

**Europäische Umsetzungspflichten für den deutschen Gesetzgeber
im Hinblick auf die Pflicht zur Aufzeichnung von Arbeitszeiten**

– Zur Reichweite der Entscheidung des EuGH in der Rs. CCOO –

Gutachterliche Stellungnahme

Prof. Dr. *Gregor Thüsing*, LL.M. (Harvard)

**Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherung
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn**

Januar 2023

GLIEDERUNG

EXECUTIVE SUMMARY	IV
I. Viele schon haben es unternommen, die Reichweite der Entscheidung in der Rechtssache CCOO darzulegen	1
II. Arbeitszeiterfassung in Deutschland <i>de lege lata</i>	2
III. Gesicherte und nicht gesicherte Erkenntnisse	5
1. Was der EuGH tatsächlich gesagt hat	5
a) Pflicht zur Schaffung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems der Aufzeichnung	5
aa) Notwendigkeit zur Interpretation aus europäischer Perspektive	6
bb) „Objektiv“	7
(1) Änderungen können trotzdem möglich sein	8
(2) Elektronische Dokumentation nicht zwingend erforderlich	9
(3) Aufzeichnung auch durch den Arbeitnehmer möglich	10
cc) „Verlässlich“	11
dd) „Zugänglich“	13
b) Pflicht oder Möglichkeit zur Nutzung?.....	14
aa) Vorgaben des EuGH nicht eindeutig.....	14
bb) Die Deutung des BAG	15
cc) Die Entgegnung <i>Bayreuthers</i> und anderer	16
dd) Nur die Möglichkeit ist aus dem Arbeitsschutz herzuleiten	20
(1) Zwischen Schutz des Arbeitnehmers vor sich selbst und unbilliger Bevormundung	22
(2) Bedeutung eigenverantwortlicher Entscheidungen des Arbeitnehmers	22
(3) Trennung zwischen Gesundheitsschutz und prozessualer Durchsetzbarkeit der Rechte.....	23
ee) Interpretationen des EuGH gehen in die falsche Richtung: Überstunden sind nicht gleich Arbeitszeit.....	25
ff) Eine nochmalige Wägung der Argumente	26
(1) Warum kompliziert, wenn es auch einfach geht?.....	26
(2) Vom argumentativen Wert der Entscheidungsgründe	28

(3) Nicht erwogene Argumente: Zur Genese und Entwicklung der Richtlinie	29
(a) Rechtsfortbildung durch den EuGH und ihre Grenzen.....	29
(b) Arbeitszeiterfassung vom europäischen Gesetzgeber bewusst nicht aufgenommen	31
(c) Systematische Argumente gegen eine Pflicht zur umfassenden Arbeitszeiterfassung	32
(d) Konsequenz unzulässiger Rechtsfortbildung durch den EuGH	34
(4) Praktische Fragen: Frequenz der Aufzeichnung wäre offen.....	35
(5) Ausnahmen auch da nicht möglich, wo auf Höchstarbeitszeitgrenze verzichtet werden kann?.....	35
2. Was die Erfahrung lehrt: Überinterpretationen des EuGH	36
IV. Schlussfolgerungen anderer Mitgliedsstaaten.....	40
1. Österreich	40
2. Schweden und Italien	42
3. Ein Zwischenfazit.....	43
VI. Sinnvollere Alternativen gesetzgeberischen Handelns	43
1. Beispiel Österreich: Aufzeichnung der Dauer der Arbeitszeit genügt.....	45
2. Freiheit hinsichtlich der Art und Weise der Aufzeichnung.....	46
3. Betriebsvereinbarungs- und Tarifvertragsoffenheit	47
4. Delegation an den Arbeitnehmer.....	47
5. Den EuGH ernstgenommen: Keine Aufzeichnung gegen den Willen des Arbeitnehmers	48
VII. Flexibilisierung ist möglich	49
1. Spielräume des personellen Anwendungsbereichs nutzen.....	49
2. Pendelblick auf die Umsetzung anderer Mitgliedstaaten	52
3. Ein Fazit: Vieles ist möglich, wenn es gewollt ist	53
VIII. Summa: Europarecht als rechtspolitischer Vorwand und gesetzgeberischer Schleichweg	54

EXECUTIVE SUMMARY

Mit seiner Entscheidung in der Rs. CCOO hat der EuGH eine intensive Diskussion zur Notwendigkeit und Rechtspflicht einer Erfassung der täglichen Arbeitszeit angestoßen. Das BAG hat aus den Erwägungen des EuGH gefolgert, effektiver Arbeitsschutz sei nur gewährleistet, wenn Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit grundsätzlich aufgezeichnet werden. Die Aufzeichnung soll zwar auch an den Arbeitnehmer delegiert werden können und nicht zwingend in elektronischer Form vorgenommen werden müssen, sie muss nach Einschätzung des höchsten deutschen Arbeitsgerichts aber tatsächlich erfolgen.

Diese Deutung der Rechtsprechung des EuGH ist nicht zwingend und letztlich nicht überzeugend, weder nach den Ausführungen der Entscheidung des EuGH, noch im Hinblick auf die Gewährleistung effektiven Arbeitsschutzes. Ein ausreichender Schutz wäre auch dann gewährleistet – und so lässt sich auch der EuGH verstehen – wenn den Arbeitnehmern lediglich die Möglichkeit zur Aufzeichnung ihrer Arbeitszeit gewährt wird: Echte Vertrauensarbeitszeit geht auch künftig, aber eben nur einvernehmlich und freiwillig für den Arbeitnehmer. Die Erfahrung zeigt, dass auch in anderen Fällen die Maßgaben des EuGH zuweilen „überinterpretiert“ werden und hierdurch strengere unionsrechtliche Grenzen befürchtet werden, als der Gerichtshof tatsächlich setzen wollte. Diese Gefahr droht auch hier.

Ganz gleich, wie man die Rechtsprechung des EuGH im Detail versteht, ist jedoch klar: Es verbleiben Umsetzungs- und Regelungsspielräume. Das zeigen nicht zuletzt die Regelungen anderer Mitgliedsstaaten der EU wie etwa Schweden, Italien oder Österreich, sowie die dortige (ausbleibende) Reaktion auf die Entscheidung in der Rs. CCOO. Die Stechuhr hat bislang keine europaweite Renaissance erfahren und wird dies wohl auch künftig nicht tun.

Insgesamt macht die Entscheidung deutlich: Eine Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts ist geboten – und sie ist auch möglich. Der Koalitionsvertrag erklärt sie zum politischen Ziel, und auch das BAG zeigt in seiner Entscheidung vom 13.9.2022 Perspektiven auf, wie eine Flexibilisierung auch im Hinblick auf die – nach Interpretation des Gerichts grundsätzlich obligatorische – Arbeitszeiterfassung erfolgen kann. Zentraler Aspekt ist hier u. a. der personelle Anwendungsbereich des Arbeitszeitrechts. Durch Art. 17 der Richtlinie 2003/88/EG eröffnete Spielräume sollte der Gesetzgeber nutzen, bereits bestehende Ausnahmen sollte er präzisieren und hierdurch praxistauglich machen. Nur dann kann eine Gestaltung des Arbeitszeitrechts gelingen, die den Gesundheitsschutz gewährleistet und zugleich die Interessen aller Betroffenen zu einem angemessenen Ausgleich bringt.

I. Viele schon haben es unternommen, die Reichweite der Entscheidung in der Rechtssache CCOO darzulegen

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. CCOO¹ hat bereits unmittelbar nach ihrer Veröffentlichung hohe Wellen geschlagen. Der Tenor der mittlerweile so bekannten Entscheidung lautet:

„Die Art. 3, 5 und 6 der RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung sind im Licht von Art. 31 II GRCh der Grundrechte der Europäischen Union sowie von Art. 4 I, Art. 11 III und Art. 16 III der RL 89/391/EWG des Rates vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit 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.“²

Die Diskussion um ihre Reichweite ist seither nicht abgeebbt. Die Frage, wozu der Arbeitgeber im Rahmen der Arbeitszeiterfassung verpflichtet und nicht verpflichtet ist, oder auch wozu er nach europäischen Vorgaben verpflichtet sein müsste, ist Gegenstand intensiver rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzungen, das Meinungsspektrum breit gefächert. Die Entscheidung des BAG vom 13. September hat diese Diskussion neu belebt – ohne freilich sie zu ihrem Ende geführt zu haben.³

Schon die Frage, ob Unternehmen bereits nach jetzigem Gesetzesstand zu einer umfassenden Erfassung der Arbeitszeit verpflichtet sein könnten (siehe zu dieser Frage auch Gliederungspunkt II.), wird unterschiedlich beurteilt. Die Vorschläge und Erwägungen zur Herleitung einer solchen, bereits bestehenden Pflicht reichen von einer richtlinienkonformen Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG⁴, der allgemeineren Arbeitsschutzvorschrift des § 618 BGB oder der §§ 241 Abs. 2, 242 BGB⁵ bis zu einem unmittelbaren Anknüpfen an Art. 31 Abs. 2

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

² EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683.

³ BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

⁴ *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1036); offen gelassen von *Temming*, NZA 2021, 1433 (1435); *Ulber*, NZA 2019, 677 (680).

⁵ *Temming*, NZA 2021, 1433 (1435).

GRCh⁶. Andere sehen bislang in Deutschland keine Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit gegeben, halten das jedoch nach der Entscheidung für unionsrechtswidrig und sehen daher gesetzgeberischen Handlungsbedarf.⁷

All diesen Stimmen ist jedoch gemeinsam, dass sie davon ausgehen, dass der Entscheidung des EuGH auf die eine oder andere Weise zwingend eine umfassende Arbeitszeiterfassung in den allermeisten Arbeitsverhältnissen nachfolgen muss. Einige sind hier zurückhaltender. So wird z. T. bereits die Übertragbarkeit der Entscheidung auf das deutsche Recht bezweifelt.⁸ Denkbar – und angesichts der erheblichen Bedeutung der Entscheidung zwingend geboten – ist es jedoch auch, noch früher anzusetzen und kritisch zu hinterfragen, ob denn die Richter des EuGH tatsächlich das gesagt haben, was aus der Entscheidung so bereitwillig herausgelesen wird.

II. Arbeitszeiterfassung in Deutschland *de lege lata*

Die Frage nach dem richtigen Verständnis der EuGH-Entscheidung in der Rs. CCOO, nach ihrer Reichweite und den hieraus folgenden Umsetzungsverpflichtungen im deutschen Recht wäre nun schnell beantwortet, wenn bereits die am weitesten gehende Interpretation der Entscheidung keinen Umsetzungsbedarf im deutschen Recht auslösen würde, weil die aktuelle Rechtslage ihr bereits entspräche. Das wäre dann der Fall, wenn der Arbeitgeber bereits *de lege lata* zur objektiven, verlässlichen und zugänglichen Erfassung der Arbeitszeit, so, wie der EuGH sie verstanden wissen will, verpflichtet wäre, und zwar unabhängig vom europäischen Recht und der vom EuGH nun (möglicherweise) vollzogenen Rechtsfortbildung bzw. kompetenzwidrigen Rechtssetzung.

Aus § 16 Abs. 2 ArbZG folgt das ersichtlich nicht. Das könnte man auch nicht europarechtskonform auslegen, im Sinne einer tatsächlichen Erfassungspflicht sämtlicher Arbeitsstunden, also nicht nur der Überstunden.⁹ Es geht ersichtlich und ausdrücklich nur

⁶ Heuschmidt, NJW 2019, 1853 (1854); Latzel, EuZA 2019, 469 (478); Riegel, RdA 2021, 152 (153 f.); in diese Richtung auch ErfK/Roloff, 22. Aufl. 2022, § 16 ArbZG Rn. 6; Ulber, NZA 2019, 677 (680); jedenfalls dahingehende EuGH-Rechtsprechung in Zukunft nicht ausschließend Höpfner/Reese, RdA 2020, 53 (55).

⁷ Siehe BeckOK ArbR/Kock, 64. Ed. (Stand: 1.6.2022), § 16 ArbZG Rn. 4b f.; Bayreuther, NZA 2020, 1 (5); Baeck/Winzer, NZA 2020, 96 (101); Baeck/Winzer/Launer, NZG 2019, 858 (859); Brors, NZA 2020, 1685; Krause, NZA-Beil. 2019, 86 (94); Reinhard, NZA 2019, 1313 (1314 f.); Sittard/Esser, jM 2019, 284 (286 f.).

