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sein, Arbeitgebern eine generelle Pflicht zur anlasslosen und – von expliziten Ausnahmetatbeständen abgesehen – flächendeckenden Erfassung der Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer aufzuerlegen.¹⁷

Im arbeitsrechtlichen Schrifttum ist dabei geradezu ein Überbietungswettbewerb im Hinblick auf angebliche Umsetzungsdefizite im deutschen Arbeitszeitrecht infolge der CCOO-Entscheidung zu beobachten. Während vor dieser Entscheidung noch kaum jemand eine generelle Erfassungspflicht befürwortet hätte¹⁸ – enthält doch auch der

¹⁴ So etwa BDA, Positionspapier „Chancen der Digitalisierung nutzen“, Mai 2015, S. 3 f., abrufbar unter https://arbeitgeber.de/wp-content/uploads/2021/01/bda-arbeitgeber-positionspapier-chancen_der_digitalisierung_nutzen-2015_05.pdf (zuletzt abgerufen am 14.1.2023); *Henssler*, in: FS Moll, 2019, S. 233 (244 f.); vgl. auch den Gesetzesentwurf der – damals oppositionellen – FDP-Fraktion v. 13.3.2018, BT-Drucks. 19/1174, 1 ff., der diese Flexibilisierungsmöglichkeit in § 7 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG verankern und damit zur Disposition der Parteien eines Tarifvertrags bzw. einer Betriebsvereinbarung auf Grundlage eines Tarifvertrags stellen wollte.

¹⁵ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 – CCOO.

¹⁶ Siehe nur FAZ v. 14.5.2019: „Arbeitgeber müssen Arbeitszeiten systematisch erfassen“.

¹⁷ Zu den Argumenten für und gegen diese Auffassung unten Teil 1, II.; vgl. die Aufarbeitung der Literaturstimmen bei EuArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 3, 6 ff., die von einer „*wahre[n] Sturmflut‘ deutscher Veröffentlichungen*“ spricht (Hervorhebung im Original).

¹⁸ Vgl. dazu den Bericht der Kommission über die Durchführung der RL 2003/88/EG v. 26.4.2017, COM(2017) 254 final, in dem eine Pflicht zur generellen Arbeitszeiterfassung und etwaige Mängel bei der

Wortlaut der Arbeitszeit-RL keinerlei Anhaltspunkte für eine solche¹⁹ –, werden nun teilweise Forderungen aufgestellt, die sich aus der CCOO-Entscheidung in keiner Weise ableiten lassen. So wurde bereits unmittelbar nach Veröffentlichung der Entscheidung das Ende der Vertrauensarbeitszeit ausgerufen.²⁰ Vereinzelt wurde sogar vertreten, dass eine Delegation der Arbeitszeiterfassung an den Arbeitnehmer gegen die Vorgaben aus der CCOO-Entscheidung verstoße.²¹ Darüber hinaus müsse die Arbeitszeit stets sofort bei Beginn der Tätigkeit erfasst werden; eine nachträgliche Erfassung sei unionsrechtswidrig, weil der Verstoß gegen die Arbeitszeit-RL dann nicht mehr verhindert werden könne.²²

Auch wurde der CCOO-Entscheidung vereinzelt eine vergütungsrechtliche Relevanz zugesprochen,²³ die sie nicht hat und mit Blick auf Art. 153 Abs. 5 AEUV auch nicht haben kann.²⁴ Tatsächlich spricht der EuGH die Vergütung an keiner Stelle der Entscheidung an. Das ist auch nur konsequent, da dem Verfahren kein vergütungsrechtlicher Streit, sondern eine Verbandsklage der Gewerkschaft CCOO auf Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystems zugrunde lag. Wird der Gerichtshof hingegen – wie dies regelmäßig der Fall ist – in Verfahren angerufen, in denen der Arbeitnehmer eine Überstundenvergütung einfordert, so weist er richtigerweise stets

Umsetzung dieser Pflicht an keiner Stelle erwähnt werden; gleiches gilt für die diesen Bericht flankierende Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG v. 24.5.2017, ABl. 2017/C 165/01.

¹⁹ Vgl. nur BAG 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, BeckRS 2022, 22067 Rn. 31.

²⁰ Vgl. FAZ v. 16.5.2019, S. 29: „Die Vertrauensarbeitszeit ist tot.“; SZ v. 15.5.2019, S. 2: „Mit dem heutigen Urteil und der daraus folgenden Aufzeichnungspflicht ist die Vertrauensarbeitszeit praktisch tot.“; ähnlich *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1039); *Fuhlrott*, Das Ende der Vertrauensarbeitszeit, LTO v. 14.5.2019, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-c-5518-arbeitszeit-richtlinie-zeiterfassung-ueberstunden-arbeitnehmerschutz> (zuletzt abgerufen am 14.1.2023).

²¹ *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 31 ff.

²² *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 38 f.

²³ Vgl. ArbG Emden 20.2.2020 – 2 Ca 94/19, BeckRS 2020, 5213; aufgehoben LAG Niedersachsen 6.5.2021 – 5 Sa 1292/20, BeckRS 2021, 10275; letztere Entscheidung wiederum bestätigt durch BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, NZA 2022, 1267.

²⁴ BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, NZA 2022, 1267 Rn. 22 ff.; insoweit zutreffend auch *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 15, 75; im Ergebnis auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (4), der allerdings in Art. 153 Abs. 5 AEUV kein Hindernis sieht.

darauf hin, dass die Arbeitszeit-RL allein dem Gesundheitsschutz dient und keine Anwendung auf die Vergütung der Arbeitnehmer findet.²⁵

Deutlich zurückhaltender als diese Maximalforderungen im Hinblick auf die Arbeitszeitüberwachung fielen die Reaktionen auf die CCOO-Entscheidung aus der vormaligen Bundesregierung aus.²⁶ Bundesarbeitsminister *Heil* kündigte zwar die „Umsetzung“ der Entscheidung an, betonte dabei jedoch die Notwendigkeit einer verhältnismäßigen Ausgestaltung und wollte die Neuregelung mit der im Koalitionsvertrag 2018 vereinbarten Flexibilisierung des ArbZG²⁷ verknüpfen.²⁸ Überhaupt keinen Handlungsbedarf sah hingegen der damalige Bundeswirtschaftsminister *Altmaier*.²⁹ Die Parteien der aktuellen „Ampel“-Regierungskoalition verpflichten sich in ihrem Koalitionsvertrag zu einer Prüfung des Anpassungsbedarfs an die aktuelle EuGH-Rechtsprechung, wobei flexible Arbeitszeitmodelle wie etwa die Vertrauensarbeitszeit weiterhin möglich sein sollen.³⁰

²⁵ Vgl. für die st. Rspr. nur EuGH 21.2.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 24 – Matzak; EuGH 9.3.2021 – C-344/19, NZA 2021, 485 Rn. 57 – DJ/Radiotelevizija Slovenija; EuGH 9.3.2021 – C-580/19, NZA 2021, 489 Rn. 56 – RJ/Stadt Offenbach; EuGH 28.10.2021 – C-909/19, NZA 2021, 1623 Rn. 32 – BX/Unitatea Administrativ Teritorială.

²⁶ Zu den unterschiedlichen Reaktionen aus Politik und Verbänden zusammenfassend *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (463 f.).

²⁷ Koalitionsvertrag „Ein neuer Aufbruch für Europa“ zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, Zeilen 1814 ff., 2361 ff., 2379 ff., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 14.1.2023).

²⁸ <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/dgb-mindestlohnkonferenz-heil-will-eu-urteil-zur-arbeitszeiterfassung-umsetzen-und-verteidigt-den-mindestlohn/24498344.html?ticket=ST-576083-kV9bf5B6t4S5jHuw4Ycj-ap2> (zuletzt abgerufen am 14.1.2023); anders und für eine generelle Zeiterfassung demgegenüber die Anträge aus der – damals oppositionellen – Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 30.6.2020, BT-Drucks. 19/20585 sowie der ebenfalls oppositionellen Fraktion Die Linke v. 12.2.2020, BT-Drucks. 19/17134.

²⁹ Siehe FAZ v. 21.5.2019: „Altmaier will EuGH-Urteil vorerst nicht umsetzen“, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/arbeitszeiterfassung-altmaier-will-urteil-vorerst-nicht-umsetzen-16198903.html> (zuletzt abgerufen am 14.1.2023).

³⁰ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 68, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 14.1.2023).

Die unterschiedlichen Stoßrichtungen einer materiellen Liberalisierung bei einer gleichzeitigen stärkeren formellen Regulierung des Arbeitszeitrechts lassen sich rechtlich durchaus miteinander in Einklang bringen und bieten insbesondere einen hinreichenden Spielraum für politische Kompromisse. Bislang ist es jedoch noch zu keiner gesetzgeberischen Reaktion auf die CCOO-Entscheidung gekommen.

III. Der Status quo der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung

Bis vor kurzem spielte das Thema Arbeitszeiterfassung in der Rechtsprechung kaum eine Rolle. Die Befolgung einer etwaigen gesetzlichen Pflicht zur Arbeitszeiterfassung wurde bislang, soweit ersichtlich, vor Gericht nicht eingeklagt, und zwar weder individualrechtlich von einem Arbeitnehmer noch kollektivrechtlich von Betriebsräten. Lediglich im vergütungsrechtlichen Kontext wollte in einer singulär gebliebenen Entscheidung das ArbG Emden Konsequenzen aus der CCOO-Entscheidung ziehen.³¹ Tatsächlich betrifft die Entscheidung des EuGH jedoch allein die gesundheitsschutzrechtliche Dimension des Arbeitszeitrechts.³² Für Regelungen zum Arbeitsentgelt mangelt es dem Unionsrecht wegen Art. 153 Abs. 5 AEUV bereits an der erforderlichen Kompetenzgrundlage.³³ Die vom ArbG Emden befürwortete Beweislastumkehr zugunsten des Arbeitnehmers im Falle nicht aufgezeichneter Arbeitszeiten in Prozessen um Überstundenvergütungen wurde deshalb in der Berufungsinstanz zu Recht aufgehoben.³⁴ Der 5. Senat des BAG hat diese Entscheidung jüngst bestätigt.³⁵

³¹ ArbG Emden 20.2.2020 – 2 Ca 94/19, BeckRS 2020, 5213 m. krit. Anm. *Fuhlrott*, NZA-RR 2020, 279; ArbG Emden 24.9.2020 – 2 Ca 144/20, BeckRS 2020, 28054, wiederum m. krit. Anm. *Fuhlrott*, NZA-RR 2021, 14 (15); ArbG Emden 9.11.2020 – 2 Ca 399/18, BeckRS 2020, 48508; ein in dieselbe Richtung deutendes Vorabentscheidungsersuchen eines belgischen Arbeitsgerichts v. 27.2.2020 – C-104/20, BeckEuRS 2020, 630282, wurde vor einer entsprechenden Entscheidung des EuGH wieder zurückgezogen, siehe EuGH (Präsident), Beschl. v. 10.6.2021 – C-104/20, BeckRS 2021, 15192.

³² Siehe nur Art. 1 Abs. 1 Arbeitszeit-RL.

³³ LAG Niedersachsen 6.5.2021 – 5 Sa 1292/20, BeckRS 2021, 10275 Rn. 26.

³⁴ LAG Niedersachsen 6.5.2021 – 5 Sa 1292/20, BeckRS 2021, 10275.

³⁵ BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, NZA 2022, 1267 m. zust. Anm. *Bauer*, ArbRAktuell 2022, 285; BAG 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, BeckRS 2022, 22067.

Mit Beschluss vom 13.9.2022 hat nunmehr jedoch der 1. Senat des BAG für Aufsehen gesorgt: In einem im Kern betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstreit stellte der Senat eine bestehende Pflicht zur generellen Arbeitszeiterfassung fest und begründete dies mit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG.³⁶

Die Rechtsauffassung des 1. Senats des BAG zugrunde gelegt, erweist sich das deutsche Arbeitszeitrecht zwar ohne weiteres als richtlinienkonform. Das geschieht jedoch um den Preis einer überschießenden und angesichts der zahlreichen Unklarheiten, die die CCOO-Entscheidung aufweist, auch voreiligen Umsetzung der Arbeitszeit-RL. Umso dringlicher stellt sich daher die Frage, welche Spielräume das Unionsrecht in seiner Ausgestaltung durch den EuGH dem nationalen Gesetzgeber lässt, um eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung unionsrechtskonform und rechtssicher auszugestalten, zugleich aber auf das Notwendige zu begrenzen. Durch die Inanspruchnahme von Ausnahmetatbeständen, etwa nach Art. 17 Arbeitszeit-RL, sollte eine praxistaugliche Handhabung ermöglicht werden, die hinreichenden Spielraum für die vielfältigen in der Praxis etablierten Arbeitszeitmodelle bis hin zur Vertrauensarbeitszeit lässt.

Die methodologische Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der vom 1. Senat des BAG propagierten unionsrechtskonformen Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG könnte künftig auch das BVerfG beschäftigen, das im Fall einer Verletzung der Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG gemäß Art. 2 Abs. 1 GG auch Individualrechtsschutz gewährt.³⁷ Mit seinem Beschluss vom 13.9.2022 positioniert sich der 1. Senat des BAG nicht nur gegen eine zuvor ganz h.M. im Schrifttum,³⁸

³⁶ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 42 ff.

³⁷ Vgl. für die st. Rspr. nur BVerfG 26.9.2011 – 2 BvR 2216/06 u. a., NJW 2012, 669 Rn. 42 ff.; BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, NZA 2018, 774 Rn. 72.

³⁸ Die Möglichkeit zur richtlinienkonformen Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG wurde im Schrifttum – soweit ersichtlich – schon gar nicht diskutiert, weil § 16 Abs. 2 ArbZG, der eine Pflicht zur Erfassung von Überstunden anordnet, sachlich sehr viel näherliegt. Auch diese Norm ist einer richtlinienkonformen

sondern verstößt zudem gegen die Gesetzesbindung aus Art. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG, da die Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung durch § 16 Abs. 2 ArbZG de lege lata eindeutig auf die über § 3 S. 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit begrenzt ist. Durch die punktuelle Verschärfung der Aufzeichnungspflicht durch § 6 Abs. 1 GSA Fleisch, die ausschließlich für die dort geregelten Ausnahmefälle gilt, wird dieses Auslegungsergebnis nochmals sehr eindeutig bestätigt.³⁹ Eine Ausweitung der Arbeitszeiterfassungspflicht über das Arbeitsschutzrecht ist vor dem Hintergrund dieser eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung, die überdies im Wortlaut des Gesetzes klar zum Ausdruck kommt, methodisch nicht vertretbar und damit contra legem.

Mit Blick auf die methodologischen Probleme, die der Beschluss des 1. Senats aufwirft, erscheint es somit nicht ausgeschlossen, dass die Instanzgerichte dem 1. Senat des BAG die Gefolgschaft verweigern könnten. Eine vergleichbare Entwicklung war bereits bei der Problematik des sog. Vorbeschäftigungsverbots nach § 14 Abs. 2 TzBfG zu beobachten, als einige Landesarbeitsgerichte der – vom BVerfG schließlich als verfassungswidrig verworfenen⁴⁰ – verfassungskonformen Auslegung des Anschlussverbots nach § 14 Abs. 2 TzBfG als dreijährige Sperrfrist durch den 7. BAG-Senat⁴¹ ausdrücklich nicht gefolgt sind.⁴² Solange der deutsche Gesetzgeber das

Auslegung jedoch nicht zugänglich; vgl. dazu nur ErfK/*Roloff*, 23. Aufl. 2023, ArbZG § 16 Rn. 5; Eu-ArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 8; *dies.*, SR 2020, 45 (48); *dies.*, in: FS Preis, 2021, S. 271 (287); *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (447 f.); *ders.*, NZA 2020, 1 (1 ff.); *Reinhard*, NZA 2019, 1313 (1314); *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (476 f., 484); *Baeck/Winzer/Launer*, NZG 2019, 858 (859); *Sittard/Esser*, jM 2019, 284 (286); *Ubber*, BB 2019, 1984; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (276 f.); *Leist*, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1, unter D. I.; *Lunk*, AnwBl 2020, 216 (220); *Baeck/Winzer*, NZA 2020, 96 (101); *Riegel*, RdA 2021, 152 (152 f.); befürwortend nur *Oberthür*, MDR 2019, 1029 (1030); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1035 f.); *Roetteken*, jurisPR-ArbR 23/2019 Anm. 1, unter D.; offenlassend BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, NZA 2022, 1267 Rn. 23; unentschieden *Ulber*, NZA 2019, 677 (680).

³⁹ ErfK/*Roloff*, 23. Aufl. 2023, ArbZG § 16 Rn. 6.

⁴⁰ BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 u. a., NZA 2018, 774 Rn. 76 ff.

⁴¹ BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905; BAG 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, NZA 2012, 255.

⁴² Vgl. etwa LAG Baden-Württemberg 26.9.2013 – 6 Sa 28/13, BeckRS 2013, 72731; LAG Baden-Württemberg 21.2.2014 – 7 Sa 64/13, BeckRS 2014, 67567; LAG Düsseldorf 4.5.2018 – 6 Sa 64/18, BeckRS 2018, 16056; LAG Schleswig-Holstein 27.7.2017 – 4 Sa 221/16, BeckRS 2017, 125923; ArbG Braunschweig 3.4.2014 – 5 Ca 463/13, BeckRS 2014, 70860.

Arbeitszeitrecht nicht geändert hat, ist es daher denkbar, dass ein Instanzgericht den EuGH nach Art. 267 Abs. 2 AEUV zur Frage der Vereinbarkeit von §§ 16, 17 ArbZG einschließlich des Auskunftsanspruchs des Betriebsrats nach § 80 BetrVG mit der Arbeitszeit-RL anrufen könnte. Dessen Antwort könnte der unionsrechtskonformen Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG durch den 1. Senat des BAG möglicherweise die Grundlage entziehen.

Ferner ist es denkbar, dass der für individualrechtliche Rechtsstreitigkeiten um arbeitszeitrechtliche Fragestellungen zuständige 9. Senat des BAG zu einer abweichenden Rechtsauffassung als der 1. Senat gelangen könnte. In diesem Fall wäre gemäß § 45 Abs. 2 Alt. 1 ArbGG eine Klärung durch den Großen Senat des BAG erforderlich.

Schließlich könnte die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rahmen einer etwaigen Überprüfung von Anordnungen gemäß § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ArbSchG oder Bußgeldern gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 2 lit. a, Abs. 2 Alt. 2 ArbSchG inzident zur Frage des Bestehens einer solchen Pflicht tätig werden. Solche Anordnungen und – bei deren Nichtbefolgung – Bußgelder i.H.v. bis zu 30.000 Euro könnten die zuständigen Arbeitsschutzbehörden gegen Arbeitgeber verhängen, die die Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer nicht generell erfassen – vorausgesetzt, die zuständigen Behörden teilen ihrerseits die Rechtsauffassung des 1. Senats des BAG. Sollte die Verwaltungsgerichtsbarkeit letztinstanzlich zum gegenteiligen Ergebnis gelangen, würde dies sogar eine Klärung durch den Gemeinsamen Senat der obersten Bundesgerichte gemäß § 2 Abs. 1 RsprEinhG erfordern.

Teil 1: Umsetzungsbedarf im deutschen Arbeitszeitrecht

Im 1. Teil dieses Rechtsgutachtens ist die Frage zu klären, ob im deutschen Arbeitszeitrecht dem Grunde nach Regelungsbedarf zur Umsetzung der Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Art. 3, 5 und 6 der RL 2003/88/EG sowie ggf. aus Art. 31 Abs. 2 GRC in ihrer Auslegung durch den EuGH in der Rechtssache „CCOO“ besteht oder ob bereits das geltende deutsche Arbeitszeitrecht den Anforderungen des Unionsrechts entspricht. In Ansehung des in diese Richtung deutenden Beschlusses des 1. Senats des BAG vom 13.9.2022⁴³ und der Rezeption der CCOO-Entscheidung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum⁴⁴ wird dabei insbesondere der Frage nachzugehen sein, ob der Gesetzgeber die Arbeitgeber zur generellen Erfassung der gesamten tatsächlich geleisteten täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer verpflichten muss.

Ein zutreffendes Verständnis des EuGH-Urteils in der Rechtssache „CCOO“ setzt die Kenntnis von Inhalt und Grenzen der Vorschriften voraus, auf deren Grundlage die Entscheidung ergangen ist. Zunächst sollen zu diesem Zweck die Grenzen der Auslegbarkeit der Art. 3, 5 und 6 der RL 2003/88/EG und des Art. 31 Abs. 2 GRC im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung herausgearbeitet werden (I.). Im Lichte dieser gesetzlichen Vorgaben wird sodann die CCOO-Entscheidung selbst einer kritischen Würdigung unterzogen, um zu ermitteln, welcher rechtliche Gehalt der Entscheidung im Ergebnis beigemessen werden kann (II.). Dabei wird sich herausstellen, dass die CCOO-Entscheidung keineswegs eindeutig ist, sondern mehrere Interpretationsmöglichkeiten zulässt. Daher wird im Anschluss zu prüfen sein, nach welchen Grundsätzen der Umsetzungsgesetzgeber unter diesen verschiedenen Lesarten auszuwählen haben wird. Vorzuziehen ist dabei diejenige Interpretation, die

⁴³ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 22 f.

⁴⁴ Dazu überblicksweise bereits Einführung, II.

mit den normativen Grundlagen der CCOO-Entscheidung am besten in Einklang zu bringen ist. Überdies bedarf es einer Kontextualisierung der Entscheidung, um die bestehende Umsetzungsverpflichtung formulieren zu können (III.). Erst anhand dieser Kontextualisierung lässt sich abschließend der bestehende Umsetzungsbedarf für das deutsche Recht feststellen (IV.).

I. Grenzen der Auslegbarkeit des Primär- und Sekundärrechts im Hinblick auf etwaige Pflichten zur Erfassung der Arbeitszeit

Die Möglichkeiten zur Auslegung des Art. 31 Abs. 2 GRC sowie der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL können und sollen hier nicht in aller Breite erörtert werden. Zum besseren Verständnis der CCOO-Entscheidung genügt es, die Grenzen zu markieren, die sich bei der Auslegung dieser Vorschriften im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung ergeben. Dazu ist zunächst knapp auf den Methodenkanon des EuGH einzugehen (1.). Bei der Auslegung der Rechtsgrundlagen wird sodann zwischen der Arbeitszeit-RL (2.) und Art. 31 Abs. 2 GRC differenziert (3.). Erkenntnisse aus der CCOO-Entscheidung selbst werden in diesem Abschnitt des Gutachtens noch ausgeblendet und erst unter II. in die Untersuchung miteinbezogen.

1. Methodenkanon des EuGH als Grundlage der Auslegung

Einem zutreffenden Verständnis der CCOO-Entscheidung sowie einer Prognose etwaiger künftiger Entscheidungen des EuGH im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung kann die Untersuchung nur dienen, wenn sie die Perspektive des EuGH selbst einnimmt. Für die Auslegung der Rechtsnormen im primären und sekundären Unionsrecht ist deshalb der Methodenkanon zugrunde zu legen, wie ihn der EuGH regelmäßig heranzieht.⁴⁵

⁴⁵ Vgl. zur Kritik an der Auslegungsmethodik des EuGH aus arbeitsrechtlicher Sicht *Höpfner*, JArbR 57 (2020), 69.

Freilich kann auch der EuGH sich nicht seiner Bindung an das Primär- und Sekundärrecht entziehen. Seine Aufgabe ist gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge.“ Die Auslegung und Anwendung der Verträge umfasst zwar auch die Befugnis zur Rechtsfortbildung.⁴⁶ Eine Rechtsfortbildung *gegen* das Primär- und Sekundärrecht kann davon aber nicht umfasst sein, weil sie das Gefüge der im Unionsrecht geltenden Gewaltenteilung aus dem Gleichgewicht geraten ließe.⁴⁷ Eine Rechtsfortbildung *contra legem* ist damit auch nach dem Methodenverständnis des EuGH ausgeschlossen.⁴⁸ So hat der EuGH das Verbot des *Contra-legem*-Judizierens ausdrücklich als Grenze der primärrechtskonformen Auslegung des sekundären Unionsrechts anerkannt.⁴⁹ Aufgrund der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Europäischen Parlaments und wegen des unionsrechtlichen Prinzips des institutionellen Gleichgewichts kommt dem europäischen Gesetzgeber ein Rechtssetzungsprimat (auf der Ebene des Primär- wie auch des Sekundärrechts gleichermaßen) zu, dem sich der EuGH unterzuordnen hat.⁵⁰

⁴⁶ Vgl. Streinz/*Huber*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 19 EUV Rn. 16 mit Nachweisen auf die Rechtsprechung von EuGH und BVerfG; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Mayer*, Das Recht der Europäischen Union, 76. EL Mai 2022, Art. 19 EUV Rn. 30.

⁴⁷ Dazu *Höreth*, Die Selbstautorisierung des Agenten, 2008, S. 368: „Zwar sind die Gemeinschaftsverträge ebenso wie in geringerem Maße auch das sekundäre Recht lückenhaft und damit unvollkommen, so dass die Notwendigkeit der gerichtlichen Auslegung, Ergänzung und Fortbildung immer bestand und auch noch weiter bestehen bleibt, doch darf dies aus demokratietheoretischer Sicht nicht zu Lasten der politischen Organe und des politischen Ermessens des Gemeinschaftsgesetzgebers sowie der verfassungspolitischen Prärogative der Mitgliedstaaten gehen.“

⁴⁸ Vgl. etwa EuGH 26.4.1972 – 92/71, Slg. 1972, 231 Rn. 5; zudem BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (306) – Honeywell: „Rechtsfortbildung überschreitet [die gesetzlich oder völkervertraglich festgelegten Grenzen], wenn sie deutlich erkennbare, möglicherweise sogar ausdrücklich im Wortlaut dokumentierte (vertrags-)gesetzliche Entscheidungen abändert oder ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen schafft.“

⁴⁹ Vgl. nur EuGH 13.12.1983 – 218/82, Slg. 1983, 4063 Rn. 15; EuGH 4.12.1986 – 205/84, Slg. 1986, 3755 Rn. 62; EuGH 4.12.1986 – 206/84, Slg. 1986, 3817 Rn. 15; dazu auch *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 36; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 222.

⁵⁰ Vgl. dazu *Höpfner*, JArbR 57 (2020), 69 (73 ff.).

Auf dieser Grundlage ermittelt der EuGH den Norminhalt im Ausgangspunkt regelmäßig anhand des Wortlauts der Vorschriften. Maßgeblich sind dabei alle 24 Amtssprachen gleichermaßen, Art. 55 Abs. 1 Hs. 1 a.E. (für das Primärrecht), Art. 1 VO 1/1958 (für das Sekundärrecht).⁵¹ Daneben werden auch die Systematik und Entstehungsgeschichte der Vorschriften herangezogen.⁵² Von besonderer Bedeutung ist zudem der sog. *effet utile*, der nur in Teilen der im deutschen Methodenkanon bekannten „teleologischen Auslegung“ entspricht. Den *effet utile*-Grundsatz, für den in den deutschen Sprachfassungen der Urteile synonym die Formulierungen der „praktischen Wirksamkeit“,⁵³ der „vollen Wirksamkeit“⁵⁴ sowie (in älteren Entscheidungen) der „nützlichen Wirkung“⁵⁵ verwendet werden, führte der EuGH erstmals in der „Leberpfennig“-Entscheidung von 1970⁵⁶ zur unmittelbaren Anwendung von europäischen Entscheidungen durch die Mitgliedstaaten sowie vier Jahre später in der Rechtssache „van Duyn“⁵⁷ zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien an. Seitdem ist er fester Bestandteil der Rechtsprechung des Gerichtshofs.⁵⁸

Die Argumentation mit dem *effet utile* berücksichtigt zum einen, dass der Wille des Gesetzgebers auf die praktische Verwirklichung der von ihm gesetzten Norm gerichtet

⁵¹ St. EuGH-Rspr., siehe nur EuGH 14.6.2007 – C-56/06, BeckRS 2007, 70404 Rn. 27 m. w. N. – Euro Tex Textilverwertung.

⁵² Vgl. dazu nur *Riesenhuber*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 21 ff., 32 ff.; *Höpfner*, JAbrR 57 (2020), 69 (86 ff.).

⁵³ Vgl. EuGH 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer und Willmeroth), NZA 2018, 1467 Rn. 50; EuGH 6.11.2018 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), NZA 2018, 1474 Rn. 45; EuGH 19.12.2013 – C-209/12 (Endress), NJW 2014, 452.

⁵⁴ EuGH 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer und Willmeroth), NZA 2018, 1467 Rn. 67; EuGH 9.9.2015 – C-160/14 (Ferreira da Silva e Brotio u. a.), EuZW 2016, 111, 114 Rn. 47; EuGH 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 27.

⁵⁵ EuGH 3.12.1992 – C-86/90, Slg. 1992, I-6251 Rn. 15; EuGH 4.12.1974 – C-41/74 (van Duyn), Slg. 1974, 1337 Ls. 2.

⁵⁶ EuGH 6.10.1970 – C-9/70 (Finanzamt Traunstein), Slg. 1970, 825.

⁵⁷ EuGH 4.12.1974 – C-41/74 (van Duyn), Slg. 1974, 1337.

⁵⁸ Vgl. dazu *Potacs*, EuR 2009, 465 (466 ff.); ferner *Streinz*, in: FS Everling, 1995, S. 1507; *Honsell*, in: FS Krejci, 2001, S. 1930; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 463 ff.; *Rebhahn*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 18 Rn. 44 ff.

ist.⁵⁹ Zu beachten ist dabei, dass das sekundäre Unionsrecht nicht selten von vornherein eine nur eingeschränkte Wirksamkeit von Rechtsakten bezweckt, sei es mit Blick auf den Grundsatz der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, sei es, weil die Rechtsetzungskompetenz der EU nur eine begrenzte Reichweite der Regelung zulässt.⁶⁰ Die Argumentation mit dem *effet utile* setzt daher eine Interpretation voraus, mit der die Reichweite der vom Gesetzgeber intendierten Wirkkraft bestimmt wird.⁶¹

Zum anderen propagiert der EuGH mittels des *effet utile* auch Norminhalte, für die sich in Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der Vorschriften keine Anhaltspunkte finden lassen.⁶² Nach deutschem Methodenverständnis ist diese Form der Ermittlung von Norminhalten richtigerweise als Rechtsfortbildung zu qualifizieren.⁶³ Die Bestimmung des Norminhalts unter Heranziehung des *effet utile* ist zwar prinzipiell zulässig.⁶⁴ Dies gilt aber zur Aufrechterhaltung der unionsrechtlichen Gewaltenteilung nur solange, als sie sich nicht *gegen* das Primär- und Sekundärrecht wendet. Unzulässig wäre es daher, mittels des *effet utile* einen Norminhalt zu behaupten, der dem Ergebnis der „herkömmlichen“ Auslegungsmittel zuwiderlaufen würde oder dessen Normierung der Primär- oder Sekundärrechtsetzer bewusst abgelehnt hat.

2. Grenzen der Auslegbarkeit der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL im Hinblick auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Zur Bestimmung des Norminhalts der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL ist zwischen expliziten Regelungen über die Arbeitszeiterfassung durch den Sekundärgesetzgeber

⁵⁹ *Potacs*, EuR 2009, 465 (473); *Riesenhuber*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 45.

⁶⁰ *Potacs*, EuR 2009, 465 (476 ff.).

⁶¹ So zutreffend *Potacs*, EuR 2009, 465 (474).

⁶² Krit. zu dieser Praxis etwa *Höreth*, Die Selbstautorisierung des Agenten, 2008, S. 367 ff.

⁶³ Im Kontext der Arbeitszeiterfassung ebenso *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (447).

⁶⁴ Im Ausgangspunkt billigend auch BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (351 f.) – Lissabon, das aber zugleich eine „Tendenz zur Besitzstandswahrung“ konstatiert.

(a)) sowie einer etwaigen impliziten Herleitung solcher Regelungen mittels des *effet utile* (b)) zu differenzieren.

a) Keine expliziten Regelungen zur Arbeitszeiterfassung

Zunächst ist zu konstatieren, dass der Sekundärgesetzgeber keine expliziten Regelungen zur Arbeitszeiterfassung getroffen hat.⁶⁵ Der Wortlaut der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL schweigt zu einer etwaigen Pflicht zur flächendeckenden Erfassung der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ebenso wie zu jeder anderen Regulierung der Arbeitszeiterfassung. Explizit bestimmt werden nur die Pflichten der Mitgliedstaaten zur Gewährung der täglichen (Art. 3 Arbeitszeit-RL) und der wöchentlichen Ruhezeit (Art. 5 Arbeitszeit-RL) sowie der wöchentlichen Höchstarbeitszeit (Art. 6 Arbeitszeit-RL). Die Mitgliedstaaten haben hierzu jeweils die „erforderlichen Maßnahmen“ zu treffen.

Der Arbeitszeit-RL liegt also ein zweistufiges Regelungskonzept zugrunde: Einerseits enthält sie materielle Gewährleistungen zum arbeitszeitbezogenen Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer. Andererseits delegiert sie die Ergreifung der zur praktischen Durchsetzung dieser materiellen Rechte erforderlichen Maßnahmen an die Mitgliedstaaten. Die Auswahl dieser Maßnahmen bleibt hiernach grundsätzlich den Mitgliedstaaten vorbehalten, solange sie die Wahrung der materiell normierten Rechte in geeigneter Weise sicherstellen.

Auch Systematik und Historie der Arbeitszeit-RL enthalten keine Hinweise darauf, dass der Sekundärgesetzgeber in Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie – über ihren Wortlaut hinaus – Regelungen zur Arbeitszeiterfassung treffen wollte. Insbesondere lässt sich den Erwägungsgründen der Arbeitszeit-RL hierzu nichts entnehmen. Eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nach der Arbeitszeit-RL stünde zudem im Widerspruch zu der

⁶⁵ BAG 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, BeckRS 2022, 22067 Rn. 31; *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (446 f.); *Jacobs*, ZFA 2019, 265 (265); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (271).

expliziten Normierung von Pflichten zur Arbeitszeiterfassung in speziellen Richtlinien, die nur bestimmte Arbeitnehmergruppen betreffen. Diese Regelungen wären dann gegenstandslos.⁶⁶ Das betrifft etwa § 8 Nr. 1 S. 1 Anhang RL 1999/63/EG betreffend Seeleute, Ziff. 8 S. 1 Anhang RL 2005/47/EG betreffend fahrendes Personal im grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr und Art. 9 lit. b RL 2002/15/EG betreffend Straßentransportfahrer. Letztere Vorschrift sieht wörtlich vor:

„Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass [...] b) über die Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben, [...] Buch geführt wird. Die Aufzeichnungen sind mindestens zwei Jahre nach Ablauf des betreffenden Zeitraums aufzubewahren. Die Arbeitgeber sind für die Aufzeichnung der Arbeitszeit des Fahrpersonals verantwortlich. Der Arbeitgeber ist gehalten, dem Fahrpersonal auf Anfrage eine Kopie der Aufzeichnung der geleisteten Stunden auszuhändigen.“

Es liegt nahe, aus den genannten speziellen Vorschriften den Umkehrschluss zu ziehen, dass die Arbeitszeit-RL gerade keine allgemeine Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit jenseits der normierten speziellen Konstellationen vorsieht. Dieser Umkehrschluss bekräftigt den Befund, dass die Arbeitszeit-RL keine expliziten Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung enthält.

b) Grenzen der Herleitung einer impliziten Pflicht zu Regelungen über die Arbeitszeiterfassung mittels des *effet utile*

An die Mitgliedstaaten gerichtete Vorgaben über die Arbeitszeiterfassung könnten der Arbeitszeit-RL also allenfalls mittels des *effet utile* entnommen werden. Ein solcher Ansatz liegt im Ausgangspunkt zwar nicht gänzlich fern: Würde man die Begrenzung der Arbeitszeit ohne jede Form von Kontrollpflichten der Arbeitgeber oder

⁶⁶ *Latzel*, EuZA 2019, 469 (474).

Kontrollbefugnissen und Sanktionsmöglichkeiten der Behörden normieren, könnte dies die praktische Wirksamkeit der materiellrechtlichen Begrenzung der wöchentlichen Arbeitszeit nach Art. 6 Arbeitszeit-RL infrage stellen. Allerdings obliegt die Ergreifung der für die Durchsetzung der in Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL geregelten materiellrechtlichen Arbeitszeitvorgaben „erforderlichen Maßnahmen“ nach der dort jeweils ausdrücklich vorgesehenen Delegation den Mitgliedstaaten. Eine Pflicht der Mitgliedstaaten, ihrerseits die Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung zu verpflichten, lässt sich daher nur begründen, wenn sie nicht gegen die in der Arbeitszeit-RL vorgesehene Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten verstößt.