⁸ Höpfner/Daum, RdA 2019, 270 (279).

⁹ So auch Bayreuther, NZA 2020, 1 (2 ff.); ders., EuZW 2019, 446 (447); Höpfner/Daum, RdA 2019, 270 (277); Kössel, DB 2019, 1958 (1961); Riegel, RdA 2021, 152 (153); Rambach/Koneberg, ZTR 2022, 460; Reinhard, NZA 2019, 1313 (1314); Sittard/Esser, jM 2019, 284 (286); Thüsing/Flink/Jänsch, ZfA 2019, 456 (484); offen gelassen, aber auch zweifelnd Ulber, NZA 2019, 677 (680).

darum, die „über die werktägliche Arbeitszeit nach § 3 Satz 1 hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer“, d. h. kurz gesagt die Überstunden, aufzuzeichnen. Dass der Gesetzgeber hier nicht mehr gemeint hat, als er sagt, zeigen die Materialien: Eine umfassende Erfassung der gesamten Arbeitszeit sollte gerade nicht obligatorisch sein, um keinen unnötigen organisatorischen Aufwand zu schaffen.¹⁰

Ein anderer denkbarer Ansatzpunkt ist § 17 Abs. 4 ArbZG. Hiernach kann die Aufsichtsbehörde die für die Durchführung des ArbZG erforderlichen Auskünfte und insbesondere auch die Vorlage von oder Einsicht in Arbeitszeitnachweise oder Geschäftsunterlagen verlangen, die mittelbar oder unmittelbar Auskunft über die Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes geben. Eine kodifizierte Aufzeichnungspflicht findet sich hier nicht. Allerdings setzt die Verpflichtung des Arbeitgebers, der Aufsichtsbehörde bzw. dem Betriebsrat Auskünfte über Arbeitszeiten zu erteilen, denklogisch voraus, dass diese Arbeitszeiten auch dokumentiert wurden.¹¹ In welcher Form die Auskunftserteilung in Bezug auf die generelle Einhaltung der Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes konkret erfolgen muss, wird indes nicht vorgegeben. Vor diesem Hintergrund erschiene es auch möglich, dass dem Auskunftsverlangen der Aufsichtsbehörde beispielsweise schon durch Zeugenaussagen Rechnung getragen werden kann.¹² Ein solches Verständnis würde den Anforderungen des EuGH – die Übertragbarkeit auf das deutsche Recht unterstellt – jedoch nicht genügen, wie das Gericht ausdrücklich feststellt:

„Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der schwächeren Position des Arbeitnehmers in einem Arbeitsverhältnis der Zeugenbeweis allein nicht als wirksames Beweismittel angesehen werden kann, mit dem eine tatsächliche Beachtung der in Rede stehenden Rechte gewährleistet werden kann, da die Arbeitnehmer möglicherweise zögern, gegen ihren Arbeitgeber auszusagen, weil sie befürchten, dass dieser Maßnahmen ergreift, durch die das Arbeitsverhältnis zu ihren Ungunsten beeinflusst werden könnte.“¹³

Man könnte nun, wäre der EuGH so zu verstehen, dass eine Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeit in einem objektiven, verlässlichen und zugänglichen System tatsächlich erfolgen muss – was nicht gesichert ist – eine einschränkende richtlinienkonforme Auslegung des

¹⁰ BT-Drucks. 12/5888, S. 31: „Durch die Beschränkung der Nachweispflicht auf „über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende Arbeitszeiten“ wird unnötiger Aufwand vermieden.“

¹¹ S. für den Betriebsrat BAG, Beschl. v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 (1352).

¹² *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (480).

¹³ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 55.

§ 17 Abs. 4 ArbZG dahingehend erwägen, dass eben Zeugenaussagen oder Dokumentationen über E-Mails, Terminkalender o. ä. nicht mehr ausreichen.¹⁴

Wer nun aber diese Erwägungen umdreht, und vor Klärung der tatsächlichen Reichweite der EuGH-Entscheidung den § 17 Abs. 4 ArbZG dahingehend versteht, dass eine Aufzeichnung in einem objektiven, verlässlichen und zugänglichen System ohnehin auch nach deutschem Recht erforderlich ist, der macht den zweiten Schritt vor dem ersten. Denn nur, wenn aus dem europäischen Recht die Pflicht folgt, derart eng verstandene Aufzeichnungen zu gewährleisten, muss und kann ein einschränkendes Verständnis des § 17 Abs. 4 ArbZG erfolgen. Ist dem nicht so, dann muss § 17 Abs. 4 ArbZG so ausgelegt und angewendet werden, wie vom Gesetzgeber ursprünglich beabsichtigt. Derselbe Gesetzgeber, der in § 16 Abs. 2 ArbZG ausdrücklich auf eine umfassende Arbeitszeiterfassungspflicht verzichtet hat, wollte nicht „eine Norm weiter“ in § 17 Abs. 4 ArbZG eine solche ohne eindeutige Formulierung schaffen.

Ein weiterer Ansatz zur Begründung einer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung findet sich in der aktuellen Entscheidung des BAG vom 13.9.2022, in der das Gericht sich mit der Frage des Initiativrechts des Betriebsrats für ein elektronisches Arbeitszeiterfassungssystem zu befassen hatte. Das BAG knüpft diese Pflicht an die allgemeine arbeitsschutzrechtliche Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG an. Dies erfolgt in unionsrechtskonformer Auslegung, sodass hier ungeachtet anderweitiger methodischer Bedenken¹⁵ dasselbe gilt, wie im Hinblick auf § 17 Abs. 4 ArbZG. Nur wenn das Unionsrecht eine umfassende, tatsächliche Arbeitszeiterfassung vorgibt, ist eine entsprechende unionsrechtskonforme Auslegung in Betracht zu ziehen. Ob dann aus europarechtskonformer Auslegung des ArbSchG eine solche Pflicht hergeleitet werden könnte, wäre ein zweiter, dogmatisch problematischer Schritt, schließlich ist dort allein die Rede von einer geeigneten Organisation und der Bereitstellung der erforderlichen Mittel – organisiert und bereitgestellt ist ein Arbeitszeiterfassungssystem aber auch dann, wenn man zu seiner Nutzung nicht verpflichtet ist. § 3 Abs. 2 ArbSchG meint die Pflicht des Arbeitgebers, Schutzhelme zur Verfügung zu stellen, nicht die Pflicht des Arbeitnehmers, sie aufzusetzen.

Im Ergebnis heißt das: Ja, eine gewisse Dokumentation der Arbeitszeit ist zu Kontrollzwecken unumgänglich. Nach deutschem Recht kann sie aber auf vielfältigem Wege, ausweislich des Wortlauts des § 17 Abs. 4 ArbZG auch mittelbar, erfolgen. Aus dem deutschen Arbeitszeitrecht

¹⁴ *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (480 f.).

¹⁵ Siehe hierzu unten Gliederungspunkt III.1. b) ff) (3) (d).

kann daher nach jetzigem Stand vorbehaltlich einer – hiesiger Ansicht nach zu engen – Interpretation der Rechtsprechung des EuGH keine umfassende Pflicht zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit in einem objektiven, verlässlichen und zugänglichen System hergeleitet werden.¹⁶

III. Gesicherte und nicht gesicherte Erkenntnisse

Was aber folgt aus dem Europarecht und seiner Interpretation durch den EuGH als Forderung an den Gesetzgeber? Der Arbeitszeitgestaltung sind auf europäischer Ebene insbesondere durch die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG Grenzen gesetzt. Zur Arbeitszeiterfassung sagt die Richtlinie nichts – dafür spricht umso lauter nun der EuGH und nun auch das BAG. Absolute Wahrheiten lassen sich der Entscheidung in der Rs. CCOO allerdings nur in Grenzen entnehmen. Ehrlicherweise wird man eine Grenze ziehen müssen zwischen dem, was der EuGH tatsächlich gesagt hat, und dem, was er womöglich sagen wollte oder auch nicht. Letzteres kann nur Gegenstand von Vermutungen sein.

1. Was der EuGH tatsächlich gesagt hat

Bei nüchternem Blick auf den Tenor der Entscheidung des EuGH in der Rs. CCOO steht fest: Das nationale Recht muss gewährleisten, dass der Arbeitgeber zur Einrichtung eines Systems verpflichtet ist, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Anderenfalls ist die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG nicht hinreichend umgesetzt. Mehr noch: Den „Genuss der Begrenzung der wöchentlichen Arbeitszeit“¹⁷ leitet der Gerichtshof auch aus Art. 31 Abs. 2 GRCh her, in dessen Lichte die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG daher auszulegen ist. Die Vorgaben dienen daher auch der Wirksamkeit des Grundrechtsschutzes.

a) Pflicht zur Schaffung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems der Aufzeichnung

Nähere Angaben zur Ausgestaltung des geforderten Systems finden sich in den Entscheidungsgründen:

¹⁶ So i. E. auch *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (447); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (276).

¹⁷ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 (685).

„Um die praktische Wirksamkeit der von der RL 2003/88 vorgesehenen Rechte und des in Art. 31 II GRCh verankerten Grundrechts zu gewährleisten, müssen die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber daher verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“¹⁸

Der Arbeitgeber kann sich also nicht darauf beschränken, *irgendein* System zur Arbeitszeiterfassung zur Verfügung zu stellen. Objektiv, verlässlich und zugänglich – diesem Dreiklang muss das geschaffene System gerecht werden, um die Vorgaben zu erfüllen, die der EuGH aus der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, auch im Lichte des Art. 31 Abs. 2 GRCh herausliest. Definiert, erläutert oder konkretisiert werden diese Begriffe im Laufe der Entscheidung nicht.¹⁹ Die Begriffe sind abstrakt und nur schwer mit einem konkreten Inhalt zu füllen. Auch andere Sprachfassungen geben nicht mehr Aufschluss.²⁰ Der Rechtsanwender kann sich ihre Bedeutung daher nur näherungsweise durch Auslegung erschließen.

aa) Notwendigkeit zur Interpretation aus europäischer Perspektive

Die Interpretation der Begriffe darf dabei nicht aus der Perspektive des nationalen Rechts vorgenommen werden, denn das würde die Rolle, Kompetenz und Aufgabe des EuGH missachten. So könnte man sich veranlasst sehen, für die Frage nach dem Umsetzungsbedarf im deutschen Recht vergleichsweise auf Rechtsbereiche zu blicken, in denen strenge Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung bereits Gesetz geworden sind. Glanzbeispiel ist hier § 6 GSA Fleisch.²¹ Dort heißt es in Abs. 1, Arbeitgeber seien verpflichtet, den Beginn der täglichen Arbeitszeit unmittelbar bei Arbeitsaufnahme sowie Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit jeweils am Tag der Arbeitsleistung elektronisch und manipulationssicher aufzuzeichnen und diese Aufzeichnung elektronisch aufzubewahren.²²

Diese Regelung mag für ihren begrenzten Anwendungsbereich sicherstellen, dass die vom EuGH an eine richtlinienkonforme Arbeitszeiterfassung gestellten Anforderungen erfüllt werden²³ – welche dies sind, ist noch zu erörtern. So hat der Gesetzgeber sich im

¹⁸ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 (686).

¹⁹ *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (465); siehe auch *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

²⁰ Siehe *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (465 ff.).

²¹ Zum Verhältnis der EuGH-Rechtsprechung in der Rs. CCOO zu § 6 GSA Fleisch siehe auch *ErfK/Roloff*, 22. Aufl. 2022, § 16 ArbZG Rn. 5.

²² Zu Bedeutung und Umfang der hier geregelten Aufzeichnungspflicht siehe ausführlich *BeckOK ArbR/Thüsing*, 64. Ed. (Stand: 1.3.2022), § 6 GSA Fleisch.

²³ *Däubler*, NZA 2021, 86 (88).