Als Anknüpfungspunkt dafür kommt die „negative Kontrollkompetenz“ der Union im Hinblick auf diese Maßnahmen in Betracht: Sind die vom Mitgliedstaat ergriffenen Maßnahmen zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Gewährleistungen der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL nicht hinreichend geeignet, verstößt dieser gegen die Pflicht zur Umsetzung der Arbeitszeit-RL. Ein nicht hinreichendes Kontroll- und Sanktionssystem in einem Mitgliedstaat kann also einen Verstoß gegen die Umsetzungspflicht dieses Mitgliedstaates begründen. Diese „negative Kontrollkompetenz“ der Union in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der „erforderlichen Maßnahmen“ erlaubt es der Kommission (vgl. Art. 258 AEUV) und dem EuGH (vgl. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV, Art. 258 Abs. 2, 267 AEUV), die Erfüllung der an die Mitgliedstaaten delegierten Pflicht zur Ergreifung dieser Maßnahmen zu überprüfen.

aa) Auslegungsspielraum hinsichtlich eines etwaigen „positiven Regelungsgehalts“ zur Arbeitszeiterfassung

Fraglich ist, ob sich der Pflicht zur Ergreifung der „erforderlichen Maßnahmen“ neben dieser „negativen Kontrollkompetenz“ im Einzelfall auch ein „positiver Regelungsgehalt“ entnehmen lässt, der die Pflicht zur Ergreifung einer ganz bestimmten Maßnahme umfasst. Ob die Arbeitszeit-RL einen solchen „positiven

Regelungsgehalt“ – hier in Form einer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung – aufweist, ist angesichts der dargelegten, grundsätzlich nur „negativen Kontrollkompetenz“ des EuGH über die Erforderlichkeit der von den Mitgliedstaaten ergriffenen Maßnahmen äußerst zweifelhaft. Begründen ließe er sich allenfalls mit dem Argument, dass die praktische Wirksamkeit der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL ohne eine solche inhaltliche Mindestvorgabe an die von den Mitgliedstaaten zu ergreifenden Maßnahmen unter keinen Umständen gewährleistet werden könne. Jede darüber hinausgehende inhaltliche Vorgabe verstieße eindeutig gegen die explizite Delegation der Auswahl der „erforderlichen Maßnahmen“ an die Mitgliedstaaten. Daraus folgt: Zwingende Voraussetzung für einen „positiven Regelungsgehalt“ der Arbeitszeit-RL in Form einer generellen Verpflichtung der Arbeitgeber zur Erfassung der gesamten tatsächlich geleisteten Arbeitszeit ist, dass eine solche Arbeitszeiterfassung das einzige geeignete Mittel ist, um die praktische Wirksamkeit der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL sicherzustellen.⁶⁷

Eine solche Behauptung wäre allerdings rein spekulativ. Ob die Kontroll- und Sanktionsdichte in einem Mitgliedstaat den Anforderungen der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL genügt, lässt sich schwerlich abstrakt verneinen, sondern regelmäßig nur durch eine Analyse der konkret ergriffenen Maßnahmen und der daraus resultierenden tatsächlichen Verhältnisse in diesem Mitgliedstaat beurteilen. Im Ergebnis ist es daher vorzugswürdig, einen „positiven Regelungsgehalt“ der Arbeitszeit-RL in Form einer generellen Verpflichtung der Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung bereits dem Grunde nach abzulehnen.⁶⁸ Die Prüfkompetenz des

⁶⁷ Höpfner/Daum, RdA 2019, 270 (273); vgl. auch Latzel, EuZA 2019, 469 (474).

⁶⁸ So dezidiert Wank, RdA 2020, 1 (8); Höpfner/Daum, RdA 2019, 270 (273 f.); a. A. Ulber, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 18; krit. zum Konflikt zwischen Rückverweisungen in das mitgliedstaatliche Recht und unionsrechtlich autonomen Festlegungen durch den EuGH auch Wank, EuZW 2018, 21 (21 ff.).

EuGH beschränkt sich dann auf die Beurteilung bestehender mitgliedstaatlicher Kontrollsysteme.

bb) Jedenfalls: Vorbehalt des Nachweises sonstiger geeigneter Maßnahmen

Selbst wenn man einen solchen „positiven Regelungsgehalt“ in Ausnahmefällen anerkennen wollte, kann dieser indes nicht vorbehaltlos gelten. Vielmehr muss es – angesichts der delegierten Kompetenz zur Auswahl der „erforderlichen Maßnahmen“ – jedem Mitgliedstaat vorbehalten bleiben, entgegen der Behauptung, eine bestimmte Maßnahme sei die allein zur Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL geeignete, den Nachweis zu erbringen, die „erforderlichen Maßnahmen“ in Form eines anderweitigen effektiven Kontroll- und Sanktionssystems ergriffen zu haben.⁶⁹ Soweit der EuGH der Arbeitszeit-RL danach mittels des *effet utile* abstrakte Mindestvorgaben zur Gestaltung der „erforderlichen Maßnahmen“ – etwa in Form von Mindestregelungen zur Arbeitszeiterfassung – entnimmt, stehen diese zwangsläufig unter dem Vorbehalt ihrer Widerlegbarkeit. Eine solche Widerlegung setzt nicht voraus, dass die vom Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen gleichermaßen wirkungsvoll sind wie eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Der Mitgliedstaat ist seiner Umsetzungspflicht vielmehr bereits dann nachgekommen, wenn er überhaupt eine hinreichend geeignete Maßnahme ergriffen hat. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, die wirksamste aller denkbaren Maßnahmen zu ergreifen.⁷⁰

Jede gegenteilige Interpretation der Arbeitszeit-RL würde die explizite Delegation der Festlegung der „erforderlichen Maßnahmen“ auf die Mitgliedstaaten und die innere Systematik der Richtlinie entgegen der Regelungsabsicht des Sekundärgesetzgebers und damit unter Verstoß gegen die unionsrechtliche Gewaltenteilung aushöhlen.

⁶⁹ Vgl. *Wank*, RdA 2020, 1 (8).

⁷⁰ So bereits *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (272 ff.).

Insoweit gilt es auch zu bedenken, dass sich in dieser Delegation das Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV niederschlägt, das für die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten von grundlegender Bedeutung ist.

cc) Jedenfalls: Keine implizite Herleitung einer flächendeckenden Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Selbst wenn man der Arbeitszeit-RL einen „positiven Regelungsgehalt“ unter Vorbehalt der Möglichkeit eines entsprechenden Nachweises sonstiger geeigneter Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten entnimmt, aus dem sich bestimmte Mindestvorgaben für die Arbeitszeiterfassung ergeben, wird dieser Regelungsgehalt jedenfalls in materieller Hinsicht durch das Unionsrecht begrenzt. Die – oben bereits angesprochenen – speziellen Zeiterfassungspflichten für bestimmte Berufsgruppen und die Genese der Arbeitszeit-RL zeigen sehr klar, dass jedenfalls eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Verpflichtung der Arbeitgeber, die Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer anlasslos und flächendeckend zu erfassen, explizit nicht geschaffen werden sollte. Varianten einer solchen Verpflichtung wurden mehrfach – etwa in der Form einer Voraussetzung der speziellen Opt-out-Regelung in Art. 22 Arbeitszeit-RL – vorgeschlagen und diskutiert. Sie konnten sich im unionsrechtlichen Gesetzgebungsverfahren zur Arbeitszeit-RL jedoch nicht, noch nicht einmal für den Sonderfall des Opt-outs, durchsetzen, wie im Folgenden zu zeigen ist.

(1) Gesetzgebungsverfahren zur RL 93/104/EG

Die RL 93/104/EG ging der heute geltenden Arbeitszeit-RL als im Wesentlichen inhaltsgleiche Vorgängerrichtlinie voraus. Der Kommissionsentwurf⁷¹ zu dieser Richtlinie aus dem Jahr 1990 bildete den ersten Entwurf einer europäischen

⁷¹ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung v. 3.8.1990, KOM(90) 317.

Gesetzgebung zur Arbeitszeitregulierung. Dieser Entwurf enthielt zwar noch keine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Das Europäische Parlament sprach sich allerdings in einem Änderungsantrag für einen Art. 12 Abs. 1a RL 93/104/EG mit folgendem Inhalt aus:

„Die Mitgliedstaaten sorgen für ein angemessenes Kontrollsystem in den Mitgliedstaaten, um die Durchsetzung der Bestimmungen in den obenstehenden Artikeln zu gewährleisten.“⁷²

Einem solchen „angemessenen Kontrollsystem“ hätten weiterreichende Anforderungen entnommen werden können als der bloßen Pflicht zur Ergreifung der „erforderlichen Maßnahmen“, die auch schon in den Art. 3, 5 und 6 RL 93/104/EG vorgesehen war. Es hätte ggf. auch als normativer Anknüpfungspunkt für eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung dienen können. Der Änderungsvorschlag wurde vom Rat jedoch verworfen und damit nicht in die RL 93/104/EG übernommen. Daraus kann allein der Schluss gezogen werden, dass der Rat die Art und Weise der Umsetzung der Begrenzung der Höchstarbeitszeiten in der RL 93/104/EG im Sinne des Subsidiaritätsprinzips weitestgehend den Mitgliedstaaten überlassen wollte und eine unionsrechtliche Regulierung der Durchsetzung der Art. 3, 5 und 6 RL 93/104/EG gerade ablehnte. Auch sonst lassen sich in der Entstehungsgeschichte der RL 93/104/EG keine Anhaltspunkte für eine unionsweite Regulierung der Arbeitszeiterfassung finden.

(2) Gesetzgebungsverfahren zur RL 2003/88/EG

Im Gesetzgebungsverfahren zur heute noch geltenden Arbeitszeit-RL 2003/88/EG wurden keine inhaltlichen Änderungen im Vergleich zur RL 93/104/EG diskutiert. Vielmehr wurden diese und weitere Vorgängerrichtlinien zum Zwecke der

⁷² Amtsbl. EG C 72/94 vom 18.3.1991.

Übersichtlichkeit und Transparenz europäischer Gesetzgebungsakte lediglich in der neuen Arbeitszeit-RL zusammengefasst.⁷³ Die Kommission hat dabei ausdrücklich klargestellt, dass sich durch diese Kodifizierung keine inhaltlichen Änderungen ergeben sollten.⁷⁴

(3) Bestrebungen zur Reform der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG

Aufschlussreicher sind die seitherigen Reformbestrebungen. So wollte die Kommission mit ihrem Vorschlag zur Reform der Arbeitszeit-RL aus dem Jahr 2004 eine Pflicht zur Erfassung der über die in Art. 6 Arbeitszeit-RL hinausgehende Arbeitszeit für den Fall verankern, dass ein Mitgliedstaat durch Opt-out gemäß Art. 22 Arbeitszeit-RL von der in Art. 6 Arbeitszeit-RL festgelegten wöchentlichen Höchstarbeitszeit abweicht. Dazu sollte in Art. 22 Arbeitszeit-RL ein Abs. 1a mit folgendem Inhalt ergänzt werden:

„In jedem Fall müssen die Mitgliedstaaten, die die im Absatz 1 vorgesehene Möglichkeit in Anspruch nehmen, die notwendigen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass [...] d) der Arbeitgeber in aktuellen Listen alle Arbeitnehmer, die eine solche Arbeit leisten, und die Zahl der effektiv geleisteten Stunden erfasst [...]“⁷⁵

Dieser erste Vorschlag erwies sich als nicht mehrheitsfähig. In einem späteren Vorschlag aus dem Jahr 2005 wurde deshalb die explizite Pflicht zur Erfassung der effektiv geleisteten Stunden wieder fallengelassen. Stattdessen hieß es in abgeschwächter Form:

⁷³ Siehe Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung v. 24.6.2002, KOM(2002) 336 endgültig, S. 2.

⁷⁴ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung v. 24.6.2002, KOM(2002) 336 endgültig, S. 2.

⁷⁵ Siehe Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung v. 22.9.2004, KOM(2004) 607 endgültig, S. 11.

„In jedem Fall müssen die Mitgliedstaaten, die die im Absatz 1 vorgesehene Möglichkeit in Anspruch nehmen, die notwendigen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass [...] d) der Arbeitgeber in aktuellen Listen alle Arbeitnehmer, die eine solche Arbeit leisten, ~~und die Zahl der effektiv geleisteten Stunden~~ erfasst, *wobei anhand dieser Listen möglich sein muss, festzustellen, dass die Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie eingehalten werden [...].*“⁷⁶

Nahezu identisch liest sich ein Gemeinsamer Standpunkt des Rates aus dem Jahr 2008.⁷⁷ Indes wurden auch diese Vorschläge, denen sich eine Pflicht zur Erfassung der geleisteten Arbeitsstunden für den Fall des Opt-outs von der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gemäß Art. 22 Arbeitszeit-RL immerhin noch mittelbar entnehmen ließ, nicht angenommen.

Insgesamt zeigt sich hiernach, dass die erforderlichen Mehrheiten für eine Pflicht zur generellen Erfassung der Arbeitszeit – sei es unmittelbar, sei es nur mittelbar – in den Reformbestrebungen seit 2003 nicht erreicht werden konnten. Überdies lässt sich den Reformvorschlägen die Auffassung der beteiligten Akteure entnehmen, dass die geltende Arbeitszeit-RL eine Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit gerade nicht vorsieht. Anders ließe sich nicht erklären, warum sich die europäischen Gesetzgebungsorgane überhaupt mit der Einführung einer solchen Pflicht für den Spezialfall eines Opt-outs gemäß Art. 22 Arbeitszeit-RL auseinandergesetzt haben. Eine solche „Spezialpflicht“ wäre im Falle einer allgemeinen Pflicht zur Arbeitszeiterfassung schlicht gegenstandslos. Damit in Einklang steht schließlich auch die im Jahr 2017 aus den Reihen der Mitgliedstaaten geäußerte Auffassung, wonach die Schwierigkeit zur

⁷⁶ Kommission, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung v. 31.5.2005, KOM(2005) 246 endgültig, S. 10 (Hervorhebung und Tilgung im Original).

⁷⁷ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 23/2008 des Rates v. 15.9.2008, ABl. C 254 E/29, dort Art. 22 Nr. 2 lit. f des Entwurfs.

Einhaltung der Vorgaben aus der Arbeitszeit-RL mit dem Fehlen einer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung zusammenhänge.⁷⁸

(4) Zwischenergebnis: Keine Entscheidung des europäischen Gesetzgebers für die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Gegen eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung spricht somit nicht nur die fehlende Verankerung im Wortlaut der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL, die innere Systematik der Richtlinie, die klar zwischen den unionsrechtlich vorgesehenen materiellrechtlichen Vorgaben zum Arbeitszeitrecht und den an die Mitgliedstaaten delegierten Durchsetzungsmaßnahmen differenziert, sowie der Umkehrschluss aus den berufsgruppenspezifischen Pflichten zur Arbeitszeiterfassung. Aus der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Arbeitszeit-RL ergibt sich darüber hinaus in aller Klarheit der Regelungswille des Sekundärgesetzgebers, eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung unionsrechtlich gerade nicht vorzuschreiben.

Verwirft der Sekundärgesetzgeber – wie in der vorliegenden Situation – die explizite Festschreibung einer bestimmten Pflicht und gibt damit zu erkennen, dass er diese Pflicht nicht für zwingend erforderlich hält, um die praktische Wirksamkeit der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL sicherzustellen, ist es methodologisch unzulässig, dass der EuGH im Rahmen der Auslegung dieser Richtlinie zum gegenteiligen Ergebnis kommt. Das gilt umso mehr, als sich die Reformvorschläge zu einer solchen Pflicht sogar auf den „arbeitszeitkritischen“ Sonderfall des Opt-outs gemäß Art. 22 Arbeitszeit-RL beschränkt hatten und noch nicht einmal für diesen Sonderfall die erforderliche politische Mehrheit erreicht wurde.

Festzuhalten ist somit: Es ist nicht vertretbar, Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL mittels des *effet utile* eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung zu entnehmen. Dies würde

⁷⁸ Vgl. dazu Kommission, Detailed report on the implementation by Member States of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time, SWD(2017) 204 final, S. 43.

Sinn und Zweck des europäischen Gesetzgebungsverfahrens – die Sicherstellung hinreichender demokratischer Legitimation durch entsprechende Mehrheitserfordernisse in Rat und Parlament – konterkarieren und in der Sache eine Rechtsfortbildung *contra legem* bedeuten. Weil die Pflicht zur generellen Arbeitszeiterfassung die erforderlichen Mehrheiten im Gesetzgebungsverfahren nachweislich nicht erreichen konnte, liefe es dem Primat der Legislative innerhalb der Europäischen Union zuwider und würde das primärrechtlich verankerte Gefüge der Gewaltenteilung zulasten des Sekundärgesetzgebers verschieben, eine solche im Wege des *effet utile* richterrechtlich zu etablieren.

dd) Folge: Keine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auf Grundlage der Arbeitszeit-RL

Die Arbeitszeit-RL schließt eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Normierung einer Pflicht der Arbeitgeber, die Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer anlasslos und flächendeckend zu erfassen, aus. Eine solche Pflicht ist weder explizit in der Arbeitszeit-RL vorgesehen noch lässt sie sich implizit – unter Heranziehung des *effet utile* – daraus ableiten. Vielmehr hat sich der Sekundärgesetzgeber klar gegen eine solche generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung positioniert. Das ergibt sich eindeutig aus dem insoweit schweigenden Wortlaut der Arbeitszeit-RL, aus dem Scheitern mehrerer Reformvorhaben der Kommission sowie im Umkehrschluss aus den bestehenden spezialgesetzlichen Aufzeichnungspflichten für bestimmte Berufsgruppen.⁷⁹

Demgegenüber fällt es in die Kompetenz der Union und des EuGH, die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen darauf zu prüfen, ob der jeweilige Mitgliedstaat die „erforderlichen Maßnahmen“ zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Vorgaben der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL ergriffen hat. Diese „negative Kontrollkompetenz“ bietet jedoch auch mit Blick auf den *effet utile* keine taugliche Grundlage für den EuGH, den

⁷⁹ Vgl. dazu auch *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (468 f.).

Mitgliedstaaten generell die Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems vorzugeben. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, die effektivste aller denkbaren Maßnahmen zur Durchsetzung der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL zu ergreifen. Es genügt vielmehr, wenn die Mitgliedstaaten (irgend-)eine erforderliche Maßnahme ergreifen. Unionsrechtlich kann sich aus der „negativen Kontrollkompetenz“ nur dann eine Pflicht zur Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems ergeben, wenn eine Analyse der vom betreffenden Mitgliedstaat konkret ergriffenen Maßnahmen und der daraus resultierenden tatsächlichen Verhältnisse in diesem Mitgliedstaat ergibt, dass die Arbeitszeiterfassung die einzige zur Durchsetzung der Richtlinienrechte geeignete Maßnahme ist. Bei dieser Prüfung durch den EuGH muss dem Mitgliedstaat der Nachweis möglich sein, dass das in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung verankerte Kontrollsystem die Einhaltung der in der Arbeitszeit-RL vorgesehenen materiellrechtlichen Arbeitszeitregelungen auch ohne ein flächendeckendes System der Arbeitszeiterfassung sicherstellt.

3. Grenzen der Auslegbarkeit des Art. 31 Abs. 2 GRC im Hinblick auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Art. 31 Abs. 2 GRC ist als Teil einer grundrechtlichen Rahmenordnung, die der Ausgestaltung durch das Sekundärrecht und ggf. die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bedarf, im Ausgangspunkt deutungsoffener als die Arbeitszeit-RL. Die Vorschrift sieht ebenfalls eine materielle Beschränkung der Höchstarbeitszeit vor, enthält im Unterschied zu Art. 6 Arbeitszeit-RL allerdings keine exakten Vorgaben. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH dieser Vorschrift in einer künftigen Entscheidung mittels des *effet utile* konkretere Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung entnimmt. Anführen ließe sich dafür dasselbe Argument wie schon im Rahmen der Auslegung des Art. 6 Arbeitszeit-RL: Es liegt im Ausgangspunkt nicht gänzlich fern, die materielle Gewährleistung zum Zwecke ihrer praktischen Wirksamkeit um das Erfordernis einer formalen Überprüfung zu ergänzen. Über diese allgemeine

Überlegung hinaus deuten indes keine Anhaltspunkte auf eine extensive Auslegung des Art. 31 Abs. 2 GRC hin.

a) Der Charakter der GRC als bloße Rahmenordnung

Gegen die Verortung einer Pflicht zur Erfassung der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden in Art. 31 Abs. 2 GRC spricht zum einen der Charakter der GRC als Rahmenordnung. Zum anderen hätte die Bejahung einer solchen Arbeitszeiterfassungspflicht zur Folge, dass die in der Arbeitszeit-RL vorgesehenen Ausnahmetatbestände zu Art. 6 Arbeitszeit-RL – namentlich die Art. 17 Abs. 1, 22 Abs. 1 Arbeitszeit-RL – primärrechtswidrig wären.⁸⁰ Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden, allein schon, weil die GRC jünger ist als die Arbeitszeit-RL und sich aus der Entstehungsgeschichte der GRC keinerlei Hinweise darauf ergeben, dass die Verfasser der Charta mit Art. 31 Abs. 2 GRC über die Vorgaben der Arbeitszeit-RL hinausgehen wollten. Eine solche Annahme würde zudem in unzulässiger Weise die materielle Gewährleistung des Grundrechts mit der Sicherstellung seiner praktischen Wirksamkeit vermengen. Die praktische Wirksamkeit sicherzustellen ist Aufgabe der dafür vorgesehenen Institutionen der Union sowie der Mitgliedstaaten, namentlich des Sekundärgesetzgebers sowie der Gesetzgeber und Behörden der Mitgliedstaaten. Dafür spricht nicht zuletzt der Sinn und Zweck der Kompetenzschutzklausel des Art. 51 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GRC.⁸¹

b) Keine Anhaltspunkte für eine extensive Interpretation durch den EuGH

Im Übrigen spricht vieles dafür, dass auch der EuGH künftig Art. 31 Abs. 2 GRC mit Blick auf das Arbeitszeitrecht nicht in vergleichbar extensiver Weise wie im Urlaubsrecht auslegen, sondern eine die gesetzgeberischen Spielräume wahrende Auslegung favorisieren wird. Dafür lassen sich einerseits bestimmte Parallelen, andererseits aber

⁸⁰ Vgl. *Latzel*, EuZA 2019, 469 (475).

⁸¹ Vgl. dazu *Streinz/Streinz/Michl*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 51 GRC Rn. 33.

auch spezifische Unterschiede zur urlaubsrechtlichen Rechtsprechung des Gerichtshofs anführen.

aa) Parallelen zur urlaubsrechtlichen EuGH-Rechtsprechung

In urlaubsrechtlichen Fallgestaltungen in der Vergangenheit orientierte sich der EuGH zum Zwecke der Auslegung des Art. 31 Abs. 2 GRC an den Vorgaben der Arbeitszeit-RL und leitete den Inhalt des Grundrechts mittelbar aus diesen Vorschriften ab („Hochzoning“).⁸² So ist etwa der Urlaubsabgeltungsanspruch zwar nicht in Art. 31 Abs. 2 GRC, sondern nur in Art. 7 Abs. 2 Arbeitszeit-RL explizit angesprochen; nach ständiger EuGH-Rechtsprechung folgt er gleichwohl auch aus Art. 31 Abs. 2 GRC, sodass entgegenstehende mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften keine Anwendung finden dürfen.⁸³ Weil der Urlaubsanspruch an sich primärrechtlich gemeinsam mit dem Anspruch auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und angemessene Ruhezeiten in Art. 31 Abs. 2 GRC und die jeweilige sekundärrechtliche Ausgestaltung gemeinsam in der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG normiert ist, ist eine Übertragung dieser Herangehensweise auf das Arbeitszeitrecht außerhalb des Urlaubsrechts denkbar.⁸⁴

Die Interpretation des Primärrechts durch eine „Hochzoning“ von Richtlinieninhalten in die GRC ist bereits im Ausgangspunkt kritisch zu sehen, weil sie zu einer Vermischung voneinander zu trennender Regelungsebenen führt.⁸⁵ Für die hier relevante Frage nach einer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung kommt erschwerend hinzu, dass schon der Arbeitszeit-RL keine ausdrücklichen und richtigerweise auch keine

⁸² Vgl. zu diesem Begriff nur *Wank*, RdA 2020, 1 (4); *Kingreen*, EuR 2010, 338 (344).

⁸³ EuGH 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16, NZA 2018, 1467 – Bauer & Willmeroth; EuGH 6.11.2018 – C-684/16, NZA 2018, 1474 – Max-Planck-Gesellschaft.

⁸⁴ Dafür etwa EuArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 7.

⁸⁵ Krit. zu diesem stetig wiederkehrenden Phänomen etwa schon *Preis*, NZA 2006, 401 (404 f.); v. *Danwitz*, JZ 2007, 697 (704 f.); *Streinz/Herrmann*, RdA 2007, 165 (168 f.); *Höpfner*, ZFA 2010, 449 (452 ff.); *Kainer*, NZA 2018, 894 (895); *Wank*, RdA 2020, 1 (3 ff.); zur Vermischung der beiden Regelungsebenen in der CCOO-Entscheidung krit. *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (275); *Wank*, RdA 2020, 1 (8); *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365 (366), die aber ausblenden, dass der Tenor Art. 31 Abs. 2 GRC nur als Auslegungshilfe („im Licht“) in Bezug nimmt; vgl. dazu unten Teil 1, II. 3. c).

ungeschriebenen Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung zu entnehmen sind.⁸⁶ Daher würde auch eine „Hochzonung“ der Richtlinienvorgaben auf die grundrechtliche Normebene nicht zur Verankerung einer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung in Art. 31 Abs. 2 GRC führen. Die Annahme einer grundrechtlichen Pflicht zur Arbeitszeiterfassung entgegen den Vorgaben der Arbeitszeit-RL wäre schließlich keine „Hochzonung“ mehr, sondern hätte sogar – gegensätzlich – die Primärrechtswidrigkeit von Teilen der Richtlinie zur Folge.⁸⁷ Diese im Ergebnis fernliegende Schlussfolgerung legt nahe, dass der EuGH Art. 31 Abs. 2 GRC auch bei grundsätzlicher Bejahung der Zulässigkeit einer „Hochzonung“ von Richtlinieninhalten keine Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung entnehmen wird.

bb) Unterschiede zur urlaubsrechtlichen EuGH-Rechtsprechung

Anders wäre dies nur zu beurteilen, wenn der EuGH ungeachtet der obenstehenden Ausführungen zu den Grenzen der Auslegung der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL zu dem Ergebnis käme, dass sich diesen Vorschriften vorbehaltlose Pflichten zur Arbeitszeiterfassung entnehmen lassen. In diesem Fall stünde theoretisch auch eine „Hochzonung“ dieser Pflichten auf die Ebene des Primärrechts durch eine extensive Auslegung des Art. 31 Abs. 2 GRC im Raum, wie sie der EuGH in der Vergangenheit insbesondere im Kontext des Urlaubsrechts mehrfach vorgenommen hat.⁸⁸

In den einschlägigen urlaubsrechtlichen Entscheidungen ging es indes jeweils darum, den *materiellen* Gehalt des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub in Art. 31 Abs. 2 GRC zu umreißen. So wurde etwa in Übereinstimmung mit der Arbeitszeit-RL festgehalten, dass

⁸⁶ Dazu oben Teil 1, I. 2.

⁸⁷ *Latzel*, EuZA 2019, 469 (475); vgl. zur möglichen Primärrechtswidrigkeit des Art. 22 Arbeitszeit-RL auch EuArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, RL 2003/88/EG Art. 22 Rn. 15.

⁸⁸ Vgl. etwa EuGH 2.9.2022 – C-518/20 und C-727/20, NZA 2022, 1323 – XP/Fraport und AR/St. Vincenz-Krankenhaus; EuGH 25.6.2020 – C-762/18 und C-37/19, NZA 2020, 1001 – QH/Varhoven und CV/Iccrea; EuGH 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16, NZA 2018, 1467 – Bauer und Willmeroth; EuGH 6.11.2018 – C-619/16, NZA 2018, 1612 – Kreuziger; EuGH 6.11.2018 – C-684/16, NZA 2018, 1474 – Max-Planck-Gesellschaft.

das Grundrecht auf bezahlten Jahresurlaub, dessen Dauer durch Art. 31 Abs. 2 GRC nicht bestimmt ist, normativ durch die Arbeitszeit-RL konkretisiert wird, sodass der grundrechtlich geschützte Urlaubsanspruch faktisch einen Umfang von mindestens vier Wochen pro Kalenderjahr beträgt.⁸⁹ Diese Herangehensweise wurde im Schrifttum zwar schon im urlaubsrechtlichen Kontext vielfach kritisiert.⁹⁰ Nichtsdestotrotz ließe sich in vergleichbarer Weise auch das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit in Art. 31 Abs. 2 GRC etwa in Einklang mit Art. 6 Arbeitszeit-RL dahingehend auslegen, dass die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden 48 Stunden pro Woche nicht überschreiten darf, obwohl sich auch dieser Wert im Wortlaut des Art. 31 Abs. 2 GRC nicht wiederfindet.⁹¹

Etwaige Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung unterscheiden sich davon in zwei wesentlichen Punkten: Erstens sind – wie bereits dargelegt – solche Vorgaben schon in der Arbeitszeit-RL nicht explizit normiert, sondern müssten dieser vom Gerichtshof unter Heranziehung des *effet utile* – entgegen der hier vertretenen Auffassung – implizit entnommen werden.⁹² Zweitens betrifft die Arbeitszeiterfassung gerade nicht die *materielle* Ausgestaltung des Rechts auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit. Vielmehr geht es lediglich um die *formale* Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit des – in seinem materiellen Gehalt im Kern unbestrittenen – Rechts. Auf diese grundlegende Differenzierung zwischen dem materiellen Kernbereich eines (Grund-)Rechts, der – jedenfalls im Urlaubsrecht – einer horizontalen Drittwirkung nach Art. 31 Abs. 2 GRC unterliegt, und den Einzelheiten der Durchsetzung eines solchen Rechts,

⁸⁹ Vgl. EuGH 8.9.2020 – C-119/19 P und C-126/19 P, BeckRS 2020, 21912 – Carreras Sequeros, Rn. 111, 118.

⁹⁰ Vgl. nur *Wank*, RdA 2020, 1 (3 ff.); *Höpfner*, RdA 2013, 16 (20 f.).

⁹¹ Dafür etwa EuArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 7; vgl. auch *ders.*, SR 2020, 45 (47, 50).

⁹² Vgl. BAG 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, BeckRS 2022, 22067 Rn. 31; *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (446 f.); oben Teil 1, I. 2. a).

die primärrechtlich nicht determiniert sind, hat jüngst auch der Präsident des Europäischen Gerichtshofs ausdrücklich hingewiesen.⁹³

Insoweit unterscheidet sich die hier relevante Konstellation maßgeblich von den ansonsten parallel liegenden Entscheidungen des EuGH zum Urlaubsrecht.⁹⁴ Angesichts dieser gewichtigen Unterschiede muss bezweifelt werden, dass der EuGH der Arbeitszeit-RL etwaige im Wege des *effet utile* entnommene Arbeitszeiterfassungsvorgaben zur Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit der Begrenzung der Höchstarbeitszeit in einem weiteren Schritt auch noch auf die Ebene des Primärrechts „hochzonen“ würde.⁹⁵

c) Zwischenergebnis

Es spricht vieles dafür, dass der EuGH seine urlaubsrechtliche Rechtsprechung zur „Hochzoning“ der Vorgaben der Arbeitszeit-RL auf den vorliegenden Fall nicht

⁹³ Vgl. den Hinweis auf den entsprechenden Diskussionsbeitrag von *Lenaerts* auf dem 10. Europarechtlichen Symposium am BAG in Erfurt im Mai 2022 im Tagungsbericht von *Burg/Wiebauer*, RdA 2022, 311 (314).

⁹⁴ Ähnlich *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (447); vgl. auch *Gallner*, SR 2020, 45 (47); vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass auch die Entscheidung EuGH 6.11.2018 – C 684/16, NZA 2018, 1474 – Max-Planck-Gesellschaft nicht die formale Sicherstellung, sondern den materiellen Gehalt des Urlaubsanspruchs betraf; die Verletzung der dort in Rede stehenden Informationspflichten führte nämlich im Ergebnis zum Verfall des Anspruchs; das Recht auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit besteht hingegen auch bei mangelnder Aufzeichnung unverändert fort, vgl. *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (4); *ders.*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 23 f.

⁹⁵ Insoweit im Ergebnis wie hier auch EuArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 7; *dies.*, SR 2020, 45 (50); *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263 (264); *Reinhard*, NZA 2019, 1313 (1314); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (275); *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (3); *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 22 ff.; *Lunk*, AnwBl 2020, 216 (220); a. A. GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 94 ff. – CCOO; *Brors*, NZA 2019, 1176 (1179); *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365 (366); *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1854); *Roetteken*, jurisPR-ArbR 23/2019 Anm. 1, unter D.; *Ulber*, NZA 2019, 677 (680); *ders.*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 66; für möglich erachtet dies auch *ErfK/Roloff*, 23. Aufl. 2023, ArbZG § 16 Rn. 6; siehe auch *Hüpers/Reese*, RdA 2020, 53 (54 f.), die sich dezidiert gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit aussprechen, es aber für wahrscheinlich erachten, dass der EuGH zum gegenteiligen Ergebnis gelangt; offenlassend *H. Hanau*, ZFA 2020, 129 (140 f. m. w. N.).

übertragen und eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auch künftig nicht grundrechtlich in Art. 31 Abs. 2 GRC verorten wird.

Letztlich kommt es darauf jedoch im Ergebnis nicht an. Zur „aktiven“ Umsetzung des Unionsrechts ist der Gesetzgeber gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV nur im Hinblick auf Richtlinien verpflichtet. Das übrige, unmittelbar geltende Unionsrecht hat er lediglich „passiv“ zu achten. Dazu zählen auch die Grundrechte der GRC. Eine praktische Bedeutung erlangt die Frage, ob eine bestimmte unionsrechtliche Vorgabe „nur“ in einer Richtlinie oder auch in einem Grundrecht nach der GRC verortet ist, vor allem für den Arbeitnehmer, der sich im Privatrechtsverkehr gegenüber seinem Arbeitgeber zwar nicht auf die Richtlinie, nach der Rechtsprechung des EuGH⁹⁶ jedoch auf bestimmte Grundrechte, etwa Art. 31 Abs. 2 und Art. 21 GRC, berufen kann.⁹⁷ Für die Frage der mitgliedstaatlichen Pflicht zur Richtlinienumsetzung spielt eine etwaige zusätzliche Verankerung eines Rechts auf grundrechtlicher Ebene in der GRC hingegen keine Rolle. Auch deshalb besteht keine Veranlassung dazu, konkrete mitgliedstaatliche Gesetzgebungsvorhaben an einer extensiven Auslegungsmöglichkeit des Primärrechts auszurichten.

4. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Der Arbeitszeit-RL lässt sich eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine generelle Pflicht der Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung vorzusehen, nicht in methodisch vertretbarer Weise entnehmen. Würde man die CCOO-Entscheidung in dieser Weise verstehen, würde sie, was noch zu

⁹⁶ Vgl. dazu nur EuGH 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16, NZA 2018, 1467 – Bauer & Willmeroth; EuGH 6.11.2018 – C-684/16, NZA 2018, 1474 – Max-Planck-Gesellschaft; EuGH 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 – Egenberger.

⁹⁷ Dazu wäre gerade im Hinblick auf die Vorgaben unmittelbar aus Art. 31 Abs. 2 GRC ggf. eine erneute Vorlage an den EuGH erforderlich, *Thüsing*, DB 2020, 1343 (1345).

zeigen sein wird, gegen die unionsrechtliche Gewaltenteilung⁹⁸ verstoßen und wäre eindeutig als contra legem zu bewerten. Gemäß Art. 6 Arbeitszeit-RL obliegt es vielmehr den Mitgliedstaaten, die „erforderlichen Maßnahmen“ zur praktischen Wirksamkeit der Begrenzung der Höchstarbeitszeiten zu ergreifen. Der EuGH kann grundsätzlich lediglich die Wirksamkeit eines bestehenden Kontroll- und Sanktionssystems am Maßstab der Pflicht zur Ergreifung der „erforderlichen Maßnahmen“ überprüfen.

Unionsrechtlich kann sich aus dieser „negativen Kontrollkompetenz“ des EuGH nur dann eine Pflicht zur Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems ergeben, wenn eine Analyse der vom betreffenden Mitgliedstaat konkret ergriffenen Maßnahmen und der daraus resultierenden tatsächlichen Verhältnisse in diesem Mitgliedstaat ergibt, dass die Arbeitszeiterfassung die einzige zur Durchsetzung der Richtlinienrechte geeignete Maßnahme ist. Hierbei muss dem Mitgliedstaat der Nachweis möglich sein, dass das in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung verankerte Kontrollsystem die Einhaltung der in der Arbeitszeit-RL vorgesehenen materiellrechtlichen Arbeitszeitregelungen auch ohne ein flächendeckendes System der Arbeitszeiterfassung sicherstellt. Die CCOO-Entscheidung wäre danach, was ebenfalls noch zu zeigen sein wird, auch dann als contra legem zu bewerten, wenn man sie dahingehend verstehen würde, dass sie von allen Mitgliedstaaten ohne Ansehung der bestehenden Kontrollsysteme in der jeweiligen Rechtsordnung verlangt, die Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung oder auch nur zur Bereitstellung eines Systems zu verpflichten, das es erlaubt, die Arbeitszeit zu erfassen.

Aus Art. 31 Abs. 2 GRC ergibt sich keine abweichende Beurteilung. Erstens ist eine etwaige grundrechtliche Verortung ohne Bedeutung für die Pflicht der Mitgliedstaaten

⁹⁸ Dem deutschen Grundsatz der Gewaltenteilung entspricht auf unionsrechtlicher Ebene das sog. Prinzip des institutionellen Gleichgewichts. Dieses gebietet es, dass jedes Organ seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausübt. Vgl. näher dazu *Goeters*, Das institutionelle Gleichgewicht – seine Funktion und Ausgestaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 138 ff. sowie aus arbeitsrechtlicher Sicht *Höpfer*, JArbR 57 (2020), 69 (73 ff.).

zur ordnungsgemäßen Umsetzung der Arbeitszeit-RL. Zweitens ist nicht zu erwarten, dass der EuGH seine urlaubsrechtliche Rechtsprechung zu Art. 31 Abs. 2 GRC auf die Frage einer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung überträgt. Diese betrifft nicht den materiellen Kerngehalt des Grundrechts, sondern stellt lediglich eine Maßnahme zur Durchsetzung der praktischen Wirksamkeit der materiellrechtlichen Arbeitszeitregelungen dar, die ihrerseits nicht Gegenstand des Grundrechts aus Art. 31 Abs. 2 GRC ist.