Gesetzgebungsprozess etwa mit Fragen der nachträglichen Manipulation und den zur Verfügung stehenden, technischen Möglichkeiten der Aufzeichnung beschäftigt, wobei im Rahmen des § 6 Abs. 1 GSA Fleisch nunmehr nur Aufzeichnungen ausreichen, die sowohl „elektronisch“ als auch „manipulationssicher“ sind.²⁴ Insbesondere der Gedanke der Manipulationssicherheit steht auch im Kontext der Rs. CCOO ganz deutlich im Vordergrund.²⁵ Eine Arbeitszeiterfassung nach den strengen Vorgaben des § 6 Abs. 1 GSA Fleisch ist wohl objektiv, verlässlich und zugänglich und entspricht damit den Vorgaben des EuGH in der Rs. CCOO. Der Umkehrschluss, eine objektive, verlässliche und zugängliche Arbeitszeiterfassung meine eine Arbeitszeiterfassung nach dem Vorbild des § 6 Abs. 1 GSA Fleisch ist allerdings methodisch unzulässig. Die rein nationale Norm vermag über die Rechtsprechung des EuGH und ihre gebotene Interpretation nichts auszusagen. Auch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die ausgesprochen strengen Vorgaben des § 6 Abs. 1 GSA Fleisch in Ansehung spezifischer Missstände innerhalb des fleischverarbeitenden Gewerbes konzipiert und erlassen wurden. Die hierzu angestellten Überlegungen können und dürfen nicht ohne weiteres auf sämtliche Arbeitsverhältnisse übertragen werden. Vergleichbar strenge Einschränkungen sind dort nicht geboten, wo vergleichbare Missstände bislang nicht bestehen und auch nicht zu erwarten sind.

Letztlich gilt: Diese Rechtsprechung des EuGH steht für sich und ist daher im Lichte ihres Entstehungsprozesses, die genannte Entscheidung auch im Kontext und unter Berücksichtigung vorangegangener Judikate auszulegen. Dies ist bereits unmittelbar im Anschluss an die Entscheidung im Rahmen einer vorangegangenen Untersuchung²⁶ geschehen, deren wesentliche Ergebnisse im Folgenden überblicksweise wiedergegeben und um die Erwägungen in der seither erschienenen Literatur ergänzt werden.

bb) „Objektiv“

Der Duden definiert den Begriff „objektiv“ als „tatsächlich“, „unparteiisch“, „nicht von Gefühlen, Vorurteilen bestimmt“.²⁷ Damit dürfte zwingend sein, dass das System frei von

²⁴ Zu den Begriffen BeckOK ArbR/*Thüsing*, 64. Ed. (Stand: 1.3.2022), § 6 GSA Fleisch Rn. 8 ff.

²⁵ Siehe etwa *Brors*, NZA 2019, 1176 (1180); *Hanau*, ZfA 2020, 129 (133); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

²⁶ *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456.

²⁷ Duden, Objektiv, Online-Fassung abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/objektiv> (letzter Abruf: 28.9.2022).

jedweden subjektiven Einflüssen sein muss.²⁸ Zu berücksichtigen ist hierbei, dass den Arbeitgeber die Verpflichtung zur Einrichtung des Systems trifft. Damit das durch den Arbeitgeber eingerichtete System objektiv ist, bedarf es also der Sicherstellung, dass gerade der Arbeitgeber nicht auf die Messung zum Nachteil des Arbeitnehmers einwirken kann.²⁹ Konkret heißt das: Der Arbeitnehmer muss, damit vom Vorliegen eines objektiven Systems ausgegangen werden kann, die Dokumentation seiner Arbeitszeiten einsehen und kontrollieren können, ohne dass subjektive Eindrücke des Arbeitgebers Eingang in die Messung finden können.³⁰ Die tatsächliche Zeit, die der Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung aufgewendet hat, muss erfasst werden.³¹ Schätzungen und Pauschalisierungen genügen dem Merkmal der Objektivität nicht.³² Zuzugestehen ist allerdings, dass eine einwandfreie Objektivität kaum erreichbar ist; dass auch wohl gemeinhin als „objektiv“ verstandene Systeme wie die elektronische Erfassung oder die Stechuhr nicht verhindern können, dass der Arbeitnehmer innerhalb der erfassten Zeit nicht oder außerhalb dieser Zeit weiter arbeitet.³³

(1) Änderungen können trotzdem möglich sein

Die maßgeblich verfolgte Manipulationsfreiheit muss allerdings nicht so weit gehen, dass jegliche nachträgliche Änderung der Aufzeichnungen ausgeschlossen ist.³⁴ Das folgt schon aus dem Zweck, die Dokumentation der tatsächlichen Arbeitszeit sicherzustellen. Ist die erfolgte Aufzeichnung erkennbar unrichtig, etwa weil vergessen wurde, eine elektronische Zeiterfassung ein- oder auszuschalten oder der Arbeitnehmer sich bei einer händischen Aufzeichnung – hierzu sogleich – verschrieben hat, muss die Möglichkeit bestehen, den erkannten Fehler zu korrigieren. Dies kann durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfolgen. Letztlich kommt es in erster Linie darauf an, dass Änderungen nachvollziehbar und Manipulationen der Aufzeichnungen dadurch erkennbar sind.

²⁸ So auch *Brors*, NZA 2020, 1685 (1686); *Riegel*, RdA 2021, 152; negativ von subjektiv abgrenzend *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

²⁹ Zum Ziel der Vermeidung von Manipulationen *Hanau*, ZfA 2020, 129 (133); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038); ebenso *Brors*, NZA 2019, 1176 (1180).

³⁰ In diesem Sinne auch *Riegel*, RdA 2021, 152.

³¹ *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

³² *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6) zum Begriffspaar „objektiv und verlässlich“; ebenso *Latzel*, EuZA 2019, 469 (478).

³³ *Hanau*, ZfA 2020, 129 (134); siehe auch *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (278); *Latzel*, EuZA 2019, 469 (479); *Reinhard*, NZA 2019, 1313 (1315).

³⁴ So auch *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (278).

(2) Elektronische Dokumentation nicht zwingend erforderlich

Auch geht es zu weit, wenn als „objektive“ Systeme der Arbeitszeiterfassung lediglich diejenigen anerkannt werden, die eine elektronische Dokumentation ermöglichen.³⁵ Schon der für das Verfahren in der Rs. CCOO zuständige Generalanwalt *Pitruzzella* ging in seinen Ausführungen davon aus, dass auch Aufzeichnungen in Papierform genügen können.³⁶ Anlass, hiervon abweichend engere Grenzen zu ziehen, gibt es nicht.³⁷ Auch ein analog ausgefüllter Stundenzettel ist nicht zwingend weniger objektiv als eine elektronische Dokumentation der Arbeitszeit.³⁸ Wer anderes behauptet, sagt zugleich, dass es vor der Verfügbarkeit technischer Systeme objektive Aufzeichnung nicht gegeben haben kann – und das scheint doch deutlich zu hoch gegriffen, insbesondere unter Berücksichtigung des mit beinahe 20 Jahren doch nicht mehr ganz jungen Alters der Arbeitszeitrichtlinie 2003/99/EG. Schon dies zeigt: das kann sicherlich nicht stimmen. Dass ein händisch ausgefüllter Stundenzettel auf der subjektiven Einschätzung desjenigen beruht, der ihn ausfüllt³⁹ ist letztlich nicht mehr und nicht weniger als die Folge der Beteiligung von Menschen an dem Dokumentationsprozess, die als solche unvermeidlich ist, will man nicht auf die grundrechtsbelastende Totalüberwachung durch elektronische Vorrichtungen zurückgreifen.⁴⁰ Umgekehrt sind auch elektronische Systeme mit Schwächen behaftet und daher nicht zwingend objektiver. Perioden der Freizeit, in denen der Arbeitnehmer in das System eingeloggt ist, sind ebenso denkbar wie Perioden der Arbeitszeit, die vom elektronischen System nicht erfasst werden, weil sie abseits des Computers oder anderer technischer Geräte verbracht werden.⁴¹ Ergänzend ist das systematische Argument zu berücksichtigen, dass speziellere Arbeitszeiterfassungsvorgaben in den Bereichen des Straßentransports⁴² und der Binnenschifffahrt⁴³ ebenfalls eine analoge Zeiterfassung zulassen – das allgemeine Arbeitszeitrecht kann hier wohl kaum strengere Vorgaben machen, ohne die

³⁵ In diese Richtung allerdings *Ulber*, NZA 2019, 677 (678).

³⁶ Generalanwalt beim EuGH (*Pitruzzella*), Schlussantrag v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 87.

³⁷ So i.E. auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6); *Brose*, NZA 2020, 1685 (1686); *Heuschmid*, NJW 2019, 1853; *Krause*, NZA-Beil. 2019, 86 (93); *Latzel*, EuZA 2019, 469 (478); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038); *Sittard/Esner*, jM 2019, 284 (289).

³⁸ *Latzel*, EuZA 2019, 469 (478); i.E. auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6); a.A. *Ulber*, NZA 2019, 677 (678).

³⁹ So *Ulber*, NZA 2019, 677 (678).

⁴⁰ In diesem Sinne auch *Hanau*, ZfA 2020, 129 (133 f.); auf datenschutzrechtliche Problematiken weist auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6) hin.

⁴¹ *Reinhard*, NZA 2019, 1313 (1315), der händische Aufschriebe jedenfalls bei späterem Einpflegen in ein technisches System für zulässig hält; siehe auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6).

⁴² Art. 9 lit. b RL 2002/15/EG.

⁴³ § 12 der Europäischen Vereinbarung über die Regelung bestimmter Aspekte der Arbeitszeitgestaltung in der Binnenschifffahrt, verbindlich nach Richtlinie 2014/112/EU.

dortigen Regelungen inhaltlich überflüssig zu machen.⁴⁴ Dies entspricht dann auch der Deutung des BAG: In seiner Entscheidung vom 13.9.2022 stellte das Gericht in Anknüpfung an Generalanwalt *Pitruzzella* fest, die Arbeitszeiterfassung müsse nicht ausnahmslos und zwingend elektronisch erfolgen; vielmehr können beispielsweise Aufzeichnungen in Papierform genügen.⁴⁵

(3) Aufzeichnung auch durch den Arbeitnehmer möglich

Ebenso wenig, wie die Objektivität eine elektronische Aufzeichnung der Arbeitszeit erfordert, erfordert sie eine Aufzeichnung unmittelbar durch den Arbeitgeber selbst.⁴⁶ Die Möglichkeit der Delegation der Arbeitszeiterfassung an den Arbeitnehmer wurde bereits im Kontext des deutschen Rechts für die Aufzeichnung der Überstunden nach § 16 Abs. 2 ArbZG diskutiert: Hier geht man davon aus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Rahmen seines Direktionsrechts anweisen kann, die Arbeitszeit korrekt aufzuzeichnen, ihn hierbei allerdings mindestens stichprobenartig kontrollieren muss.⁴⁷ Dies wird ganz überwiegend auf die Anforderungen der CCOO-Rechtsprechung übertragen: Auch hier sehen die meisten Stimmen in der Literatur keine Notwendigkeit, die Aufzeichnungspflicht – deren Bestehen sei an dieser Stelle unterstellt – zu einer höchstpersönlichen Pflicht des Arbeitgebers zu erklären.⁴⁸ Im Gegenteil: Überzeugend wird darauf hingewiesen, dass in bestimmten Situationen eine Aufzeichnung in belastbarer Weise nur durch den Arbeitnehmer selbst erfolgen kann, so etwa bei mobiler Arbeit oder im Homeoffice.⁴⁹ Die Stimme *Ulbers*, die im Kontext der CCOO-Entscheidung eine Delegationsmöglichkeit ablehnt⁵⁰, ist auch die Einzige, die dies schon im Hinblick auf § 16 Abs. 2 ArbZG so annimmt⁵¹ – weder an der einen, noch an der anderen Stelle kann das überzeugen. Die Sorge, möglicherweise könnte der Arbeitnehmer passiv oder aktiv

⁴⁴ *Krause*, NZA-Beil. 2019, 86 (93).

⁴⁵ BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 (Rn. 65).

⁴⁶ S. auch das BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 (Rn. 65); a.A. *Ulber*, NZA 2019, 677 (680).

⁴⁷ *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 28; ohne Begrenzung auf die Fälle stichprobenartiger Kontrollen LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 5.6.2013 – 8 Sa 571/12, BeckRS 2014, 65219; LAG Berlin-Brandenburg, Teilurt. v. 3.6.2010 – 15 Sa 166/10, BeckRS 2010, 73659.

⁴⁸ *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 28; *Schaub/Vogelsang*, ArbRHdb, 19. Aufl. 2021, § 160 Rn. 35; *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (277 f.); *Krause*, NZA-Beil. 2019, 86 (93 f.); *Reinhard*, NZA 2019, 1313 (1318 F.); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1037); *Temming*, NZA 2021, 1433 (1438); siehe auch *Sittard/Esser*, jM 2019, 284 (289).

⁴⁹ *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (277 f.); *Krause*, NZA-Beil. 2019, 86 (93 f.).

⁵⁰ *Ulber*, NZA 2019, 677 (678).

⁵¹ Dort in Co-Autorenschaft, siehe *Buschmann/Ulber*, ArbZG, 8. Aufl. 2015, § 16 Rn. 16.

unter Druck gesetzt werden, die Arbeitszeit nicht richtig zu dokumentieren, steht dem nicht entgegen – vielmehr gilt hier das bereit zur elektronischen Aufzeichnung Gesagte: Menschliche Schwächen sind als zwangsläufiger Bestandteil des Systems hinzunehmen, können sie doch letztlich nicht vollständig ausgeräumt werden.⁵²

Man kann auch noch einen Schritt weitergehen: Die im Rahmen des § 16 Abs. 2 ArbZG geforderte Kontrolle des Arbeitnehmers, dem die Aufzeichnung der Überstunden überlassen wird, ist weder dort, noch im Rahmen der nun vom EuGH geforderten Arbeitszeiterfassung zwingend erforderlich. Eine Grundlage in der Rechtsprechung fehlt.⁵³ Selbstverständlich kann man den Arbeitgeber nicht aus jeder Verantwortung entlassen – hat er Anhaltspunkte dafür, dass die Aufzeichnungen nicht wie angewiesen erfolgen, hat er hierauf entsprechend zu reagieren und unter Umständen auch Kontrollen einzuführen. Die Delegationsmöglichkeit als solche steht aber nicht grundsätzlich unter dem Vorbehalt der Kontrolle, schließlich stehen nicht alle Arbeitnehmer unter dem Generalverdacht, die Anweisungen des Arbeitgebers nicht zu befolgen. Eine Kontrolle erfolgt vielmehr im eigenen Interesse des Arbeitgebers – denn es ist seine Rechtspflicht aus § 16 Abs. 2 und § 17 Abs. 4 ArbZG, die es zu erfüllen gilt. Delegiert er die Aufzeichnung an den Arbeitnehmer, ohne ihn auch nur ein einziges Mal zu kontrollieren, dann wird seine Aufzeichnungspflicht erfüllt, wenn der Arbeitnehmer durchgehend ordnungsgemäß aufzeichnet. Alles Weitere ist eine Frage der Exkulpation im Falle von Verstößen gegen die Aufzeichnungspflicht – die wird dem Arbeitgeber nur gelingen, wenn er in zumutbarem Maße (stichprobenartige) Kontrollen der Aufzeichnungen vorgenommen hat.⁵⁴ Dieselben Grundsätze müssen für eine umfassende Pflicht zur Arbeitszeiterfassung gelten, soweit man eine solche denn aus der Entscheidung des EuGH herauslesen möchte – hierzu sogleich unter Gliederungspunkt III. 1. b).

cc) „Verlässlich“

Eng damit zusammen hängt das zweite Kriterium, zu dem das BAG gänzlich schweigt.⁵⁵ Während der EuGH in seinem Urteil stets den Terminus „verlässlich“ verwendet, spricht der

⁵² I. E. ebenso *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7); *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (277 f.); siehe auch *Brors*, NZA 2020, 1685 (1687), die das Risiko zwar anerkennt, gleichwohl aber an der Delegationsmöglichkeit festhält.

⁵³ In LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 5.6.2013 – 8 Sa 571/12, BeckRS 2014, 65219 und LAG Berlin-Brandenburg, Teilurt. v. 3.6.2010 – 15 Sa 166/10, BeckRS 2010, 73659 ist von Kontrollen keine Rede.

⁵⁴ So auch *HWK/Sittard*, 10. Aufl. 2022, § 17 ArbZG Rn. 4.

⁵⁵ In BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 findet sich keine Erläuterung des Begriffs.

Generalanwalt synonym von einem „sicheren“⁵⁶ Erfassungssystem. Verlässlich bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauch „zuverlässig“, „glaubwürdig“, „seriös“, „sicher“.⁵⁷ Der Begriff impliziert das Erfordernis, dass die Aufzeichnung zum einen – in den Grenzen des technisch Möglichen – fehlerunanfällig, zum anderen inhaltlich zutreffend sein muss.⁵⁸ Mit anderen Worten: Es muss sichergestellt werden, dass die gemessenen Daten auch der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit entsprechen. So ist konkret notwendig, dass die Arbeitszeit zu jeder Uhrzeit, zu der in dem jeweiligen Betrieb gearbeitet wird – also etwa bei Schichtarbeit auch in der Nacht –, erfasst wird.⁵⁹ Auch der Ort der Arbeitsleistung darf für die Aufzeichnung keine Rolle spielen.⁶⁰ Zusätzlich klingt auch das Merkmal der Manipulationsfreiheit in dem Begriff der Verlässlichkeit an.⁶¹ Die Merkmale „objektiv“ und „verlässlich“ lassen sich mithin nicht ganz trennscharf voneinander abgrenzen, bzw. ergänzen und untermauern⁶² einander. Das ist Gesetzesästhetisch un schön, aber der EuGH und das europäische Recht neigen dazu, solche Überschneidungen zuzulassen – eindrucksvolles Beispiel ist Art. 4 Abs. 2 S. 1 Richtlinie 2000/78/EG mit den Merkmalen „rechtmäßig“ und „gerechtfertigt“, bei denen ein Unterschied sprachlich nicht ausgemacht werden kann.⁶³

Weiterhin kann ein System nur dann als verlässlich eingestuft werden, wenn die Aufzeichnung jedenfalls in zeitnaher Verbindung zur tatsächlichen Arbeitszeit erfolgt.⁶⁴ Denn nur so kann sichergestellt werden, dass sich in der Dokumentation keine erheblichen Abweichungen zur tatsächlich geleisteten Arbeitszeit ergeben, die beispielsweise Erinnerungslücken des Arbeitnehmers geschuldet sind.⁶⁵ Eine tagtägliche Aufzeichnung scheint hierzu allerdings nicht zwingend erforderlich. Auch noch einige Tage später wird man vom Durchschnittsarbeitnehmer erwarten können, sich an seine Arbeitszeitperioden zu erinnern,

⁵⁶ Generalanwalt beim EuGH (*Pitruzzella*), Schlussantrag v. 31.1.2019 – C-55/18, BeckRS 2019, 667 Rn. 57, 98.

⁵⁷ Duden, Verlässlich, Online-Fassung abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/verlaesslich> (letzter Abruf: 28.9.2022).

⁵⁸ Vgl. auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6): „funktionsfähig und belastbar“; *Brors*, NZA 2019, 1176 (1180): „nicht in sich inkonsistent“; *Hanau*, ZfA 2020, 129 (133): „Konsistenz in der Handhabung“.

⁵⁹ Siehe auch *Riegel*, RdA 2021, 152.

⁶⁰ *Riegel*, RdA 2021, 152.

⁶¹ *Brors*, NZA 2020, 1685 (1686); *Latzel*, EuZA 2019, 469 (479); *Riegel*, RdA 2021, 152; *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

⁶² *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

⁶³ Auch wenn der EuGH versucht, hier eine trennscharfe Abgrenzung vorzunehmen (siehe EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16, NZA 2018, 569 Rn. 66 f.), lässt sie sich aus den Begriffen doch nicht herauslesen.

⁶⁴ *Riegel*, RdA 2021, 152; eine kontinuierliche Aufzeichnung fordert *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6 f.), der als Kompromiss eine wöchentliche Aufzeichnung vorschlägt.

⁶⁵ In diesem Sinne auch *Riegel*, RdA 2021, 152, die von „zeitnaher“ Erfassung spricht; ebenso *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (6 f.).

zumal es häufig Anhaltspunkte in den Arbeitsergebnissen oder Terminen des jeweiligen Tages geben wird.⁶⁶ Insbesondere kann aus oben genannten Gründen auch keine derart enge Interpretation aus § 6 Abs. 1 GSA Fleisch hergeleitet werden, der eine Aufzeichnung jeweils unmittelbar bei Arbeitsaufnahme sowie Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit jeweils am Tag der Arbeitsleistung fordert.⁶⁷ Die Grenzen sind hier allerdings ausgesprochen unscharf und schwer zu bestimmen.⁶⁸

dd) „Zugänglich“

Als drittes Element nennt der EuGH die Zugänglichkeit des Arbeitszeiterfassungssystems. Auch hier gibt das BAG keine Hinweise.⁶⁹ Dem Wortsinne nach bedeutet dies, dass das System „für die Benutzung o. Ä. zur Verfügung stehen“⁷⁰ muss. Freilich kann damit bereits aus Gründen der Praktikabilität nicht die uneingeschränkte, jederzeitige Verfügbarkeit für beide Seiten gemeint sein. Auf der anderen Seite muss jedoch sichergestellt sein, dass – sofern ein Zugriff auf die Aufzeichnung erforderlich wird – sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer keine derart hohen Zugangsschranken bestehen, dass eine zeitnahe Überprüfung bestimmter Arbeitszeiten erschwert wird. Die Verfügbarkeit für den Arbeitgeber ist aber auch dann gewährleistet, wenn er die Dokumentation beispielsweise auf Anforderung erlangen kann – soweit keine zusätzlichen bürokratischen Hindernisse hinzukommen, die einen schnellen Zugriff vereiteln. Zusammenfassend ist also erforderlich, dass sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber jedenfalls ohne erhebliche Schranken Zugriff auf die Dokumentation haben.⁷¹ Für den Arbeitnehmer ergibt sich das Erfordernis der Zugänglichkeit bereits aus dem Schutzzweck der unionsrechtlichen Vorschriften; diesem muss ermöglicht werden, die Einhaltung der ihm zustehenden Ruhezeiten einzusehen und zu überprüfen. Aber auch für den Arbeitgeber muss die freie Verfügbarkeit der Aufzeichnung bestehen. Dies ist insbesondere aus dem Grund erforderlich, dass diesem unter bestimmten Voraussetzungen die Verpflichtung zur Offenlegung der Daten gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde obliegt.

⁶⁶ Sich „aus dem Stand“ an die zurückliegende Arbeitszeit erinnern zu können, wie *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7) es dem Leser des Beitrags vorschlägt – ohne im Ergebnis von der hier vertretenen Auffassung abzuweichen –, ist nicht zwingend erforderlich.

⁶⁷ In diesem Sinne auch *ErfK/Roloff*, 22. Aufl. 2022, § 16 ArbZG Rn. 5.

⁶⁸ Siehe hierzu auch unten Gliederungspunkt III. 1. a) aa).

⁶⁹ Siehe BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

⁷⁰ Duden, Zugänglich, Online-Fassung abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/zugaenglich> (letzter Abruf: 28.9.2022).

⁷¹ *Hanau*, ZfA 2020, 129 (133) fordert „Transparenz und Verfügbarkeit“.

Weitergehend verlangen einige die Zugänglichkeit für Betriebsrat und/oder Aufsichtsbehörden.⁷² Aufgrund der bestehenden Auskunftspflichten des Arbeitgebers (§ 17 Abs. 4 ArbZG, § 80 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 BetrVG) dürfte allerdings die Zugänglichkeit für diesen selbst, d. h. eine vermittelte Zugriffsmöglichkeit für die genannten Stellen, ausreichen. Andere scheinen die Zugänglichkeit für den Arbeitnehmer genügen zu lassen⁷³ – dann aber ginge die Anforderung nur unwesentlich über diejenigen hinaus, die bereits die Merkmale der Objektivität und Verlässlichkeit aufstellen.

b) Pflicht oder Möglichkeit zur Nutzung?