II. Kritische Würdigung der CCOO-Entscheidung am Maßstab der unionsrechtlichen Rechtsgrundlagen

Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Ausgangslage ist nunmehr die Entscheidung in der Rechtssache „CCOO“ kritisch zu würdigen. Für eine ordnungsgemäße Umsetzung der Arbeitszeit-RL, aber auch für die Frage, wo die unionsrechtlichen Verpflichtungen enden und die Grenze zu einer überschießenden Richtlinienumsetzung überschritten wird, ist es von zentraler Bedeutung, dass der deutsche Gesetzgeber die möglichen Lesarten der in vielerlei Hinsicht interpretationsbedürftigen Entscheidung klar vor Augen hat.

1. Der Tenor der Entscheidung und potenzielle Lesarten

Das zutreffende Verständnis der CCOO-Entscheidung muss bei ihrem Tenor ansetzen, der – zum besseren Verständnis der im Original komplizierten Satzkonstruktion leicht verkürzt⁹⁹ – wie folgt lautet:

„Die Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG [...] sind [...] dahin auszulegen, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die [...] die

⁹⁹ Die Langfassung des Tenors in der deutschen Sprachfassung findet sich zu Beginn des Rechtsgutachtens unter A.

Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“¹⁰⁰

Der Tenor lässt im Ausgangspunkt zwei alternative Lesarten zu,¹⁰¹ die im Folgenden dargestellt und diskutiert werden. Einerseits ließe er sich dahingehend verstehen, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich dazu verpflichtet sind, ihrerseits die Arbeitgeber zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu verpflichten (im Folgenden: extensive Lesart).¹⁰² Andererseits ließe er sich dahingehend verstehen, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich dazu verpflichtet sind, ihrerseits die Arbeitgeber lediglich dazu zu verpflichten, ein System vorzuhalten, das es erlaubt, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu messen (im Folgenden: restriktive Lesart).¹⁰³

2. Argumente für eine extensive Lesart

Für eine extensive Lesart, nach der das Urteil eine Pflicht der Mitgliedstaaten begründen soll, die Arbeitgeber zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten

¹⁰⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 – CCOO.

¹⁰¹ *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (468 ff.) mit ausführlicher Auseinandersetzung; *Thüsing*, DB 2020, 1343 (1345); knapp auch *Rieble/Vielmeier*, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.5.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht, 22.7.2019, Rn. 35; zur Frage, ob eine „Messung“ der Arbeitszeit zugleich auch eine „Dokumentation“ der Messergebnisse umfasst, vgl. (ablehnend) *H. Hanau*, ZFA 2020, 129 (131 ff.).

¹⁰² So verstehen die Entscheidung etwa ArbG Emden 20.2.2020 – 2 Ca 94/19, BeckRS 2020, 5213 Rn. 21; ArbG Emden 24.9.2020 – 2 Ca 144/20, BeckRS 2020, 28054 Rn. 53; ArbG Emden 9.11.2020 – 2 Ca 399/18, BeckRS 2020, 48508 Rn. 38, indes abgeändert durch LAG Niedersachsen 6.5.2021 – 5 Sa 1292/20, BeckRS 2021, 10275 und die LAG-Entscheidung bestätigt von BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, NZA 2022, 1267 Rn. 22 ff.; *ErfK/Roloff*, 23. Aufl. 2023, ArbZG § 16 Rn. 5; *Däubler/Hjort/M. Schubert/Wolmerath/Bartl*, 5. Aufl. 2022, ArbZG § 16 Rn. 6; *Leist*, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1, unter D. I.; *Roetteken*, jurisPR-ArbR 23/2019 Anm. 1, unter D.; *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 5, 22; *Rieble/Vielmeier*, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.5.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht, 22.7.2019, Rn. 35 ff.; *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 20; *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 5, 7; *Bayer*, GWR 2019, 198; *Ubber*, BB 2019, 1984; *Fuhlrott*, NZA-RR 2019, 343; *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1853); *Latzel*, EuZA 2019, 469 (470 f.); *Stück*, CCZ 2021, 260 (261).

¹⁰³ Siehe dazu *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (468 ff.); *Thüsing*, DB 2020, 1343 (1343, 1345s); *H. Hanau*, ZFA 2020, 129 (132).

Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu verpflichten, sprechen eine isolierte Betrachtung des *effet utile* (a)) und die ursprüngliche Vorlagefrage (b)). Außerdem lassen sich dafür die Auffassung des Generalanwalts (c)) sowie ggf. einzelne isolierte Passagen aus der Entscheidungsbegründung des EuGH anführen (d)).

a) *Effet utile*: Tatsächliche Aufzeichnung führt zu möglichst weitreichender Arbeitszeitkontrolle

Der EuGH zielt mit der CCOO-Entscheidung darauf ab, sicherzustellen, dass die materiellen Grenzen der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL eingehalten werden.¹⁰⁴ Eine generelle Pflicht der Arbeitgeber zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer dürfte – bei Ausblendung aller Nachteile einer derart weitreichenden Pflicht – die Erreichung dieses Ziels zumindest eher fördern als die bloße Bereitstellung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung. Lässt man die oben angesprochenen Grenzen des *effet utile* im konkreten Fall außen vor und beschränkt sich auf eine teleologische Interpretation der Entscheidung, spricht der Gedanke einer möglichst effektiven Kontrolle daher für eine extensive Lesart.

Zu bemerken ist an dieser Stelle freilich, dass die Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL die Mitgliedstaaten von vornherein nicht dazu verpflichten, unter mehreren Mitteln das effektivste auszuwählen.¹⁰⁵ Es genügt vielmehr die „erforderlichen Maßnahmen“ zu ergreifen, also ein hinreichend effektives Mittel zu wählen (ungeachtet etwaig zur Verfügung stehender noch effektiverer Mittel). Schon deshalb ist eine rein teleologische, ausschließlich den *effet utile* berücksichtigende Interpretation der CCOO-Entscheidung für sich genommen wenig aussagekräftig.

¹⁰⁴ Vgl. EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 30 ff.

¹⁰⁵ *Latzel*, EuZA 2019, 469 (474); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (272 f.); vgl. zu § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG schon *Rieble/Picker*, ZFA 2013, 383 (414).

b) Das Begehren im Ausgangssachverhalt und die ursprünglichen Vorlagefragen

In dieselbe Richtung deuten auch das Begehren im Ausgangssachverhalt sowie die ursprüngliche Frage des vorlegenden Gerichts (Audiencia Nacional). Im Ausgangssachverhalt beehrte die Arbeitnehmervereinigung CCOO festzustellen, dass die beklagte Deutsche Bank

„verpflichtet sei, ein System zur Erfassung der von ihren Mitarbeitern geleisteten täglichen Arbeitszeit einzurichten, mit dem die Einhaltung zum einen der vorgesehenen Arbeitszeit und zum anderen der Verpflichtung, die Gewerkschaftsvertreter über die monatlich geleisteten Überstunden zu unterrichten, überprüft werden könne.“¹⁰⁶

Diesem Begehren entsprechen im Wesentlichen auch die drei Vorlagefragen der Audiencia Nacional.¹⁰⁷ Das vorlegende Gericht ersuchte den EuGH erstens darum, zu bewerten, ob die spanische Rechtslage – losgelöst von der unmittelbaren Frage nach einem etwaigen Zeiterfassungssystem – die Anforderungen an die „erforderlichen Maßnahmen“ i. S. d. Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL erfüllt, die die Mitgliedstaaten zum Schutz der Vollzeitarbeitnehmer zu erlassen haben. Angesprochen war damit die oben schon behandelte „negative Kontrollkompetenz“ im Hinblick auf ein bestehendes mitgliedstaatliches Kontroll- und Sanktionssystem, die dem EuGH in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der „erforderlichen Maßnahmen“ zukommt.¹⁰⁸

Zweitens wollte die Audiencia Nacional die Vereinbarkeit der spanischen Rechtslage mit Art. 31 Abs. 2 GRC sowie den Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL prüfen lassen, soweit diese den Arbeitgeber nicht zwingt, ein Zeiterfassungssystem für Vollzeitarbeitnehmer einzuführen. Mit dieser Frage zielte das vorlegende Gericht auf eine mögliche

¹⁰⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 Rn. 19 (in NZA 2019, 683 nicht abgedruckt) – CCOO.

¹⁰⁷ Zum Ganzen EuGH 14.5.2019 – C-55/18 Rn. 28 (in NZA 2019, 683 nicht abgedruckt) – CCOO.

¹⁰⁸ Vgl. oben Teil 1., I. 2. b).

unmittelbare Wirkung des Art. 31 Abs. 2 GRC¹⁰⁹ sowie auf eine mögliche richtlinienkonforme Auslegung des spanischen Rechts ab. Jede dieser beiden Alternativen hätte, sofern der EuGH sie bejaht hätte, genügt, um dem spanischen Recht die zwingende Einführung eines solchen Systems zu entnehmen.

Drittens kam die Audiencia Nacional – im Ergebnis deckungsgleich mit Frage 2¹¹⁰ – unmittelbar auf das etwaige Erfordernis eines zwingenden Zeiterfassungssystems für Vollzeitarbeitnehmer zu sprechen, indem sie fragte, ob Spanien seinen Verpflichtungen aus der GRC und der Arbeitszeit-RL nachkomme, auch wenn es von Unternehmen nicht verlange, „ein System zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit für Vollzeitarbeitnehmer einzuführen“. Im Sinne der oben entwickelten Terminologie bezieht sich diese Frage auf einen etwaigen „positiven Regelungsgehalt“ im europäischen Primär- und Sekundärrecht in Form eines zwingenden Zeiterfassungssystems für Vollzeitarbeitnehmer.

Die Antwort auf alle drei Fragen hängt davon ab, ob das Primär- und Sekundärrecht die Mitgliedstaaten zwingt, die Arbeitgeber zu verpflichten, ein System zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit der Vollzeitarbeitnehmer einzuführen. Sinn und Zweck dieser Frage ergibt sich aus dem Kontext des Klagebegehrens im Ausgangssachverhalt, wonach eine solche Erfassung die Überprüfung der „Einhaltung zum einen der vorgesehenen Arbeitszeit und zum anderen der Verpflichtung, die Gewerkschaftsvertreter über die monatlich geleisteten Überstunden zu unterrichten“, bezwecken sollte.¹¹¹

¹⁰⁹ Das übersehen *Ulber*, NZA 2019, 677 (680) und *Broers*, NZA 2019, 1176 (1178 f.), die übereinstimmend behaupten, die Vorlagefrage hätte sich nicht auf eine etwaige unmittelbare Wirkung des Art. 31 Abs. 2 GRC erstreckt.

¹¹⁰ So auch GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 27 – CCOO.

¹¹¹ Dazu EuGH 14.5.2019 – C-55/18 Rn. 19 (in NZA 2019, 683 nicht abgedruckt) – CCOO und oben Teil 1, II. 3. b) aa) 1).

Das Begehren im Ausgangssachverhalt und die daraus resultierenden Vorlagefragen der Audiencia Nacional in ihrer ursprünglichen Form beziehen sich also auf eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Für eine extensive Lesart der EuGH-Entscheidung würde dies allerdings nur dann sprechen, wenn der Gerichtshof die Vorlagefragen im Ergebnis auch vollumfänglich bejaht hätte. Wie noch zu zeigen sein wird,¹¹² sprechen gewichtige Gründe dafür, dass dies gerade nicht der Fall ist.

c) Die Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella

Für eine weitreichende Pflicht der Mitgliedstaaten, nach der die Arbeitgeber zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer verpflichtet werden müssen, hat sich der Generalanwalt Pitruzzella in seinen Schlussanträgen vom 31. Januar 2019 ausgesprochen. Er bejaht eine solche Pflicht ausdrücklich und unmissverständlich für Vollzeit Arbeitnehmer, soweit diese nicht unter bestimmte, hier nicht näher relevante Ausnahmetatbestände fallen. Wörtlich hält er zum Ende seiner Schlussanträge (verkürzt wiedergegeben) fest:

„Art. 31 Abs. 2 [GRC] sowie die Art. 3, 5, 6, 16 und 22 [Arbeitszeit-RL] sind dahin auszulegen, dass sie den Unternehmen die Verpflichtung auferlegen, ein System zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit für Vollzeit Arbeitnehmer einzuführen, die [nicht bestimmten Ausnahmetatbeständen unterfallen], und dass sie innerstaatlichen Rechtsvorschriften entgegenstehen, aus denen eine solche Verpflichtung nicht abzuleiten ist.“¹¹³

Im Unterschied zum Tenor der CCOO-Entscheidung ist die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nach Auffassung des Generalanwalts damit zwar auf

¹¹² Vgl. unten Teil 1, II. 3. b).

¹¹³ GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 99 Nr. 1 – CCOO.

Vollzeitarbeitnehmer beschränkt.¹¹⁴ Davon abgesehen reicht seine Auffassung jedoch sehr viel weiter als die des EuGH. Die unmissverständlich befürwortete generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung im Sinne der extensiven Lesart leitet der Generalanwalt nicht nur aus der Arbeitszeit-RL, sondern auch unmittelbar aus Art. 31 Abs. 2 GRC ab. Er betont deshalb, dass einer solchen Pflicht etwaig entgegenstehende mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften nicht zur Anwendung kommen dürfen.¹¹⁵ Wie weit die Auffassung des Generalanwalts reicht, zeigt sich unter anderem auch daran, dass er die Begrenzung der Höchstarbeitszeit in einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Achtung der Menschenwürde aus Art. 1 GRC stellt.¹¹⁶

Die normative Verankerung der Arbeitszeiterfassungspflicht in den Schlussanträgen ist im Ergebnis für die Interpretation der CCOO-Entscheidung des EuGH unmittelbar ohne Relevanz. Es wird aber deutlich, dass jedenfalls der Generalanwalt der Auffassung ist, aus der Arbeitszeit-RL und der GRC sei – von Ausnahmetatbeständen abgesehen – eine generelle Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit von Vollzeitarbeitnehmern herzuleiten und die ursprünglich gestellte Vorlagefrage sei in diesem Sinne zu verstehen sowie zu beantworten.

d) Weitere Passagen in den Entscheidungsgründen

In den Entscheidungsgründen finden sich weitere Ausführungen, die sich als Argumente für eine extensive Interpretation der Entscheidung anführen lassen könnten.

¹¹⁴ So schon die insoweit zutreffende Interpretation der Vorlagefragen der Audiencia Nacional durch GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 29 – CCOO; nach einer Aufzeichnungspflicht auch für Teilzeitarbeitnehmer hatte die Audiencia Nacional nicht gefragt, sodass der EuGH insoweit über die Vorlagefrage hinausging, vgl. unten Teil 1, II. 3. b) aa).

¹¹⁵ GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 99 Nr. 3 – CCOO.

¹¹⁶ GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 36 – CCOO; anders dagegen der EuGH selbst, worauf *Gallner*, SR 2020, 45 (47, 49 f.) hinweist.

Diesen Ausführungen kommt allerdings kein besonders großes Gewicht zu, da die Entscheidungsgründe insgesamt nicht stringent sind und teilweise erhebliche Diskrepanzen zwischen den unterschiedlichen Sprachfassungen der Entscheidung bestehen.

So verweist der EuGH in Rn. 50 auf die Notwendigkeit einer mitgliedstaatlichen Verpflichtung, „von einem Instrument Gebrauch zu machen, mit dem die Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden objektiv und verlässlich festgestellt werden kann“.¹¹⁷ Die deutsche Sprachfassung spricht damit für eine Pflicht zum tatsächlichen Einsatz des Zeiterfassungssystems. Bereits an dieser Stelle ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die anderen Sprachfassungen des Urteils, insbesondere die spanische Originalfassung, eine solche Interpretation gerade nicht stützen.¹¹⁸

Ein weiteres Argument könnte sich aus Rn. 51 des Urteils ergeben. Dort heißt es:

„Im Übrigen ist es ohne ein System, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, für einen Arbeitnehmer ebenso schwierig oder gar praktisch unmöglich, die tatsächliche Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit – unabhängig von deren Dauer – sicherzustellen.“¹¹⁹

Allerdings spricht auch diese Passage aus den Entscheidungsgründen nicht zwingend für eine Pflicht der Arbeitgeber zum tatsächlichen Einsatz eines Arbeitszeiterfassungssystems. Die Wendung „gemessen werden kann“ lässt sich zwanglos auch dahingehend interpretieren, dass es genügt, wenn der Arbeitgeber ein System vorhält, das es dem Arbeitnehmer erlaubt, seine tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden zu messen.

¹¹⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 50.

¹¹⁸ Vgl. dazu unten Teil 1, II. 3. d) aa).

¹¹⁹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 51.

Entsprechendes gilt für das vom EuGH in Rn. 55 angeführte Argument, der Arbeitnehmer befinde sich im Arbeitsverhältnis in einer schwächeren Position als der Arbeitgeber. Auch daraus lässt sich nicht zwingend der Schluss ziehen, dass der Arbeitgeber zur tatsächlichen Nutzung eines Arbeitszeiterfassungssystems verpflichtet sein muss. Auch mit Blick auf die (tatsächliche oder vermeintliche) Schwäche des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis¹²⁰ genügt es zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Arbeitszeitvorgaben, wenn der Arbeitgeber verpflichtet ist, ein System zur Zeiterfassung vorzuhalten und dem Arbeitnehmer den Einsatz dieses Systems zu ermöglichen. Das sowohl im deutschen als auch im europäischen Recht geltende Maßregelungsverbot¹²¹ schützt Arbeitnehmer, die von diesem Zeiterfassungssystem Gebrauch machen, vor Repressalien des Arbeitgebers.

Als weiteres Argument für eine extensive Interpretation der Entscheidung wird angeführt, dass die Kontrolle durch Behörden und Gerichte durch eine generelle Aufzeichnung der erbrachten Arbeitszeit erleichtert wird (Rn. 56 der Entscheidungsgründe).¹²² Das Argument ist nicht von der Hand zu weisen. Allerdings erleichtert bereits die Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems die behördliche Kontrolle. Die Aufsichtsbehörde kann nämlich nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen Regelungen, in Deutschland also nach § 17 Abs. 2 ArbZG im Fall eines drohenden Verstoßes gegen das Arbeitszeitgesetz, den Arbeitgeber zur Nutzung des vorgehaltenen Zeiterfassungssystems verpflichten. Rn. 56 der Entscheidungsgründe ist insofern im Zusammenhang mit Rn. 57 zu lesen. Dort führt der EuGH das Argument an, dass die Behörden „ohne ein solches System [...] kein wirksames Mittel [haben], sich den Zugang zu objektiven und verlässlichen Daten über die von den Arbeitnehmern in den einzelnen Unternehmen geleistete Arbeitszeit zu verschaffen“.¹²³

¹²⁰ Zur Kritik an dieser Argumentation Höpfner/Daum, RdA 2019, 270 (273).

¹²¹ Vgl. dazu unten Teil 1, II. 3. d) bb).

¹²² EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 56.

¹²³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 57 (Hervorhebung durch Verf.).

Damit bleibt als Argument für die extensive Lesart der Entscheidung im Wesentlichen nur der Verweis des EuGH in Rn. 59 darauf, dass eine Rechtsordnung, die den Arbeitgeber nicht zur „Messung der geleisteten Arbeitszeit“ verpflichtet, die in Art. 3, 5 und 6 der Arbeitszeit-RL verankerten Rechte aushöhlen könne.¹²⁴

3. Argumente für eine restriktive Lesart

Für die restriktive Lesart, nach der die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, ihrerseits die Arbeitgeber lediglich dazu zu verpflichten, ein System vorzuhalten, das es erlaubt, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu messen, lassen sich demgegenüber folgende Umstände anführen: der Wortlaut des Tenors (a)), die Genese der Vorlagefrage, vor allem ihre Umdeutung durch den EuGH (b)), die auffälligen Diskrepanzen zwischen den Formulierungen des EuGH und denjenigen des Generalanwalts (c)) sowie einige weitere Ausführungen in den Entscheidungsgründen (d)).

a) Der Wortlaut des Tenors

Schon der Wortlaut des Tenors spricht – richtig verstanden – für die genannte restriktive Lesart, sofern man nicht allein die missverständliche deutsche Sprachfassung der Entscheidung zugrunde legt (dazu aa)). Insbesondere sprechen die englische und die französische Fassung, vor allem aber die spanische Originalfassung der Entscheidung sehr klar gegen die extensive Lesart und für eine bloße Pflicht zur Vorhaltung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung (bb)).

aa) Der missverständliche Wortlaut in der deutschen Übersetzung

Die deutsche Übersetzung der letzten und insofern maßgeblichen Passage des Tenors

¹²⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 59.

„[...] ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“

ist mehrdeutig. Die extensive Lesart kommt zwar im Wortlaut dieser Passage nicht explizit – etwa durch eine klare Formulierung wie „Die Mitgliedstaaten müssen die Arbeitgeber verpflichten, die geleistete tägliche Arbeitszeit zu erfassen.“ – zum Ausdruck. Ein entsprechendes Verständnis ist aber möglich, wenn man den mehrdeutigen Begriff *kann* durch eine der folgenden, synonymen Konstruktionen substituiert:

- „[...] ein System einzurichten, das die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit zu messen *vermag*“ oder
- „[...] ein System einzurichten, das dazu *fähig/in der Lage/imstande ist*, die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit zu messen“.

Entscheidend kommt es nach diesem Verständnis darauf an, was es bedeutet, ein solches System „einzurichten“. Dies könnte – im Sinne der extensiven Lesart – implizieren, dass das System in der Praxis auch tatsächlich zum Einsatz kommen muss. Im Kontext der ursprünglichen Vorlagefrage, die auf einen solchen tatsächlichen Einsatz bezogen formuliert war, und der Ausführungen des Generalanwalts, der eine Pflicht zum tatsächlichen Einsatz bejahte, liegt ein solches Verständnis sogar nahe.

Ein ganz anderes Verständnis drängt sich indes auf, wenn man den Begriff *kann* – im Sinne der restriktiven Lesart – durch die synonyme Konstruktion

- „[...] ein System einzurichten, das es *zulässt/erlaubt/gestattet*, die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit zu messen“

substituiert. Soll das System die Messung nur zulassen, erlauben bzw. gestatten, beschränkt sich die „Einrichtung“ auf das Zurverfügungstellen eines Erfassungssystems und verlangt nicht, dass die Messung auch tatsächlich anlasslos und flächendeckend

vorgenommen wird. Ohne den Kontext der ursprünglichen Vorlagefrage und der Ausführungen des Generalanwalts liegt diese Lesart sogar näher.¹²⁵

Welche der beiden Lesarten bei einer isolierten Betrachtung der deutschen Übersetzung im Ergebnis überzeugender erscheint, kann freilich dahinstehen. Die Mehrdeutigkeit der deutschen Sprachfassung des Tenors vermag allenfalls zu erklären, warum die Rezeption der CCOO-Entscheidung gerade im deutschsprachigen Schrifttum in ganz unterschiedliche Richtungen deutet.

bb) Die klare Formulierung im spanischen Original

Die deutsche Fassung ist allerdings für die zutreffende Lesart des Tenors nicht maßgeblich. Gemäß Art. 40 EuGH-Verfahrensordnung werden EuGH-Entscheidungen zwar in allen Amts- und Arbeitssprachen der EU¹²⁶ veröffentlicht. Gemäß Art. 41 EuGH-Verfahrensordnung ist aber allein die Verfahrenssprache – hier also die spanische Fassung – verbindlich.

Das zutreffende wörtliche Verständnis des Tenors soll deshalb anhand einer Analyse dieser spanischen Originalfassung aufgezeigt werden. In dieser Fassung lautet der Tenor in seinen wesentlichen Auszügen wie folgt:

„Los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE [...] deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que [...] no

¹²⁵ Plakativ *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (468): „Kann‘ heißt nicht ‚muss‘.“ Siehe auch *H. Hanau*, ZFA 2020, 129 (132): „Der EuGH hat deshalb nicht mehr, aber auch nicht weniger festgestellt, als dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, ein System einzurichten, mit dem die Arbeitszeit gemessen werden kann. Er hat nicht verlangt, dass die Arbeitszeit unter allen Umständen auch gemessen werden muss. Vielmehr muss lediglich, aber immerhin jederzeit die Möglichkeit dazu bestehen, um die Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie einhalten zu können.“

¹²⁶ Vgl. Art. 1 EG-SprachregelungsVO v. 15.4.1958.

impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que *permita computar* la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.“¹²⁷

Dem missverständlichen deutschen *kann* entspricht also das spanische *permita*, auf das es hiernach zur Auflösung der deutschen Mehrdeutigkeit entscheidend ankommt. Dessen Infinitiv *permitir* lässt sich mit den deutschen Verben *zulassen, erlauben, gestatten, dulden* oder *tolerieren* übersetzen, nicht aber mit *vermögen* oder *zu etwas fähig/in der Lage/imstande sein*.

Als Alternative zur missverständlichen Übersetzung durch den Sprachendienst des EuGH (vgl. Art. 42 EuGH-Verfahrensordnung) kommen hiernach nur Formulierungen im Sinne der restriktiven Lesart des Tenors in Betracht, etwa wie folgt:

„Die Art. 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG [...] sind [...] dahin auszulegen, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die [...] die Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein System einzurichten, *das es zulässt/erlaubt/gestattet, die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit zu messen*.“¹²⁸

Bekräftigt wird dieser Befund durch die englische und die französische Fassung, die der spanischen insoweit eher entsprechen als die deutsche:

- „Articles 3, 5 and 6 of Directive 2003/88/EC [...] must be interpreted as precluding a law of a Member State that [...] does not require employers to set up a system *enabling* the duration of time worked each day by each worker *to be measured*.“¹²⁹

¹²⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (in NZA 2019, 683 nur auf Deutsch) – CCOO (Hervorhebung durch Verf.).

¹²⁸ Abwandlung von EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683; Abweichungen zur Übersetzung durch den EuGH-Sprachendienst hervorgehoben.

¹²⁹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (in NZA 2019, 683 nur auf Deutsch) – CCOO (Hervorhebungen durch Verf.).

- „Les articles 3, 5 et 6 de la directive 2003/88/CE [...] doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui [...] n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système *permettant de mesurer* la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur.“¹³⁰

Der Wortlaut des Tenors spricht damit im authentischen und nach Art. 41 EuGH-Verfahrensordnung allein maßgeblichen spanischen Original, aber auch in der englischen und der französischen Sprachfassung schon für sich genommen sehr eindeutig für eine restriktive Lesart der CCOO-Entscheidung.

b) Der veränderte Bezugspunkt der Vorlagefrage

Dieses Bild verstärkt sich, wenn man die Genese der Vorlagefrage miteinbezieht. Sie zeigt auf, dass sich zwar die vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen noch stimmig aus dem Begehren der im Ausgangssachverhalt klagenden CCOO ergeben. Der EuGH beantwortet aber nicht – auch nicht sinngemäß – die drei Vorlagefragen, wie sie das vorlegende Gericht gestellt hat. Diese laufen eigentlich auf eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, also auf die extensive Lesart hinaus.¹³¹ Von dieser Lesart weicht die Interpretation dieser Fragen durch den EuGH in einem bestimmten, entscheidenden Punkt ab. Auch diese Abweichung legt im Ergebnis nahe, dass die CCOO-Entscheidung – entgegen der ursprünglich gestellten Vorlagefrage – im Sinne der restriktiven Lesart zu verstehen ist.

aa) Zur Interpretation der Vorlagefrage durch den EuGH

Es ist durchaus üblich, dass der EuGH die vom vorlegenden Gericht gestellten Vorlagefragen interpretiert, umformuliert und ggf. zusammenfasst, um eine aus seiner Sicht

¹³⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (in NZA 2019, 683 nur auf Deutsch) – CCOO (Hervorhebung durch Verf.).

¹³¹ Dazu oben Teil 1, II. 2. b).

sinnvolle Entscheidung zu ermöglichen. Das Ziel dieser Vorgehensweise ist eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts, dessen Zweck das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV dient. Insofern verwundert es im Ausgangspunkt nicht, dass der EuGH die drei oben bereits erörterten, vergleichsweise kompliziert gestellten Vorlagefragen zu einer gemeinsamen Frage zusammenfasst und gemeinsam beantwortet hat. Bemerkenswert ist indes, *wie* er die Vorlagefragen interpretiert hat. Wörtlich konstatiert der EuGH:

„Mit seinen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Art. 3, 5, 6, 16 und 22 der Richtlinie 2003/88 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1, Art. 11 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 3 der Richtlinie 89/391 sowie Art. 31 Abs. 2 der Charta dahin auszulegen sind, dass sie der Regelung eines Mitgliedsstaats 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.“¹³²

Diese Interpretation bildet die Vorlagefragen der Audiencia Nacional nicht exakt ab, sondern weist gleich mehrere Abweichungen auf. Eindeutig ist das zunächst hinsichtlich des erfassten Personenkreises: Während die Audiencia Nacional alle drei Vorlagefragen explizit auf Vollzeit Arbeitnehmer beschränkte, erweitert der EuGH die Vorlagefrage ohne weitere Begründung auf „einen jeden Arbeitnehmer“, was auch Teilzeitbeschäftigte einschließt. Diese Erweiterung muss vor allem deshalb verwundern, weil Verstöße gegen die materiellen Grenzen der Arbeitszeit-RL bei Teilzeitarbeitnehmern regelmäßig sehr viel seltener auftreten dürften und die Begrenzung der Vorlagefragen der Audiencia Nacional auf Vollzeit Arbeitnehmer daher sachdienlich erscheint.

¹³² EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 29 – CCOO.

bb) Bedeutungswandel der Vorlagefrage durch geänderten Bezugspunkt des Begriffs „permita“

Im vorliegenden Zusammenhang bedeutsamer ist indes eine weitere Diskrepanz zwischen den Vorlagefragen und ihrer Interpretation durch den EuGH: Während die Audiencia Nacional wissen wollte, ob das Unionsrecht die Mitgliedstaaten zwingt, die Arbeitgeber zu verpflichten, *ein System zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit der Arbeitnehmer einzuführen*, setzte der EuGH zur Beantwortung der Frage an, ob die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten müssen, *ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann*.

In der deutschen Übersetzung fällt der Unterschied aufgrund der oben im Hinblick auf den Tenor in der deutschen Sprachfassung dargelegten Mehrdeutigkeit des Begriffs „kann“ weniger auf. Deutlich wird der geänderte Bezugspunkt zwischen der Vorlagefrage des spanischen Gerichts und der Interpretation dieser Frage durch den EuGH jedoch wiederum unter Heranziehung des spanischen Originals.

Das Ausgangsbegehren bezog sich hier auf

„un sistema de registro de la jornada laboral diaria que realiza su plantilla, que permita comprobar el cumplimiento [...]“,¹³³

also auf ein System zur Erfassung der täglich geleisteten Arbeitszeit („sistema de registro“), das es erlaubt, die Einhaltung der Vorgaben der Arbeitszeit-RL zu überprüfen („permita comprobar“). Bezugspunkt des Begriffs „permita“ im Begehren im Ausgangsverfahren ist also die Möglichkeit zur Überprüfung („comprobar“) anhand der erfolgten Aufzeichnung.

¹³³ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 Rn. 19 (in NZA 2019, 683 nicht abgedruckt) – CCOO (Hervorhebungen durch Verf.).

Dem entsprechen die Vorlagefragen 2 und 3, die schlicht – ohne Bezugspunkt auf einen etwaigen Sinn und Zweck dieser Pflicht – formulieren, ob Arbeitgeber zur

„establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva“,¹³⁴

also zur Einrichtung eines Systems zur Erfassung der täglich geleisteten Arbeitszeit („sistema de registro“) verpflichtet sind. Der Begriff „permite“ kommt in den Vorlagefragen nicht vor. Impliziter Bezugspunkt der Vorlagefragen ist aber unverändert die Möglichkeit, anhand erfolgter Aufzeichnungen die Einhaltung der materiellen Grenzen aus der Arbeitszeit-RL überprüfen zu können. Er deckt sich hiernach mit dem Klagebegehren im Ausgangssachverhalt.

Der für das Verständnis des EuGH-Urteils entscheidende Bruch entsteht durch die Interpretation dieser Vorlagefragen durch den Gerichtshof. Dieser bezieht den Begriff „permite“ nicht mehr auf die *Möglichkeit zur Überprüfung* („comprobar“) der Vorgaben aus der Arbeitszeit-RL anhand durch das Zeiterfassungssystem gewonnener Daten, sondern auf die *Möglichkeit, diese Daten durch eine Aufzeichnung überhaupt erst zu gewinnen* („computar“):

„la obligación de establecer un sistema que *permite computar* la jornada laboral diaria realizada“. ¹³⁵

Das Begriffspaar *permite comprobar* aus dem Klagebegehren im Ausgangssachverhalt hat sich durch diese Interpretation also zum Begriffspaar *permite computar* gewandelt. Damit ging es nun nicht mehr um die Frage, ob ein Arbeitszeiterfassungssystem es zulässt, die Einhaltung von Höchstarbeitszeiten zu überprüfen, sondern nur noch darum, ob ein System es zulässt, die Arbeitszeit überhaupt zu erfassen. Aus einem

¹³⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 Rn. 28, Vorlagefragen 2 und 3 (in NZA 2019, 683 nicht abgedruckt) – CCOO.

¹³⁵ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 Rn. 29 – CCOO (Hervorhebung durch Verf.).

“sistema de registro de la jornada diaria” wurde ein “sistema que permita computar la jornada diaria”.

cc) Schlussfolgerungen aus der Veränderung der Vorlagefrage

Über die Gründe für die Veränderung des Bezugspunkts der Vorlagefrage gibt der EuGH keine Auskunft. Es spricht allerdings wenig dafür, sie als Zufälligkeit oder gar als Resultat eines Übersetzungsfehlers im Laufe des Verfahrens abzutun und ihr keinerlei inhaltliche Bedeutung beizumessen. Dafür hält der EuGH den geänderten Bezugspunkt in den weiteren Ausführungen ab Rn. 29 der Entscheidungsgründe bis hin zum Tenor zu konsequent durch. Das zeigt sich besonders deutlich in den Rn. 64 f.: Hier stellt der EuGH die spezialgesetzlich für bestimmte Arbeitnehmergruppen explizit vorgesehene „Verpflichtung zur Erfassung der Arbeitszeit“ („la obligación de registrar el tiempo de trabajo“) der dazu nur „ähnliche[n] Verpflichtung“ der „Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems“ gegenüber, „mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete täglichen Arbeitszeit gemessen werden kann“ („la obligación similar consistente en implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada diaria efectiva“).¹³⁶

Viel näher liegt deshalb die Schlussfolgerung, dass der EuGH mit seiner Interpretation der Vorlagefragen gerade nicht dasselbe gemeint hat, was die Audiencia Nacional von ihm wissen wollte, sondern diese bewusst abweichend interpretiert hat. Über die Gründe hierfür kann man nur spekulieren. Vielleicht geschah dies, um über die politisch heikle und sowohl in unionsrechtlichen als auch in mitgliedstaatlichen Gesetzgebungsverfahren umstrittene Pflicht zur generellen Erfassung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit schon gar nicht entscheiden zu müssen. Denkbar ist insbesondere, dass der EuGH sich an der Bejahung einer solchen Pflicht – angesichts der im 1. Teil

¹³⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 64 f. – CCOO.

des Gutachtens dargelegten Grenzen der Auslegbarkeit der Arbeitszeit-RL: richtigerweise – gehindert sah und durch die Umformulierung zumindest ein noch vertretbares „Mindestmaß“ an Verpflichtung im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung sicherstellen wollte. Die geänderte Formulierung könnte dabei auch das Ergebnis eines Kompromisses in den Beratungen der Großen Kammer des EuGH – einem immerhin 15-köpfigen Kollegialorgan, Art. 27 Abs. 1 S. 1 EuGH-Verfahrensordnung – darstellen.

Jedenfalls sind die gesamte Entscheidungsbegründung zur Beantwortung der abweichend interpretierten Vorlagefrage und der daraus resultierende Tenor in diesem Licht zu lesen. Dieser Analyse folgend beantwortet der EuGH in der CCOO-Entscheidung also nicht die Frage, ob ein System eingerichtet werden muss, das es – lies: durch die erfolgte Aufzeichnung – erlaubt, die Einhaltung der Vorgaben der Arbeitszeit-RL zu überprüfen. Vielmehr verhält er sich nur zu der Frage, ob ein System eingerichtet werden muss, das es überhaupt erst erlaubt, die Arbeitszeit zu erfassen. Im Ergebnis spricht nach allem auch die Genese der Vorlagefrage für diese restriktive Lesart.

c) Diskrepanzen zwischen den Entscheidungsgründen des EuGH und den Schlussanträgen des Generalanwalts

Für die restriktive Lesart sprechen nicht zuletzt auch die auffälligen Diskrepanzen zwischen den Schlussanträgen des Generalanwalts Pitruzzella und den Entscheidungsgründen des CCOO-Urteils. So weicht der EuGH mit der Erweiterung der Vorlagefrage auf alle Arbeitnehmer einschließlich Teilzeitarbeitnehmern auch von der Auffassung des Generalanwalts ab.¹³⁷ Umgekehrt leitet er die tenorierten Vorgaben anders als der

¹³⁷ Vgl. oben Teil 1, II. 2. c).

Generalanwalt nur aus der Arbeitszeit-RL, nicht aber unmittelbar aus Art. 31 Abs. 2 GRC ab¹³⁸ und positioniert sich insoweit im Ergebnis restriktiver als der Generalanwalt.¹³⁹

Auch die weiteren Ausführungen des Gerichtshofs, die von den Vorlagefragen der Audiencia Nacional abweichen, sprechen für eine bewusste Distanzierung von den Schlussanträgen einschließlich des vom Generalanwalt vorgeschlagenen Tenors. Während sich der EuGH dem Wortlaut nach – wie gezeigt – nur auf ein System bezieht, das es zulässt, die Arbeitszeit zu erfassen, plädiert der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen – insoweit in Einklang mit den Vorlagefragen der Audiencia Nacional – ausdrücklich für eine Pflicht zur tatsächlichen Arbeitszeiterfassung. Explizit formuliert er, die Mitgliedstaaten müssten den Unternehmen die Verpflichtung auferlegen,

„ein System zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit für Vollzeitarbeitnehmer einzuführen [...]“.¹⁴⁰

Demgegenüber heißt es im Tenor der Entscheidung des Gerichtshofs lediglich, die Arbeitgeber seien zu verpflichten,

„ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“¹⁴¹

Die Diskrepanzen nicht nur zur Vorlagefrage, sondern wiederum auch zu den Schlussanträgen des Generalanwalts sind auffällig.¹⁴² Während der EuGH sich in den meisten Fällen der Auffassung des Generalanwalts anschließt, ist dies hier gerade nicht der Fall.