Besteht über das Verständnis der Merkmale, die ein Arbeitszeiterfassungssystem nach der Entscheidung des EuGH in der Rs. CCOO aufweisen muss, jedenfalls in weiten Teilen Einigkeit, so wird die Reichweite der vom EuGH konstatierten Pflicht seither kontrovers diskutiert. Im Fokus muss auch die Frage stehen, ob der Arbeitgeber sicherstellen muss, dass die Arbeitszeit tatsächlich erfasst wird, oder ob er vielmehr lediglich verpflichtet ist zu gewährleisten, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit durch Nutzung des objektiven, verlässlichen und zugänglichen Erfassungssystems erfassen „kann“. Das BAG hat sich klar auf eine Seite geschlagen: Es muss aufgezeichnet werden. Doch authentisch interpretiert das Europarecht nur der EuGH, und auch nur er kann sagen, was er tatsächlich gemeint hat.

aa) Vorgaben des EuGH nicht eindeutig

Das es nur eine Verpflichtung zur Ermöglichung von Aufzeichnung geben muss, legt der Tenor der Entscheidung nahe, wo der EuGH eben lediglich festschreibt, mitgliedersstaatliche Regelungen müssten den Arbeitgeber verpflichten, „ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“⁷⁴ „Kann“ heißt nicht „muss“. Diese Wortwahl findet sich nicht allein im Tenor, sondern auch an verschiedenen Stellen in den Entscheidungsgründen: Wiederholt stellt das Gericht allein darauf ab, dass die geleistete Arbeitszeit „gemessen werden kann“, also lediglich auf die Möglichkeit der Erfassung – nicht jedoch auf die tatsächliche Erfassung selbst.⁷⁵

⁷² *Latzel*, EuZA 2019, 469 (479); *Riegel*, RdA 2021, 152; für Aufsichtsbehörden *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (8).

⁷³ *Brors*, NZA 2020, 1685 (1686); *dies.*, NZA 2019, 1176 (1180); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1038).

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683.

⁷⁵ Siehe etwa EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 46, 51, 56.

Naheliegend ist es daher zunächst, die Entscheidung des EuGH dahingehend zu verstehen, dass der Arbeitgeber allein ein System zur Arbeitszeiterfassung zur Verfügung stellen muss.⁷⁶ Mehr hat der EuGH in seinem Tenor nicht gesagt. Handelt es sich nun um ein System, indem allein der Arbeitgeber selbst die Aufzeichnung verantworten und vornehmen kann, spricht viel dafür, dass die Aufzeichnung auch tatsächlich erfolgen muss – ansonsten würde es wohl bereits an einem tatsächlichen zur Verfügung stellen des Systems fehlen. Wenn es aber infolge einer Delegation an den Arbeitnehmer diesem überlassen wird die Arbeitszeit zu erfassen, dann drängt sich angesichts der Formulierung des Tenors und Teilen der Entscheidungsgründe die Frage auf, ob nicht die Möglichkeit zur Erfassung ausreicht, um die Durchsetzbarkeit der von der Arbeitszeitrichtlinie gewährten Rechte zu sichern. In dem schon erwähnten Beitrag von *Thüsing, Flink* und *Jänsch* ist diese Interpretationsmöglichkeit bereits ausführlich dargelegt worden.⁷⁷

bb) Die Deutung des BAG

Das BAG ist anderer Meinung: Gibt es zunächst den Tenor der Entscheidung des EuGH in seinem Wortlaut („gemessen werden kann“) wieder⁷⁸, stellt das Gericht doch unmittelbar im Anschluss fest, die Pflicht zur Einführung beschränke sich zudem nicht darauf, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern ein solches System zur freigestellten Nutzung zur Verfügung stelle.⁷⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH müsse er hiervon auch tatsächlich Gebrauch machen und es verwenden.⁸⁰

Ebenso bedeutend wie dieses Verständnis der Rechtsprechung des EuGH als erste Weichenstellung ist die Feststellung des BAG, die Pflicht zur umfassenden Arbeitszeiterfassung bestehe bereits *de lege lata* auch im deutschen Recht. Das BAG zieht zur Begründung § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG heran, wo es heißt, zur Planung und Durchführung der Maßnahmen nach Abs. 1 (d. h. der Maßnahmen zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit) habe der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten für eine geeignete Organisation zu sorgen und die

⁷⁶ Siehe *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (468 ff.); wohl auch *Sittard/Esner*, jM 2019, 284 (289); ebenso *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1 (6); *H. Hanau*, ZFA 2020, 129 (132).

⁷⁷ *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (468 ff.).

⁷⁸ Siehe BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 (Rn. 22).

⁷⁹ BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 (Rn. 23).

⁸⁰ BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 (Rn. 23).

erforderlichen Mittel bereitzustellen. Nach unionsrechtskonformer Auslegung soll hieraus eine den Vorgaben des EuGH entsprechende Pflicht zur Bereitstellung und Nutzung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung folgen.⁸¹

In methodischer Hinsicht bestehen an der vorgenommenen Interpretation erhebliche Zweifel. Schließlich findet sich im deutschen Recht bereits eine spezifische Pflicht, die den Umfang der Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers beim Thema Arbeitszeit bestimmt – § 16 Abs. 2 ArbZG beschränkt diese ganz eindeutig auf Überstunden. Wie oben bereits erörtert bestreiten auch die allermeisten derjenigen, die aus der Entscheidung des EuGH in der Rs. CCOO eine tatsächliche Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung herauslesen wollen, nicht, dass § 16 Abs. 2 ArbZG aktuell keine unionsrechtskonforme Auslegung dahingehend zulässt, dass die Arbeitszeit vollständig aufgezeichnet werden muss. Ebenso das BAG, das der unionsrechtskonformen Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG gerade mit Blick auf speziellere, bei entsprechender Auslegung überflüssige Gesetze eine Absage erteilt.⁸² Die Wortlautgrenze dieser spezifischen Regelung nun zu umgehen, indem auf ganz allgemeine Erwägungen zum Arbeitnehmerschutz im Arbeitsschutzgesetz zurückgegriffen wird, ist gewagt. Im Lichte der eigenen vorangehenden Argumentation des BAG zur unionsrechtskonformen Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG ist dies widersprüchlich und daher nicht überzeugend.⁸³

cc) Die Entgegnung *Bayreuthers* und anderer

Viele waren bereits zuvor der Interpretation, nach der der EuGH lediglich die Bereitstellung eines Systems fordert, das die Erfassung der Arbeitszeit ermöglicht, nicht gefolgt. Das BAG beruft sich auf *Bayreuther* und *Rieble/Vielsmeier*. Insbesondere *Bayreuther* geht in seinem im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) verfassten Rechtsgutachtens davon aus, die Zeiterfassung müsse auch tatsächlich erfolgen.⁸⁴ Noch deutlicher stellt er in einem sich anschließenden Beitrag heraus, es könne nicht der Entscheidung der Vertragsparteien überlassen werden, ob sie von dem Erfassungssystem Gebrauch machen wollen oder nicht.⁸⁵ Weitergehend heißt es:

⁸¹ BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 43.

⁸² BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 31.

⁸³ Kritisch und ausführlicher hierzu auch *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52.

⁸⁴ *Bayreuther*, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-5/18, CCOO), 2019, S. 51.

⁸⁵ *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7).

„Angemerkt wird, dass der *EuGH* lediglich davon spreche, dass ein System einzurichten ist, mit dem die Arbeitszeit gemessen werden „kann“. Das Wort „kann“ dürfte in dieser Formel aber nur sagen wollen, dass das System zur Erfassung „geeignet ist.“ An anderer Stelle spricht der *EuGH* nämlich ganz unmissverständlich von einer „Pflicht des Arbeitgebers zur Messung der geleisteten Arbeitszeit, zuweilen ist auch von einer „objektiven ... Feststellung“ die Rede.“⁸⁶

Nicht zu leugnen ist, dass es auch für eine dahingehende Auslegung der Entscheidung Anhaltspunkte gibt. So heißt es etwa in Rn. 50 der Entscheidung:

„Da die Mitgliedstaaten, wie sich aus der in den Rn. 40 u. 41 des vorliegenden Urteils genannten Rechtsprechung ergibt, zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit der RL 2003/88 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, von einem Instrument Gebrauch zu machen, mit dem die Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden objektiv und verlässlich festgestellt werden kann, nach der in Rn. 42 des vorliegenden Urteils genannten Rechtsprechung nicht geeignet, die praktische Wirksamkeit der von Art. 31 II GRCh und von dieser Richtlinie verliehenen Rechte sicherzustellen, da weder die Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer überprüfen können, ob diese Rechte beachtet werden, wodurch sie das Ziel dieser Richtlinie, das darin besteht, einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer sicherzustellen, gefährden kann.“⁸⁷

An anderer Stelle stellt der Gerichtshof darauf ab, dass die Arbeitszeit „gemessen wird“.⁸⁸ Er argumentiert insbesondere mit dem strukturellen Ungleichgewicht zu Lasten des Arbeitnehmers, in dessen Lichte verhindert werden soll, dass der Arbeitgeber seine Position nutzt, um den Arbeitnehmer von der Wahrnehmung seiner Rechte abzuhalten.⁸⁹ Wird der Arbeitgeber indes lediglich dazu verpflichtet, ein Arbeitszeiterfassungssystem für die Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen, jedoch nicht zur tatsächlichen Aufzeichnung der geleisteten Arbeitszeit, so könnten Arbeitnehmer von der freiwilligen Nutzung des Erfassungssystems abgehalten werden, da sie Nachteile für ihr Arbeitsverhältnis befürchten könnten.⁹⁰ In dieselbe Richtung deutet auch der Umstand, dass der *EuGH* explizit hervorhebt, dass Art. 6 lit. b RL 2003/88/EG die Mitgliedstaaten verpflichtet, für die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit eine Obergrenze von 48 Stunden vorzusehen, wobei von dieser Regel

⁸⁶ *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7).

⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 50, Hervorhebung d. Verf.

⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 54.

⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 44 als allgemeine Erwägung.

⁹⁰ *EuGH*, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 55.

„selbst bei Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers in keinem Fall abgewichen werden“⁹¹ kann.

Kann man aber von einer „unmissverständlichen“⁹² Äußerung des EuGH sprechen, wenn die verschiedenen, zueinander in untrennbarem Zusammenhang stehenden Äußerungen zusammengenommen eben kein eindeutiges Bild zeichnen? „Unmissverständlich“ mag die isoliert betrachtete Passage etwa in Rn. 50 der Entscheidung erscheinen. Das Gesamtbild ist es aber gerade wegen der unterschiedlichen, vom EuGH verwendeten Formulierungen und insbesondere aufgrund des deutlich vorsichtiger formulierten Tenors keineswegs.

Ganz richtig stellt *Bayreuther* fest, letztlich könne aber ohnehin nicht auf eine sprachliche Gewichtung einzelner Formulierungen des Gerichtshofs abgestellt werden.⁹³ Das muss dann aber in beide Richtungen gelten. Weder die eine, noch die andere Formulierung kann allein für ausschlaggebend erachtet werden. Mit Blick auf den Wortlaut der Entscheidung kann allein festgestellt werden: Sie ist plausibel sowohl der einen als auch der anderen Interpretation zugänglich.⁹⁴

Von anderem können auch die Ausführungen von *Rieble* und *Vielmeier* nicht überzeugen. In einem Gutachten im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums stellen sie fest: ein bloßes Bereitstellen der Zeiterfassung genüge den EuGH-Vorgaben nicht.⁹⁵ Zur Begründung verweisen sie auf den Urteilstenor, dort explizit auf den Satzteil „von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit“ – wie sich gerade aus dieser Passage herauslesen lassen soll, dass es einer tatsächlichen Nutzung des Arbeitszeiterfassungssystems bedürfe – dass der Satz doch gerade mit dem Verb „kann“ endet, bleibt dem Leser verborgen. Danach heißt es sogar „Immerhin lässt sich das „kann“ vom Wortlaut her als bloße Möglichkeit verstehen. Das liefe darauf hinaus, dass jeder Arbeitnehmer „ganz freiwillig“ für sich auf die Zeiterfassung verzichten könnte. Damit wäre einem freiheitlichen Menschenbild Rechnung getragen.“⁹⁶ Das wird in knappen Worten mit Hinweis auf den entgegenstehenden *effet utile* abgeräumt.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 39.

⁹² Selbstbewusst *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7).

⁹³ *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7).

⁹⁴ So auch bereits *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (470).

⁹⁵ *Rieble/Vielmeier*, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.5.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht, 2019, Rn. 35.

⁹⁶ *Rieble/Vielmeier*, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.5.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht, 2019, Rn. 35.

Methodisch überzeugend ist diese Argumentation nicht, auch wenn der EuGH selbst und auch in dieser Entscheidung dazu neigt, den *effet utile* als „Totschlagargument“ heranzuziehen.⁹⁷ Es kann nicht ausreichen, sich schlichtweg auf die praktische Wirksamkeit zu berufen, ohne entgegenstehende Argumente und andere Auslegungsvarianten zu wägen und ernsthaft zu berücksichtigen.

Ebenso wenig stichhaltig, auch vor dem Hintergrund des Gebots der praktischen Wirksamkeit, ist die von *Rieble* und *Vielmeier* zur Begründung einer tatsächlichen Erfassungspflicht angeführte Passage in Rn. 57 der Entscheidung. Dort heißt es:

„Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Schwierigkeiten aufgrund des Umstands, dass ein System, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, fehlt, durch die Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse, die den Kontrollorganen wie der Arbeitsinspektion nach innerstaatlichem Recht verliehen werden, abgemildert werden können. Ohne ein solches System haben diese Behörden nämlich kein wirksames Mittel, sich den Zugang zu objektiven und verlässlichen Daten über die von den Arbeitnehmern in den einzelnen Unternehmen geleistete Arbeitszeit zu verschaffen, der sich für die Ausübung ihres Kontrollauftrags und gegebenenfalls zur Verhängung einer Strafe als erforderlich erweisen kann.“⁹⁸

Der EuGH wandert hier innerhalb einer Randnummer von der Feststellung, ein System zur Arbeitszeiterfassung biete ein „besonders wirksames Mittel“⁹⁹ für Arbeitnehmer und Behörden zur Kontrolle der tatsächlichen Beachtung der Rechte, zu derjenigen, es fehle ohne ein solches System an jeglichem wirksamem Kontrollmittel. Das überspannt den *effet-utile*-Grundsatz, der im Kontext des Arbeitszeitrechts nur eine geeignete, nicht aber eine bestmögliche Umsetzung verlangt.¹⁰⁰ *Effet utile* ja – *effet le plus utile* eben nicht unbedingt. Auch über die Beweislastverteilung im Prozess und/oder über eine anlassbezogene Pflicht zur tatsächlichen Erfassung der Arbeitszeit, wie sie im deutschen Recht bei Anhaltspunkten für Arbeitszeitrechtsverstöße praktiziert wird, würde zur Sicherung der in der Richtlinie gewährten Rechte ausreichen.¹⁰¹

⁹⁷ Vgl. auch *Latzel*, EuZA 2019, 469 (474).

⁹⁸ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 57.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 56.

¹⁰⁰ So überzeugend *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (272 f.).

¹⁰¹ *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (273 f.).

Am Ende entscheidend – so auch *Bayreuther* – kann allein das mit der Zeiterfassung verfolgte Ziel sein.¹⁰² Dem sei an dieser Stelle ausdrücklich zugestimmt. Angesichts der – gerade fehlenden (!) – Eindeutigkeit der Formulierung kommt dem erklärten Ziel der Pflicht zur Schaffung eines Arbeitszeiterfassungssystems ganz maßgebliche Bedeutung bei der Interpretation des Urteils zu. Es greift aber zu kurz, festzustellen, die Zeiterfassung solle dafür sorgen, dass die Zeitvorgaben der Arbeitszeitrichtlinie eingehalten werden und hierfür sei notwendigerweise erforderlich, dass auch tatsächlich aufgezeichnet wird.¹⁰³ Wenn es „notwendigerweise erforderlich“ wäre, die Arbeitszeit aufzuzeichnen, um der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG Wirksamkeit zu verleihen, wenn Arbeitszeitschutz also ohne Aufzeichnung gar nicht denkbar wäre, dann hätte der Richtliniengeber eine Pflicht zur Aufzeichnung doch bereits selbst vorgesehen. Dies hat man aber – bewusst – nicht getan. Wer den Arbeitszeitschutz nicht ohne die vom EuGH konturierte Nutzung eines objektiven, verlässlichen und zuverlässigen Systems denken kann, der sagt im Kern, dass nur bis ins kleinste Detail nachverfolgte und kontrollierte Rechtspflichten ihre Wirkung entfalten können; dass das Recht ohne Kontrolle letztlich entwertet ist. Ein solches Rechts- und Menschenverständnis ist weder praktikabel, noch gerechtfertigt. An dem Grundsatz „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“ mag in vielen Bereichen etwas dran sein – aber kann und will man wirklich sämtliche Arbeitgeber unter Generalverdacht stellen, ihre Arbeitnehmer richtlinien- und gesetzeswidrig zu längerer Arbeit zu veranlassen, nur, weil sie nicht zur sekundengenauen Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeit verpflichtet sind? Das hat weder der europäische Richtliniengeber, der auf eine Arbeitszeiterfassungspflicht verzichtet hat, noch der deutsche Gesetzgeber, der in § 16 Abs. 2 ArbZG allein zu einer Aufzeichnung der Überstunden verpflichtet hat, so gesehen. Auch in anderen Rechtsbereichen verzichtet der Staat auf engmaschige Kontrollen der Bürger – bisher ist das nicht in Anarchie und Gesetzlosigkeit ausgeartet. Punktuell hat man strengere Vorgaben gemacht; das erfolgte dann aber anlass- und branchenbezogen und kann nicht in aller Allgemeinheit auf sämtliche Arbeitsverhältnisse übertragen werden.

dd) Nur die Möglichkeit ist aus dem Arbeitsschutz herzuleiten

Das entscheidende Argument, das vom EuGH für die Pflicht zur Bereitstellung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung herangezogen wird, ist der Arbeitnehmer-, spezifischer noch der

¹⁰² *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7).

¹⁰³ So aber *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7).

Gesundheitsschutz.¹⁰⁴ Ergänzend wird mit der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis argumentiert.¹⁰⁵ Ohne ein objektives und verlässliches System der Zeiterfassung erscheine es für die Arbeitnehmer „äußerst schwierig oder gar praktisch unmöglich, die ihnen durch Art. 31 II GRCh und die RL 2003/88 verliehenen Rechte durchzusetzen. (...) Die objektive und verlässliche Feststellung der Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden ist nämlich für die Beurteilung grundlegend, ob zum einen die wöchentliche Höchstarbeitszeit, die in Art. 6 der RL 2003/88 festgelegt wird (...) beachtet wurde (...).“¹⁰⁶

Anders formuliert sind die Hürden für den Arbeitnehmer, der Verstöße gegen das Arbeitszeitrecht geltend machen und ein Einhalten der gesetzlichen Grenzen erreichen will, um einiges höher und im Einzelfall nach der Einschätzung des EuGH unüberwindbar, wenn seine jeweilige Arbeitszeit in keiner Weise dokumentiert wird. Der Gerichtshof sieht hier den Arbeitgeber in der Pflicht. Dass er die Mittel für die Arbeitszeiterfassung bereitstellen muss, folgt ganz eindeutig aus der Entscheidung in der Rs. CCOO – hieran besteht kein Zweifel. Wie tragfähig die hierfür angeführten Gründe, namentlich derjenige des Arbeitnehmer- und Gesundheitsschutzes sind, bedarf angesichts der Klarheit der Entscheidung in diesem Punkt keiner vertieften Auseinandersetzung. Denn selbst wenn die Gründe nicht überzeugten – an den geschaffenen Tatsachen führte dies vorbehaltlich einer Unverbindlichkeit der gesamten Entscheidung¹⁰⁷ oder einer Wiedervorlage zur Klärung von Ungereimtheiten¹⁰⁸ nicht vorbei.

Geht es aber nicht um die Pflicht zu Bereitstellung eines Arbeitszeiterfassungssystems, sondern weitergehend um die Pflicht zur tatsächlichen Arbeitszeiterfassung, dann ist ein Blick auf die Beweggründe der Richter angesichts der Uneindeutigkeit der Entscheidung geradezu unentbehrlich. Und hier zeigt sich: Für eine Pflicht zur Nutzung des zur Verfügung gestellten Systems ist der Arbeitnehmerschutz kein tragfähiger Grund. Liegt die Arbeitszeiterfassung in der Hand des Arbeitnehmers, wurde sie also wirksam ihm überlassen,¹⁰⁹ und soll sie zugleich seinem Schutz dienen, dann überzeugt es nicht, aus dem Schutzgedanken einen rechtlichen

¹⁰⁴ Siehe nur EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 42.

¹⁰⁵ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 44.

¹⁰⁶ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 48 f.

¹⁰⁷ Siehe zu dahingehenden Erwägungen Gliederungspunkt III. 1. b) ff) (3) (a).

¹⁰⁸ Siehe hierzu Gliederungspunkt II. 2. c).

¹⁰⁹ Zur Delegationsmöglichkeit siehe bereits Gliederungspunkt III. 1. a) bb) (3).

Zwang herzuleiten. Der Schutz ist zugunsten des Schutzwürdigen zu gewährleisten, aber nicht gegen ihn durchzusetzen.

(1) Zwischen Schutz des Arbeitnehmers vor sich selbst und unbilliger Bevormundung

Das sich an dieser Stelle aufdrängende Gegenargument, der Arbeitsschutz einschließlich des Arbeitszeitrechts sei nicht dispositiv und diene auch dem Schutz des Arbeitnehmers vor sich selbst, ist tatsächlich keines. Klar und auch hier nicht bestritten ist: Ein Rechtsgut kann auch gegen den Willen desjenigen geschützt werden, der es innehat. Der Schutz des Menschen vor sich selbst und seinem eigenen, unvernünftigen Willen ist verfassungsrechtlich legitim, wenn auch in Grenzen. Ein eindrucksvolles Beispiel ist schnell zur Hand: Der Staat ist gehalten, den Selbstmörder zu retten, auch wenn dieser sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG verzweifelt wegwirft.¹¹⁰ Lapidar erklärt das BVerfG in einem einschlägigen Beschluss den Gesetzgeber für befugt, durch Gesetz in das Grundrecht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit einzugreifen, wenn dadurch der Betroffene gehindert werden soll, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen.¹¹¹ Freilich scheint der allzu leichtfertige Umgang mit dem Recht zur wohlmeinenden Bevormundung gefährlich. Wer es besser weiß, als der, der unmittelbar und ausschließlich betroffen ist, der sollte sich sicher sein, dass er Recht hat.¹¹²

(2) Bedeutung eigenverantwortlicher Entscheidungen des Arbeitnehmers

Wie liegt es nun im Arbeitszeitrecht? Die Begrenzung der Arbeitszeit dient dem Gesundheitsschutz und sicherlich auch dem Schutz des Arbeitnehmers vor sich selbst. Der EuGH stellt auch in der hier im Fokus stehenden Rs. CCOO heraus, dass von der in Art. 6 lit. b RL 2003/88/EG vorgesehenen wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden „abgesehen von dem vorliegend nicht einschlägigen Fall von Art. 22 I dieser Richtlinie“ auch mit Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers nicht abgewichen werden könne.¹¹³ Jegliche eigenverantwortliche Entscheidungsmacht wird dem Arbeitnehmer aber eben nicht abgesprochen, auch durch die europäische Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG nicht. So heißt es in dem angesprochenen Art. 22 Abs. 1 lit. a) RL 2003/88/EG, auf den im weiteren Verlauf der

¹¹⁰ VG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.1987 – 8 K 205/87, NJW 1988, 1536; BVerfG, Beschl. v. 7.10.1981 – 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58, 208 ff.

¹¹¹ BVerfG, Beschl. v. 6.3.1982 – 1 BvR 938/81, BVerfGE 60, 123 (132).

¹¹² Ausführlich *Thüsing*, RdA 2005, 257 (260 f.).

¹¹³ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 39.