¹³⁸ Vgl. den Tenor EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 – CCOO: „[...] im Licht von Art. 31 Abs. 2 GRC [...]“; ebenso *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263 (264); *Reinhard*, NZA 2019, 1313 (1314); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (275); *Leist*, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1, unter D. II.; *Wank*, RdA 2020, 1 (8); *Thüsing*, DB 2020, 1343 (1345); wohl auch EuArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 5; offenlassend BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, NZA 2022, 1267 Rn. 23 m. w. N.

¹³⁹ Vgl. *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (275).

¹⁴⁰ GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 99 Nr. 1 – CCOO.

¹⁴¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 – CCOO.

¹⁴² Dazu auch *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (468).

Insofern gilt das Gleiche wie bei der Diskrepanz zwischen den Vorlagefragen der Audiencia Nacional und ihrer Interpretation durch den EuGH: Es liegt fern, diese Abweichungen von den Schlussanträgen des Generalanwalts als zufällig abzutun. Viel wahrscheinlicher ist es, dass der EuGH insoweit ganz bewusst abweichende Formulierungen gewählt hat. Das gilt für die Erweiterung auf alle Arbeitnehmer einschließlich Teilzeitarbeitnehmern und die Einschränkungen hinsichtlich der Rechtsgrundlage (kein unmittelbarer Rekurs auf Art. 31 Abs. 2 GRC)¹⁴³ ebenso wie für den Bezugspunkt des Zeiterfassungssystems (System, das es nur zulassen muss, die Arbeitszeit stundengenau zu erfassen). Diese letzte Diskrepanz zu den Schlussanträgen des Generalanwalts spricht nach allem – ebenso wie schon der Wortlaut des Tenors und die Genese der Vorlagefrage – deutlich für die restriktive Lesart.

d) Weitere Passagen in den Entscheidungsgründen

aa) Die Bedeutung der Begriffe „utilizar“ und „permita determinar“ in Rn. 50

Wie oben bereits angedeutet, ist die deutsche Sprachfassung von Rn. 50 zumindest missverständlich übersetzt. Ein Blick in die spanische Originalfassung, aber etwa auch in die englische Sprachfassung ergibt eine von der deutschen Fassung deutlich abweichende Lesart. Im spanischen Original lautet die betreffende Passage (wiederum verkürzt):

„[...] una normativa nacional que no establezca la obligación de utilizar un instrumento que permita determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal no puede asegurar [...] el efecto útil de los derechos que confieren el artículo 31, apartado 2, de la Carta y [la Directiva 2003/88 ...].”

¹⁴³ Dazu *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (3); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (275); *Hüpers/Reese*, RdA 2020, 53 (54 f.).

Hierbei ist zu beachten, dass das spanische Wort „utilizar“ nicht zwangsläufig mit dem deutschen „Gebrauch zu machen“ übersetzt werden muss. Als Alternative hierzu kommt auch der Ausdruck „zu nutzen“ in Betracht, der im Kontext der Entscheidung einem weniger weitreichenden Verständnis zugänglich ist. Von einer „Nutzung“ kann schon dann gesprochen werden, wenn der Arbeitgeber ein entsprechendes System nur bereitstellt und die Entscheidung über das „Ob“ und ggf. den Umfang des „Gebrauchmachens“ von diesem System im Sinne einer tatsächlichen Erfassung der Arbeitszeit der freiwilligen Entscheidung des Arbeitnehmers überlässt. Zudem findet sich auch in dieser Passage die im Deutschen mehrdeutige „kann“-Übersetzung des spanischen „permita“. Löst man diese Konstruktion analog zur oben angeführten weniger missverständlichen Übersetzung des Tenors auf, lässt sich die betreffende Passage aus Rn. 50 der Entscheidung insgesamt wie folgt übersetzen:

„Da die Mitgliedstaaten [...] alle erforderlichen Maßnahmen treffen müssen, um die Beachtung der Mindestruhezeiten zu gewährleisten und jede Überschreitung der wöchentlichen Arbeitszeit zu verhindern, ist eine nationale Regelung, die keine Verpflichtung vorsieht, *ein Instrument zu nutzen, das es erlaubt, die Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden objektiv und verlässlich festzustellen*, [...] nicht geeignet, die praktische Wirksamkeit der von Art. 31 Abs. 2 der Charta und von [der Richtlinie 2003/88/EG] verliehenen Rechte sicherzustellen, da weder die Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer überprüfen können, ob diese Rechte beachtet werden [...].“¹⁴⁴

Dafür spricht etwa auch die englische Sprachfassung. In dieser lautet die Rn. 50:

¹⁴⁴ Abwandlung von EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 50 – CCOO; Abweichungen zur Übersetzung durch den EuGH-Sprachendienst hervorgehoben.

„[...] an obligation to have recourse to an instrument that enables the objective and reliable determination of the number of hours worked each day and each week [...].”

Auch diese Passage lässt sich zwanglos übersetzen als „Verpflichtung, auf ein Instrument zurückzugreifen, das die objektive und zuverlässige Bestimmung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit ermöglicht“.

bb) Keine Festlegung der aufzeichnenden Person

Für diese Übersetzung spricht noch ein weiterer Umstand: Der EuGH sieht ein Problem in Bezug auf die praktische Wirksamkeit der unionsrechtlich garantierten Rechte ausweislich der eben zitierten Passage nur dann, wenn weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer überprüfen kann, ob diese Rechte beachtet werden.¹⁴⁵

Steht dem Arbeitnehmer ein entsprechendes System zur stundenweisen Erfassung seiner Arbeitszeit zur Verfügung, ist er aber unproblematisch dazu in der Lage, die Einhaltung seiner Höchstarbeitszeiten zu überprüfen; er muss das System einfach nur benutzen. In diesem Zusammenhang lesenswert ist die Argumentation des 5. Senats des BAG, der in einem Verfahren über Überstundenvergütungen zur Interessenlage der Parteien die Zumutbarkeit von Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitszeiten durch den Arbeitnehmer selbst mit klaren Worten bejahte. Wörtlich konstatierte das BAG:

„Stellt ein Arbeitnehmer aber fest, dass er unbezahlte Überstunden leisten muss, *gebietet es schon die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, sich Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitszeiten zu machen*. Der Arbeitnehmer kann aus eigener Wahrnehmung vortragen, auf welche Art und Weise der Arbeitgeber die entstandenen Überstunden veranlasst hat. Es besteht kein sachlicher

¹⁴⁵ A. A. offenbar *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 31, der die kumulative Aufzählung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der „weder-noch-Konstruktion“ der zitierten Passage aus der Entscheidung unterschlägt.

Grund, dem Arbeitgeber insoweit eine sekundäre Darlegungslast zuzuweisen. Dies kommt nur in Betracht, wenn der darlegungs- und beweispflichtigen Partei die nähere *Darlegung der erforderlichen Tatsachen nicht möglich oder nicht zumutbar ist*, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Die darlegungspflichtige Partei müsste also, obwohl sie alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, ihrer primären Darlegungslast – objektiv – nicht nachkommen können. Nur dann genügt nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast das einfache Bestreiten des Gegners der primär darlegungspflichtigen Partei nicht. *In einer solchen Situation befindet sich der Arbeitnehmer in einem Rechtsstreit über die Vergütung von Überstunden jedoch nicht.*¹⁴⁶

Sind dem Arbeitnehmer vergütungsrechtlich Aufzeichnungen über die eigene Arbeitszeit zumutbar, kann arbeitszeitrechtlich nichts anderes gelten. Die Interessenlage ist insofern identisch. Dagegen spricht auch nicht der Hinweis des EuGH darauf, dass der Arbeitnehmer sich in einer strukturell schwächeren Position befindet, die ihn davon abhalten könnte, seine Rechte geltend zu machen.¹⁴⁷ Mit diesem Hinweis formuliert der EuGH lediglich den allgemeinen Maßstab seiner folgenden, auf die konkrete Frage der Arbeitszeiterfassung bezogenen Ausführungen.¹⁴⁸ Dieser Maßstab ist zwar im Hinblick auf das Maßregelungsverbot fragwürdig, das nicht nur in Deutschland gilt (§ 612a BGB), sondern auch eine Entsprechung im Unionsrecht hat¹⁴⁹ und das es dem Arbeitgeber untersagt, den Arbeitnehmer für die Geltendmachung von Verstößen gegen das Arbeitszeitgesetz zu sanktionieren. Darauf kommt es aber im Ergebnis nicht an, weil

¹⁴⁶ BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, NZA 2022, 1267 Rn. 28 f. (Hervorhebungen durch Verf.).

¹⁴⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 44 f. – CCOO.

¹⁴⁸ So explizit EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 46 – CCOO: „*Im Licht dieser allgemeinen Erwägungen ist zu prüfen*, ob und inwieweit die Einrichtung eines Systems, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, erforderlich ist, um die tatsächliche Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit sowie der täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten sicherzustellen.“ (Hervorhebung durch Verf.).

¹⁴⁹ Vgl. zu den geschriebenen und ungeschriebenen Maßregelungsverboten im Unionsrecht *Höpfer/Daum*, RdA 2019, 270 (273).

auch der EuGH aus seinem allgemeinen Maßstab keine Schlussfolgerungen zieht, die gegen die restriktive Lesart seines Tenors sprechen.

Vielmehr hält der Gerichtshof in den folgenden Ausführungen zunächst fest, ohne ein System der Arbeitszeiterfassung könne die Zahl der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden nicht objektiv und verlässlich ermittelt werden, sodass der Arbeitnehmer nicht in der Lage sei, seine Rechte aus Art. 31 Abs. 2 GRC und der Arbeitszeit-RL durchzusetzen.¹⁵⁰ Das trägt aber zur Diskussion, ob die Ausführungen des EuGH für eine restriktive oder eine extensive Lesart seines Tenors sprechen, nichts bei. Richtigerweise ist der Arbeitnehmer, wie der 5. Senat des BAG zutreffend festgestellt hat, schon durch die Bereitstellung eines entsprechenden Systems ohne weiteres in die Lage, seine Arbeitszeit objektiv und verlässlich festzustellen und damit seine Rechte durchzusetzen.

Das sieht offenbar auch der EuGH selbst so, wenn er weiter ausführt, dass der Zeugenbeweis allein nicht als wirksames Beweismittel angesehen werden könne, weil der Arbeitnehmer aufgrund seiner schwächeren Stellung möglicherweise zögern könnte, entsprechende Zeugenaussagen zu tätigen.¹⁵¹ Hätte der EuGH auch die bloße Bereitstellung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung als unzureichend angesehen, um die schwächere Position des Arbeitnehmers auszugleichen, wäre er darauf an dieser Stelle eingegangen. Stattdessen hält er umgekehrt fest, ein System, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, biete *diesen*, also den Arbeitnehmern, ein besonders wirksames Mittel, einfach zu objektiven und verlässlichen Daten über die von ihnen geleistete tatsächliche Arbeitszeit zu gelangen.¹⁵² Offenbar teilt der EuGH also die Einschätzung des 5. Senats des BAG, wonach Aufzeichnungen durch die Arbeitnehmer selbst diesen durchaus zumutbar sind.

¹⁵⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 47 f. – CCOO.

¹⁵¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 55 – CCOO.

¹⁵² EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 56 – CCOO.

Dazu passt auch, dass der EuGH, wie bereits dargelegt, in Rn. 65 die aus der CCOO-Entscheidung folgende Verpflichtung nur als „ähnliche Verpflichtung“ zu den spezialgesetzlichen Pflichten zur tatsächlichen Erfassung der Arbeitszeit bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern¹⁵³ qualifiziert.¹⁵⁴ Würde man die CCOO-Entscheidung extensiv verstehen, wäre die daraus folgende Verpflichtung nicht ähnlich, sondern identisch mit diesen spezialgesetzlichen Erfassungspflichten.¹⁵⁵

Hiernach sprechen auch die Ausführungen des EuGH in den Rn. 44 ff. im Ergebnis also jedenfalls nicht für die extensive, sondern viel eher für die restriktive Lesart.

4. Ergebnis

Als Ergebnis einer Analyse der CCOO-Entscheidung des EuGH lässt sich festhalten: Das Urteil ist mehrdeutig und weist einen erheblichen Interpretationsspielraum auf. Im Ergebnis sind zwei Interpretationsmöglichkeiten denkbar: Einerseits ist eine extensive Lesart möglich. Danach sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich dazu verpflichtet, ihrerseits die Arbeitgeber zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu verpflichten. Andererseits lässt sich das Urteil im Sinne einer restriktiven Lesart auch dahin verstehen, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich dazu verpflichtet sind, ihrerseits die Arbeitgeber lediglich dazu zu verpflichten, ein System vorzuhalten, das es erlaubt, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu messen.

Für beide Lesarten lassen sich Argumente anführen. Die überwiegenden und stärkeren Argumente sprechen jedoch für die restriktive Lesart.¹⁵⁶ Das gilt insbesondere, wenn man die nach Art. 41 EuGH-Verfahrensordnung allein verbindliche spanische Original-

¹⁵³ Dazu EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 64 – CCOO.

¹⁵⁴ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 65 – CCOO.

¹⁵⁵ Vgl. auch *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (468 f.).

¹⁵⁶ Ebenso *Thüsing*, DB 2020, 1343 (1343); *H. Hanau*, ZFA 2020, 129 (132).

fassung bei der Interpretation berücksichtigt. Der Tenor der Entscheidung in der spanischen Sprachfassung, die vom EuGH vorgenommene Änderung des Bezugspunkts der ursprünglich gestellten Vorlagefragen sowie die Abweichungen von den Schlussanträgen des Generalanwalts sind gewichtige Argumente für eine restriktive Interpretation der Entscheidung. Entgegen der Auffassung des BAG¹⁵⁷ müssen die Arbeitgeber daher unionsrechtlich nicht zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer verpflichtet werden, sondern lediglich dazu, ein System vorzuhalten, das es erlaubt, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu messen.

III. Zur begrenzten Umsetzungspflicht des deutschen Gesetzgebers

Dieser Befund einer im Ergebnis mehrdeutigen EuGH-Entscheidung stellt den deutschen Gesetzgeber, der zur ordnungsgemäßen Umsetzung der Arbeitszeit-RL verpflichtet ist, vor Schwierigkeiten, auf die unter 1. einzugehen ist. Dabei wird sich zeigen, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Arbeitszeit-RL zulässigerweise die oben herausgearbeitete restriktive Lesart der CCOO-Entscheidung zugrunde legen darf.

Die Umsetzungspflicht des Gesetzgebers ist zudem noch aus einem weiteren Grund begrenzt: Der CCOO-Entscheidung liegt ein spanischer Sachverhalt zugrunde. Der EuGH entscheidet zwar allgemein über die Auslegung des Unionsrechts, hier also der Arbeitszeit-RL. Seine Ausführungen müssen jedoch stets im Kontext des vorgelegten Sachverhalts und der rechtlichen Ausgangsbedingungen im entsprechenden Mitgliedstaat gelesen werden. Eine unbesehene Übertragung auf das deutsche Recht scheidet von vornherein aus, zumal die Entscheidung des Gerichtshofs unmittelbar ohnehin nur für die im Ausgangsverfahren entscheidenden Gerichte verbindlich ist. Außerhalb dieses

¹⁵⁷ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 22 f.

Verfahrens entfaltet das Urteil jedoch keine Erga-omnes-Wirkung, erst recht nicht gegenüber den Organen eines nicht betroffenen Mitgliedstaates.¹⁵⁸ Auf die aus diesem Grund gebotene Kontextualisierung der Entscheidung ist unter 2. näher einzugehen.

1. Berechtigung des Umsetzungsgesetzgebers zu einer „gesetzeskonformen“ Interpretation der CCOO-Entscheidung

In Teil 1 II. des Rechtsgutachtens wurde herausgearbeitet, dass die CCOO-Entscheidung hinsichtlich der Reichweite der Regulierung der Arbeitszeiterfassung zwei unterschiedlichen Lesarten zugänglich ist. Der nationale Gesetzgeber muss daher zunächst entscheiden, welche Interpretation er seiner Umsetzung der vom EuGH entwickelten unionsrechtlichen Vorgaben zugrunde legt. Im Gegensatz zu den mitgliedstaatlichen Gerichten hat der Gesetzgeber nicht die Möglichkeit, den EuGH im Wege eines Vorabverfahrens anzurufen, um eine Klärung der inhaltlichen Vorgaben für die Umsetzung im nationalen Recht herbeizuführen.

Vor diesem Hintergrund könnte eine Möglichkeit darin bestehen, die weiterreichende, extensive Lesart zugrunde zu legen. Auf der einen Seite wäre dies für den nationalen Gesetzgeber der sicherste Weg, da er den unionsrechtlichen Vorgaben hierdurch ohne jeden Zweifel nachkommt. Rechtlich wäre dieser Weg ohne Weiteres zulässig, weil die Arbeitszeit-RL – wie jede arbeitsrechtliche Richtlinie (vgl. Art. 153 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b AEUV) – dem Prinzip der Mindestharmonisierung folgt (Art. 1 Abs. 1 Arbeitszeit-RL).

Auf der anderen Seite bietet diese Vorgehensweise eine Reihe von Nachteilen, die nicht unterschlagen werden dürfen. Sofern nur ein Teil der europäischen Mitgliedstaaten nach der Maxime des „sichersten Weges“ handelt, führt dies dazu, dass der Zweck der unionalen Rechtsetzung, die Vereinheitlichung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Gewährleistung eines europäischen Binnenmarktes, beeinträchtigt wird. Zwar sieht

¹⁵⁸ Vgl. dazu nur Calliess/Ruffert/*Wegener*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV Rn. 50 f.

Art. 153 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b AEUV eine ausdrückliche Ausnahme vom Grundsatz der vollständigen Harmonisierung vor. Der Hintergrund der Vorschrift ist jedoch die Respektierung der originären politischen Entscheidung in den Mitgliedstaaten, den Arbeitnehmern ein höheres Schutzniveau zu gewähren, als dies von den europäischen Richtlinien vorgegeben wird.¹⁵⁹ Ein solcher Fall ist gerade nicht gegeben, wenn ein Mitgliedstaat auslegungsbedürftige Vorgaben des EuGH nach der Maxime des „sichersten Weges“ interpretiert.

Handeln alle europäischen Mitgliedstaaten nach dieser Maxime, droht zwar keine Ausdifferenzierung des Arbeitnehmerschutzniveaus in Europa. Der vorausseilende Gehorsam mit der Vorwegnahme der strengsten Interpretation der EuGH-Entscheidung führt jedoch zu einer „Putativbindung“ der Mitgliedstaaten, die eine faktische Ausweitung des Unionsrechts zu Lasten der Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten zur Folge hat, für die es – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt – keine klare rechtliche Grundlage gibt.

In jedem Fall bedeutet die vorausseilende Umsetzung nach der Maxime des „sichersten Weges“ unmittelbar eine Einengung der politischen Handlungsspielräume des nationalen Gesetzgebers. Es besteht also ein Spannungsfeld zwischen einer möglichst rechtssicheren Umsetzung der Richtlinie und der Wahrung der politischen Handlungsspielräume des Gesetzgebers im nationalen Recht (dazu näher a)).

Dieses Spannungsfeld könnte im Fall der CCOO-Entscheidung idealerweise durch eine erneute Vorlage eines nationalen Gerichts aufgelöst werden, durch die der EuGH die Gelegenheit zu einer erneuten Stellungnahme und Konkretisierung der Vorgaben in der Rechtssache „CCOO“ erhielte.¹⁶⁰ Arbeitsrechtliche Präzedenzfälle aus jüngerer Vergangenheit sind die Vorlagebeschlüsse in der Rechtssache „KHS“¹⁶¹ im Anschluss an die

¹⁵⁹ Vgl. dazu generell EuArbR/*Franzen*, 4. Aufl. 2022, Art. 153 AEUV Rn. 55 ff.

¹⁶⁰ Vgl. dazu *Thüsing*, DB 2020, 1343 (1345); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (276, 280).

¹⁶¹ EuGH 22.11.2011 – C-214/10, NZA 2011, 1333 – KHS.

Entscheidung „Schultz-Hoff“¹⁶² sowie in der Rechtssache „Asklepios“¹⁶³ im Nachgang zur Entscheidung „Alema-Herron“.¹⁶⁴ Weil sich dem Umsetzungsgesetzgeber diese Möglichkeit indes nicht bietet (dazu b)), muss er nach anderen Leitlinien suchen, nach deren Maßgabe er mit der Interpretationsbedürftigkeit umgeht. Eine mögliche Leitlinie ergibt sich dabei aus den normativen Grundlagen der Entscheidung selbst: Nach hier vertretener Auffassung sollte der Umsetzungsgesetzgeber seiner Umsetzung, wenn eine mögliche Lesart mit den gesetzlichen Grundlagen der Entscheidung in Einklang zu bringen ist, die andere hingegen nicht, die „gesetzeskonforme“ Lesart zugrunde legen (c)). Das führt im konkreten Fall dazu, dass der deutsche Gesetzgeber von der oben herausgearbeiteten restriktiven Lesart der CCOO-Entscheidung auszugehen hat (d)). Sofern er darüber hinausgeht, handelt es sich nicht mehr um eine verpflichtende Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben, sondern um eine eigenständige rechtspolitische Entscheidung des deutschen Gesetzgebers. Es ist dann ein Gebot der politischen Ehrlichkeit, diese rechtspolitische Entscheidung als solche offenzulegen und sich der politischen Diskussion zu stellen, anstatt sich auf eine vermeintliche Bindung an Vorgaben des EuGH zurückzuziehen.

a) Das Spannungsfeld zwischen der Maxime des „sichersten Weges“ und der Wahrung politischer Handlungsspielräume

Würde der nationale Gesetzgeber unklare und mehrdeutige unionsrechtliche Vorgaben, insbesondere aufgrund einer Entscheidung des EuGH, stets nach der Maxime des „sichersten Weges“ extensiv und damit ggf. überschießend umzusetzen, hätte dies spiegelbildlich eine Reduzierung des politischen Gestaltungsspielraums im nationalen Recht zur Folge. Dieser Gestaltungsspielraum ist aber gerade wesentypisch für Richtlinien (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV). Dies gilt umso mehr, wenn diese Richtlinien – wie im

¹⁶² EuGH 20.1.2009 – C-350/06 u. a., NZA 2009, 135 – Schultz-Hoff.

¹⁶³ EuGH 27.4.2017 – C-680/15 u. a., NZA 2017, 571 – Asklepios.

¹⁶⁴ EuGH 18.7.2013 – C-426/11, NZA 2013, 835 – Alema-Herron.

Arbeitsrecht notwendigerweise – mindestharmonisierend ausgestaltet sind und überdies den betreffenden Regelungsbereich – wie im vorliegenden Fall – explizit in den (politischen) Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten zurückverweisen. Auf diese Weise trägt etwa die Arbeitszeit-RL der begrenzten Kompetenzübertragung in Art. 153 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b AEUV und dem dahinterstehenden Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV Rechnung. Diese ausdifferenzierte und primärrechtlich gewollte Kompetenzverteilung darf nicht durch eine – einer EuGH-Entscheidung entspringende – Unsicherheit über die korrekte Umsetzung überlagert und durch eine im Zweifel überschießende Umsetzung im Ergebnis zunichtegemacht werden.

Es wäre dem Umsetzungsgesetzgeber deshalb zwar rechtlich erlaubt, das Spannungsfeld zwischen einer gesichert richtlinienkonformen Umsetzung und der Wahrung politischer Handlungsspielräume zugunsten der ersteren aufzulösen. Rechtlich verpflichtet ist der Umsetzungsgesetzgeber hierzu aber nicht. Auch aus rechtspolitischer Sicht sollte der nationale Gesetzgeber aufgrund der damit verbundenen, oben dargestellten Nachteile sich nicht an der Maxime des „sichersten Weges“ ausrichten.

b) Keine Möglichkeit zur Anrufung des EuGH durch den Gesetzgeber

Für den Umsetzungsgesetzgeber besteht – wie bereits dargelegt – keine Möglichkeit, den Gerichtshof um eine erneute Stellungnahme zu ersuchen und ihm damit die Gelegenheit zur Klarstellung der unionsrechtlichen Vorgaben für die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten zu bieten. Vielmehr können nur die Gerichte der Mitgliedstaaten¹⁶⁵ den EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV anrufen und um die Auslegung der Verträge sowie der Handlungen der Organe ersuchen, zu denen neben Sekundärrechtsakten auch die Entscheidungen des EuGH und die darin enthaltenen

¹⁶⁵ Vgl. EuArbR/*Höpfner*, 4. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV Rn. 18 f.

„richterrechtlichen“ Vorgaben zählen.¹⁶⁶ Letztinstanzlich sind sie bei Entscheidungserheblichkeit hierzu sogar verpflichtet, Art. 267 Abs. 3 AEUV. Auf diesem Wege ließen sich die teilweise unklaren Vorgaben aus der CCOO-Entscheidung präzisieren.

Weil die übrigen Akteure, zu denen auch die mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgeber zählen, diese Möglichkeit nicht haben, bleibt ihnen nur, die Arbeitszeit-RL und die dazu ergangene CCOO-Entscheidung des EuGH möglichst treffsicher zu interpretieren. Dazu lassen sich auch die unverbindlichen Stellungnahmen der Kommission zur Auslegung der Arbeitszeit-RL heranziehen,¹⁶⁷ was schon deshalb ratsam ist, weil die Kommission nach Art. 258 Abs. 1 AEUV über die Einleitung eines etwaigen Vertragsverletzungsverfahrens entscheidet. Diese Stellungnahmen geben allerdings über die hier relevanten Unklarheiten des Unionsrechts keinen Aufschluss, allein schon deshalb, weil die Stellungnahme der Kommission zur Auslegung der Arbeitszeit-RL aus dem Jahr 2017¹⁶⁸ die CCOO-Entscheidung des EuGH vom Mai 2019 noch nicht berücksichtigen konnte.

c) Die gesetzeskonforme Interpretation als Leitlinie für den Umgang mit mehrdeutigen EuGH-Entscheidungen

Der Gesetzgeber kommt also nicht umhin, die Arbeitszeit-RL eigenständig zu interpretieren, um einen etwaigen Umsetzungsbedarf feststellen zu können. Dabei muss er die CCOO-Entscheidung berücksichtigen, die aber ihrerseits der Interpretation bedarf und die beiden oben diskutierten denkbaren Lesarten zulässt.

¹⁶⁶ Siehe Art. 104 Abs. 2 EuGH-Verfahrensordnung; EuArbR/*Höpfner*, 4. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV Rn. 8.

¹⁶⁷ Vgl. die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG v. 24.5.2017, ABl. 2017/C 165/01.

¹⁶⁸ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG v. 24.5.2017, ABl. 2017/C 165/01.

aa) Die Leitlinie der gesetzeskonformen Interpretation

Zum Verständnis der CCOO-Entscheidung steht dem Umsetzungsgesetzgeber neben dem Tenor und den Gründen des Urteils sowie den – hier allerdings unergiebig – Stellungnahmen der Kommission selbstverständlich auch die Arbeitszeit-RL zur Verfügung, auf der die Entscheidung basiert und deren Umsetzung in Rede steht. Das ergibt sich bereits daraus, dass der EuGH selbst an die Vorgaben der Richtlinien gebunden ist, sofern diese nicht ihrerseits gegen europäisches Primärrecht verstoßen.¹⁶⁹ Die Richtlinie erlangt eine umso größere Bedeutung, je unklarer und interpretationsoffener die Entscheidung des Gerichtshofs ist.

Bei mehreren möglichen Lesarten einer die umzusetzende Richtlinie betreffenden EuGH-Entscheidung, von denen eine mit der Richtlinie in Einklang zu bringen und die andere als Entscheidung *contra legem* zu bewerten ist, sollte der nationale Gesetzgeber für die Umsetzung der Richtlinie deshalb eine „gesetzeskonforme“ Interpretation der Entscheidung des Gerichtshofs zugrunde legen.¹⁷⁰ Diese Maxime weist strukturelle Parallelen zur systemkonformen (d.h. insbesondere verfassungskonformen, richtlinienkonformen und primärrechtskonformen) Auslegung von Gesetzen auf, deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht infrage steht.¹⁷¹

Eine solche gesetzeskonforme Interpretation von EuGH-Entscheidungen durch den Umsetzungsgesetzgeber gefährdet nicht die einheitliche Anwendung des Unionsrechts. Die einheitliche Umsetzung von Richtlinien ist von vornherein der latenten Gefahr von Fehldeutungen durch die Umsetzungsgesetzgeber ausgesetzt. Dies gilt insbesondere

¹⁶⁹ Vgl. etwa EuGH 26.4.1972 – 92/71, Slg. 1972, 231 Rn. 5.

¹⁷⁰ Vgl. zum Ansatz einer solchen „unionsrechtskonformen Auslegung von EuGH-Urteilen“ zur Vermeidung eines Ultra-vires-Diktums oder eines Verstoßes gegen die deutsche Verfassungsidentität unter Heranziehung des Grundsatzes eines kooperativen Miteinanders der Gerichte EuGH 26.2.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1415 – Åkerberg Fransson mit der Interpretation dieser Entscheidung in BVerfG 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 Rn. 91 – Antiterrordatei. Freilich hätte dem BVerfG – anders als dem vorliegend betroffenen Umsetzungsgesetzgeber – auch die Möglichkeit einer klärenden Vorlagefrage an den EuGH offen gestanden.

¹⁷¹ Vgl. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 151 ff.

dann, wenn zu der umzusetzenden Richtlinie eine mehrdeutige EuGH-Entscheidung existiert. Der Versuch einer möglichst zutreffenden Interpretation von solchen Urteilen des Gerichtshofs unter Heranziehung ihrer gesetzlichen Grundlagen erhöht diese Gefahr jedoch nicht. Vielmehr wirkt er ihr entgegen, weil erst die Heranziehung der gesetzlichen Grundlagen eine sachlich fundierte Auswahl zwischen mehreren denkbaren Lesarten der Entscheidung ermöglicht.

Ohnehin ist das Risiko, eine mehrdeutige Entscheidung anders als vom EuGH intendiert zu interpretieren, dem EuGH selbst zuzurechnen. Es ist die Aufgabe des Gerichtshofs selbst, den Tenor und die Entscheidungsgründe möglichst präzise zu formulieren. Hätte er im vorliegenden Fall ein extensives Verständnis der Arbeitszeiterfassung beabsichtigt, hätte er dies – etwa durch Übernahme der Formulierung aus den Schlussanträgen des Generalanwalts Pitruzzella¹⁷² – klar zum Ausdruck bringen können.

Schließlich existiert mit dem Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 f. AEUV eine hinreichende verfahrensrechtliche Absicherung, um eine etwaige Fehldeutung durch den Umsetzungsgesetzgeber wieder zu beseitigen. Die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wird im Ergebnis also nicht gefährdet, sodass aus der Perspektive des Unionsrechts keine Einwände gegen die Leitlinie der gesetzeskonformen Interpretation von EuGH-Entscheidungen durch Umsetzungsgesetzgeber bestehen.

bb) Die Contra-*legem*-Judikatur als Maßstab der gesetzeskonformen Interpretation

Gerade im Arbeitsrecht sieht sich der EuGH immer wieder dem Vorwurf ausgesetzt, dass Entscheidungen des Gerichtshofs als ausbrechende Rechtsakte *ultra vires* zu qualifizieren sind. Konkret wurde insbesondere die Mangold-Entscheidung¹⁷³ kontrovers

¹⁷² GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 99 – CCOO.

¹⁷³ EuGH 22.11.2005 – C-144/04, NZA 2005, 1345 – Mangold.

diskutiert.¹⁷⁴ Seit einiger Zeit ist mit dem Fall *Egenberger* eine weitere Verfassungsbeschwerde anhängig, bei der ein Ultra-vires-Akt des EuGH im Raum steht.¹⁷⁵

Allerdings ist die Ultra-vires-Doktrin des BVerfG¹⁷⁶ von vornherein nur für die Fälle relevant, in denen die Bindung des vorliegenden deutschen Gerichts und ggf. der Instanzgerichte im Ausgangsverfahren¹⁷⁷ an die Entscheidung des EuGH in Rede steht. Für die Beantwortung von Rechtsfragen, die sich dem nationalen Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung einer Richtlinie stellen, kommt es demgegenüber nicht darauf an, ob eine für diesen Mitgliedstaat nicht unmittelbar bindende Entscheidung des EuGH die Kriterien der Ultra-vires-Doktrin erfüllt. Für eine gesetzeskonforme Interpretation einer mehrdeutigen EuGH-Entscheidung ist allein relevant, dass eine der möglichen Lesarten der Entscheidung gegen das geschriebene Unionsrecht verstößt, mit anderen Worten also *contra legem* ist.

Die Qualifikation einer EuGH-Entscheidung als *contra legem* ist eine genuin unionsrechtliche Kategorie, während die Einordnung als Ultra-vires-Rechtsakt sich nach den vom BVerfG aus dem Grundgesetz entwickelten Grundsätzen und daher nach deutschem Recht richtet. Erfüllen Handlungen von Unionsorganen, zu denen insbesondere EuGH-Entscheidungen zählen, die Ultra-vires-Kriterien des BVerfG, entfalten sie in

¹⁷⁴ Vgl. insbesondere *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Strein*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009; die Entscheidung wurde allerdings bestätigt durch BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (308 ff.) – Honeywell; a. A. Sondervotum *Landau*, BVerfGE 126, 286, 318 (324 ff.).

¹⁷⁵ BVerfG, unter dem Az. 2 BvR 934/19, gerichtet gegen BAG 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455; dem liegt die Entscheidung EuGH 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 – *Egenberger* zugrunde; vgl. auch EuGH 11.9.2018 – C-68/17, NZA 2018, 1187 – IR. Vgl. aber andererseits die Entscheidungen EuGH 15.7.2021 – C-804/18 und C-341/19, NJW 2021, 2715 – IX/WABE und MH Müller Handels GmbH/MJ, die den Konflikt zwischen der Rechtsprechung von BVerfG und von EuGH zur Frage der konfessionellen Neutralität entschärfen.

¹⁷⁶ Vgl. zu den Kriterien eines Ultra-vires-Rechtsaktes BVerfG 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u. a., BVerfGE 154, 17 Rn. 110 ff. – PSPP.

¹⁷⁷ Vgl. zu dieser begrenzten Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen *Calliess/Ruffert/Wegener*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV Rn. 50.

Deutschland keine Rechtswirkungen.¹⁷⁸ Weil die CCOO-Entscheidung nur die Gerichte im spanischen Ausgangsverfahren, nicht aber den deutschen Gesetzgeber unmittelbar rechtlich bindet,¹⁷⁹ passt bereits die Rechtsfolge dieser Doktrin nicht zu der vorliegenden Konstellation. Darüber hinaus kann es im Kontext der Umsetzungsgesetzgebung auch nicht zu einem entsprechenden Rechtsstreit vor dem BVerfG kommen, der aber verfahrensrechtliche Voraussetzung für die Annahme eines Ultra-vires-Aktes wäre.¹⁸⁰

Im Gegensatz zur Ultra-vires-Kontrolle geht es bei der gesetzeskonformen Interpretation nicht um die Unanwendbarkeit einer Entscheidung des Gerichtshofs, sondern im Gegenteil darum, die betreffende Entscheidung im Rahmen des Umsetzungsaktes zutreffend zu interpretieren und dadurch den der Entscheidung zugrundeliegenden Sekundärrechtsakt ordnungsgemäß in das nationale Recht umsetzen zu können. Ihr Geltungsgrund besteht darin, dass davon auszugehen ist, dass der EuGH selbst seine Entscheidung in Einklang mit den zugrundeliegenden Rechtsakten treffen will. Die gesetzeskonforme Interpretation der EuGH-Entscheidung lässt sich damit sogar als Ausprägung des Prinzips der Unionsrechtsfreundlichkeit verstehen.¹⁸¹

Maßstab für eine gesetzeskonforme Interpretation ist danach allein, dass die Entscheidung in einer möglichen Lesart als mit ihren gesetzlichen Grundlagen vereinbar, in der anderen Lesart hingegen als *contra legem* zu bewerten ist. *Contra legem* ist die Entscheidung, wenn sie sich als methodisch nicht mehr vertretbar erweist.

¹⁷⁸ Grundlegend BVerfG 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92 u. a., BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht; ausdifferenzierend BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (302 ff.) – Honeywell; BVerfG 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u. a., BVerfGE 154, 17 Rn. 105 ff. – PSPP.

¹⁷⁹ Vgl. generell zur Bindungswirkung von Entscheidungen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren Calliess/Ruffert/*Wegener*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV Rn. 50 f.

¹⁸⁰ Zur zwingenden Vorlagepflicht aller Gerichte an das BVerfG vor Annahme eines Ultra-vires-Aktes BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (354) – Lissabon; BVerfG 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u. a., BVerfGE 142, 123 Rn. 155 – OMT.

¹⁸¹ Vgl. dazu BVerfG 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 Rn. 91 – Antiterrordatei.

d) Anwendung auf die CCOO-Entscheidung

Im Folgenden werden die Grundsätze der gesetzeskonformen Interpretation auf die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache „CCOO“ angewendet. Dazu sind die beiden unter Teil 1, II. herausgearbeiteten Interpretationsmöglichkeiten der EuGH-Entscheidung jeweils separat daraufhin zu überprüfen, ob sie als noch vertretbar oder als *contra legem* zu qualifizieren sind.

aa) Prüfung der Vereinbarkeit der extensiven Lesart mit der Arbeitszeit-RL

Nach der extensiven Lesart der CCOO-Entscheidung sind die Mitgliedstaaten unionsrechtlich verpflichtet, ihrerseits die Arbeitgeber zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu verpflichten. Eine solche Interpretation würde die Grenzen einer methodologisch zulässigen Interpretation der Arbeitszeit-RL jedoch weit überschreiten und wäre damit eindeutig als *contra legem* zu bewerten.¹⁸²

Nach den Ergebnissen von Teil 1, I. dieses Gutachtens sieht die Arbeitszeit-RL in ihrem „positiven Regelungsgehalt“ weder explizit noch implizit eine Pflicht der Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung vor. Vielmehr überantwortet sie die zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Arbeitszeitvorgaben erforderlichen Maßnahmen ausdrücklich an die Mitgliedstaaten. Das ergibt sich in aller Deutlichkeit aus dem Wortlaut und der inneren Systematik der Arbeitszeit-RL, dem Umkehrschluss aus den bestehenden spezialgesetzlichen Aufzeichnungspflichten für bestimmte Berufsgruppen und nicht zuletzt dem Scheitern mehrerer Reformvorhaben auf europäischer Ebene, die just eine derartige – wenngleich sogar inhaltlich nur eingeschränkte – Pflicht zur Arbeitszeiterfassung zum Gegenstand hatten.

¹⁸² Kritisch auch *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (447); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (274); *Jacobs*, ZFA 2019, 265.

Der EuGH kann grundsätzlich lediglich die Wirksamkeit eines bestehenden Kontroll- und Sanktionssystems am Maßstab der Pflicht zur Ergreifung der „erforderlichen Maßnahmen“ überprüfen. Aus dieser „negativen Kontrollkompetenz“ des EuGH kann unionsrechtlich – wie oben gezeigt wurde – nur dann eine Pflicht zur Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystems folgen, wenn eine Analyse der vom Mitgliedstaat konkret ergriffenen Maßnahmen und der daraus resultierenden tatsächlichen Verhältnisse in diesem Mitgliedstaat ergibt, dass die Arbeitszeiterfassung die einzige zur Durchsetzung der Richtlinienrechte geeignete Maßnahme ist. Hierbei muss dem Mitgliedstaat darüber hinaus der Nachweis möglich sein, dass das in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung verankerte Kontrollsystem die Einhaltung der in der Arbeitszeit-RL vorgesehenen materiellrechtlichen Arbeitszeitregelungen auch ohne eine verpflichtende flächendeckende Arbeitszeiterfassung sicherstellt. Daran würde auch eine – ohnehin nicht überzeugende – „Hochzoning“ des Richtlinieninhalts auf die Ebene des Art. 31 Abs. 2 GRC nichts ändern.

Schließlich lässt sich dieses extensive Verständnis auch nicht mithilfe des Effet-utile-Grundsatzes methodologisch legitimieren. Der effet utile ist nicht geeignet, die in der Arbeitszeit-RL eindeutig geregelte Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten beiseite zu schieben. Das Gewicht des effet utile bemisst sich vielmehr danach, inwieweit der europäische Gesetzgeber bei der Normsetzung Umstände berücksichtigt hat, die die Wirkkraft der Richtlinie von vornherein abschwächen. Die Auslegung nach dem effet utile hängt somit selbst wieder von einer Interpretation ab, mit der die Reichweite der vom Gesetzgeber intendierten Wirkkraft bestimmt wird.¹⁸³ Für die Arbeitszeit-RL bedeutet dies, dass der effet utile von vornherein durch die Entscheidung des Richtliniengebers begrenzt wird, den Mitgliedstaaten keine konkreten Maßnahmen zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Arbeitszeitvorgaben verbindlich vorzuschreiben, sondern die nähere Ausgestaltung den Mitgliedstaaten zu überlassen.

¹⁸³ *Potacs*, EuR 2009, 465 (474).

Aufgrund des sich daraus ergebenden weiten Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten beschränkt sich der Effet-utile-Grundsatz im vorliegenden Fall darauf, einen nachlässigen Vollzug des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten zu verhindern.¹⁸⁴ Mit anderen Worten: Die Mitgliedstaaten müssen die Arbeitgeber nur dann zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer verpflichten, wenn dies unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse in diesem Mitgliedstaat und der sonstigen vom Mitgliedstaat ergriffenen Maßnahmen unabdingbar ist, um die Durchsetzung der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL zu gewährleisten.

Diese Voraussetzungen sind offenkundig nicht erfüllt, wollte man die CCOO-Entscheidung im Sinne der dargestellten extensiven Lesart verstehen. Demnach hätte eine solche Interpretation zur Konsequenz, dass die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „CCOO“ als *contra legem* zu bewerten wäre.

bb) Prüfung der Vereinbarkeit der restriktiven Lesart mit der Arbeitszeit-RL

Oben wurde herausgearbeitet, dass ohnehin die besseren Gründe für eine restriktive Interpretation der CCOO-Entscheidung sprechen, nach der die Arbeitgeber unionsrechtlich nicht zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer verpflichtet werden müssen, sondern lediglich dazu, ein System vorzuhalten, das es erlaubt, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu messen (vgl. Teil 1, II. 4.).

Auch wenn man dieses restriktive Verständnis zugrunde legt, ist die Vereinbarkeit des Urteils mit der Arbeitszeit-RL nicht unproblematisch, denn auch in diesem Fall besteht das Problem, dass der EuGH den Mitgliedstaaten eine bestimmte Maßnahme, nämlich die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems,

¹⁸⁴ Höpfer/Daum, RdA 2019, 270 (272).

verpflichtend vorgibt, obwohl die Kompetenz für die Wahl der erforderlichen Maßnahmen nach der Richtlinie den Mitgliedstaaten überantwortet ist. Es wurde bereits dargelegt, dass die Arbeitszeit-RL einer generellen Pflicht der Mitgliedstaaten, die Arbeitgeber ihrerseits zur Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems zu verpflichten, entgegensteht. Das gilt auch für die restriktive Lesart, nach der die Arbeitgeber ein solches Zeiterfassungssystem lediglich zur Verfügung stellen müssen. Auch eine solche inhaltlich eingeschränkte Pflicht sieht die Arbeitszeit-RL in ihrem „positiven Regelungsgehalt“ nicht vor. Die „negative Kontrollkompetenz“ des EuGH kann eine über die Mitgliedstaaten vermittelte generelle Pflicht der Arbeitgeber zur Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems – wie bereits dargelegt – nicht rechtfertigen.

Das führt zu der bislang nicht behandelten Frage, ob die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „CCOO“ kompetenzkonform einschränkend interpretiert werden kann und muss, sodass sie den Vorgaben der Arbeitszeit-RL im Ergebnis doch entspricht. Die Entscheidung ist dann nicht *contra legem*, wenn die vom EuGH propagierte Verpflichtung der Arbeitgeber zur Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems auf die konkrete Rechtslage in Spanien beschränkt ist und die spanische Regierung entweder keine anderweitigen „erforderlichen“ Maßnahmen im Verfahren dargelegt hat oder die vorgebrachten Maßnahmen durch Gewährleistung der Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte nach den Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL nicht hinreichend geeignet sind.

In diesem Fall wäre die Verpflichtung des Königreichs Spanien, seinerseits die Arbeitgeber zur Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems zu verpflichten, lediglich das Ergebnis der – vom EuGH letztlich ablehnend beantworteten – Prüfung, ob Spanien die erforderlichen Maßnahmen zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Richtlinienvorgaben ergriffen hat. Die Entscheidung ließe sich dann mit der „negativen Kontrollkompetenz“ des EuGH rechtfertigen. Die zwingende Folge dieser Interpretation des Urteils ist dann aber, dass die Pflicht zur Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems nicht unbesehen auf die übrigen Mitgliedstaaten übertragen werden kann. Vielmehr muss

gemäß dem Vorbehalt der Widerlegbarkeit (dazu oben Teil 1, I. 2. b) bb)) in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen im jeweiligen Mitgliedstaat eine hinreichend geeignete Durchsetzung der materiellrechtlichen Vorgaben der Arbeitszeit-RL ermöglichen. Sofern dies der Fall ist, ist der betreffende Mitgliedstaat unionsrechtlich nicht verpflichtet, die Arbeitgeber zur Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems zu verpflichten. Anderenfalls unterliefe der EuGH die explizite Öffnungsklausel in Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL, wonach es den Mitgliedstaaten zukommt, die jeweils erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.

(1) Keine anderweitigen „erforderlichen Maßnahmen“ in Spanien

Im konkreten vom EuGH entschiedenen Fall hat Spanien – soweit aus den Entscheidungsgründen ersichtlich – nicht dargelegt, anderweitige „erforderliche“ Maßnahmen ergriffen zu haben. Nach Art. 35 des spanischen Arbeitnehmer-Statuts hatten Arbeitgeber lediglich die über die reguläre Arbeitszeit nach Art. 34 des Arbeitnehmer-Statuts hinausgehende Arbeitszeit aufzuzeichnen und eine Kopie der Aufzeichnung an den Arbeitnehmer zu übermitteln. Das spanische Recht enthielt zwar auch eine Pflicht des Arbeitgebers zur monatlichen Information der Gewerkschaftsvertreter über die geleistete Arbeitszeit, die aber ebenfalls auf die über Art. 34 des Arbeitnehmer-Statuts hinausgehende Arbeitszeit beschränkt war. Hinzu kam, dass 53,7 % der in Spanien geleisteten Überstunden im Jahr 2016 trotz der insoweit bestehenden Aufzeichnungspflicht nicht erfasst worden sind.¹⁸⁵ Das hatte zur Folge, dass die Inspektion für Arbeit und soziale Sicherheit, die in Spanien als Kontrollorgan für die Einhaltung des Arbeitszeitrechts zuständig ist, dazu aufgefordert hat, ein System zur Erfassung der gesamten geleisteten Arbeitszeit einzurichten, da ein solches System das einzige Mittel sei, um mögliche Überschreitungen der Höchstgrenzen im Bezugszeitraum zu überprüfen.¹⁸⁶

¹⁸⁵ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 26 – CCOO.

¹⁸⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 26 – CCOO.

Als nicht ausreichend wertete der Gerichtshof zudem die von Spanien vorgebrachte Möglichkeit des Arbeitnehmers, seine Rechte im Wege der individuellen Rechtsdurchsetzung gerichtlich geltend machen zu können.¹⁸⁷ Insgesamt folgt daraus, dass Spanien keine zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Vorgaben der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL „erforderlichen Maßnahmen“ dargelegt hat.

(2) Hinreichender Interpretationsspielraum der EuGH-Entscheidung

Wie bereits dargelegt, verlangt die Arbeitszeit-RL, dass der Mitgliedstaat den Nachweis erbringen können muss, dass die von ihm ergriffenen Maßnahmen auch ohne die Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems ausreichen, um die praktische Wirksamkeit der Höchstarbeitszeit und der vorgesehenen Ruhepausen sicherzustellen. Dass diese Einschränkung im Tenor der CCOO-Entscheidung nicht anklingt, steht einer entsprechenden kompetenzkonform einschränkenden Interpretation der Entscheidung nicht entgegen. Wie sich aus den Entscheidungsgründen ergibt, geht auch der EuGH davon aus, dass der Tenor der Entscheidung zu kontextualisieren ist und sich lediglich auf die konkrete Situation im Ausgangssachverhalt bezieht. Anders ließe sich nicht erklären, warum der EuGH bestimmte Umstände aus seiner Entscheidungsermittlung ausblendet, obwohl diese prinzipiell von Bedeutung sind. So klammert er etwaig zweifellos zulässige Einschränkungen der Zeiterfassungspflicht unter Rekurs auf den Ausnahmetatbestand des Art. 22 Arbeitszeit-RL gleich zu Beginn seiner Entscheidungsbeurteilung explizit aus den weiteren Überlegungen aus, weil Spanien von der sog. Opt-out-Möglichkeit des Art. 22 Arbeitszeit-RL keinen Gebrauch gemacht hat:

„Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die zweite und die dritte Frage des vorlegenden Gerichts ua Art. 22 der RL 2003/88 betreffen, nach dessen Absatz 1 die Mitgliedstaaten, wenn sie von der Möglichkeit Gebrauch machen,

¹⁸⁷ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 45 – CCOO; vgl. zu diesem Vorbringen bereits GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 64 – CCOO.

Art. 6 dieser Richtlinie über die wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht anzuwenden, mit den erforderlichen Maßnahmen dafür sorgen müssen, dass der Arbeitgeber aktuelle Listen über alle betroffenen Arbeitnehmer führt und dass diese Listen den zuständigen Behörden zur Verfügung gestellt werden. Das Königreich Spanien hat jedoch [...] von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Daher ist Art. 22 der RL 2003/88 in der Rechtssache des Ausgangsverfahrens nicht anzuwenden und im vorliegenden Fall folglich nicht auszulegen.“¹⁸⁸

Hätte Spanien davon Gebrauch gemacht, wäre der EuGH also möglicherweise zu einem abweichenden Tenor gelangt. Dieser implizite Vorbehalt folgt nicht nur aus Art. 22 Arbeitszeit-RL, der an dieser Stelle nur exemplarisch angeführt wurde. Vielmehr gilt ganz generell, dass in der Entscheidung nicht behandelte Umstände, zu denen auch ein alternatives, hinreichend effektives Kontroll- und Sanktionssystem in einem anderen Mitgliedstaat zählt,¹⁸⁹ zu einem abweichenden Tenor führen können. Der Vorbehalt der Widerlegbarkeit ist damit impliziter Teil des Tenors der CCOO-Entscheidung. Es steht außer Frage, dass der EuGH diesen Tenor unter bestimmten Umständen, die sich aus einer abweichenden normativen Ausgangssituation in einem anderen Mitgliedstaat ergeben, möglicherweise selbst relativieren würde.

Es ist daher festzuhalten, dass die Entscheidung des EuGH den erforderlichen Spielraum für eine kompetenzkonform einschränkende Interpretation bietet. Danach hat der Gerichtshof keine generelle, für alle Mitgliedstaaten unabhängig von den rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen im jeweiligen Mitgliedstaat verbindliche Pflicht zur Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems angeordnet. Die Entscheidung beschränkt sich vielmehr in ihrer Wirkung auf das Königreich Spanien. Für diesen – und nur für diesen – Mitgliedstaat hat der EuGH unter Inanspruchnahme seiner „negativen Kontrollkompetenz“ entschieden, dass mangels anderweitiger „erforderlicher

¹⁸⁸ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 34 f. – CCOO; vgl. dazu *Latzel*, EuZA 2019, 469 (475).

¹⁸⁹ Vgl. etwa *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (273 ff.).

Maßnahmen“ durch den spanischen Staat aus Art. 3, 5 und 6 der Arbeitszeit-RL eine Pflicht zur Vorhaltung eines Arbeitszeiterfassungssystems in der spanischen Rechtsordnung notwendig ist.

Aber selbst mit Blick auf das Königreich Spanien beschränkt sich die Vorgabe des EuGH richtigerweise auf die Pflicht zur bloßen Bereitstellung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung. Es genügt, dass den Arbeitnehmern ein solches System zur Verfügung steht. Aus der Entscheidung des Gerichtshofs folgt keine Pflicht der Arbeitgeber zum tatsächlichen Einsatz des Zeiterfassungssystems. Diese einschränkende Interpretation folgt einer gesetzes- und kompetenzkonformen Interpretation der CCOO-Entscheidung mit Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben der Arbeitszeit-RL. Nur diese Lesart ist als noch vertretbare Auslegung der Arbeitszeit-RL anzusehen. Eine generelle Pflicht zur flächendeckenden Erfassung der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden in sämtlichen Mitgliedstaaten ungeachtet der vom jeweiligen Mitgliedstaat ergriffenen anderweitigen Maßnahmen widerspräche hingegen jeder methodologisch vertretbaren Auslegung der Arbeitszeit-RL und müsste daher als Entscheidung *contra legem* qualifiziert werden.

e) Ergebnis: Vorzugswürdige Lesart der CCOO-Entscheidung

Der deutsche Gesetzgeber darf und sollte bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben aus der Arbeitszeit-RL und aus Art. 31 Abs. 2 GRC eine restriktive Lesart der CCOO-Entscheidung zugrunde legen. Unklarheiten in der EuGH-Entscheidung dürfen nicht zulasten der politischen Spielräume des Umsetzungsgesetzgebers gehen. Im Wege einer gesetzes- und kompetenzkonformen Auslegung der CCOO-Entscheidung sind die Mitgliedstaaten, sofern sie keine anderweitigen erforderlichen Maßnahmen ergriffen haben, verpflichtet, ihrerseits die Arbeitgeber dazu zu verpflichten, ein System bereitzustellen, das es erlaubt, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu erfassen. Dieses System muss den Arbeitnehmern zugänglich sein,

also von ihnen auch in der Praxis genutzt werden können. Außerdem muss es sich dazu eignen, die Zahl der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden objektiv und verlässlich zu ermitteln. Tatsächlich einsetzen muss es der Arbeitgeber (selbst oder durch Delegation an die Arbeitnehmer) hingegen nicht, sofern die zuständige Arbeitsschutzbehörde dies nicht auf Grundlage des deutschen Rechts (§ 17 Abs. 2 ArbZG) anordnet.

Die Forderung nach der gesetzlichen Regelung einer verpflichtenden, flächendeckenden Arbeitszeiterfassung, die über diese Mindestvorgaben hinausgeht, lässt sich nicht mit der Behauptung einer angeblichen Umsetzungsverpflichtung der Bundesrepublik Deutschland begründen. Das zeigt sich auch daran, dass die Kommission in den nunmehr rund dreieinhalb Jahren seit Verkündung der CCOO-Entscheidung noch nicht ansatzweise Vorbereitungen dafür ergriffen hat, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik (oder einen anderen Mitgliedstaat) einzuleiten, obwohl Arbeitgeber nach – zumindest bis zum Beschluss des 1. Senats des BAG vom 13.9.2022 – ganz herrschender und zutreffender Auffassung *de lege lata* nicht zur flächendeckenden Erfassung der Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer verpflichtet sind.¹⁹⁰ Bei entsprechender Rechtsauffassung wäre die Kommission gemäß Art. 258 Abs. 1 AEUV zumindest dazu verpflichtet, eine entsprechende Stellungnahme der Bundesrepublik einzuholen. Solange sie noch nicht einmal diesen Schritt einleitet, hängen weitergehende Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung – jedenfalls, soweit diese über die restriktive Lesart der CCOO-Entscheidung hinausgehen – ausschließlich vom politischen Gestaltungswillen des Umsetzungsgesetzgebers ab.

2. Folgen für das deutsche Recht

Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis der CCOO-Entscheidung hängt die Frage, ob im deutschen Recht ein Umsetzungsbedarf besteht, also maßgeblich davon ab, ob

¹⁹⁰ A. A. indes BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 42 ff.; vgl. dazu oben Einleitung, III. und Teil 2 dieses Rechtsgutachtens zu Frage 2.

die Bundesrepublik Deutschland – im Gegensatz zum Königreich Spanien – anderweitige „erforderliche Maßnahmen“ zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Arbeitszeitvorgaben der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL ergriffen hat.

Vergleicht man die Rechtslage in Deutschland mit der vom EuGH beurteilten Rechtslage in Spanien, gibt es – noch ohne Berücksichtigung der durch den Beschluss des BAG vom 13.9.2022 geänderten Rechtsprechung zu § 3 ArbSchG¹⁹¹ – eine Gemeinsamkeit und zwei auffällige Unterschiede. Im Ausgangspunkt ähnelt die deutsche Rechtslage der spanischen, da § 16 Abs. 2 ArbZG – insofern vergleichbar mit Art. 35 des spanischen Arbeitnehmer-Statuts in der damaligen Fassung, die der CCOO-Entscheidung zugrunde lag – lediglich eine Pflicht des Arbeitgebers zur Aufzeichnung der über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 S. 1 ArbZG hinausgehenden Arbeitszeit vorsieht.

Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch darin, dass der Betriebsrat in Deutschland – anders als die Gewerkschaftsvertreter nach spanischem Recht – nach der Rechtsprechung des BAG zu § 80 BetrVG Auskunft über Beginn und Ende der gesamten täglichen Arbeitszeit verlangen kann.¹⁹² Dieser Auskunftsanspruch des Betriebsrats soll selbst dann bestehen, wenn der Arbeitgeber die entsprechenden Daten bislang nicht erhoben hat, etwa bei in Vertrauensarbeitszeit tätigen Arbeitnehmern.¹⁹³ Der Verzicht auf die Erfassung der Arbeitszeitdaten sei keine zu respektierende Ausübung der betrieblichen Organisations- und Leitungsmacht des Arbeitgebers.¹⁹⁴ Diese Rechtsprechung des BAG stößt zwar im Schrifttum auf Kritik, da § 80 BetrVG lediglich einen Aus-

¹⁹¹ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 42 ff.

¹⁹² BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348; vgl. auch LAG Köln 7.5.2008 – 3 TaBV 85/07, BeckRS 2008, 55980; LAG Niedersachsen 8.11.2004 – 5 TaBV 36/04, NZA-RR 2005, 424; ArbG Braunschweig 30.3.2007 – 4 BV 130/06, BeckRS 2008, 51670; daran ändert auch die CCOO-Entscheidung des EuGH nichts, vgl. LAG München 11.7.2022 – 4 TaBV 9/22, BeckRS 2022, 23840 Rn. 87. Vielmehr stützt die CCOO-Entscheidung die bereits zuvor in der Rechtsprechung vertretene Auffassung zum Auskunftsanspruch des Betriebsrats, weil sich für diese Rechtsprechung nunmehr auch die Vorgaben der Arbeitszeit-RL in ihrer Auslegung durch den EuGH anführen lassen.

¹⁹³ So jüngst nochmals LAG München 11.7.2022 – 4 TaBV 9/22, BeckRS 2022, 23840 Rn. 84 ff.

¹⁹⁴ BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 (1352).

kunfts- und Unterrichtsanspruch des Betriebsrats über bereits vorhandene Informationen enthalte, nicht aber eine Pflicht des Arbeitgebers zur Informationserhebung und -beschaffung statuiere.¹⁹⁵ Für die Unionsrechtskonformität des deutschen Rechts ist gleichwohl allein die Rechtsprechung des BAG maßgebend.

Eine zweite zentrale Ergänzung von § 16 Abs. 2 ArbZG besteht in den Befugnissen der Aufsichtsbehörde nach § 17 ArbZG. Die Aufsichtsbehörde kann den Arbeitgeber gemäß § 17 Abs. 2 ArbZG zur Aufzeichnung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit verpflichten, wenn der Verdacht von Verstößen gegen das ArbZG besteht. Dieses anlassbezogene Befugnis der Aufsichtsbehörden, eine Arbeitszeiterfassung anzuordnen, schützt insbesondere solche Arbeitnehmer, die durch keinen oder keinen ausreichend engagierten Betriebsrat repräsentiert werden.

Insgesamt enthält die deutsche Rechtsordnung damit ein deutlich ausgeprägteres Schutzsystem als das spanische Recht. Für das deutsche Recht kann nicht von einer Aushöhlung des Unionsrechts gesprochen werden, da die Aufsichtsbehörden den Arbeitgeber bei Verdachtsmomenten (§ 17 Abs. 2 ArbZG) und der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG sogar anlasslos zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit anhalten können. Ob der EuGH angesichts dieser nicht unbedeutenden Unterschiede des deutschen Rechts gegenüber dem spanischen Recht zu einer anderen Beurteilung kommen und die vom deutschen Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen als hinreichend geeignet zur Durchsetzung der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL ansehen würde, ist offen und kann nicht zuverlässig prognostiziert werden. Jedenfalls sind die Unterschiede zum spanischen Recht so gewichtig, dass eine etwaig überschießende Richtlinienumsetzung in voraus-eilendem Gehorsam nicht angezeigt ist. Das gilt umso mehr mit Blick darauf, dass auch die Europäische Kommission keinerlei Vorbereitungen zur Einleitung eines Vertrags-

¹⁹⁵ *Schöne*, SAE 2004, 114 (122); *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 17. Aufl. 2022, § 80 Rn. 64.

verletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung der Arbeitszeit-RL getroffen hat und es auch keine Anzeichen gibt, dass ein solches Verfahren künftig eingeleitet werden soll.

3. Ergebnis: Anforderungen des Unionsrechts an das deutsche Arbeitszeitrecht im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Es spricht vieles dafür, dass bereits das geltende deutsche Arbeitszeitrecht den Vorgaben der Arbeitszeit-RL in ihrer Auslegung durch den EuGH in der CCOO-Entscheidung entspricht. Es besteht kein Anlass zu voraussetzendem Gehorsam im Sinne einer Umsetzung nicht gesichert bestehender Vorgaben.

Die CCOO-Entscheidung ist mehrdeutig und lässt – nicht zuletzt aufgrund erheblicher Diskrepanzen zwischen den unterschiedlichen Sprachfassungen – verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zu. Diese Unklarheiten können nur durch eine erneute Vorlage an den Gerichtshof nach Art. 267 AEUV beseitigt werden. Der 1. Senat des BAG hat mit seinem Beschluss vom 13.9.2022 insoweit die Chance verpasst, durch Anrufung des EuGH für Klarheit über die unionsrechtlichen Vorgaben im Arbeitszeitrecht zu sorgen.

Der deutsche Gesetzgeber darf und sollte bei der Umsetzung der Arbeitszeit-RL die restriktive Lesart der CCOO-Entscheidung zugrunde legen, um seine politischen Handlungsspielräume zu wahren. Die Maxime des „sichersten Weges“ ist als politische Handlungsanweisung wenig geeignet, da sie die Spielräume des nationalen Gesetzgebers einengt, ohne dass dies unionsrechtlich geboten ist.

Eine gesetzes- und kompetenzkonforme Auslegung der EuGH-Entscheidung ergibt, dass die Mitgliedstaaten, sofern sie keine anderweitigen, für sich genommen hinreichenden „erforderlichen Maßnahmen“ im Sinne der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL ergriffen haben, verpflichtet sind, ihrerseits die Arbeitgeber dazu zu verpflichten, ein

System bereitzustellen, das es erlaubt, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu erfassen. Eine weitergehende Pflicht lässt sich der Arbeitszeit-RL, auch unter Berücksichtigung von Art. 31 Abs. 2 GRC, methodisch vertretbar nicht entnehmen.

Die deutsche Rechtsordnung enthält ein deutlich ausgeprägteres System zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Arbeitszeitvorgaben als das spanische Recht. Für das deutsche Recht kann nicht von einer Aushöhlung des Unionsrechts gesprochen werden, da die Aufsichtsbehörden den Arbeitgeber bei Verdachtsmomenten und der Betriebsrat sogar anlasslos zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit anhalten können. Ob der EuGH diese vom deutschen Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen als hinreichend geeignet zur Durchsetzung der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL ansehen würde, lässt sich nicht sicher vorhersagen. Jedenfalls sind die Unterschiede zum spanischen Recht so erheblich, dass eine etwaig überschießende Richtlinienumsetzung in vorausseilendem Gehorsam nicht angezeigt ist.

Will der deutsche Gesetzgeber dennoch tätig werden und über die dargelegten unionsrechtlichen Vorgaben hinausgehend eine generelle Verpflichtung der Arbeitgeber zur Erfassung der gesamten tatsächlich geleisteten Arbeit einführen, so ist es ein Gebot der politischen Ehrlichkeit, diese rechtspolitische Entscheidung als solche offenzulegen und sich der politischen Diskussion zu stellen, anstatt sich auf eine vermeintliche Bindung an Vorgaben des EuGH zurückzuziehen.

Teil 2: Welche unionsrechtlichen Mindestvorgaben hat der Gesetzgeber bei einer Reform des ArbZG zu beachten?

Mit Blick auf eine etwaige Reform des ArbZG sind zwei Perspektiven voneinander zu trennen. Zunächst ist der Status quo in den Blick zu nehmen. Bis zum heutigen Tage hat zwar der Gesetzgeber noch nicht umfassend auf die CCOO-Entscheidung reagiert. Stattdessen hat aber der 1. Senat des BAG in voreuseilendem Gehorsam und unter Zugrundlegung einer extensiven Lesart¹⁹⁶ dieser Entscheidung die (vermeintlichen) Vorgaben des EuGH im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG in das deutsche Recht übertragen. Aus einer ersten Perspektive fragt es sich, wie die Rechtsauffassung des BAG zu bewerten ist (I.). Daneben hat das BMAS für das erste Quartal 2023 einen Gesetzentwurf zur Reform des ArbZG angekündigt.¹⁹⁷ Aus einer zweiten Perspektive sind vor diesem Hintergrund etwaige inhaltliche Vorgaben des Unionsrechts für die Ausgestaltung einer Arbeitszeiterfassungspflicht im Zuge einer Reform des Arbeitszeitgesetzes in den Blick zu nehmen (II.).

I. Bewertung des BAG-Beschlusses zur Arbeitszeiterfassung¹⁹⁸

Durch den Beschluss des BAG zur Arbeitszeiterfassung vom 13.9.2022¹⁹⁹ ist unklar, ob Arbeitgeber bereits de lege lata zur generellen Erfassung der Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer verpflichtet sind. Diese Auffassung wurde zuvor nur vereinzelt vertreten.²⁰⁰ Der Beschluss des BAG überraschte deshalb nicht nur die betriebliche Praxis. Es stellt sich

¹⁹⁶ Vgl. Teil 1, II. 1., 2.

¹⁹⁷ BMAS, Arbeitszeiterfassung. Fragen und Antworten, S. 5, abrufbar unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/faq-arbeitszeiterfassung.html> (zuletzt abgerufen am 14.1.2023).

¹⁹⁸ Die folgenden Ausführungen wurden in *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1 erstveröffentlicht und auf Wunsch in das Gutachten übernommen.

¹⁹⁹ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

²⁰⁰ Für eine entsprechende unmittelbare Wirkung des Art. 31 Abs. 2 GRC ErfK/*Roloff*, 23. Aufl. 2023, § 16 ArbZG Rn. 6; für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG *Oberthür*, MDR 2019, 1029 (1030); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1035 f.); *Roetteken*, jurisPR-ArbR 23/2019 Anm. 1, unter D.

vielmehr auch die Frage, wie er methodisch zu bewerten ist. Im Folgenden sollen zunächst die Entscheidungsgründe dargestellt werden (1.). Es folgt eine kritische Analyse, die im Ergebnis ernüchternd ausfällt: Der 1. Senat verletzt sowohl seine Gesetzbindung aus Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG als auch die Pflicht zur Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV (2.).²⁰¹ Nicht zuletzt aus diesem Grunde schafft der Beschluss auch keine Rechtssicherheit. Die Entscheidung über eine gesetzgeberische Reform des Arbeitszeitrechts sollte unabhängig von diesem Beschluss und auf der Grundlage der Vorgaben der Arbeitszeit-RL ausschließlich aufgrund von politischen Erwägungen getroffen werden (3.).

1. Die wesentlichen Erwägungen des 1. Senats des BAG

Nach allgemeiner Auffassung existierte jedenfalls vor der CCOO-Entscheidung keine unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten, „ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“.²⁰² Dementsprechend wurde in Deutschland in der Folge darüber diskutiert, ob die Ausführungen des EuGH zum (damaligen) spanischen Ausgangsfall auf das deutsche Recht übertragbar sind und in welcher Form der Entscheidung Rechnung zu tragen ist. Der überwiegenden Meinung, die sich gegen die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des ArbZG aussprach, hat sich der 1. Senat in einem ausführlichen obiter dictum nun angeschlossen (a)). In einem zweiten Schritt gelangt er jedoch zu dem überraschenden Ergebnis, dass der Arbeitgeber nach § 3 ArbSchG de lege lata zur generellen Arbeitszeiterfassung verpflichtet sei (b)).

²⁰¹ Letzteres unter der vom BAG zugrunde gelegten Prämisse, das deutsche Recht biete insoweit einen Auslegungsspielraum.

²⁰² So EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 71 – CCOO.

a) Zutreffendes obiter dictum: Keine allgemeine Arbeitszeiterfassung im ArbZG

Zu Recht lehnt der 1. Senat eine Verortung der Arbeitszeiterfassungspflicht in Art. 31 Abs. 2 GRC im Einklang mit der ganz h. M. im Schrifttum ab.²⁰³ Der EuGH legt die Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL – denen er eine Pflicht zur Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystems entnimmt – auch in der Entscheidungsformel lediglich „im Licht von“ Art. 31 Abs. 2 GRC aus, obwohl die Vorlagefrage auch auf die Auslegung von Art. 31 Abs. 2 GRC gerichtet war und der Generalanwalt eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift in Betracht gezogen hatte.²⁰⁴

Ebenso zutreffend bestätigt der 1. Senat die bereits zuvor ganz herrschende Meinung, die eine richtlinienkonforme Auslegung von § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG ablehnt.²⁰⁵ Die Vorschrift beschränkt sich auf die Erfassung der über § 3 ArbZG hinausgehenden Mehrarbeit und lässt sich nicht unionsrechtskonform auf sämtliche Arbeitszeiten erstrecken.²⁰⁶ Einem solchen Verständnis stehen der klare Gesetzeswortlaut²⁰⁷ sowie die Systematik in Form von zahlreichen Spezialgesetzen entgegen, die z. T. sogar ausdrücklich „abweichend von § 16 Abs. 2 ArbZG“ branchenspezifisch generelle Aufzeichnungspflichten vorsehen.²⁰⁸ Mit Recht verweist der Senat ferner darauf, dass der Gesetzgeber nach der CCOO-Entscheidung zwar § 6 GSA Fleisch, nicht aber § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG angepasst hat.²⁰⁹

²⁰³ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 20 ff.; zuvor etwa EuArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 7; a. A. ErfK/*Roloff*, 23. Aufl. 2023, § 16 ArbZG Rn. 6.

²⁰⁴ Vgl. dazu zutreffend BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 24; ferner Teil 1, II. 3. c).

²⁰⁵ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 25 ff.; zust. auch *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (53); vgl. zur h. M. EuArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 8 m. w. N.; befürwortend nur *Oberthür*, MDR 2019, 1029 (1030); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1035 f.); *Roetteken*, jurisPR-ArbR 23/2019 Anm. 1, unter D.

²⁰⁶ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 26 f.

²⁰⁷ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 32.

²⁰⁸ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 33 ff.; vgl. zur parallelliegenden Regelungssystematik im Unionsrecht Teil 1, I. 2. a).

²⁰⁹ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 37; zust. auch *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (53).

Auch eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG kommt mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht.²¹⁰ Der Bundesrat hatte im Gesetzgebungsverfahren eine Erweiterung der Aufzeichnungspflicht auf die gesamte Arbeitszeit vorgeschlagen, um eine effiziente Kontrolle durch die Gewerbeaufsichtsämter zu ermöglichen. Dieser Vorschlag wurde bewusst nicht aufgegriffen.²¹¹ Schließlich lehnt der 1. Senat den nur vereinzelt vertretenen Ansatz²¹² einer richtlinienkonformen Auslegung von § 17 Abs. 4 ArbZG ab.²¹³

b) Die ratio decidendi als „taubeneiergroßer Hagelschlag aus blauem Himmel“²¹⁴

Anstatt es dabei zu belassen und sich den betriebsverfassungsrechtlichen Fragen zur Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 6, 7 BetrVG zuzuwenden,²¹⁵ nimmt der 1. Senat an, § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG umfasse bei „unionsrechtskonformem Verständnis“ eine generelle Pflicht der Arbeitgeber zur Erfassung von Beginn und Ende der Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer.²¹⁶ Dieser normative Anknüpfungspunkt wurde zuvor trotz der bereits erwähnten „wahre[n] Sturmflut“ deutscher Veröffentlichungen²¹⁷ nach der CCOO-Entscheidung, soweit ersichtlich, von keiner einzigen Stimme erwogen.²¹⁸

Der 1. Senat versucht zu begründen, weshalb der Wortlaut und gesetzessystematische Erwägungen einer richtlinienkonformen Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG nicht entgegenstehen.²¹⁹ Als ausschlaggebendes Argument *für* eine solche Auslegung stützt

²¹⁰ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 38 ff.; zust. *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (53).

²¹¹ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 40.

²¹² *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (480 f.); vgl. auch *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (53).

²¹³ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 41.

²¹⁴ *Rüthers*, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, 3. Aufl. 2009, S. 62.

²¹⁵ Dazu BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 58 ff.

²¹⁶ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 42 ff.

²¹⁷ So EuArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 3 m. w. N.

²¹⁸ Vgl. etwa die auf § 16 Abs. 2 ArbZG beschränkte Stellungnahme von EuArbR/*Gallner*, 4. Aufl. 2022, Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 8; *Gallner*, in: *liber amicorum Düwell*, 2021, S. 609 (620 f.); *Gallner*, SR 2020, 45 (47 f.).

²¹⁹ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 44 ff., 48 ff.

er sich allein auf den in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers, mit § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG den annähernd gleichlautenden Art. 6 Abs. 1 RL 89/391/EWG (im Folgenden: Rahmen-RL) umzusetzen.²²⁰ Weil der EuGH die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht nur aus der Arbeitszeit-RL, sondern auch aus Art. 6 Abs. 1 Rahmen-RL abgeleitet habe,²²¹ müsse der gleiche Bedeutungsgehalt auch § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG beigemessen werden.

2. Bewertung der arbeitsschutzrechtlichen Begründung

Die Herleitung einer Arbeitszeiterfassungspflicht mithilfe des Arbeitsschutzrechts kann nicht überzeugen. Zutreffend ist immerhin im Ausgangspunkt noch die methodologische Prämisse, dass aus einem Richtlinienverstoß keine Regelungslücke im nationalen Recht folgt, die eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ermöglichen würde.²²² Auch betont der 1. Senat zu Recht die *contra legem*-Grenze der richtlinienkonformen Auslegung, die sich nach dem in der innerstaatlichen Rechtsordnung methodisch Erlaubten richtet.²²³ Indem er sich zur Begründung seiner Auffassung damit auseinandersetzt, ob sein Ergebnis einen „klar erkennbaren“ bzw. „unzweifelhaften“ gesetzgeberischen Willen übergeht oder verfälscht,²²⁴ erkennt der Senat implizit den Willen des Gesetzgebers als Grenze auch der richtlinienkonformen Auslegung an. Damit einher geht, dass er auf vom Gesetzgeberwillen losgelöste teleologische Erwägungen verzichtet.²²⁵

²²⁰ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 47.