Expertise noch ausführlicher einzugehen sein wird¹¹⁴, es sei Mitgliedsstaaten freigestellt, die Vorgaben zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit nicht anzuwenden, wenn die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer eingehalten werden und mit den erforderlichen Maßnahmen dafür gesorgt wird, „dass kein Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer verlangt, im Durchschnitt (...) mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentagezeitraums zu arbeiten, es sei denn der Arbeitnehmer hat sich hierzu bereit erklärt“. Der letzte Satzteil ist der entscheidende: Nach der Einschätzung des Richtliniengebers kann der Arbeitnehmer in den Grenzen der Gewährleistung des Gesundheitsschutzes und vorbehaltlich einer entsprechenden, nationalen Regelung freiverantwortlich darüber entscheiden, ob er durchschnittlich mehr als 48 Stunden pro Woche arbeiten möchte oder nicht. Der Gesundheitsschutz kann also offensichtlich auch erst hinter der Begrenzung der wöchentlichen Arbeitszeit anfangen bzw. unabhängig davon gewährleistet werden. Wenn der Arbeitnehmer aber nach dem Willen des Richtliniengebers theoretisch vollständig auf einen Schutz durch Begrenzung der Arbeitszeit verzichten könnte – muss er dann nicht auch auf die Aufzeichnung verzichten können, die ihm selbst überlassen wird?

(3) Trennung zwischen Gesundheitsschutz und prozessualer Durchsetzbarkeit der Rechte

Auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Ausnahmeregelung des Art. 22 Abs. 1 lit. a) RL 2003/88/EG scheint es geboten, zwischen dem Gesundheitsschutz und der prozessualen Durchsetzungsmöglichkeit, die die Arbeitszeiterfassung sicherstellen soll, zu differenzieren. Denn: Dass die Vorgaben des Arbeitszeitrechts eingehalten werden müssen, wo keine Ausnahmetatbestände eingreifen, steht außer Frage. Darum geht es aber auch nicht. Es geht nicht um die Grenzen der Höchstarbeitszeit oder die Lage der Ruhepausen und -zeiten, sondern vielmehr allein darum, den Arbeitnehmer in eine Position zu versetzen, seine Rechte effektiv durchsetzen zu können. Wird aber der Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage versetzt, seine Arbeitszeit in einer Form aufzuzeichnen, die ihm eine stichhaltige Darlegung vor Gericht ermöglicht, dann ist der Sorge vor einem Aushöhlen der Rechte durch eine erschwerte Rechtsdurchsetzung der Boden entzogen. Das gilt auch dann, wenn es letztlich in die Hand des Arbeitnehmers gelegt wird, ob er von der zu seinen Gunsten geschaffenen Nachweismöglichkeit Gebrauch machen will oder nicht. Der Ball liegt dann in seinem Spielfeld.

¹¹⁴ Siehe Gliederungspunkt III. 1. b) ff) (5).

Die Trennung zwischen der Frage des Gesundheitsschutzes als solchem und der prozessualen Durchsetzbarkeit scheint auch insbesondere vor dem Hintergrund geboten, dass die Einhaltung der Richtlinie als solche ja gerade nicht in die Hand des Arbeitnehmers gelegt werden soll, wie *Bayreuther* ganz richtig herausstellt.¹¹⁵ Es ist allerdings – *sit venia verbo* - paradox, auf der einen Seite eine Auszeichnungspflicht begründen zu wollen, um die Beweisbarkeit der geleisteten Arbeitszeit für den Arbeitnehmer in einem Verfahren zu sichern und hierbei auf den Gesundheitsschutz zu rekurrieren, auf der anderen Seite aber zu argumentieren, der Gesundheitsschutz dürfte gerade nicht von einer Durchsetzbarkeit der Rechte durch den Arbeitnehmer abhängen. Letzteres ist sicher richtig – dann aber kann ersteres nicht mit dem Gesundheitsschutz begründet werden.

Selbstverständlich darf der Arbeitnehmer nicht durch Einschüchterung davon abgehalten werden, das zur Verfügung gestellte Arbeitszeiterfassungssystem zu nutzen. Damit ist jedoch weniger ein spezifisch arbeitszeitrechtlicher Aspekt angesprochen, als eine allgemeine Frage des Arbeitsvertragsrechts – im deutschen Recht ist der Schutz bereits durch § 612a und §§ 241 Abs. 2, 242 BGB gewährleistet.¹¹⁶ Auch wenn man die Wirksamkeit der Richtlinie durch die Unterlegenheit und die Gefahr der Einschüchterung des Arbeitnehmers gefährdet sieht, stellt sich außerdem die Frage, ob denn die Arbeitszeiterfassung in einem objektiven, verlässlichen und zugänglichen System tatsächlich die einzige Möglichkeit ist, den *effet utile* zu sichern, oder ob nicht etwa auch eine Beweislasterleichterung oder -umkehr zugunsten des Arbeitnehmers ans Ziel führen könnte.¹¹⁷

Insgesamt heißt das: Die vom EuGH ausgegebenen Ziele des Arbeitnehmerschutzes durch Dokumentation können auch erreicht werden, wenn ihm die Möglichkeit der objektiven, verlässlichen und zugänglichen Dokumentation gegeben wird. Es genügt, um es mit den Worten des EuGH im Urteilstenor zu sagen, dass der Arbeitgeber verpflichtet wird, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden *kann*.¹¹⁸ Der Arbeitnehmer kann eigenverantwortlich und frei wählen, ob er das will.

¹¹⁵ Siehe *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (5).

¹¹⁶ In diesem Sinne auch *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (273), die insgesamt am Bild des Arbeitnehmers als hilflose Person, die ihre Rechte nicht auf individualrechtlichem Wege durchzusetzen vermag, zweifeln.

¹¹⁷ Siehe *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (273 f.).

¹¹⁸ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683.

ee) Interpretationen des EuGH gehen in die falsche Richtung: Überstunden sind nicht gleich Arbeitszeit

Gerade dies bestätigt sich im Blick auf die aktuelle politische Diskussion. Soweit von politischer Seite eine strengere Interpretation der EuGH-Rechtsprechung erfolgt und in der Folge auch ein strengeres Arbeitszeitgesetz gefordert wird, erfolgt das insbesondere vor dem Hintergrund der Vermutung, dass allzu häufig Überstunden geleistet und nicht bezahlt werden. Das mag auch tatsächlich so sein – die Forderung nach einem neuen Arbeitszeitgesetz mit obligatorischer Erfassung der gesamten Arbeitszeit ist aber keine logische Folge dieser Befürchtung. Denn: Eine Regelung, die einer ausbleibenden Überstundenvergütung auch im Arbeitszeitrecht entgegenwirken soll, existiert im nationalen Recht bereits, nämlich in § 16 Abs. 2 ArbZG. Das auch mit und gerade trotz dieser Regelung zuweilen unbezahlte Überstunden geleistet werden, ist kein Rechts- sondern vielmehr ein Rechtsdurchsetzungsproblem.

Im Übrigen hat die Erfassung der Arbeitszeit mit der Vergütung von Überstunden nicht unmittelbar etwas zu tun. Das zeigt ganz deutlich die Entscheidung des BAG vom 4.5.2022, in deren amtlichen Leitsatz es ganz ausdrücklich heißt:

„Verlangt der Arbeitnehmer Überstundenvergütung, hat er im Prozess die Leistung solcher und deren Veranlassung durch den Arbeitgeber darzulegen. Vom Erfordernis der arbeitgeberseitigen Veranlassung ist nicht wegen der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Pflicht des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Systems zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit (EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - [CCOO]) abzurücken.“¹¹⁹

Mit der Erfassung der Arbeitszeit stünde mithin noch nicht fest, dass der Arbeitnehmer auch einen Anspruch auf Vergütung hätte. Der Arbeitgeber schuldet eine Vergütung von Überstunden nur dann, wenn der die Überstunden veranlasst oder zumindest gebilligt hat.¹²⁰ Während das BAG in der Entscheidung die Fragen der Auswirkungen und Reichweite der EuGH-Entscheidung in der Rs. CCOO noch unbeantwortet gelassen hat¹²¹, stellt es ganz doch heraus, dass sie sich in jedem Fall nicht auf die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess auswirkt.¹²² Bei der Arbeitszeiterfassung geht es nicht um Vergütung, sondern vielmehr um Arbeitsschutz – so nunmehr wohl auch das BAG in seiner neuesten

¹¹⁹ BAG, Urt. v. 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, BeckRS 2022, 12566 Ls.

¹²⁰ BAG, Urt. v. 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, BeckRS 2022, 12566 Rn. 18, 20.

¹²¹ BAG, Urt. v. 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, BeckRS 2022, 12566 Rn. 23.

¹²² BAG, Urt. v. 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, BeckRS 2022, 12566 Rn. 22.

Entscheidung, in der es die Pflicht zur Errichtung eines Systems, mit dem die Arbeitszeit erfasst werden kann, an § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG anzuknüpfen scheint.¹²³ Die vergütungsrechtliche Seite ist streng zu trennen. Das muss aber auch heißen: Mit der Sorge vor unbezahlten Überstunden lässt sich eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht begründen.

ff) Eine nochmalige Wägung der Argumente

Die gleichwohl bestehende Unsicherheit lässt sich nicht ganz beseitigen. Gerade im Lichte der fortbestehenden Diskussion ist eine nochmalige und vertiefte Wägung weiterer Argumente geboten. Neben dem uneindeutigen Wortlaut des Entscheidungstenors ist dessen Verhältnis zu den Entscheidungsgründen zu ergründen (siehe hierzu (1) und (2)). Ein Blick auf die Entwicklung der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG zeigt, dass auch Historie und Systematik in eine andere Richtung weisen (hierzu (3)). Dabei steht auch die weitergehende Frage im Raum, ob aus der Entscheidung CCOO nicht nur kein Umsetzungsbedarf hinsichtlich einer Pflicht zur tatsächlichen Arbeitszeiterfassung herausgelesen werden kann, sondern angesichts verfassungsrechtlicher Grenzen gar kein Umsetzungsbedarf für das deutsche Recht.

Wer gleichwohl von einer Pflicht zur tatsächlichen Erfassung der Arbeitszeit ausgeht, muss Antworten auf offene Fragen finden, die der EuGH in seiner Entscheidung nicht geliefert hat (siehe (4) und (5)).

(1) Warum kompliziert, wenn es auch einfach geht?

Mag der Wortlaut der Entscheidung auch nicht einheitlich sein, so muss gerade mit Blick auf den Tenor doch unterstellt werden, dass der EuGH das meint, was er sagt – nicht weniger, aber eben auch nicht mehr.¹²⁴ Es wäre ein Leichtes gewesen, Fragen hinsichtlich der Reichweite der Pflicht weitgehend auszuräumen, hätte man eine andere Formulierung gewählt. Ein Blick auf den letzten Teil des Tenorsatzes macht das ganz deutlich: Hätte man bei dem Satz

„(...) 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“

¹²³ Siehe hierzu sowie zu den methodischen Zweifeln an dieser Herleitung bereits Gliederungspunkt III. 1. b) bb).

¹²⁴ So auch bereits *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (469).

die beiden letzten Worte „werden kann“ durch das Wort „wird“ ausgetauscht, hätte es weit weniger Anlass gegeben, an der Pflicht des Arbeitgebers zur tatsächlichen Arbeitszeiterfassung zu zweifeln. Mehr noch: Es fällt auf, dass der Tenor ganz eindeutig auf die Einrichtung des Systems fokussiert ist. Die Formulierung hätte deutlich verkürzt werden können, wenn es den Richtern des EuGH primär darum gegangen wäre, eine Pflicht zur tatsächlichen Messung der Arbeitszeit zu etablieren – warum umständlich von einem einzurichtenden System sprechen, wenn es hierauf am Ende gar nicht maßgeblich ankommt, sondern vielmehr der Einsatz und dessen Ergebnis gewollt sind. Es hätte genügt, zu sagen, dass das europäische Primärrecht und die Arbeitszeitrichtlinie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die den Arbeitgeber nicht verpflichtet, die täglich geleistete Arbeitszeit aufzuzeichnen.

Die Formulierung lässt sich auch nicht allein mit der von dem vorlegenden Gericht gestellten Vorlagefrage erklären.¹²⁵ Zwar folgt hieraus die Fokussierung auf das System der Arbeitszeiterfassung – das Gericht hatte gefragt, ob das europäische Recht innerstaatlichen Rechtsvorschriften entgegensteht, „aus denen nach gefestigter Rechtsprechung nicht abzuleiten ist, dass von den Unternehmen verlangt werden kann, ein System zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit für Vollzeitarbeitnehmer einzuführen (...)“.¹²⁶ Das erklärt jedoch nicht die Beschränkung auf die Möglichkeit, dass die Arbeitszeit erfasst werden „kann“, sofern das System denn eingesetzt wird.