²²¹ Vgl. dazu EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 61 f. – CCOO.

²²² Vgl. BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 38 ff.; anders noch BAG 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 64 ff.

²²³ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 30 unter Rekurs auf BVerfG 17.11.2017 – 2 BvR 1131/16, NVwZ-RR 2018, 169 Rn. 37; siehe ferner BVerfG 23.5.2016 – 1 BvR 2231/15, NJW-RR 2016, 1366 Rn. 39, 41; EuGH 4.7.2006 – C-212/04, NZA 2006, 909 Rn. 110 – Adeneler; EuGH 18.1.2022 – C 261/20, NJW 2022, 927 Rn. 28 – Thelen Technopark und st. Rspr.

²²⁴ So BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 53 unter Rekurs auf BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 u. a., NZA 2018, 774 Rn. 75.

²²⁵ Vgl. BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 32 ff., 44 ff.

Bei der praktischen Anwendung dieser zutreffenden methodologischen Grundannahmen gelangt der Senat jedoch zu einem nicht vertretbaren Ergebnis bei der Auslegung von § 3 ArbSchG.²²⁶ Insbesondere übergeht er den Willen des Gesetzgebers des § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG und des zum 1.1.2021 neu gefassten § 6 GSA Fleisch, der einen Rückgriff auf das ArbSchG sperrt (a)). Darüber hinaus sind die dem Beschluss zugrunde liegenden unionsrechtlichen Prämissen kritisch zu hinterfragen, da die CCOO-Entscheidung des EuGH – wie bereits im 1. Teil des Rechtsgutachtens eingehend erläutert – keineswegs so eindeutig zu verstehen ist, wie der Senat es annimmt. Er hätte daher zumindest den EuGH anrufen müssen (b)).

a) Fehlerhafte Auslegung von § 3 ArbSchG

aa) Zweifelhafte Prämisse: Pflicht zur Arbeitszeiterfassung aus der Rahmen-RL

Der Senat meint, der EuGH leite die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung neben Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL auch aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Rahmen-RL ab,²²⁷ und verweist dafür auf Rn. 62 der CCOO-Entscheidung. Danach folge die Pflicht zur Einrichtung eines Systems, mit dem die Arbeitszeit gemessen werden kann, auch aus Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 Rahmen-RL.²²⁸

Bei genauer Betrachtung ist der Aussagegehalt dieser Ausführungen des EuGH jedoch äußerst zweifelhaft. Das lässt schon der Umstand erkennen, dass der Gerichtshof kein Wort zu der Frage verliert, ob eine aus der jüngeren und spezielleren²²⁹ Arbeitszeit-RL folgende Arbeitszeiterfassungspflicht zugleich bereits Inhalt der älteren und allgemeineren Rahmen-RL sein kann, die überdies weder materielle noch formelle Vorgaben zur

²²⁶ Vgl. auch die Kritik von *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (53).

²²⁷ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 47.

²²⁸ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 62 – CCOO; der Gerichtshof verweist an dieser Stelle zudem auf die Unterstützung der Arbeitnehmervertretung bei der Ausübung ihrer in Art. 11 Abs. 3 Rahmen-RL vorgesehenen Rechte.

²²⁹ Wenn auch nicht verdrängenden, vgl. ErwGr 3 der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG sowie ErwGr 3 der vorherigen RL 93/104/EG.

Arbeitszeit enthält. Zudem muss der systematische Kontext der Ausführungen berücksichtigt werden. In der vorherigen Rn. 61 beginnt der EuGH den knappen Einschub zur Rahmen-RL mit der einleitenden Feststellung, dass das bereits durch Auslegung der Arbeitszeit-RL gefundene Ergebnis durch einen Blick auf die Rahmen-RL „bestätigt“ werde.²³⁰ Die nachfolgenden Ausführungen in Rn. 62 sind also nicht entscheidungstragend.

Hinzu kommt, dass eine zusätzliche Verortung der Pflicht zur Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystems in der Rahmen-RL zu einem Konflikt hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs der Richtlinienvorgaben führen würde. Es wäre ein untragbarer Wertungswiderspruch, wenn die Arbeitszeit-RL den Mitgliedstaaten eine Abweichung von der arbeitszeitrechtlichen Erfassungspflicht für die in Art. 17 Abs. 1 Arbeitszeit-RL genannten Personen erlauben, die Rahmen-RL aber zugleich eine inhaltsgleiche arbeitsschutzrechtliche Erfassungspflicht ohne Abweichungsmöglichkeit für diesen Personenkreis verlangen würde.²³¹

Entscheidend gegen die Verortung einer Arbeitszeiterfassungspflicht in der Rahmen-RL spricht schließlich der Tenor des EuGH-Urteils. Die vorlegende Audiencia Nacional hatte ausdrücklich danach gefragt, ob Art. 31 Abs. 2 GRC *und* Art. 3, 5, 6, 16, 22 Arbeitszeit-RL *und* Art. 4, 11, 16 Rahmen-RL der fehlenden Arbeitszeiterfassungspflicht im spanischen Recht entgegenstünden.²³² Der Entscheidungstenor weicht davon auffällig ab: Danach sind die Art. 3, 5 und 6 der Arbeitszeit-RL „im Licht von“ Art. 31 Abs. 2 GRC und von Art. 4 Abs. 1, 11 Abs. 3, 16 Abs. 3 Rahmen-RL auszulegen. Normativer Anknüpfungspunkt der vom EuGH entwickelten Pflicht zur Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystems ist daher allein die Arbeitszeit-RL.²³³

²³⁰ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 61 – CCOO.

²³¹ Vgl. zum Parallelproblem im deutschen Recht unten Teil 2, I. 2. a) bb) 4).

²³² EuGH 14.5.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 8402 Rn. 28 (in NZA 2019, 683 nicht abgedruckt) – CCOO.

²³³ Vgl. bereits Teil 1, II.

bb) Kein Spielraum für eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung

Selbst wenn man die unionsrechtliche Ausgangslage anders beurteilen würde, bietet § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG nicht den für eine richtlinienkonforme Auslegung erforderlichen Auslegungsspielraum. Dazu müsste die vom BAG behauptete Pflicht zur allgemeinen Arbeitszeiterfassung ein nach nationalem Recht zumindest vertretbares Auslegungsergebnis sein. Wie bereits dargelegt, führt der Senat als einziges Argument für eine solche richtlinienkonforme Auslegung den Umsetzungswillen des Gesetzgebers des ArbSchG an.²³⁴ Dass der deutsche Gesetzgeber bei Erlass des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG einen konkreten Regelungswillen im Hinblick auf die generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung hatte, ist jedoch ausgeschlossen. Der Gesetzgeber des ArbSchG konnte 1996 keine konkrete Vorstellung davon haben, dass die normierten Pflichten auch eine generelle Arbeitszeiterfassung einschließen.²³⁵ Vor der CCOO-Entscheidung war nicht ernstlich vorhersehbar, dass die europäischen Richtlinien – erst recht nicht die Rahmen-RL, die keinerlei Bezug zum Arbeitszeitrecht aufweist²³⁶ – eine solche Erfassung vorschreiben könnten.²³⁷

Aber auch einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung stehen gewichtige Gründe entgegen. Zwar ist § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG generalklauselartig gefasst.²³⁸ Allerdings dürfen die Gerichte bei der fortbildenden Konkretisierung von Generalklauseln den Umfang der mit der Norm vom Gesetzgeber an sie delegierten Rechtsetzungsmacht nicht überschreiten. Das gilt auch, wenn es um die Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben geht. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung rechtfertigt es nicht, mithilfe von Generalklauseln klare gesetzgeberische Vorgaben auszuhebeln,

²³⁴ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 47 mit Verweis auf BT-Drs. 13/3540, 16.

²³⁵ Vgl. *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (53).

²³⁶ Das Wort „Arbeitszeit“ kommt in der Rahmen-RL allein in Art. 12 Abs. 4 vor. Danach muss die Unterweisung der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit erfolgen.

²³⁷ Vgl. zu den Grenzen der Auslegbarkeit des Unionsrechts im Hinblick auf eine etwaige Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ohne Berücksichtigung der CCOO-Entscheidung Teil 1, I.

²³⁸ HK-ArbSchR/*Blume/Faber*, 3. Aufl. 2023, § 3 ArbSchG Rn. 1.

das Regelungskonzept des Gesetzgebers durch ein eigenes Modell zu ersetzen und damit *contra legem* zu entscheiden.²³⁹

Im vorliegenden Fall widerspricht eine Arbeitszeiterfassungspflicht über § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG der Binnensystematik des ArbSchG. Vor allem aber hebt sie die eindeutige gesetzgeberische Begrenzung der Erfassungspflichten im ArbZG und in sonstigen, spezielleren Gesetzen aus und ersetzt dadurch das gesetzgeberische Regelungskonzept unter Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG durch ein richterrechtlich entwickeltes Modell.

1) Die Genese des ArbSchG

Im Entwurf eines Arbeitsschutzrahmengesetzes (ArbSchRG) wurde das Arbeitsschutzrecht in einer schrittweisen Neuordnung mit dem kurz zuvor in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten ArbZG abgestimmt, um die Rahmen-RL umzusetzen.²⁴⁰ Dabei sind die Verfasser schon im Ausgangspunkt von einer Dichotomie zwischen arbeitszeit- und sonstigen arbeitsschutzrechtlichen Regelungen ausgegangen: Arbeitszeitrechtliche Fragestellungen wurden im ArbZG verortet²⁴¹ und sollten demnach im ArbSchRG außer Betracht bleiben.

Zwar trat zunächst nur das ArbZG in Kraft; das ArbSchRG scheiterte auf politischer Ebene.²⁴² Wenige Jahre später wurde jedoch auch das – inhaltlich reduzierte – ArbSchG verabschiedet.²⁴³ Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber des ArbSchG die schon im Entwurf des ArbSchRG angelegte Dichotomie von Arbeitszeitrecht als speziellem Arbeitsschutzrecht einerseits und allgemeinem Arbeitsschutz-

²³⁹ Vgl. zum Verstoß eines solchen Systemwechsels gegen Art. 20 Abs. 3 GG BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, NJW 2011, 836 Rn. 55, 62.

²⁴⁰ BT-Drs. 12/6752, 28 ff.

²⁴¹ BT-Drs. 12/6752, 29 f.

²⁴² Dazu Kollmer/Klindt/Schucht/Kollmer, 4. Aufl. 2021, Überblick Vor § 1 ArbSchG Rn. 25 f.

²⁴³ BGBl. I 1996, 1246 ff.

recht andererseits aufbrechen wollte. Entgegen der Auffassung des BAG folgt insbesondere aus § 1 Abs. 3 S. 1 ArbSchG kein Argument für einen arbeitszeitrechtlichen Regelungsgehalt.²⁴⁴ Im Gegenteil: Die Vorschrift enthält nicht nur eine Klarstellung, dass sonstige Pflichten des Arbeitgebers u. a. aus dem ArbZG durch das ArbSchG nicht eingeschränkt werden, sondern auch, dass das ArbZG dem ArbSchG nach dem Grundsatz der Spezialität vorgeht.²⁴⁵

2) Die begrenzte Reichweite des § 5 Abs. 3 Nr. 4 ArbSchG

Gegen die These einer verdrängenden Spezialität des ArbZG gegenüber dem ArbSchG führt der 1. Senat § 5 Abs. 3 Nr. 4 ArbSchG ins Feld,²⁴⁶ wonach eine arbeitsschutzrechtliche Gefährdung auch aus der Gestaltung der Arbeitszeit folgen kann. Daraus folgt indes nicht, dass § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG auch Grundlage einer Arbeitszeiterfassungspflicht sein kann, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben aus dem ArbZG gewährleisten soll. Die Arbeitszeit wird in § 5 Abs. 3 Nr. 4 ArbSchG lediglich als ein potenzieller Gefährdungsfaktor im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung genannt. Ziel der Gefährdungsbeurteilung ist die „Ermittlung, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind“.²⁴⁷ Nach der Konzeption des ArbZG gefährden Arbeitszeitgestaltungen außerhalb des gesetzlich zulässigen Rahmens die Gesundheit des Arbeitnehmers jedoch generell, ohne dass es dafür einer besonderen Beurteilung im konkreten Fall bedarf. Eine Gefährdungsbeurteilung ist obsolet, soweit die gesetzlichen Regelungen der §§ 3 ff. ArbZG reichen. § 5 Abs. 3 Nr. 4 ArbSchG bezieht sich daher lediglich auf Arbeitszeitgestaltungen innerhalb des gesetzlich zulässigen Rahmens.²⁴⁸ Eine Pflicht zur

²⁴⁴ Vgl. BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 49.

²⁴⁵ HK-ArbSchR/*Kohte/Maul-Sartori*, 3. Aufl. 2023, § 1 ArbSchG Rn. 28.

²⁴⁶ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 49.

²⁴⁷ BAG 28.3.2017 – 1 ABR 25/15, NZA 2017, 1132 Rn. 22.

²⁴⁸ Vgl. auch *Aich*, in: Romahn, *Arbeitszeit gestalten: Wissenschaftliche Erkenntnisse für die Praxis*, 2. Aufl. 2019, S. 49 (50 f.).

Arbeitszeiterfassung zum Zweck der Einhaltung des gesetzlichen Rahmens des ArbZG lässt sich schon deshalb nicht auf § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG stützen.

3) Sperrwirkung der arbeitszeitrechtlichen Aufzeichnungspflichten

Noch gewichtiger sind die Bedenken gegen den vom BAG eingeschlagenen Weg, wenn man die Vorgaben des Arbeitszeitrechts berücksichtigt. Der 1. Senat meint, aus § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG ließen sich „keine hinreichenden Anhaltspunkte ableiten, die einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG entgegenstünden“.²⁴⁹ Zu dieser Einschätzung kann nur kommen, wer das ArbSchG aus der Gesamtsystematik der Arbeitsrechtsordnung isoliert und wer zugleich den erkennbaren und im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers negiert.

Tatsächlich könnte der abschließende Charakter der auf die Mehrarbeit begrenzten Aufzeichnungspflicht nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG sowie der spezialgesetzlichen Regelungen in § 6 Abs. 1 GSA Fleisch, § 17 Abs. 1 MiLoG, § 19 Abs. 1 AEntG und § 17c Abs. 1 AÜG klarer kaum zutage treten.²⁵⁰ Der 1. Senat erkennt selbst, dass diese Regelungen allesamt ihre Bedeutung verlieren würden, wenn aus § 3 ArbSchG bereits eine generelle Pflicht zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit folgen würde.²⁵¹ Indem er jedoch ArbZG und ArbSchG völlig voneinander abkoppelt, beschränkt er die Sperrwirkung der genannten Vorschriften auf das Arbeitszeitrecht und versucht damit, das Arbeitsschutzrecht gegen diese zwingenden systematischen Argumente zu immunisieren. Dieser Versuch ist allerdings zum Scheitern verurteilt, da auch Generalklauseln stets im Licht der Gesamtrechtsordnung zu interpretieren sind.²⁵²

²⁴⁹ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 51 ff.

²⁵⁰ Ähnlich krit. *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (53).

²⁵¹ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 36.

²⁵² *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 152.

Weil der Senat diese Regel missachtet, verursacht seine Auffassung gravierende Brüche in der Systematik der Arbeitsrechtsordnung. So liegt es auf der Hand, dass der Gesetzgeber eine Erfassungspflicht, die der Durchsetzung der materiellen Vorgaben aus dem ArbZG dient, auch im ArbZG verorten würde, wie es abschließend für den Fall der Mehrarbeit in § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG geschehen ist. Nach dem Modell des BAG enthält das ArbZG nunmehr jedoch lediglich eine Erfassungspflicht für einen Spezialfall (Mehrarbeit), während die allgemeine Erfassungspflicht in einem fremden Gesetz verankert ist. Allein das ist bereits offenkundig systemwidrig.

Hinzu kommt, dass die generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nach dem ArbSchG einem anderen Kontrollsystem unterliegt als das Arbeitszeitrecht und die Aufzeichnungspflicht für Mehrarbeit. Das gilt zum einen für das Sanktionsregime. Während der Verstoß gegen § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG nach § 22 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 ArbZG bußgeldbewehrt ist,²⁵³ gilt dies im Fall eines Verstoßes gegen § 3 ArbSchG nicht. Hier ist zunächst eine behördliche Anordnung gem. § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ArbSchG notwendig. Bußgeldbewehrt ist nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 lit. a, Abs. 2 ArbSchG erst eine Zuwiderhandlung gegen diese Anordnung. Zum anderen schließen § 17 Abs. 1 ArbZG und § 21 ArbSchG nicht aus, dass nach jeweiligem Landesrecht unterschiedliche Behörden für die Durchsetzung des ArbZG und des ArbSchG zuständig sind. Für die Beschäftigten des Bundes hat der Bundesgesetzgeber in § 17 Abs. 3 ArbZG und § 21 Abs. 5 S. 1 ArbSchG sogar selbst unterschiedliche Zuständigkeiten bestimmt. Die vom BAG vertretene Auffassung hat also die – sachlich nicht zu erklärende – Konsequenz, dass unterschiedliche Behörden mit unterschiedlichen Befugnissen dafür zuständig sind, die Einhaltung der Arbeitszeiterfassungspflichten zu überwachen.

²⁵³ Ebenso wie die speziellen Aufzeichnungspflichten, vgl. § 6 Abs. 1, § 7 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 GSA Fleisch, § 17 Abs. 1, § 21 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 3 MiLoG, § 19 Abs. 1, § 23 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 AEntG sowie § 16 Abs. 1 Nr. 17, Abs. 2, § 17c Abs. 1 AÜG.

4) Arbeitszeiterfassung für leitende Angestellte?

Ein weiterer und nicht minder gravierender Bruch würde entstehen, wenn man die Arbeitszeiterfassungspflicht nach § 3 ArbSchG auf leitende Angestellte und sonstige in §§ 18 ff. ArbZG genannte Personen erstrecken wollte. Ob das BAG die leitenden Angestellten einbezieht, ist unklar. Dafür spricht, dass das ArbSchG keine derartigen Ausnahmen enthält und das Gericht für die personelle Reichweite der Erfassungspflicht auf den Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG verweist.²⁵⁴ Leitende Angestellte werden erst durch § 5 Abs. 3 S. 1 BetrVG aus dem Anwendungsbereich des BetrVG ausgenommen. Das ist nur möglich, wenn sie zunächst von § 5 Abs. 1 BetrVG erfasst werden. Auch meint der Senat, die Ausnahmen der §§ 18 ff. ArbZG seien „nicht einschlägig“.²⁵⁵ Offen bleibt allerdings, ob sich diese Feststellung nur auf den konkreten Fall bezieht – etwa, weil im konkreten Gemeinschaftsbetrieb keine Arbeitnehmer i. S. d. §§ 18 ff. ArbZG beschäftigt waren – oder allgemein darauf, dass diese Ausnahmen lediglich für das ArbZG und nicht für eine Arbeitszeiterfassungspflicht nach dem ArbSchG gelten.

Gegen eine Pflicht in Bezug auf leitende Angestellte spricht hingegen der abstrakt gefasste Satz, die Pflicht eines Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeiten betreffe diejenigen Arbeitnehmer, für die der Gesetzgeber nicht auf Grundlage des Art. 17 Abs. 1 Arbeitszeit-RL von den Vorgaben der Art. 3, 5 und 6 lit. b Arbeitszeit-RL abgewichen ist.²⁵⁶ Eine solche Abweichung ergibt sich gerade aus § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG.

Die Einbeziehung der leitenden Angestellten und der sonstigen in den §§ 18 ff. ArbZG genannten Personen in die Arbeitszeiterfassungspflicht nach § 3 ArbSchG hätte die absurde Konsequenz, dass im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung eine Pflicht

²⁵⁴ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 55.

²⁵⁵ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 57.

²⁵⁶ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 56.

der Arbeitgeber in Bezug auf einen Personenkreis geschaffen wird, für den die Mitgliedstaaten nach Art. 17 von der Arbeitszeit-RL abweichen dürfen und für den der deutsche Gesetzgeber im ArbZG von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht hat.

5) Missachtung des Willens des Gesetzgebers

Durch die Behauptung, Arbeitgeber seien nach § 3 ArbSchG allgemein zur Erfassung der Arbeitszeit verpflichtet, missachtet der 1. Senat zudem den Willen des Gesetzgebers und verstößt auch aus diesem Grund gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich mit aller Klarheit, dass der Gesetzgeber sich mit § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG ganz bewusst auf eine Aufzeichnung allein der Mehrarbeit beschränkt hat. Wörtlich heißt es: „Durch die Beschränkung der Nachweispflicht auf ‚über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende Arbeitszeiten‘ wird unnötiger Aufwand vermieden.“²⁵⁷

Dieses Motiv klassifiziert der Senat als lediglich „konstatierende Bemerkung“.²⁵⁸ Das ist eine bewusste Untertreibung, für die es keine Anhaltspunkte gibt.²⁵⁹ Im Gegenteil: Schon die Vorgängerregelung des § 24 Abs. 1 Nr. 3 Arbeitszeitordnung (AZO) beschränkte die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auf Mehrarbeit.²⁶⁰ Die Verfasser des Entwurfs nennen mit dem „unnötigen Aufwand“ ein Sachargument, weshalb sie an dieser Regelung festhalten. Selbst nachdem der Bundesrat sich für eine vollständige Aufzeichnung der Arbeitszeit ausgesprochen hatte,²⁶¹ blieb man bei der Beschränkung auf die Mehrarbeit. An der begrenzten inhaltlichen Reichweite der Aufzeichnungspflicht im Arbeitszeitrecht bestehen daher nicht die geringsten Zweifel. Das erkennt auch der Senat,²⁶² setzt sich jedoch über den klaren Willen des Gesetzgebers hinweg, indem er das

²⁵⁷ BT-Drs. 12/5888, 31.

²⁵⁸ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 53.

²⁵⁹ Ebenso krit. *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (53).

²⁶⁰ Arbeitszeitordnung v. 30.4.1938, RGBl. I 1938, 447 (451 f.); siehe auch BT-Drs. 12/5888, 31.

²⁶¹ BT-Drs. 12/5888, 45.

²⁶² BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 40.

ArbSchG aus der arbeitsrechtlichen Gesamtsystematik löst und sich dadurch dem zwingenden Umkehrschluss aus den arbeitszeitrechtlichen Aufzeichnungspflichten entzieht.

Daneben führt der Senat den Willen des Gesetzgebers an, mit dem ArbZG die Vorgaben der Arbeitszeit-RL umsetzen zu wollen. Aus dem Festhalten an der Beschränkung könne deshalb „nicht sein unzweifelhafter Wille abgeleitet werden, § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG – durch den er [die Rahmen-RL] umsetzen wollte – nicht im Sinn dieser Vorgaben verstehen zu dürfen“.²⁶³ Diese verklausulierte Argumentation bezweckt offenbar, durch die Betonung des abstrakten Umsetzungswillens Zweifel an der Eindeutigkeit der gesetzgeberischen Sachentscheidung zugunsten der auf Mehrarbeit beschränkten Aufzeichnungspflicht zu säen.²⁶⁴ Tatsächlich handelt es sich um eine Nebelkerze. Blickt man nüchtern auf den zeitlichen Ablauf der Gesetzgebung, ist es offenkundig, dass den Materialien zum ArbZG 1993 kein „unzweifelhafter Wille“ des Gesetzgebers entnommen werden kann, eine erst 1996 in Kraft getretene Vorschrift auf die eine oder andere Weise zu interpretieren. Das Argument stellt sich daher lediglich als ein leicht abgewandelter Versuch dar, sich über den konkreten Regelungswillen des Gesetzgebers hinwegzusetzen.

Vollends scheitern muss das Konzept des BAG, wenn man die Reaktion der Politik und des Gesetzgebers in Deutschland auf die CCOO-Entscheidung des EuGH miteinbezieht. Durch das Arbeitsschutzkontrollgesetz änderte der Gesetzgeber zum 1.1.2021 § 6 GSA Fleisch.²⁶⁵ Der Zusatz, wonach Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit „elektronisch und manipulationssicher“ aufzuzeichnen sind, wurde ausdrücklich mit den

²⁶³ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 53.

²⁶⁴ In diese Richtung auch *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (53).

²⁶⁵ BGBl. I 2020, 3334, 3336 (3337).

Vorgaben des Gerichtshofs in der Rechtssache „CCOO“ begründet.²⁶⁶ Mit Blick auf diesen „aktualisierten“ Gesetzgeberwillen lehnt der 1. Senat zu Recht eine richtlinienkonforme Auslegung von § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG ab.²⁶⁷ Auf die daraus folgende Sperrwirkung gegenüber einer richtlinienkonformen Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG geht er hingegen mit keinem Wort ein.

Dass § 6 GSA Fleisch eine solche Sperrwirkung entfaltet, ist jedoch offenkundig. Indem der Gesetzgeber punktuell auf die EuGH-Entscheidung reagiert hat, hat er klar zu erkennen gegeben, dass er eine weitergehende Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben später vornehmen will und nicht an die Rechtsprechung delegiert.²⁶⁸ Eine solche Umsetzung hatte das BMAS etwa mit dem Gesetz zur mobilen Arbeit angestrebt. Die Referentenentwürfe vom 2.10.2020, 26.11.2020 und 14.1.2021 sahen allesamt eine Neuregelung in § 112 Abs. 1 S. 1 GewO vor, wonach die aus § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG folgende Pflicht für Arbeitnehmer, auf die das ArbZG Anwendung findet und die regelmäßig mobil arbeiten, „dahingehend abgewandelt [wird], dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, Beginn, Ende und Dauer der gesamten Arbeitszeit am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen“.²⁶⁹ Eine solche Regelung wäre überflüssig, wenn der Gesetzgeber es den Gerichten überantwortet hätte, eine Arbeitszeiterfassungspflicht durch Rückgriff auf das Arbeitsschutzrecht zu begründen.

b) Verstoß gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV

Eine Vorlage an den EuGH lehnt der Senat ab. Er nimmt an, das Verfahren werfe mit Blick auf die Arbeitszeiterfassung keine entscheidungserhebliche unionsrechtliche

²⁶⁶ So zunächst der Ausschuss für Arbeit, Integration und Sozialpolitik, BR-Drs. 426/1/20 (neu), 13; dem hat sich der Bundesrat angeschlossen, BT-Drs. 19/22772, 7.

²⁶⁷ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 37.

²⁶⁸ Übereinstimmend ErfK/*Roloff*, 23. Aufl. 2023, § 16 ArbZG Rn. 5; NK-GA/Wichert, 2. Aufl. 2023, § 16 ArbZG Rn. 3.

²⁶⁹ Vgl. BMAS, Referentenentwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit v. 14.1.2021, S. 5; wortgleich die Entwürfe v. 26.11.2020, S. 5 und 2.10.2020, S. 6.

Rechtsfrage auf, die nicht bereits durch die CCOO-Entscheidung geklärt sei.²⁷⁰ Das ist gleich in mehrfacher Hinsicht zu kritisieren:

Unklar ist erstens, ob die Pflicht zur Einrichtung eines Systems, mit dem die Arbeitszeit gemessen werden kann, neben der Arbeitszeit-RL auch aus der Rahmen-RL folgt. Dies war für das BAG das „ausschlaggebende“ Argument für eine richtlinienkonforme Auslegung von § 3 ArbSchG.²⁷¹ Wie bereits dargelegt,²⁷² sprechen die überzeugenderen Gründe dafür, diese Frage zu verneinen. Sollte der EuGH zu einem anderen Ergebnis gelangen, müsste er zudem erläutern, ob die Abweichungsmöglichkeit nach Art. 17 Abs. 1 Arbeitszeit-RL auch für die etwaige Arbeitszeiterfassungspflicht nach der Rahmen-RL gilt.

Zweitens steht – wie bereits im 1. Teil des Rechtsgutachtens herausgearbeitet – keineswegs fest, dass Arbeitgeber nach der CCOO-Entscheidung zur tatsächlichen Erfassung der Arbeitszeit verpflichtet werden müssen.²⁷³ Überzeugender ist die Lesart, wonach es genügt, ein entsprechendes System bereitzustellen, das der Arbeitnehmer freiwillig nutzen kann.²⁷⁴ Dafür spricht insbesondere die Formulierung des Tenors, wonach die Arbeitgeber verpflichtet werden müssen, „ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden *kann*“.²⁷⁵ Danach bestehen zumindest deutliche Zweifel an der vom BAG zugrunde gelegten extensiven Lesart. Keinesfalls handelt es sich insoweit um einen *acte éclairé*.²⁷⁶

²⁷⁰ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 72.

²⁷¹ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 47.

²⁷² Vgl. oben Teil 2, I. 2. a) aa).

²⁷³ So BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 23 mit lediglich vergleichendem Verweis auf EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 50 – CCOO.

²⁷⁴ H. Hanau, ZFA 2020, 129 (132); vgl. dazu auch Thüsing/Flink/Jänsch, ZFA 2019, 456 (468 ff.); Thüsing/Bleckmann, BB 2023, 52 (52); Teil 1, II.

²⁷⁵ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 71 – CCOO (Hervorhebung durch Verf.).

²⁷⁶ Vgl. zu dieser Ausnahme von der Vorlagepflicht des Art. 267 Abs. 3 AEUV EuArbR/Höpfner, 4. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV Rn. 44 ff.

Drittens ist weiterhin unklar, ob die Ausführungen des EuGH zum (damaligen) spanischen Recht unbesehen übertragen werden können. Das deutsche Recht unterscheidet sich davon durch zwei bereits im 1. Teil des Rechtsgutachtens genannte Unterschiede deutlich: die mittelbare Aufzeichnungspflicht in mitbestimmten Betrieben sowie die Befugnis der zuständigen Aufsichtsbehörde, den Arbeitgeber nach § 17 Abs. 2 ArbZG zur Aufzeichnung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit zu verpflichten, wenn der Verdacht von Verstößen gegen das ArbZG besteht.²⁷⁷ Hinzu kommen die bereits genannten spezialgesetzlichen Aufzeichnungspflichten, die die Pflicht zur Erfassung der Mehrarbeit nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG ergänzen. Insgesamt enthält die deutsche Rechtsordnung damit ein deutlich ausgeprägteres Schutzsystem als das spanische Recht. Ob der EuGH angesichts dieser Unterschiede zu einer anderen Beurteilung kommen und die vom deutschen Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen als hinreichend geeignet zur Durchsetzung der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL ansehen würde, ist offen und kann nicht zuverlässig prognostiziert werden.

Legt man den nach Auffassung des 1. Senats bestehenden Umsetzungsspielraum im deutschen Recht zugrunde, ist jede dieser drei Fragen für sich genommen entscheidungserheblich. Der Senat verstößt daher gegen die Vorlagepflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV.

3. Ergebnis und Auswirkungen auf die gesetzgeberischen Reformbestrebungen

Als Ergebnis ist festzuhalten: Entgegen der Auffassung des BAG verpflichtet § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG die Arbeitgeber nicht dazu, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer zu erfassen. Zweifelhaft sind schon die unionsrechtlichen Prämissen des 1. Senats. Jedenfalls besteht angesichts der abschließend geregelten Aufzeichnungspflichten nach § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG für Mehrarbeit sowie nach den spezialgesetzlichen Regelungen der § 6 Abs. 1 GSA Fleisch, § 17 Abs. 1 MiLoG, § 19 Abs. 1 AEntG

²⁷⁷ Vgl. dazu bereits *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (276); Teil 1, III. 2.

und § 17c Abs. 1 AÜG kein Spielraum für eine richtlinienkonforme Auslegung von § 3 ArbSchG.

Indem der 1. Senat das ArbSchG aus der arbeitsrechtlichen Gesamtsystematik löst, entzieht er sich dem zwingenden Umkehrschluss aus den speziellen arbeitszeitrechtlichen Aufzeichnungspflichten und missachtet den eindeutigen Willen des Gesetzgebers, wonach es de lege lata keine allgemeine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung geben soll. Der Senat ersetzt das gesetzgeberische Regelungskonzept durch ein eigenes und verstößt damit gegen Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG.²⁷⁸ Darüber hinaus verweigert er die angesichts der mehrdeutigen und interpretationsbedürftigen CCOO-Entscheidung des EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV gebotene Vorlage an den EuGH.

Auch angesichts der erheblichen Rechtsunsicherheit, die der Beschluss des BAG hervorgerufen hat, hat das BMAS einen Entwurf zur Reform der Arbeitszeiterfassung für das erste Quartal 2023 angekündigt. Kommt es tatsächlich zu einer Reform des Arbeitszeitrechts, sollte der Gesetzgeber sich nicht von der methodisch problematischen Rechtsauffassung des BAG beeinflussen lassen, sondern dem verfehlten Rekurs auf das Arbeitsschutzrecht den Boden entziehen und eine systematisch stimmige Lösung im Arbeitszeitrecht anstreben. Im Übrigen bleiben das „Ob“ und das „Wie“ einer etwaigen gesetzgeberischen Reform des Arbeitszeitrechts – auf Grundlage der Vorgaben der Arbeitszeit-RL – einer ausschließlich politischen Überzeugungsbildung vorbehalten. Etwaige inhaltliche Vorgaben der Arbeitszeit-RL für eine solche Reform werden nachfolgend unter II. erörtert.

²⁷⁸ Vgl. zu den Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 3 GG BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, NJW 2011, 836 Rn. 55, 62.

II. Inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung einer Arbeitszeiterfassung im Fall einer Reform des ArbZG

Die Modalitäten einer etwaigen über § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG hinausgehenden gesetzlichen Regelung der Arbeitszeiterfassung bleiben einer politischen Mehrheitsentscheidung vorbehalten. Schon weil das Unionsrecht richtigerweise nicht zu einer Ausweitung der bestehenden Aufzeichnungspflichten zwingt, kann es auch die Ausgestaltung einer solchen Ausweitung nicht präterminieren. Entschließt sich der Gesetzgeber aus politischen Gründen für eine Ausweitung, sollte er die vielgestaltigen Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer berücksichtigen und der betrieblichen Praxis möglichst weite Spielräume für die konkrete Art und Weise der Arbeitszeiterfassung belassen.²⁷⁹

Im Einzelnen sollten im Gesetzgebungsprozess zu einer etwaigen Ausweitung der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung insbesondere die folgenden vier Elemente berücksichtigt werden, um eine rechtssichere, für die Praxis handhabbare und möglichst unbürokratische Lösung zu ermöglichen: eine flexible Art und Weise der Arbeitszeiterfassung (1.), eine vereinfachte Erfassung von Tätigkeiten im Schichtbetrieb (2.), eine praxisgerechte Lösung für Fälle der Vertrauensarbeitszeit (3.) sowie die Befugnis zur Delegation der Erfassung an den Arbeitnehmer (4.). Jeweils ist auch zu überlegen, ob und inwiefern das Unionsrecht einer liberalen Ausgestaltung entgegensteht, falls der Gesetzgeber – entgegen der Empfehlung im 1. Teil des Rechtsgutachtens – bei der Reform eine extensive Lesart der CCOO-Entscheidung zugrunde legt.²⁸⁰

²⁷⁹ Ebenso *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (54).

²⁸⁰ Vgl. dazu Teil 1, II. 1., 2.

1. Form der Arbeitszeiterfassung

Bei der gesetzlichen Ausgestaltung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung ist zu prüfen, ob das Unionsrecht Anforderungen an die Form dieses Systems stellt. Von vornherein ausgeschlossen ist das für den Fall, dass die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland, die eine solche Vorgabe nur punktuell und branchenspezifisch in § 6 Abs. 1 GSA Fleisch vorsieht, wie im 1. Teil des Rechtsgutachtens herausgearbeitet²⁸¹ bereits den Anforderungen der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL entspricht.

Überträgt man hingegen die Vorgaben des EuGH für die spanische Rechtsordnung, wonach der Gesetzgeber je nach Lesart zur generellen Arbeitszeiterfassung oder zumindest zur Bereitstellung eines entsprechenden Systems verpflichtet ist, ungeachtet der bestehenden Unterschiede auf das deutsche Recht, stellt sich die Frage nach unionsrechtlichen Anforderungen an die Form der Arbeitszeiterfassung. Nach diesen Vorgaben sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein „objektives, verlässliches und zugängliches“ System zur Arbeitszeiterfassung einzuführen.²⁸²

Vereinzelt wird vertreten, dass sich aus diesen Ausführungen des EuGH Mindestvorgaben für die Mitgliedstaaten ergäben, eine bestimmte Form der Erfassung der Arbeitszeit festzulegen, um deren Objektivität und Verlässlichkeit zu gewährleisten.²⁸³

Richtigerweise ist dies – in Übereinstimmung mit der Auffassung des BAG²⁸⁴ – jedoch abzulehnen: Der EuGH hält im Anschluss an die Schlussanträge des Generalanwalt *Pitruzzella*²⁸⁵ explizit fest, dass die Ausgestaltung des Arbeitszeiterfassungssystems

²⁸¹ Vgl. Teil 1, III. 2.

²⁸² EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 60 – CCOO.

²⁸³ *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 55; vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrats zur Änderung des § 6 Abs. 1 GSA Fleisch, BT-Drs. 19/22772, 7.

²⁸⁴ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

²⁸⁵ GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 85 ff. – CCOO, der explizit Aufzeichnungen in Papierform, Computerprogramme und elektronische Zutrittsausweise nennt (Rn. 87).

den Mitgliedstaaten obliegt.²⁸⁶ Das umfasst insbesondere die Form der Arbeitszeiterfassung²⁸⁷ und dabei auch die Frage, ob überhaupt eine bestimmte Form vorgegeben wird.²⁸⁸ Diese Auffassung entspricht dem Regelungskonzept der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL, die die Ergreifung der erforderlichen Maßnahmen zur Sicherstellung der Einhaltung der materiellen Vorgaben der Arbeitszeit-RL an die Mitgliedstaaten delegieren. Mit der Delegation ist eine mitgliedstaatliche Regelungskompetenz auch hinsichtlich der Form der Erfassung verbunden, die lediglich der bereits erläuterten²⁸⁹ negativen Kontrollkompetenz des Unionsrechts unterliegt. Kommission und EuGH können also nur überprüfen, ob die mitgliedstaatlichen Vorgaben zur Art und Weise der Arbeitszeiterfassung hinreichend wirksam sind, um die Einhaltung der materiellen Vorgaben der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL sicherzustellen, nicht aber eine bestimmte Form proaktiv vorschreiben. Insbesondere ist es nicht erforderlich, die jeweils im konkreten Fall in Betracht kommende effektivste Form der Arbeitszeiterfassung vorzuschreiben.²⁹⁰

Danach käme eine Pflicht des Gesetzgebers, eine bestimmte Form der Arbeitszeiterfassung vorzuschreiben, nur in Betracht, wenn ausschließlich diese Form geeignet wäre, die Einhaltung der materiellen Vorgaben der Arbeitszeit-RL sicherzustellen. Davon kann aber keine Rede sein. Nach Auffassung des EuGH soll ein Arbeitszeiterfassungssystem dazu dienen, etwaige Verstöße vor Gericht nachweisen zu können und die behördliche Kontrolle zu erleichtern.²⁹¹ Dazu bedarf es keiner elektronischen Erfassung.

²⁸⁶ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 63 – CCOO.

²⁸⁷ So explizit EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 63 – CCOO; dem folgend BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

²⁸⁸ A. A. *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 55, der unter Berufung auf EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 63 – CCOO eine Pflicht der Mitgliedstaaten annimmt, Mindestanforderungen an die Form zu stellen, die über die Kriterien „objektiv, verlässlich und zugänglich“ hinausgehen. Mit der Feststellung, die Festlegung der Modalitäten, insbesondere der Form, *obliegt* den Mitgliedstaaten, betont der EuGH indes nur die eigenständige Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten (ähnlich *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365 [369]). Eine Pflicht zur Ausübung dieser Regelungskompetenz in einer bestimmten Weise – etwa durch bestimmte Mindestanforderungen – lässt sich der Passage nicht entnehmen.

²⁸⁹ Teil 1, I. 2. b).

²⁹⁰ Vgl. Teil 1, II. 2. a).

²⁹¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 56 – CCOO.

Beide Zwecke würden etwa auch durch Aufzeichnungen in Papierform ohne Weiteres erreicht. Hinreichend effektiv und damit ausreichend ist jede Form der Perpetuierung der erfassten Arbeitszeit,²⁹² ohne die schon begrifflich nicht von einer „Aufzeichnung“ gesprochen werden könnte. Ob diese Perpetuierung elektronisch über eine spezielle Erfassungssoftware, über eine Excel-Tabelle, mittels App oder Stechuhr oder schlicht in Textform erfolgt, ist unionsrechtlich ebenso wenig prädestiniert wie die Frage, ob die Aufzeichnung manuell oder automatisiert erfolgt.²⁹³

Teilweise wird dagegen zwar vorgebracht, eine Aufzeichnung in Papierform sei anfälliger für Fälschungen und deshalb nicht „objektiv“ und „verlässlich“ im Sinne der Vorgaben des EuGH.²⁹⁴ Dabei wird jedoch übersehen, dass die Möglichkeit einer Fälschung der dokumentierten Arbeitszeit jeder Form der Aufzeichnung innewohnt.²⁹⁵ So kann auch das manipulationssicherste System nicht verhindern, dass ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer dazu anhält, die elektronische, automatisierte Arbeitszeiterfassung per Chip am Eingang zum Betriebstor dadurch zu manipulieren, dass er nach erfolgter „Ausbuchung“ ohne erneute „Einbuchung“ an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt.²⁹⁶ Umgekehrt könnte der Arbeitnehmer die Aufzeichnung zu seinen Gunsten manipulieren,

²⁹² *H. Hanau*, ZFA 2020, 129 (131 ff.) lässt sogar schon die bloße Kenntnisnahme von Beginn und Ende der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber genügen; vgl. auch *Kösse*, DB 2019, 1958 (1962).

²⁹³ Vgl. auch BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

²⁹⁴ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats zur Änderung des § 6 Abs. 1 GSA Fleisch, BT-Drs. 19/22772, 7; *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 38 f.; eine verständige Deutung der Begriffe „objektiv“ und „verlässlich“ findet sich dagegen bei *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (5 f.), der unter Berufung auf GA Pitruzzella zu der Einschätzung gelangt, dass die bestehenden Systeme bei bereits etablierten Zeiterfassungspflichten, zu denen auch die Aufzeichnung in Papierform zählt, den Vorgaben genügen dürften. Plakatativ hält er fest, das System müsse „objektiv, aber nicht ‚absolutistisch‘ ausgestaltet sein“; siehe ferner *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 33 f.; *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1853).

²⁹⁵ *Reinhard*, NZA 2019, 1313 (1315); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (278); *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 46 f.; *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6); vgl. auch *Grunewald*, Grundlagen und Grenzen der Vertrauensarbeitszeit, 2005, S. 140; zur Unmöglichkeit einer „Totalüberwachung“ im Homeoffice *Rieble/Picker*, ZFA 2013, 383 (397).

²⁹⁶ Vgl. zu diesem Beispiel *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1853); *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 39; *Latzel*, EuZA 2019, 469 (479); ferner schon *Trittin*, AiB 1999, 625 (625).

indem er Pausenzeiten nicht ausbucht. Noch unkomplizierter, nämlich schlicht durch fehlerhafte Eingaben ließe sich die Arbeitszeiterfassung per App manipulieren. Die Gefahr einer unrichtigen Aufzeichnung in Papierform unterscheidet sich davon nicht in relevanter Weise.²⁹⁷ Die Aufzeichnung in Papierform ist prinzipiell ebenso „objektiv“ und „verlässlich“ im Sinne der Vorgaben des EuGH wie alle anderen gängigen Formen der Zeiterfassung und damit ohne Weiteres richtlinienkonform.²⁹⁸

Im Ergebnis gilt daher: Unionsrechtlich zulässig und de lege ferenda vorzugswürdig ist es, die Wahl der Form für eine etwaige generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung der – ggf. mitbestimmten²⁹⁹ – Entscheidung des Arbeitgebers zu überlassen, die nach pragmatischen Gesichtspunkten in Ansehung der konkreten betrieblichen Realitäten getroffen kann. Davon unberührt bleiben branchenspezifische Formvorgaben, wie sie de lege lata etwa in § 6 Abs. 1 GSA Fleisch vorgesehen sind („elektronisch und manipulationsicher“).

2. Erfassung von Tätigkeiten im Schichtbetrieb

Tätigkeiten im Schichtbetrieb³⁰⁰ weisen die Besonderheit auf, dass sie einem streng vorbestimmten zeitlichen Schema folgen, das im Regelfall auch eingehalten wird. Daraus folgt für diese Form der betrieblichen Arbeitszeitorganisation ein signifikant ver-

²⁹⁷ Ebenso *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 38.

²⁹⁸ So im Ergebnis auch BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65; *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 36 f.; *Krause*, NZA-Beilage 2019, 86 (93); *Heuschmid*, NJW 2019, 1583 (1853); *Latzel*, EuZA 2019, 469 (478); *Sittard/Esser*, jM 2019, 284 (289); *Brors*, NZA 2020, 1685 (1686); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038); *Reinhard*, NZA 2019, 1313 (1315 f.); *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (54).

²⁹⁹ Vgl. BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 66.

³⁰⁰ Als Definition für den „Schichtbetrieb“ bietet sich die Regelung des § 26 Abs. 5a AZG Österreich an, die auf eine „schriftlich festgehaltene fixe Arbeitszeiteinteilung“ abstellt, wobei anstelle der Schriftform Textform genügen sollte.

ringertes Risiko von Verstößen gegen die materiellen Vorgaben des ArbZG. Eine generelle Pflicht zur umfassenden Arbeitszeiterfassung für Tätigkeiten im Schichtbetrieb wäre daher unverhältnismäßig. Mit den Schichtplänen liegt bereits eine Dokumentation über die Arbeitszeit vor, die den Vorgaben des EuGH ohne Weiteres gerecht wird, wenn lediglich zusätzlich Abweichungen vom Schichtplan dokumentiert werden. Eine Doppelung der Dokumentation in dem Sinne, dass der Arbeitgeber neben dem Schichtplan die gesamte Arbeitszeit der Arbeitnehmer im Schichtdienst noch einmal zusätzlich aufzeichnen müsste, selbst wenn exakt nach Schichtplan gearbeitet wird, würde keinen Mehrwert bieten, sondern im Ergebnis lediglich einen unnötigen Bürokratismus darstellen.

Sollte der Gesetzgeber sich aus politischen Gründen prinzipiell für eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung entschließen, bietet es sich an, Tätigkeiten im Schichtbetrieb oder nach einer sonstigen vorab fixierten Arbeitszeiteinteilung gesondert zu berücksichtigen. Als Vorbild für eine sinnvolle Regelung der Arbeitszeiterfassung im Schichtbetrieb könnte dabei die Regelung in § 26 Abs. 5a AZG Österreich dienen. Dort heißt es:

„Bei Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern mit einer schriftlich festgehaltenen fixen Arbeitszeiteinteilung haben die Arbeitgeberinnen/Arbeitgeber lediglich deren Einhaltung zumindest am Ende jeder Entgeltzahlungsperiode sowie auf Verlangen des Arbeitsinspektorates zu bestätigen und sind nur Abweichungen von dieser Einteilung laufend aufzuzeichnen.“

Diese Art der Arbeitszeiterfassung im Schichtbetrieb genügt der unionsrechtlichen Vorgabe einer „objektiven, verlässlichen und zugänglichen“ Arbeitszeiterfassung.³⁰¹ Das gilt auch für den Fall, dass man die CCOO-Entscheidung entgegen den im 1. Teil des

³⁰¹ So auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6); *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 37.

Rechtsgutachtens entwickelten Ergebnissen dahingehend verstehen wollte, die Mitgliedstaaten seien dazu verpflichtet, die Arbeitgeber prinzipiell zur generellen Arbeitszeiterfassung zu verpflichten. Für die Vereinbarkeit mit der Arbeitszeit-RL spricht eine ganze Reihe von Gründen:

Erstens liegt im Ergebnis eine umfassende Dokumentation der tatsächlichen Arbeitszeit vor, die lediglich bereits vorab und nicht erst tagesaktuell oder nachträglich vorgenommen wird.

Zweitens erfüllt die Arbeitszeiterfassung auch dann ihren Zweck – die Nachweisbarkeit von Verstößen vor Gericht sowie die behördliche Kontrolle –, wenn der vorab fixierte Schichtplan selbst als Grundlage der Erfassung dient und lediglich tatsächliche Abweichungen von diesem Schichtplan gesondert erfasst werden.

Drittens ist die Manipulationsgefahr durch eine regelmäßige „Vorabaufzeichnung“ in Form von fixierten Schichtplänen gegenüber einer jeweils tagesaktuell oder nachträglich durchgeführten Aufzeichnung nicht erhöht.

Für die Vereinbarkeit mit Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL spricht schließlich, dass die gleichartige Regelung in § 26 Abs. 5a AZG Österreich durch die für etwaige Verstöße zuständige Kommission bisher nicht moniert worden ist und auch nichts darauf hindeutet, dass dies künftig geschehen könnte.

3. Erfassung von Vertrauensarbeitszeit

Diskutiert wurde in Reaktion auf die CCOO-Entscheidung des EuGH vor allem die Frage, ob Vertrauensarbeitszeitmodelle mit den Vorgaben der Arbeitszeit-RL in ihrer Auslegung durch den EuGH in Einklang zu bringen sind. Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst zu klären, was unter Vertrauensarbeitszeit konkret zu verstehen ist.

a) Bestimmung von Umfang und Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer („materielle Zeitsouveränität“)

Denkbar ist zunächst, dass der Arbeitnehmer nicht nur die Lage, sondern auch den Umfang seiner Arbeitszeit eigenständig bestimmen kann und damit eine vollständige „materielle Zeitsouveränität“ besitzt.³⁰² Dazu bedarf es nicht nur eines Verzichts des Arbeitgebers auf sein Leistungsbestimmungsrecht bezüglich der Lage der Arbeitszeit, sondern – weil beim Umfang der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung eine synallagmatische Hauptleistungspflicht aus dem Arbeitsverhältnis betroffen ist – zusätzlich einer eigenständigen vergütungsrechtlichen Regelung im Arbeitsvertrag selbst.³⁰³ Unabhängig von den arbeitsvertraglichen Regelungen zur Vergütung ist eine solche Vereinbarung arbeitszeitrechtlich bei Arbeitnehmern, die dem Anwendungsbereich des ArbZG unterfallen, nur innerhalb der Grenzen des § 3 ArbZG zulässig.

In der Praxis sind Arbeitsverhältnisse mit einer vollständigen „materiellen Zeitsouveränität“ auch über die Dauer der Arbeitszeit freilich eher selten und regelmäßig auf Führungskräfte beschränkt, die als leitende Angestellte i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG bzw. Art. 17 Abs. 1 Arbeitszeit-RL zu qualifizieren sind und für die die materiellrechtlichen Vorgaben des Arbeitszeitrechts nicht gelten. In diesem Fall sind auch die Grenzen des § 3 ArbZG und Art. 5 Arbeitszeit-RL nicht zu beachten.³⁰⁴

³⁰² Vgl. MünchArbR/*Schüren*, 5. Aufl. 2021, § 44 Rn. 44.

³⁰³ Vgl. Reichold, NZA 1998, 393 (397).

³⁰⁴ Vgl. zu den Grenzen außerhalb des ArbZG *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 18 Rn. 28; MünchArbR/*Schüren*, 5. Aufl. 2021, § 47 Rn. 37.

b) Bestimmung der Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer unter Dokumentation der Arbeitszeit

Das BMAS adressiert in seinen „Fragen und Antworten“ zum Beschluss des BAG vom 13.9.2022³⁰⁵ den Fall, dass der Arbeitnehmer die Lage der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit vollständig oder teilweise frei bestimmen kann, allerdings mit der Maßgabe, dass der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit erfasst oder die Erfassung der Arbeitszeit an den Arbeitnehmer delegiert und die Dokumentation des Arbeitnehmers kontrolliert.

Das BMAS bezeichnet dieses Arbeitszeitmodell als Vertrauensarbeitszeit. Das ist jedoch unzutreffend. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall zwar eine Zeitsouveränität bzgl. der Lage seiner Arbeitszeit. Aufgrund der lückenlosen Dokumentation fehlt jedoch das für die Vertrauensarbeitszeit erforderliche „Vertrauselement“. Denn nach der Rechtsprechung des BAG ist Voraussetzung für Vertrauensarbeitszeit, dass der Arbeitgeber „darauf vertraut, der betreffende Arbeitnehmer werde seine Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht auch ohne Kontrolle erfüllen“.³⁰⁶

c) Bestimmung der Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer unter Verzicht des Arbeitgebers auf Erfassung der Arbeitszeit („Vertrauensarbeitszeit“)

Von der unter b) genannten Konstellation zu unterscheiden ist die Situation, dass der Arbeitnehmer die Lage seiner Arbeitszeit selbst bestimmen kann und der Arbeitgeber auf die Erfassung der Arbeitszeit verzichtet. Dieser Fall erfüllt die Definition der Vertrauensarbeitszeit im Sinne der Rechtsprechung. Das BAG führt dazu aus:

³⁰⁵ BMAS, Arbeitszeiterfassung. Fragen und Antworten, S. 4, abrufbar unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/faq-arbeitszeiterfassung.html> (zuletzt abgerufen am 14.1.2023).

³⁰⁶ BAG 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295 Rn. 31; BAG 29.8.2013 – 2 AZR 273/12, NZA 2014, 533 Rn. 35; BAG 24.5.2012 – 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223 Rn. 34.

„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.“³⁰⁷

Bei der Vertrauensarbeitszeit bleibt es dem Arbeitnehmer überlassen, zu bestimmen, wann und mit welchen Unterbrechungen er arbeitet und wie er seine Arbeit auf die Wochentage verteilt. Die Arbeitszeitplanung ist in diesem Fall Teil der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung und tritt an die Stelle der Arbeitszeitplanung durch den Arbeitgeber.³⁰⁸

Die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit entbindet die Arbeitsvertragsparteien allerdings nicht von den Vorgaben des Arbeitszeitrechts. Das Arbeitszeitgesetz sieht in § 18 ArbZG keine Bereichsausnahme für Vertrauensarbeitszeit vor. Der Arbeitnehmer darf daher zwar die Lage seiner Arbeitszeit frei festlegen, muss dabei jedoch insbesondere die zwingenden materiellrechtlichen Vorgaben von § 3 ArbZG zur täglichen Höchstarbeitszeit, von § 4 ArbZG zu den Ruhepausen und von § 5 ArbZG zu den Ruhezeiten berücksichtigen.

Entsprechendes gilt für die Ebene des Unionsrechts. Art. 17 Abs. 1 Arbeitszeit-RL erlaubt es den Mitgliedstaaten, bestimmte Personengruppen von den materiellen Arbeitszeitvorgaben der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL zu entbinden. Darum geht es im Fall von Vertrauensarbeitszeit aber gerade nicht. Hier wird keine Ausnahme von den materiellrechtlichen Arbeitszeitvorgaben der Richtlinie (gemäß Art. 17 Arbeitszeit-RL) oder des ArbZG (gemäß § 18 ArbZG) in Anspruch genommen. Vielmehr gelten die Vorgaben zu Höchstarbeitszeiten, Ruhezeiten und Ruhepausen unverändert. Lediglich innerhalb

³⁰⁷ BAG 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295 Rn. 31; vgl. auch schon BAG 24.5.2012 – 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223 Rn. 34.

³⁰⁸ MünchArbR/*Schüren*, 5. Aufl. 2021, § 47 Rn. 23.

dieser Grenzen wird vereinbart, dass der Arbeitnehmer die Lage der Arbeitszeit frei bestimmen darf und der Arbeitgeber auf die Kontrolle der Arbeitszeit verzichtet.³⁰⁹

Zu prüfen ist im Folgenden also, ob sich aus den vom EuGH entwickelten Vorgaben der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL eine Arbeitszeiterfassungspflicht auch für Vertrauensarbeitszeit ergibt oder ob die bisher im Interesse sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers geübte Vertrauensarbeitszeit ohne Erfassungspflicht unterhalb der Schwelle des § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG mit der Arbeitszeit-RL vereinbar ist.

d) Vereinbarkeit von Vertrauensarbeitszeit mit der Arbeitszeit-RL

Ob und unter welchen Voraussetzungen sich das praktische Bedürfnis nach Flexibilität durch Vertrauensarbeitszeit mit den Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL vereinbaren lässt, hängt maßgeblich von der Interpretation der CCOO-Entscheidung ab. Zu den Einzelheiten kann auf den 1. Teil dieses Rechtsgutachtens verwiesen werden.

aa) Zulässigkeit von Vertrauensarbeitszeit bei vorzugswürdiger Lesart der CCOO-Entscheidung

Ohne jeden Zweifel richtlinienkonform ist die Vertrauensarbeitszeit, wenn man dem im 1. Teil dieses Rechtsgutachtens herausgearbeiteten restriktiven Verständnis der CCOO-Entscheidung folgt. Danach sind Arbeitgeber nicht zur generellen Erfassung der Arbeitszeit, sondern nur zur Bereitstellung eines Systems verpflichtet, das eine solche Erfassung der Arbeitszeit ermöglicht. Für diese Lesart sprechen – insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 41 EuGH-Verfahrensordnung, wonach allein die spanische Originalfassung für die Interpretation der Entscheidung verbindlich ist – die deutlich stärkeren Argumente. Schon unter Berücksichtigung des Tenors der Entscheidung in

³⁰⁹ Vgl. zum Verständnis der Vertrauensarbeitszeit in der Rspr. BAG 15.5.2013 – 10 AZR 325/12, NZA-RR 2014, 519 Rn. 26: Danach „entfällt durch die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit nicht die Pflicht des Arbeitnehmers, Arbeitszeit in einem nach Stunden bemessenen Umfang abzuleisten. Die Einhaltung dieser Verpflichtung wird lediglich nicht kontrolliert.“ Vgl. zuvor BAG 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 (1352); BAG 24.5.2012 – 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223 Rn. 34.

dieser Sprachfassung, der vom EuGH vorgenommenen Änderung des Bezugspunkts der ursprünglich gestellten Vorlagefragen, der Abweichungen von den Schlussanträgen des Generalanwalts sowie einiger Passagen aus den Entscheidungsgründen empfiehlt sich eine restriktive Interpretation der Entscheidung.³¹⁰

Entscheidend kommt hinzu, dass allenfalls die restriktive Lesart sich noch als zulässige Interpretation der der CCOO-Entscheidung zugrunde liegenden Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL darstellt. Die Leitlinie der „gesetzeskonformen Interpretation“ erlaubt es dem Gesetzgeber, seiner Umsetzung die restriktive Lesart zugrunde zu legen. Diese Vorgehensweise ist schon deshalb zu empfehlen, weil sie die politischen Umsetzungsspielräume nicht ohne Not einschränkt. Das Bestehen und die Nutzung dieser Spielräume sind im europäischen Mehrebenensystem nach dem Konzept der zweistufigen Rechtsetzung durch Richtlinie und Umsetzungsgesetzgebung dezidiert gewollt. Dieses austarierte Zusammenspiel von Union und Mitgliedstaaten, das in der Arbeitszeit-RL durch die an die Mitgliedstaaten gerichtete Pflicht, die „erforderlichen Maßnahmen“ zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Gewährleistungen der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL zu treffen, besonders deutlich zum Ausdruck kommt, sollte nicht durch eine extensive Interpretation der unionsrechtlichen Vorgaben in vorauseilendem Gehorsam unterlaufen werden.³¹¹ Das Gebot, im Rahmen der Gesetzgebung zur Umsetzung der Art. 3, 5 und 6 der Arbeitszeit-RL in ihrer Interpretation durch den EuGH in der CCOO-Entscheidung die restriktive Lesart dieser Entscheidung zugrunde zu legen, gilt deshalb jedenfalls solange, wie nicht die Kommission gem. Art. 258 AEUV ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einleitet. Bis zum heutigen Tag bestehen keine Anhaltspunkte, die erkennen ließen, dass ein solches Verfahren vorbereitet würde.

³¹⁰ Zu den Argumenten für die restriktive Lesart insgesamt Teil 1, II. 3.

³¹¹ Ausführlich zur Leitlinie der „gesetzeskonformen Interpretation“ Teil 1, III. 1.

Auf dieser Grundlage ist die Vertrauensarbeitszeit auch mit Blick auf die CCOO-Entscheidung weiterhin ohne Einschränkungen zulässig. Die bloße Bereitstellung eines Systems zur Erfassung der Arbeitszeit konfligiert von vornherein nicht damit, dass die Arbeitsvertragsparteien einvernehmlich darauf verzichten, dieses System zur Anwendung zu bringen und die Arbeitszeit tatsächlich zu erfassen. Um das System für den Arbeitnehmer „zugänglich“ im Sinne der vom EuGH entwickelten Kriterien zu halten,³¹² ist lediglich sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer sich, ggf. unter Einhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist, von einer vertraglichen Vertrauenszeitvereinbarung einseitig lösen und – freilich unter Verlust seiner Arbeitszeitsouveränität – zu einer Erfassung seiner Arbeitszeit übergehen kann.

bb) Hilfsweise: Zulässigkeit von Vertrauensarbeitszeit bei extensiver Interpretation der CCOO-Entscheidung

Nur hilfsweise ist zu prüfen, ob die Vertrauensarbeitszeit auch bei extensiver Lesart der CCOO-Entscheidung Bestand haben kann. Zwar überzeugt diese Lesart schon für sich genommen nicht und überschreitet überdies die Grenzen der Auslegbarkeit der Arbeitszeit-RL.³¹³ Versteht man die CCOO-Entscheidung aber dennoch dahingehend, dass Arbeitgeber im spanischen Recht zur generellen Arbeitszeiterfassung zu verpflichten sind, hängt die fortbestehende Richtlinienkonformität der Vertrauensarbeitszeit davon ab, ob die vom EuGH zum (damaligen) spanischen Recht entwickelten Vorgaben auf die deutsche Rechtsordnung übertragen werden müssen.

Wie bereits gezeigt, sprechen gute Gründe dafür, dass eine Übertragung der Ausführungen des EuGH zum (damaligen) spanischen Recht auf die deutsche Rechtsordnung angesichts der unterschiedlichen Rahmenbedingungen nicht überzeugt und dass das

³¹² Vgl. EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 60 – CCOO.

³¹³ Zu diesen Grenzen ausführlich Teil 1, I. 2.; zur Unvereinbarkeit der extensiven Lesart mit dieser gesetzlichen Grundlage Teil 1, III. 1. d) aa).

deutsche Recht schon bisher³¹⁴ richtlinienkonform ist. Insbesondere kann für das deutsche Recht – im Unterschied zum (damaligen) spanischen Recht – bereits de lege lata nicht von einer Aushöhlung des Unionsrechts gesprochen werden, da die Aufsichtsbehörden bei Verdachtsmomenten (§ 17 Abs. 2 ArbZG) und der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG anlasslos den Arbeitgeber zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit anhalten können.³¹⁵ Es ist indes offen und lässt sich nicht zuverlässig prognostizieren, ob der EuGH angesichts der genannten Unterschiede zu einer differenzierenden Betrachtung des spanischen und des deutschen Rechts gelangen würde.

Selbst wenn das bisherige deutsche Recht den Anforderungen der Arbeitszeit-RL in ihrer Interpretation durch den EuGH widersprechen würde, bedeutete dies jedoch nicht, dass eine gesetzliche Pflicht zur Arbeitszeiterfassung zwingend auch für Vertrauensarbeitszeit gelten müsste.³¹⁶ An dieser Stelle ist erneut die zentrale Erkenntnis zu beachten, dass Vertrauensarbeitszeit keine Abweichung gemäß Art. 17 Arbeitszeit-RL von den materiellrechtlichen Vorgaben der Arbeitszeit-RL darstellt. Dementsprechend ist eine Ausnahme von einer gesetzlichen Arbeitszeiterfassungspflicht für Vertrauensarbeitszeit auch nicht an den strengen Voraussetzungen zu messen, die der EuGH für eine Abweichung nach Art. 17 Arbeitszeit-RL entwickelt hat.³¹⁷

³¹⁴ Und zwar auch ohne Berücksichtigung der fragwürdigen BAG-Rspr. zur Pflicht zur generellen Erfassung der Arbeitszeit aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG (BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616), dazu oben Teil 2, I.

³¹⁵ Ausführlicher dazu Teil 1, III. 2.; vgl. zur fortbestehenden Zulässigkeit der Vertrauensarbeitszeit unter dieser Prämisse bereits *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (279).

³¹⁶ Für eine Richtlinienkonformität von Vertrauensarbeitszeit *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1853 f.); wohl auch *Sittard/Esser*, jM 2019, 284 (288 ff.); im Hinblick auf Art. 17 Arbeitszeit-RL dafür *ErfK/Roloff*, 23. Aufl. 2023, § 16 ArbZG Rn. 7; im Hinblick auf entsprechende Regelungen in anderen Mitgliedstaaten dafür *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (54); a. A. *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 73; *Ulber*, NZA 2019, 677 (679 f.); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1039); *H. Hanau*, ZFA 2020, 129 (138 f.); *Richardi/Maschmann*, in: *Richardi*, BetrVG, 17. Auf. 2022, § 87 Rn. 299; differenzierend und im Ergebnis wohl für eine Ausgestaltungskompetenz des Gesetzgebers *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (448 f.); vgl. auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (8).

³¹⁷ Vgl. dazu *EuArbR/Gallner*, 4. Aufl. 2022, Art. 17 RL 2003/88/EG Rn. 4 m. w. N.

Wie im 1. Teil dieses Rechtsgutachtens ausführlich herausgearbeitet worden ist, hat der EuGH die Pflicht der Mitgliedstaaten, ihrerseits die Arbeitgeber zur Einrichtung eines Systems zu verpflichten, mit dem die Arbeitszeit gemessen werden kann, als Ausprägung der in Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL geregelten Pflicht zur Ergreifung der „erforderlichen Maßnahmen“ im Rahmen seiner negativen Kontrollkompetenz entwickelt. Unionsrechtlich kann sich aus dieser „negativen Kontrollkompetenz“ des EuGH aber nur dann eine Pflicht zur Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems auch für Vertrauensarbeitszeit ergeben, wenn eine Analyse der vom betreffenden Mitgliedstaat konkret ergriffenen Maßnahmen und der daraus resultierenden tatsächlichen Verhältnisse in diesem Mitgliedstaat ergibt, dass die Arbeitszeiterfassung gerade auch für Vertrauensarbeitszeit die einzige zur Durchsetzung der Richtlinienrechte geeignete Maßnahme ist. Hierbei muss dem Mitgliedstaat der Nachweis möglich sein, dass das in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung verankerte Kontrollsystem die Einhaltung der in der Arbeitszeit-RL vorgesehenen materiellrechtlichen Arbeitszeitregelungen auch ohne ein flächendeckendes und die Vertrauensarbeitszeit einbeziehendes System der Arbeitszeiterfassung sicherstellt.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, welche Vorzüge das Modell der Vertrauensarbeitszeit für den Arbeitnehmer bietet.³¹⁸ Die formelle Arbeitszeitsouveränität im Rahmen seiner im Übrigen regelmäßig fremdbestimmten Tätigkeit gewährt dem Arbeitnehmer einen Freiraum, der gerade im Zusammenspiel mit der materiellen Arbeitszeitsouveränität – also der Möglichkeit des Arbeitnehmers, die Lage seiner Arbeitszeit frei zu bestimmen – von vielen Arbeitnehmern als Privileg empfunden wird. Tatsächlich hat

³¹⁸ Siehe dazu auch *Stowasser/Altun/Hartmann/Hille*, Personalwirtschaftliches Gutachten zum Wert flexibler Arbeitszeitmodelle und den Gefahren von Einschränkungen im Nachgang des sog. Stechuhurteils des EuGH vom 14.05.2019 – C-55/18, 2023, S. 30 ff.

selbstbestimmte Arbeitszeit zahlreiche Vorteile für den Arbeitnehmer, etwa die verbesserte Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben.³¹⁹ Das Angebot des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer in Vertrauensarbeitszeit arbeiten kann, ist nicht selten von erheblichem Gewicht bei der Wahl des Arbeitsplatzes.³²⁰ Die zeitflexible Gestaltung der Tätigkeit ohne ständige Kontrolle durch den Arbeitgeber dürfte hiernach insbesondere für die – besonders schützenswerte – Gruppe der Arbeitnehmer von erheblicher Bedeutung sein, die parallel zu ihrer Arbeit Kinder betreuen oder kranke oder gebrechliche Menschen pflegen.

Aber auch für alle anderen Arbeitnehmer bringt Vertrauensarbeitszeit entscheidende Vorzüge. Eine umfassende Dokumentation der Arbeitszeit einschließlich aller Pausen wird häufig als bürokratische Last empfunden, wenn der Arbeitnehmer die Lage der Arbeitszeit ohnehin frei bestimmen kann. Dadurch, dass der Arbeitgeber auf seine Einfluss- und Kontrollrechte verzichtet, unterscheidet sich der in Vertrauenszeit arbeitende Arbeitnehmer ganz erheblich von Arbeitnehmern, deren Arbeitszeit vom Arbeitgeber vorgegeben und deren Einhaltung kontrolliert wird. Die vom EuGH angeführten Gefahren, die dem Arbeitnehmer als schwächere Partei des Arbeitsvertrags drohen würden,³²¹ bestehen in diesem Fall nicht. Die Interessenlage ist somit eine ganz andere.

Hinzu kommt schließlich noch ein weiterer Punkt: Verzichtet der Arbeitgeber nicht nur auf die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitszeit, sondern vereinbart er mit dem Arbeitnehmer darüber hinaus, dass dieser bei einer besonders effizienten Arbeitsweise den

³¹⁹ *Stowasser/Altun/Hartmann/Hille*, Personalwirtschaftliches Gutachten zum Wert flexibler Arbeitszeitmodelle und den Gefahren von Einschränkungen im Nachgang des sog. Stechuhurteils des EuGH vom 14.05.2019 – C-55/18, 2023, S. 30 ff., 34 f.; vgl. in diesem Kontext zum möglichen Konflikt einer umfassenden Erfassung mit zu starren betrieblichen oder arbeitsvertraglichen Arbeitszeitvorgaben auch *Steiner*, AiB 2023, 14 (16).

³²⁰ Vgl. *Stowasser/Altun/Hartmann/Hille*, Personalwirtschaftliches Gutachten zum Wert flexibler Arbeitszeitmodelle und den Gefahren von Einschränkungen im Nachgang des sog. Stechuhurteils des EuGH vom 14.05.2019 – C-55/18, 2023, S. 28 f.

³²¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 44 f. – CCOO.

vereinbarten Umfang der Arbeitszeit nicht erbringen muss, gleichwohl den vollen Vergütungsanspruch behält, so hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, durch besonderes konzentriertes und zeiteffizientes Arbeiten seine Aufgaben in kürzerer Zeit zu erledigen. In diesem Fall kann Vertrauensarbeitszeit – im Interesse aller Beteiligten, vor allem des Arbeitnehmers selbst – einen Anreiz gegen ein bloßes „Absitzen“ der zu leistenden Stunden oder „Dienst nach Vorschrift“ setzen.

Vertrauensarbeitszeit ist nach alldem in vielerlei Hinsicht ein schützenswertes Privileg des Arbeitnehmers. Der Entzug dieses Privilegs wird folgerichtig häufig als „Gängelung“ oder als „Misstrauen“ empfunden.³²²

Dieses Empfinden vieler Arbeitnehmer verwundert nicht, gibt ihnen die Aufzeichnungspflicht doch nicht nur die Möglichkeit zur Eigenkontrolle, sondern werden sie dadurch auch selbst kontrollierbar.³²³ So wären im Falle einer streng verstandenen, umfassenden Dokumentationspflicht etwa auch alle Pausen – seien es Raucher- oder Kaffeepausen, Mittagspausen oder auch nur kurze Unterbrechungen der Tätigkeit am Arbeitsplatz, z. B. für Privatgespräche – exakt zu erfassen und damit dem Arbeitgeber gegenüber offenzulegen. Das gilt auch für mobile Arbeit sowie Arbeit im Homeoffice. Streng genommen wären dort selbst die Entgegennahme eines privaten Telefonanrufs oder das Öffnen der Wohnungstür zu privaten Zwecken als Pause zu dokumentieren. Würde der Arbeitnehmer dies unterlassen und die entsprechenden Zeiten in seiner Erfassung als geleistete Arbeitszeit ausweisen, drohten ihm arbeitsrechtliche Konsequenzen. Es handelte sich jedenfalls um arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen, auf die der Arbeitgeber je nach Schwere mit Ermahnung, Abmahnung und Kündigung,³²⁴ der Dienstherr

³²² So *Steiner*, AiB 2023, 14 (15); siehe auch *Stowasser/Altun/Hartmann/Hille*, Personalwirtschaftliches Gutachten zum Wert flexibler Arbeitszeitmodelle und den Gefahren von Einschränkungen im Nachgang des sog. Stechuhurteils des EuGH vom 14.05.2019 – C-55/18, 2023, S. 35: „umfassende und lückenlose Zeiterfassung kann bei den Beschäftigten die Angst vor Dauerüberwachung auslösen“.

³²³ *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (448).

³²⁴ Vgl. BAG 9.6.2011 – 2 AZR 381/10, NZA 2011, 1027 Rn. 13 ff.; LAG Thüringen 3.5.2022 – 1 Sa 18/21, BeckRS 2022, 10306 Rn. 50 ff.; zum Ganzen auch *MüKoBGB/Henssler*, 9. Aufl. 2023, § 626 Rn. 151.

im Beamtenverhältnis mit einem Disziplinarverfahren reagieren könnte.³²⁵ Der Arbeitnehmer stünde somit fortlaufend vor der Entscheidung, ob er eine Pause offenlegt oder seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt und dafür etwaig drohende Konsequenzen in Kauf nimmt. Diese mit einer umfassenden Erfassungspflicht für den Arbeitnehmer verbundenen Nachteile und Komplikationen entfallen, wenn das Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit erhalten bleibt. Nicht ohne Grund hat sich gerade dieses Modell in den vergangenen Jahren immer weiter verbreitet und ist aus vielen Betrieben heute kaum noch wegzudenken.³²⁶

Sofern man also die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „CCOO“ entgegen der hier vertretenen Auffassung extensiv dahingehend versteht, dass die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber nicht nur zur Bereitstellung eines Arbeitszeiterfassungssystems, sondern auch zu dessen Nutzung verpflichten müssen, ist eine Ausnahme der Erfassungspflicht für Vertrauensarbeitszeit unionsrechtlich zulässig, sofern die Gesamtheit der Erfassungspflichten und sonstigen Maßnahmen des Mitgliedstaates (insbesondere Anordnungsrechte der Kontrollbehörden oder Auskunftsrechte des Betriebsrats) eine zur Durchsetzung der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL hinreichend wirksame „erforderliche Maßnahme“ darstellt.

cc) Gesetzgeberische Ausgestaltung der Vertrauensarbeitszeit

Um die Vereinbarkeit des deutschen Rechts mit Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL auch insoweit und ungeachtet der Frage nach einer restriktiven oder extensiven Lesart der CCOO-Entscheidung sicherzustellen, sollte der Gesetzgeber die Vertrauensarbeitszeit

³²⁵ Vgl. VG Schleswig 18.11.2020 – 17 A 9/18, BeckRS 2020, 33669 Rn. 35 ff.

³²⁶ Vgl. dazu *Stowasser/Altun/Hartmann/Hille*, Personalwirtschaftliches Gutachten zum Wert flexibler Arbeitszeitmodelle und den Gefahren von Einschränkungen im Nachgang des sog. Stechururteils des EuGH vom 14.05.2019 – C-55/18, 2023, S. 17, wonach „einerseits die flexible Arbeitszeitgestaltung in den vergangenen Jahren eine stetig wachsende Verbreitung gewonnen hat und andererseits auch von Beschäftigten gewünscht und gefordert wird.“

– vergleichbar mit der Erfassung von Tätigkeiten im Schichtbetrieb³²⁷ – gesondert regeln, anstatt dieses weit verbreitete und auch von vielen Arbeitnehmern wertgeschätzte Arbeitszeitmodell durch eine ausnahmslose Arbeitszeiterfassungspflicht faktisch zu verbieten.³²⁸ Es ist zwar nicht zu bestreiten, dass sich im Rahmen von Vertrauensarbeitszeit nicht in gleicher Weise wie bei einer generellen Arbeitszeiterfassung mit allerhöchster Wahrscheinlichkeit sicherstellen lässt, dass Verstöße gegen die Arbeitszeit-RL entdeckt, nachgewiesen und somit unterbunden werden können. Das ist aber unionsrechtlich auch nicht erforderlich. Vielmehr obliegt die Ausgestaltung der „erforderlichen Maßnahmen“ zur Sicherstellung der materiellen Vorgaben der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL den Mitgliedstaaten. Diese müssen nicht die jeweils maximal wirksamen, sondern nur hinreichend wirksame Maßnahmen ergreifen.³²⁹ Sähe man dies anders, müsste man konsequenterweise eine behördliche Totalüberwachung der Arbeitszeiten einfordern, die aber in der Sache vollkommen fernliegt und auch vom EuGH nicht beabsichtigt ist.

Es ist danach zulässig und entspricht dem Sinn und Zweck der mitgliedstaatlichen Ausgestaltungskompetenz, die Vor- und Nachteile weiterreichender oder weniger weitreichender Kontrollmechanismen mit anderen Interessen der beteiligten Parteien abzuwägen und auf diesem Wege zu einer sinnvollen Ausgestaltung der „erforderlichen Maßnahmen“ zu gelangen. Ausgeschlossen ist es nach Erwägungsgrund 4 der Arbeitszeit-RL lediglich, die Reichweite der Kontrollmechanismen „rein wirtschaftlichen Überlegungen“ unterzuordnen.³³⁰ Im Umkehrschluss ergibt sich daraus aber, dass Überlegungen, die nicht rein wirtschaftlicher Natur sind, durchaus in die Abwägung zur Ausgestaltung dieser Mechanismen einfließen dürfen. Zu hiernach zulässigen Überlegun-

³²⁷ Vgl. oben Teil 2, II. 2.

³²⁸ Vgl. zu einer entsprechenden Tariföffnungsklausel in der Schweiz den dortigen Art. 73a Verordnung I zum Arbeitszeitgesetz.

³²⁹ Vgl. Teil 1, II. 2. a).

³³⁰ Dazu EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 66 – CCOO.

gen zählt jedenfalls das übereinstimmende Parteiinteresse – nochmals: auch und gerade des Arbeitnehmers – an einer flexiblen Arbeitszeitgestaltung. Dieses gemeinsame Interesse der Parteien fällt als Ausprägung der Privatautonomie sowie der Berufsfreiheit von Arbeitnehmer und Arbeitgeber grundrechtlich erheblich ins Gewicht. Der deutsche Gesetzgeber ist unionsrechtlich nicht verpflichtet, dieses Interesse pauschal hinter einer „Maximalkontrolle“ durch flächendeckende Arbeitszeiterfassung zurückzustellen.³³¹

Gleichwohl gilt es, den übereinstimmenden Wunsch nach einer reduzierten Arbeitszeitkontrolle durch den Arbeitgeber mit dem Interesse an einer effektiven Einhaltung der materiellen Grenzen der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers abzuwägen. Dabei muss ein hinreichendes Kontrollmaß sichergestellt werden. Insbesondere muss verhindert werden, dass die Vertrauensarbeitszeit als Vehikel missbraucht werden kann, um Verstöße gegen die Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL zu verdecken.

Für eine gesetzliche Ausnahme von der Arbeitszeiterfassungspflicht für Vertrauensarbeitszeit bietet es sich daher an, nur solche Fälle der Vertrauensarbeitszeit zu erfassen, die nicht auf einem einseitigen, ggf. auch nur faktischen Kontrollverzicht des Arbeitgebers, sondern auf einer individual- oder kollektivvertraglichen Vereinbarung beruhen. Im Falle einer individualvertraglichen Vereinbarung sollte zudem sichergestellt werden, dass dem Arbeitnehmer die gesetzlichen Arbeitszeitgrenzen und seine unverändert fortbestehende Möglichkeit zur eigenständigen Arbeitszeiterfassung bekannt sind und dass er sich wieder von der Vereinbarung lösen und damit die Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit herbeiführen kann, ohne dass ihm dafür Nachteile drohen (vgl. § 612a BGB). In diesem Fall endet dann zugleich das Recht des Arbeitnehmers, die Lage seiner Arbeitszeit selbst zu bestimmen.

³³¹ Vgl. auch Erwägungsgrund 15 der Arbeitszeit-RL.

Um zu vermeiden, dass der Verzicht auf eine generelle Arbeitszeiterfassung als durch rein wirtschaftliche Motive bedingt angesehen werden könnte, bietet es sich an, das arbeitnehmerseitige Interesse an einer Vertrauensarbeitszeit bei der Abfassung der Ausnahmeregelung für Vertrauensarbeitszeit zu berücksichtigen. So könnte man verlangen, dass die Vertrauensarbeitszeit nicht nur im Arbeitsvertrag vereinbart wird, sondern im Arbeitsverhältnis auch in einer Weise gelebt wird, dass der Arbeitnehmer die Lage seiner Arbeitszeit auch tatsächlich selbst bestimmen und die oben ausführlich erläuterten Vorteile auch tatsächlich für sich in Anspruch nehmen kann. Ergehen in der Durchführung des Arbeitsverhältnisses übermäßig viele die materielle Arbeitszeitsouveränität des Arbeitnehmers einschränkende Weisungen des Arbeitgebers, entfällt für den Arbeitnehmer der Nutzen der Vereinbarung. In diesem Fall würde das Arbeitsverhältnis dann der Arbeitszeiterfassungspflicht unterfallen.³³²

Schließlich sollte klargestellt werden, dass der Arbeitgeber auch bei einer wirksamen und im Arbeitsverhältnis gelebten Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit verpflichtet ist, bei Anhaltspunkten für Verstöße gegen die materiellrechtlichen Vorgaben des Arbeitszeitrechts tätig zu werden, um diese Verstöße zu unterbinden. Flankiert wird diese anlassgebundene Überwachungspflicht durch die unverändert fortbestehende Pflicht zur Aufzeichnung von Mehrarbeit gem. § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG sowie die unveränderte Überwachung durch die Aufsichtsbehörden gem. § 17 Abs. 1 ArbZG. Diese können auch weiterhin gem. § 17 Abs. 2 ArbZG die generelle Erfassung der Arbeitszeit anordnen, soweit sie dies im konkreten Fall für erforderlich halten.

³³² Vgl. dazu MünchArbR/*Schüren*, 5. Aufl. 2021, § 47 Rn. 30 m. w. N.; ferner *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (448): „Für angestellte Ärzte in einer Klinik, die über keinerlei Freiheit bei der Gestaltung ihrer Arbeitszeit verfügen, ist nicht erklärbar, warum sie ihre Arbeit nicht dokumentieren (und rechtzeitig beenden) können sollen.“

e) **Zwischenergebnis**

Vertrauensarbeitszeit ist auch unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung weiterhin zulässig. Der Verzicht des Arbeitgebers auf die Dokumentation der Normalarbeitszeit ist unionsrechtskonform, wenn man die CCOO-Entscheidung richtigerweise dahingehend versteht, dass die Arbeitgeber lediglich verpflichtet werden müssen, ein System bereitzustellen, das es erlaubt, die Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer umfassend zu dokumentieren.

Für den Fall, dass man die CCOO-Entscheidung entgegen den Ausführungen im 1. Teil dieses Rechtsgutachtens dahingehend verstehen wollte, dass sie in Ansehung der spanischen Rechtslage für dortige Arbeitgeber eine generelle Erfassung der Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer fordert, ist Vertrauensarbeitszeit ohne Dokumentationspflichten jenseits von § 16 Abs. 2 ArbZG bereits *de lege lata* zulässig, wenn die in der deutschen Rechtsordnung getroffenen Maßnahmen bereits nach geltendem Recht hinreichend geeignet sind, die Durchführung der materiellrechtlichen Arbeitszeitvorgaben der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL zu gewährleisten. Angesichts der Unterschiede im deutschen Recht gegenüber dem (damaligen) spanischen Recht sprechen gute Gründe dafür, dass dies auch ohne Einführung einer generellen Arbeitszeiterfassungspflicht der Fall ist.

Entschließt der deutsche Gesetzgeber sich gleichwohl dazu, eine generelle Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit zu kodifizieren, darf er nach der hier vertretenen Auffassung eine Ausnahme für Vertrauensarbeitszeit vorsehen, wenn gewährleistet ist, dass der Arbeitgeber mit der Vertrauensarbeitszeit keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen folgt. Eine gesetzliche Regelung, die diesen Maßstäben genügt, sollte

- nur Fälle erfassen, die sich nicht auf den Verzicht auf eine Arbeitszeiterfassung beschränken, sondern dem Arbeitnehmer das Recht zur Bestimmung der Lage seiner Arbeitszeit einräumen,

- die individual- oder kollektivvertragliche Vereinbarung der Vertrauensarbeitszeit voraussetzen und damit Fälle eines einseitigen, ggf. auch nur faktischen Kontrollverzichts des Arbeitgebers ausnehmen,
- gewährleisten, dass der Arbeitnehmer sich – ggf. unter Einhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist – wieder von der Vereinbarung über Vertrauensarbeitszeit lösen und damit die Geltung der Arbeitszeiterfassungspflicht herbeiführen kann, und
- verlangen, dass die Vertrauensarbeitszeit nicht nur im Arbeitsvertrag vereinbart, sondern bei der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses auch in der Weise „gelebt“ wird, dass der Arbeitnehmer die Lage seiner Arbeitszeit auch tatsächlich selbst bestimmen kann.

Auf diese Weise ist gewährleistet, dass eine Ausnahme von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht auf rein wirtschaftlichen Erwägungen des Arbeitgebers beruht, sondern nur für die Fälle gilt, in denen auch der Arbeitnehmer die Vorzüge und Privilegien dieses Arbeitszeitmodells – insbesondere die verbesserte Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben, den Verzicht auf eine teilweise als „Gängelung“ empfundene Totalüberwachung seiner Arbeitszeit, nicht zuletzt bei mobiler Arbeit und im Homeoffice, sowie die Möglichkeit, durch zeiteffizienteres Arbeiten seine tatsächliche Arbeitszeit ggf. zu verkürzen – für sich in Anspruch nehmen kann. Zugleich hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, in das Modell einer vollständig zu erfassenden Arbeitszeit zu wechseln, wodurch er freilich die Vorteile der materiellen Zeitsouveränität verliert. Der deutsche Gesetzgeber erfüllt hierdurch seine Pflicht zur Ergreifung der „erforderlichen Maßnahmen“ i. S. d. Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL, ohne dass dies mit einem Verbot der Ver-

trauensarbeitszeit verbunden ist. Mit der vorgeschlagenen Regelung würden die Parteien der Regierungskoalition ihr im Koalitionsvertrag erklärtes Ziel umsetzen, „flexible Arbeitszeitmodelle (z. B. Vertrauensarbeitszeit)“ weiterhin zu ermöglichen.³³³

4. Befugnis zur Delegation der Erfassung an den Arbeitnehmer

Infolge der CCOO-Entscheidung wurde die Frage aufgeworfen, ob es mit der Arbeitszeit-RL zu vereinbaren ist, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, die Erfassung der Arbeitszeit an den Arbeitnehmer zu delegieren.

a) Zulässigkeit einer Delegation an den Arbeitnehmer bei vorzugswürdiger Lesart der CCOO-Entscheidung

Wie schon die Vertrauensarbeitszeit ist auch die Delegation der Erfassung auf den Arbeitnehmer ohne jeden Zweifel richtlinienkonform, wenn man dem im 1. Teil dieses Gutachtens herausgearbeiteten restriktiven Verständnis der CCOO-Entscheidung folgt, wonach Arbeitgeber nicht zur generellen Erfassung der Arbeitszeit, sondern nur zur Bereitstellung eines Systems zu einer solchen Erfassung der Arbeitszeit zu verpflichten sind.

Wie bereits gezeigt, sprechen für diese Lesart – insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 41 EuGH-Verfahrensordnung, wonach allein die spanische Originalfassung für die Interpretation der Entscheidung verbindlich ist – die deutlich stärkeren Argumente. Schon unter Berücksichtigung des Tenors der Entscheidung in dieser Sprachfassung, der vom EuGH vorgenommenen Änderung des Bezugspunkts der ursprünglich gestellten Vorlagefragen, der Abweichungen von den Schlussanträgen des Generalanwalts sowie einiger Passagen aus den Entscheidungsgründen empfiehlt sich eine restriktive

³³³ Siehe Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 68, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 14.1.2023).

Interpretation der Entscheidung.³³⁴ Entscheidend kommt hinzu, dass allenfalls die restriktive Lesart sich noch als methodisch zulässige Interpretation der der CCOO-Entscheidung zugrunde liegenden Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL durch den EuGH darstellt.

Eine an den Arbeitnehmer delegierte Verpflichtung zur Erfassung seiner Arbeitszeit würde hiernach sogar über die Anforderungen der Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL hinausgehen und wäre unionsrechtlich nicht erforderlich. Jedenfalls aber handelt der Gesetzgeber bei Umsetzung auf Grundlage der restriktiven Lesart ohne Weiteres richtlinienkonform, wenn er dem Arbeitgeber die Möglichkeit zur Delegation der Arbeitszeiterfassung auf den Arbeitnehmer belässt.

b) Hilfsweise: Zulässigkeit einer Delegation an den Arbeitnehmer bei extensiver Interpretation der CCOO-Entscheidung

Folgt man der hier vertretenen Auffassung nicht und versteht die CCOO-Entscheidung dahingehend, dass Arbeitgeber zur generellen Arbeitszeiterfassung zu verpflichten sind, schließt auch das eine Delegation der Erfassung an den Arbeitnehmer (oder Dritte)³³⁵ nicht aus.³³⁶ Dabei ist ohne Bedeutung, ob die Delegation durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Individualvertrag oder Weisung erfolgt. Erfasst der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit tatsächlich und stellt das Ergebnis dem Arbeitgeber zur Verfügung, erfüllt dadurch auch der Arbeitgeber seine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Die

³³⁴ Zu den Argumenten für die restriktive Lesart insgesamt Teil 1, II. 3.

³³⁵ Dazu *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6); *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 39.

³³⁶ So auch BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65; *Brand*, NJW 2023, 128 (131); *Krause*, NZA-Beilage 2019, 86 (93 f.); *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (471 ff.); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1037); *Reinhard*, NZA 2019, 1313 (1315 f., 1318 f.); *Latzel*, EuZA 2019, 469 (478); *Sittard/Esner*, jM 2019, 284 (289); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (277 f.); *Rieble/Vielmeier*, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.5.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht, 22.7.2019, Rn. 26 ff., 66 ff.; *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6 f.); *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 38 ff.; *Brors*, NZA 2020, 1685 (1686); *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (54); skeptisch *Leist*, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1, unter D. III. 1.

originäre Verantwortlichkeit des Arbeitgebers bleibt freilich von der Delegation unberührt. Er ist also für die ordnungsgemäße Durchführung verantwortlich³³⁷ und sollte nach eigenem Ermessen den Arbeitnehmer bei der Erfassung anleiten und die Ergebnisse kontrollieren, um ein bei fehlerhafter Erfassung ggf. drohendes Bußgeld zu vermeiden.

Einer Erfassung durch den Arbeitnehmer steht auch nicht entgegen, dass sie „objektiv“ und „verlässlich“ zu erfolgen hat. Eine Aufzeichnung durch den Arbeitnehmer ist nicht weniger objektiv und verlässlich als durch den Arbeitgeber.³³⁸ Im eigenen Interesse wird der Arbeitnehmer etwaige Verstöße gegen das Arbeitszeitrecht sogar eher „schonungslos“ dokumentieren als der Arbeitgeber, der noch eher ein Interesse an der Verdeckung solcher Verstöße hätte.³³⁹

Ohnehin ist die Erfassung durch den Arbeitnehmer selbst je nach Arbeitsorganisation die einzige in der Praxis bestehende Möglichkeit.³⁴⁰ Denn auch ohne formelle Delegation der Aufzeichnung an den Arbeitnehmer wäre der Arbeitgeber etwa bei mobiler Arbeit oder bei einer Tätigkeit im Homeoffice für die Erfassung der Arbeitszeit darauf angewiesen, dass der Arbeitnehmer ihn über Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit informiert, damit dies in die Dokumentation aufgenommen werden kann.³⁴¹ In der Sache

³³⁷ *Ulber*, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, 2020, S. 72, der an dieser Stelle mit Recht nur eine Delegation der *Verantwortung* für die Erfassung auf den Arbeitnehmer ausschließt, nicht aber eine Delegation der Erfassung an sich; anders indes wohl *Ulber*, NZA 2019, 677 (678, 680), wonach auch die Erfassung an sich durch den Arbeitgeber zu erfolgen hat.

³³⁸ Vgl. auch EuGH 26.7.2017 – C-175/16, NZA 2017, 1113 Rn. 38 – Hälvä und dazu *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (278).

³³⁹ Ähnlich zum Ganzen *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7); *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 39; *Rieble/Vielmeier*, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.5.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht, 22.7.2019, Rn. 31 f.; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456 (472).

³⁴⁰ Zu Unrecht nur in diesen Fällen für eine Zulässigkeit der Delegation *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1853); *Ulber*, NZA 2019, 677 (678).

³⁴¹ Vgl. auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7); *Bayreuther*, Rechtsgutachten, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), S. 39.

wäre dies aber letztlich nichts anderes als eine Arbeitszeiterfassung durch den Arbeitnehmer selbst. Noch dazu wäre ein solches Modell ohne jeden Mehrwert, um einer arbeitnehmerseitigen Manipulation vorzubeugen, weil der Arbeitgeber in vielen Fällen nur schwerlich zuverlässig erkennen könnte, ob die Informationen durch den Arbeitnehmer korrekt sind. Das gilt auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer diese Informationen in ein vom Arbeitgeber bereitgestelltes, automatisiertes Zeiterfassungssystem einspielt.

c) Gesetzliche Ausgestaltung der Delegationsbefugnis

Die Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL verlangen keine besondere gesetzliche Ausgestaltung der Delegationsbefugnis, insbesondere auch nicht der Anleitung und Kontrolle des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber. Die Ausgestaltung kann also prinzipiell der tarif- bzw. privatautonomen Regelung in jedem Einzelfall überlassen bleiben.

Indes ergäbe sich für den Arbeitgeber im Falle einer kontrollfreien Delegation der Arbeitszeiterfassung an den Arbeitnehmer ggf. ein Bußgeldrisiko. Würde der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit nicht ordnungsgemäß erfassen, stellte dies zwar die Verletzung einer arbeitsvertraglichen Pflicht durch den Arbeitnehmer dar. Zugleich trägt aber – auf Grundlage der extensiven Lesart der CCOO-Entscheidung – der Arbeitgeber die originäre Verantwortung dafür, dass die Arbeitszeit tatsächlich ordnungsgemäß erfasst wird, und zwar auch im Fall einer Delegation der Erfassung an den Arbeitnehmer. Es bestünde daher die Gefahr, dass sich aufgrund einer unterbliebenen oder unrichtigen Erfassung der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer ein Bußgeldrisiko für den Arbeitgeber ergeben könnte.

Um den Arbeitgeber vor diesem von ihm nicht zu beeinflussenden Risiko zu schützen, empfiehlt sich eine gesetzliche Ausgestaltung der Delegationsbefugnis. Dem Arbeitgeber muss es möglich sein, seiner Verantwortung zur ordnungsgemäßen Arbeitszeiter-

fassung auch im Fall einer Delegation der Erfassung der Arbeitszeit an den Arbeitnehmer rechtssicher und ohne Bußgeldrisiko für Arbeitszeitrechtsverstöße, die außerhalb seiner Einflussmöglichkeiten liegen, nachzukommen.

Eine angemessene Regelung, die sowohl die grundsätzliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für die Einhaltung des Arbeitszeitrechts als auch die tatsächliche Herrschaft des Arbeitnehmers über die an ihn delegierte Arbeitszeiterfassung berücksichtigt und in einen Ausgleich bringt, könnte darin bestehen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zunächst in die ordnungsgemäße Art und Weise der Erfassung einzuweisen hat und sich im Übrigen darauf beschränken darf, bei Verdachtsmomenten stichprobenartig zu überprüfen, ob der Arbeitnehmer die Erfassung ordnungsgemäß vornimmt. Kommt der Arbeitgeber seiner Verantwortung in dieser Weise nach, ist dem mit der Zeiterfassung bezweckten Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers genüge getan. Dies sollte in der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Delegationsbefugnis klar zum Ausdruck kommen. Es wäre dem Gesundheitsschutz in keiner Weise zuträglich und mithin auch verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, den Arbeitgeber für eine nicht ordnungsgemäße Erfassung mit einem Bußgeld zu belegen, die bei regelgeleiteter Delegation allein auf einem Fehlverhalten des Arbeitnehmers beruht.

Abzuraten ist dabei von einer übermäßigen Kontrolldichte. Über den Vorschlag einer anlassbezogenen stichprobenartigen Kontrolle hinausgehende, noch engmaschigere Kontrollpflichten des Arbeitgebers würden die für beide Arbeitsvertragsparteien bestehenden Vorzüge einer Delegation de facto weitgehend entwerten, weil ihr Aufwand demjenigen einer unmittelbaren Erfassung durch den Arbeitgeber selbst nahekäme. Ohnehin gestaltet sich in vielen Fällen nicht nur, wie bereits dargelegt, eine Erfassung unmittelbar durch den Arbeitgeber, sondern in ähnlicher Weise auch eine engmaschige Kontrolle der arbeitnehmerseitigen Erfassung durch den Arbeitgeber als schwierig, weil

dem Arbeitgeber häufig keine belastbaren Daten zur tatsächlich abgeleisteten Arbeitszeit des Arbeitnehmers vorliegen. Das gilt insbesondere für Tätigkeiten im Rahmen mobiler Arbeit oder bei Arbeit im Homeoffice.

Zusammenfassung der Ergebnisse des Rechtsgutachtens

Ergebnisse von Teil 1:

1. Den Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL lässt sich eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine generelle Pflicht der Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung vorzusehen, nicht in methodisch vertretbarer Weise entnehmen. Vielmehr obliegt es den Mitgliedstaaten, die „erforderlichen Maßnahmen“ zur praktisch wirksamen Begrenzung der Höchstarbeitszeiten sowie zur Einhaltung der Ruhepausen und Ruhezeiten zu ergreifen. Der EuGH kann grundsätzlich lediglich die Wirksamkeit eines bestehenden Kontroll- und Sanktionssystems am Maßstab der Pflicht zur Ergreifung der „erforderlichen Maßnahmen“ überprüfen.

2. Unionsrechtlich kann sich aus dieser „negativen Kontrollkompetenz“ des EuGH nur dann eine Pflicht zur Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems ergeben, wenn eine Analyse der vom betreffenden Mitgliedstaat konkret ergriffenen Maßnahmen und der daraus resultierenden tatsächlichen Verhältnisse in diesem Mitgliedstaat ergibt, dass die Arbeitszeiterfassung die einzige zur Durchsetzung der Richtlinienrechte geeignete Maßnahme ist. Hierbei muss dem Mitgliedstaat der Nachweis möglich sein, dass das in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung verankerte Kontrollsystem die Einhaltung der in der Arbeitszeit-RL vorgesehenen materiellrechtlichen Arbeitszeitregelungen auch ohne ein flächendeckendes System der Arbeitszeiterfassung sicherstellt.

3. Aus Art. 31 Abs. 2 GRC ergibt sich keine abweichende Beurteilung. Erstens ist eine etwaige grundrechtliche Verortung ohne Bedeutung für die Pflicht der Mitgliedstaaten zur ordnungsgemäßen Umsetzung der Arbeitszeit-RL. Zweitens ist nicht zu erwarten, dass der EuGH seine urlaubsrechtliche Rechtsprechung zu Art. 31 Abs. 2 GRC auf die

Frage einer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung überträgt. Diese betrifft nicht den materiellen Kerngehalt des Grundrechts, sondern stellt lediglich eine Maßnahme zur Durchsetzung der praktischen Wirksamkeit der materiellrechtlichen Arbeitszeitregelungen dar, die ihrerseits nicht Gegenstand des Grundrechts aus Art. 31 Abs. 2 GRC ist.

4. Die CCOO-Entscheidung des EuGH ist mehrdeutig und weist einen erheblichen Interpretationsspielraum auf. Im Ergebnis sind zwei Interpretationsmöglichkeiten denkbar: Nach der extensiven Lesart sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich dazu verpflichtet, ihrerseits die Arbeitgeber zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu verpflichten. Nach der restriktiven Lesart müssen die Arbeitgeber demgegenüber lediglich dazu verpflichtet werden, ein System bereitzustellen, das es erlaubt, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu messen.

5. Für beide Lesarten lassen sich Argumente anführen. Die deutlich überwiegenden Argumente sprechen jedoch für die restriktive Lesart. Das gilt insbesondere, wenn man der Interpretation die nach Art. 41 EuGH-Verfahrensordnung allein verbindliche spanische Originalfassung zugrunde legt. Der Tenor der Entscheidung in der spanischen Sprachfassung, die vom EuGH vorgenommene Änderung des Bezugspunkts der ursprünglich gestellten Vorlagefragen sowie die Abweichungen von den Schlussanträgen des Generalanwalts sind gewichtige Argumente für eine restriktive Interpretation der Entscheidung. Entgegen der Auffassung des 1. Senats des BAG müssen die Arbeitgeber daher unionsrechtlich nicht zur tatsächlichen Aufzeichnung aller geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer verpflichtet werden, sondern allenfalls dazu, ein System vorzuhalten, das es erlaubt, die tatsächlich erbrachte Arbeitszeit zu messen.

6. Die dargelegten Unklarheiten bei der Interpretation der CCOO-Entscheidung können nur durch eine erneute Vorlage an den Gerichtshof nach Art. 267 AEUV beseitigt werden. Der 1. Senat des BAG hat mit seinem Beschluss vom 13.9.2022 insoweit die

Chance verpasst, durch Anrufung des EuGH für Klarheit über die unionsrechtlichen Vorgaben im Arbeitszeitrecht zu sorgen.

7. Für die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben auch und gerade im Arbeitszeitrecht ist die Maxime des „sichersten Weges“ als politische Handlungsanweisung wenig geeignet, da sie die Spielräume des nationalen Gesetzgebers einengt, ohne dass dies unionsrechtlich geboten ist. Es besteht kein Anlass zu voreilendem Gehorsam im Sinne einer Umsetzung nicht gesichert bestehender Vorgaben.

8. Im Unterschied zu den nationalen Arbeitsgerichten, denen die Möglichkeit einer erneuten Vorlage an den EuGH offensteht, darf und sollte der Umsetzungsgesetzgeber von einer gesetzes- und kompetenzkonformen Auslegung der EuGH-Entscheidung ausgehen. Eine solche Auslegung ergibt, dass die Mitgliedstaaten, sofern sie keine anderweitigen, für sich genommen hinreichenden „erforderlichen Maßnahmen“ ergriffen haben, verpflichtet sind, ihrerseits die Arbeitgeber dazu zu verpflichten, ein System bereitzustellen, das es erlaubt, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ihrer Arbeitnehmer zu erfassen. Eine weitergehende Pflicht lässt sich der Arbeitszeit-RL, auch unter Berücksichtigung von Art. 31 Abs. 2 GRC, methodisch vertretbar nicht entnehmen.

9. Die deutsche Rechtsordnung enthält ein deutlich ausgeprägteres System zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Arbeitszeitvorgaben als das spanische Recht. Für das deutsche Recht kann nicht von einer Aushöhlung des Unionsrechts gesprochen werden, da die Aufsichtsbehörden bei Verdachtsmomenten und der Betriebsrat sogar anlasslos den Arbeitgeber zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit anhalten können. Ob der EuGH diese vom deutschen Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen als hinreichend geeignet zur Durchsetzung der Art. 3 ff. Arbeitszeit-RL ansehen würde, lässt sich nicht sicher vorhersagen. Jedenfalls sind die Unterschiede zum spanischen Recht so gewichtig, dass eine etwaig überschießende Richtlinienumsetzung in voreilendem Gehor-

sam nicht angezeigt ist. Das gilt umso mehr mit Blick darauf, dass auch die Europäische Kommission keinerlei Vorbereitungen zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung der Arbeitszeit-RL getroffen hat und es auch keine Anzeichen gibt, dass ein solches Verfahren künftig eingeleitet werden soll.

10. Will der deutsche Gesetzgeber dennoch tätig werden und über die dargelegten unionsrechtlichen Vorgaben hinausgehend eine generelle Verpflichtung der Arbeitgeber zur Erfassung der gesamten tatsächlich erbrachten Arbeitszeit einführen, so ist es ein Gebot der politischen Ehrlichkeit, diese rechtspolitische Entscheidung als solche offenzulegen und sich der politischen Diskussion zu stellen, anstatt sich auf eine vermeintliche Bindung an Vorgaben des EuGH zurückzuziehen.

11. Das materielle Arbeitszeitrecht wird den Anforderungen der modernen Arbeitswelt nicht gerecht. Insbesondere die Vorgaben zur täglichen Höchstarbeitszeit in § 3 ArbZG und zur Ruhezeit in § 5 ArbZG stehen einer flexiblen Gestaltung der Arbeitszeit im Interesse sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers entgegen. Das deutsche Recht schöpft die Flexibilitätsspielräume der Arbeitszeit-RL insoweit nicht vollständig aus.

12. Sofern der deutsche Gesetzgeber eine gesetzliche Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit einführen will, tut er nicht zuletzt mit Blick auf die Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Deutschland gut daran, die Gesamtbelastung für die Arbeitgeber im Blick zu behalten. Diese Gesamtbelastung ergibt sich sowohl aus dem materiellen Arbeitszeitrecht als auch aus den flankierenden formalen Vorgaben, mit denen die praktische Wirksamkeit des materiellen Arbeitszeitrechts sichergestellt werden soll.

13. Eine abgewogene Gesamtlösung zeichnet sich dadurch aus, dass die Verschärfung der formalen Arbeitszeiterfassungspflicht auf der einen Seite mit einer Flexibilisierung

des materiellen Arbeitszeitrechts unter Ausschöpfung der Spielräume der Arbeitszeit-RL auf der anderen Seite einhergeht.

Ergebnisse von Teil 2:

14. Entgegen der Auffassung des BAG verpflichtet § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG den Arbeitgeber nicht dazu, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer zu erfassen. Es besteht kein Spielraum für eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung. Das BAG ersetzt das gesetzgeberische Regelungskonzept durch ein eigenes und verstößt damit gegen Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG. Darüber hinaus verweigert es die nach Art. 267 Abs. 3 AEUV gebotene Vorlage an den EuGH.

15. Kommt es tatsächlich zu einer Reform des Arbeitszeitrechts, sollte der Gesetzgeber dem verfehlten Rekurs des BAG auf das Arbeitsschutzrecht den Boden entziehen und eine systematisch stimmige Lösung im Arbeitszeitrecht anstreben. Im Übrigen bleiben das „Ob“ und das „Wie“ einer etwaigen gesetzgeberischen Reform des Arbeitszeitrechts einer politischen Entscheidung vorbehalten. Zwingende unionsrechtliche Vorgaben bestehen nach der hier zugrunde gelegten Lesart der CCOO-Entscheidung nicht.

16. Der Gesetzgeber könnte zwar eine bestimmte Form der Arbeitszeiterfassung vorgeben, sofern hierfür ein politischer Mehrheitswille besteht. Unionsrechtlich zulässig und de lege ferenda vorzugswürdig ist es aber, darauf gänzlich zu verzichten und die Wahl der Form der – ggf. mitbestimmten – Entscheidung des Arbeitgebers zu überlassen.

17. Sollte der Gesetzgeber sich aus politischen Gründen prinzipiell für eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung entschließen, bietet es sich an, Tätigkeiten im Schichtbetrieb gesondert zu berücksichtigen. Als Vorbild für eine sinnvolle Regelung der Arbeitszeiterfassung im Schichtbetrieb bietet sich hierfür die Regelung in § 26 Abs. 5a AZG Österreich an. Danach genügt es bei vorab fixierten Arbeitszeiten, wenn

der Arbeitgeber die Übereinstimmung der vorgesehenen mit der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit bestätigt und nur etwaige Abweichungen gesondert erfasst.

18. Vertrauensarbeitszeit ist auch unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung weiterhin zulässig. Der Verzicht des Arbeitgebers auf die Dokumentation der Normalarbeitszeit ist unionsrechtskonform, wenn man die CCOO-Entscheidung richtigerweise dahingehend versteht, dass die Arbeitgeber lediglich verpflichtet werden müssen, ein System bereitzustellen, das es erlaubt, die Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer umfassend zu dokumentieren. Im Fall der Vertrauensarbeitszeit wird dieses System dann vom Arbeitnehmer schlicht nicht in Anspruch genommen.

19. Versteht man die CCOO-Entscheidung dahingehend, dass sie in Ansehung der spanischen Rechtslage für dortige Arbeitgeber eine generelle Erfassung der Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer fordert, ist Vertrauensarbeitszeit zulässig, wenn der EuGH diese Vorgabe im Rahmen seiner negativen Kontrollkompetenz wegen der bestehenden Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen nicht auf das deutsche Recht übertragen würde. Wie sich der EuGH zu dieser Frage verhalten würde, wenn er darüber zu entscheiden hätte, kann nicht zuverlässig prognostiziert werden.

20. Selbst wenn man die geltende Rechtslage in Deutschland für unionsrechtswidrig hält und den deutschen Gesetzgeber für verpflichtet hält, eine generelle Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit zu kodifizieren, darf der Gesetzgeber nach der hier vertretenen Auffassung eine Ausnahme für Vertrauensarbeitszeit vorsehen, wenn gewährleistet ist, dass der Arbeitgeber mit der Vertrauensarbeitszeit keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen folgt. Eine gesetzliche Regelung, die diesen Maßstäben genügt, sollte

- nur Fälle erfassen, die sich nicht auf den Verzicht auf eine Arbeitszeiterfassung beschränken, sondern dem Arbeitnehmer das Recht zur Bestimmung der Lage seiner Arbeitszeit einräumen,

- die individual- oder kollektivvertragliche Vereinbarung der Vertrauensarbeitszeit voraussetzen und damit Fälle eines einseitigen, ggf. auch nur faktischen Kontrollverzichts des Arbeitgebers ausnehmen,
- gewährleisten, dass der Arbeitnehmer sich – ggf. unter Einhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist – wieder von der Vereinbarung über Vertrauensarbeitszeit lösen und damit die Geltung der Arbeitszeiterfassungspflicht herbeiführen kann, und
- verlangen, dass die Vertrauensarbeitszeit nicht nur im Arbeitsvertrag vereinbart, sondern bei der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses auch in der Weise „gelebt“ wird, dass der Arbeitnehmer die Lage seiner Arbeitszeit auch tatsächlich selbst bestimmen kann.

21. Eine Delegation der Erfassung auf den Arbeitnehmer oder Dritte ist unionsrechtlich zulässig. Dies gilt ungeachtet dessen, ob man die CCOO-Entscheidung restriktiv oder extensiv versteht. Eine Delegation kann durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Individualvertrag oder Weisung erfolgen. Der Arbeitgeber bleibt für die ordnungsgemäße Durchführung verantwortlich und sollte nach eigenem Ermessen den Arbeitnehmer bei der Erfassung anleiten und die Ergebnisse kontrollieren. Aus unionsrechtlicher Sicht bedarf es keiner besonderen gesetzlichen Ausgestaltung dieser Anleitung und Kontrolle, um die Vereinbarkeit mit Art. 3, 5 und 6 Arbeitszeit-RL sicherzustellen.

22. Gleichwohl empfiehlt sich eine solche gesetzliche Ausgestaltung der Delegationsbefugnis. Diese Ausgestaltung muss es dem Arbeitgeber ermöglichen, seiner Verantwortung zur ordnungsgemäßen Arbeitszeiterfassung auch im Fall einer Delegation der Erfassung der Arbeitszeit an den Arbeitnehmer rechtssicher und ohne Bußgeldrisiko für Arbeitszeitrechtsverstöße, die außerhalb seiner Einflussmöglichkeiten liegen, nachzukommen. Eine angemessene Regelung, die sowohl die grundsätzliche Verant-

wortlichkeit des Arbeitgebers für die Einhaltung des Arbeitszeitrechts als auch die tatsächliche Herrschaft des Arbeitnehmers über die an ihn delegierte Arbeitszeiterfassung berücksichtigt und in einen Ausgleich bringt, könnte darin bestehen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in die Erfassung einzuweisen hat und sich im Übrigen darauf beschränken darf, bei Verdachtsmomenten stichprobenartig zu überprüfen, ob der Arbeitnehmer die Erfassung ordnungsgemäß vornimmt.

Köln, im Januar 2023



Prof. Dr. Clemens Höpfner