Es handelt sich bei der gewählten Formulierung auch nicht um einen Übersetzungsfehler oder eine Ungenauigkeit, die den Eigenheiten der deutschen Sprache geschuldet ist. Auch in der französischen Fassung¹²⁷ ist lediglich die Rede von der „*obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur*“, wörtlich übersetzt also von der Pflicht ein System zu etablieren, das es erlaubt die Dauer der von jedem Arbeitnehmer täglich geleisteten Arbeitszeit zu messen. Das System muss es „erlauben“ – die Möglichkeit der Messung steht ganz klar im Fokus. Ebenso in der englischen Fassung¹²⁸, wo die Anforderungen an das System mit „*enabling the duration of time worked each day by each worker to be measured*“ umschrieben werden, d. h. gefordert ist ein System,

¹²⁵ Zum Einfluss der Vorlagefrage auf die Formulierung des Tenors siehe auch *Faber*, JBl. 2017, 697 (707).

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, Rn. 28, Vorlagefragen abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0055> (letzter Abruf: 28.9.2022).

¹²⁷ Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0055> (letzter Abruf: 28.9.2022).

¹²⁸ Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0055> (letzter Abruf: 28.9.2022).

dass die Messung der Zeit, die jeden Tag von jedem Arbeitnehmer gearbeitet wird, ermöglicht. „Ermöglicht“ – nicht „durchführt“, „vornimmt“ oder ähnliches.

Warum also so differenziert, wenn es auch einfacher gegangen wäre? Eben weil man etwas Differenzierteres feststellen wollte. Man wird unterstellen können, dass dies den Richtern des EuGH bewusst ist, sie mit der gewählten Formulierung also in der Regel genau das – und allein das – zum Ausdruck bringen wollen, was sie auch explizit sagen.

(2) Vom argumentativen Wert der Entscheidungsgründe

Der Wortlaut des Tenors allein genügt wohlgerne nicht, alle verbleibenden Zweifel auszuräumen. Insbesondere kann der Tenor nicht für sich alleinstehend interpretiert werden, sondern ist immer im Lichte und vor dem Hintergrund der Vorlagefragen und Entscheidungsgründe zu verstehen.¹²⁹ Diese vom EuGH getroffene Vorgabe könnte als Anhaltspunkt gewertet werden, dass der Wortlaut des Tenors nicht überzubewerten, der EuGH also letztlich nicht beim Wort zu nehmen ist. Und sicherlich: Wären die Entscheidungsgründe so eindeutig, dass nur ein einziges Verständnis in dem Sinne, dass der EuGH eine umfassende Pflicht zur tatsächlichen Arbeitszeiterfassung schaffen wollte, vertretbar wäre, dann müsste man den offeneren Wortlaut des Tenors zurückstellen. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr findet sich die im Tenor gewählte Formulierung – neben anderen, die in eine andere Richtung weisen – wie bereits dargestellt, auch in den Entscheidungsgründen.¹³⁰

Die Regel, dass der Tenor nicht aus dem Kontext gerissen und losgelöst von den Entscheidungsgründen betrachtet werden darf, hilft nicht weiter, wenn auch die Entscheidungsgründe keine hinreichende Klarheit zu geben vermögen. In einem Fall wie dem vorliegenden, in denen im Tenor das eine Verständnis anklingt, in den Entscheidungsgründen z. T. dasselbe, aber auch ein anderes, geht es weniger um eine Interpretation des einen im Lichte des anderen als um eine Gewichtung der widerstreitenden Aussagen.

Wenn nun allein der Tenor, nicht aber die Entscheidungsgründe gleichsam „in Rechtskraft“ erwachsen¹³¹, so kann doch berechtigterweise die Frage aufgeworfen werden, ob er in seiner

¹²⁹ EuGH, Urt. v. 16.3.1978 – 135/77, BeckRS 2004, 71560.

¹³⁰ Siehe auch *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (468).

¹³¹ So *Ehricke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozeßrecht und nach Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 34; *Heß*, ZZP 108, 59 (67).

Bedeutungskraft, seinem argumentativen Wert nicht auch schwerer wiegen muss. Dass der EuGH den Tenor im Lichte der Entscheidungsgründe verstanden haben will, könnte diese Überlegung stützen – die Gründe sind selbstverständlich nicht ohne Bedeutung, haben aber eine stützende, erläuternde Funktion. Es finden sich aber auch Gegenstimmen, die dem Tenor keine stärkere Bindungswirkung zumessen wollen als den Entscheidungsgründen.¹³² Methodisch ist hier letztlich zu vieles ungeklärt, um abschließende Aussagen herleiten zu können. Stattdessen sind die Entscheidungsgründe als solche und insbesondere die vom EuGH benannten Ziele näher in den Blick zu nehmen, vor dem Hintergrund der Frage, ob nicht das im Tenor anklingende, zurückhaltende Verständnis ausreichend ist, um diese Ziele zu erreichen.

(3) Nicht erwogene Argumente: Zur Genese und Entwicklung der Richtlinie

Aus der Perspektive des Umsetzungsbedarfs für das deutsche Recht betrachtet, stellt sich darüber hinaus die sehr viel grundlegendere Frage, ob denn die Entscheidung des EuGH in der Rs. CCOO überhaupt geeignet ist, Pflichten des nationalen Gesetzgebers zur Änderung des mitgliedstaatlichen Rechts zu begründen.

(a) Rechtsfortbildung durch den EuGH und ihre Grenzen

Die Rechtsquellen des europäischen Rechts sind vielfältig. Das europäische Primärrecht gilt, soweit es unbedingt und inhaltlich hinreichend bestimmt ist,¹³³ ebenso wie die sekundärrechtlichen Verordnungen (Art. 288 Abs. 2 AEUV) unmittelbar und zwingend, sodass ein „Umsetzungsbedarf“ im engeren Sinne hieraus nicht folgt. Beschlüsse und Empfehlungen entbehren einer Verbindlichkeit. Die Mitgliedsstaaten sind aber nach Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, Richtlinien wie die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG mit den Mitteln und in der Form ihrer Wahl umzusetzen.

Die Rechtsprechung des EuGH gehört nicht zu den Rechtsquellen des europäischen Rechts im engeren Sinne. Wer sie bei Betrachtung der Rechtsquellen aber außer Acht lässt, der verkennt ihre Bedeutung. Es handelt sich angesichts der tatsächlichen Wirkung der Entscheidungen um eine „faktische Rechtsquelle“.¹³⁴ Der EuGH ist zur Wahrung des Rechts bei der Auslegung und

¹³² Faber, JBl. 2018, 776 (778) m.w.N.

¹³³ Siehe zur unmittelbaren Wirkung des Primärrechts EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – C-26/62, NJW 1963, 964; Herdegen, Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 8 Rn. 13.

¹³⁴ Riesenhuber/Neuner, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 12 Rn. 10.

Anwendung der Verträge berufen, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV. Für Fragen des Unionsrechts kommt ihm ein Auslegungsmonopol zu.¹³⁵ Wenn auch die Frage der Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen zu längeren Abhandlungen einlädt¹³⁶ und der EuGH streng genommen immer nur über den konkreten Einzelfall entscheidet, da ihm die abstrakt-generelle Rechtssetzungskompetenz fehlt¹³⁷, so ist doch klar: Grundsätzlich gilt in Sachen der Auslegung das, was der EuGH sagt; wer abweichen will, muss den EuGH erst fragen.¹³⁸

Richterliche Rechtsfortbildung ist dem EuGH gestattet.¹³⁹ Das BVerfG hat das insbesondere auch aus der europäischen Rechtsüberlieferung und Rechtskultur hergeleitet.¹⁴⁰ Die Befugnis zur Rechtsfortbildung besteht aber nicht grenzenlos. So ist auch der EuGH an das Gesetz gebunden, und das in mehrfacher Hinsicht: Er darf weder über die Rechtssetzungskompetenzen der Europäischen Union hinaus entscheiden, noch darf er die Gewaltenteilung, im europäischen Kontext unter dem Begriff des institutionellen Gleichgewichts erörtert, missachten.¹⁴¹

Die Grenze von der Rechtsfortbildung zur Kompetenzanmaßung darf nicht überschritten werden.¹⁴² So hat auch das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf eine extensive Auslegung der Gründungsverträge herausgestellt und angekündigt, eine Auslegung durch den EuGH, die einer Vertragserweiterung gleichkomme, würde in Deutschland keine Bindungswirkung entfalten.¹⁴³ Das folgt schon aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung – die nur beschränkte Kompetenzübertragung auf die Europäische Union setzt auch dem EuGH Grenzen.¹⁴⁴

Aber auch dort, wo der EuGH sich in einem Bereich bewegt, in dem der Europäischen Union zweifellos Rechtssetzungskompetenzen übertragen worden sind, ist er in seiner

¹³⁵ Preis/*Temming*, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, 6. Aufl. 2020, § 14 Rn. 408.

¹³⁶ Siehe etwa *Ehricke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozeßrecht und nach Gemeinschaftsrecht, 1997; *Fink*, HFS 13, 141.

¹³⁷ *Riesenhuber/Neuner*, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 12 Rn. 9.

¹³⁸ Siehe hierzu BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223 (234).

¹³⁹ *Frankfurter Kommentar/Pechstein/Kubicki*, 1. Aufl. 2017, Art. 19 EUV Rn. 29; *Riesenhuber/Neuner*, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 12 Rn. 7; siehe auch *Herdegen*, Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 8 Rn. 89 ff.

¹⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223 (243).

¹⁴¹ *Riesenhuber/Neuner*, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 12 Rn. 13 ff.

¹⁴² *Herdegen*, Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 8 Rn. 92.

¹⁴³ BVerfG, Urt. v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155 (210).

¹⁴⁴ In diesem Sinne BVerfG, Urt. v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155 (210).

Rechtsfortbildung nicht frei. Der Gerichtshof bewegt sich auch hier nicht in einem „methodenfreien Raum“.¹⁴⁵ Er muss den Wortlaut der bestehenden Norm sowie die gesetzgeberische Regelungsabsicht beachten.¹⁴⁶ Das ist hier nicht erfolgt.

(b) Arbeitszeiterfassung vom europäischen Gesetzgeber bewusst nicht aufgenommen

Hier lässt sich nun der Bogen schlagen zu den Folgen der Entscheidung in der Rs. CCOO: Die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG selbst enthält keine Vorgaben zur Arbeitszeiterfassung, geschaffen werden könnten sie nur durch Handeln des Unionsgesetzgebers oder potentiell durch richterliche Rechtsfortbildung. Eben das hat nun der EuGH versucht. Ob er dabei aber die geltenden Grenzen gewahrt hat, ist fraglich. Das gilt insbesondere für die Grenze des gesetzgeberischen Willens, die aus dem Prinzip des institutionellen Gleichgewichts folgt. Denn: Es ist kein Zufall, kein gesetzgeberisches Versehen, dass die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG sich nicht zur Arbeitszeiterfassung verhält. Vielmehr handelt es sich hierbei um eine bewusste Entscheidung, wie ein Blick auf den Entstehungsprozess der Richtlinie zeigt. Die Frage von Pflichten zur Dokumentation der Arbeitszeit wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht übersehen, sondern vielmehr Gegenstand der Diskussion, die der ursprünglichen Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG voranging. Nach Änderungsantrag 37, der in der Plenarsitzung des Europäischen Parlaments v. 20.2.1991 erörtert und vorgeschlagen wurde, sollte in Art. 12 Abs. 1a der Richtlinie 93/104/EG eine Regelung aufgenommen werden, nach der die Mitgliedsstaaten für ein angemessenes Kontrollsystem in den Mitgliedsstaaten zu sorgen hätten, um die Durchsetzung der Bestimmungen der übrigen Artikel der Richtlinie zu gewährleisten.¹⁴⁷ Das entspricht im Kern dem, was der EuGH nun verlangt. In der Schlussfassung der Richtlinie findet sich diese Forderung nicht. Der europäische Gesetzgeber hat also in vollem Bewusstsein davon abgesehen, in der endgültigen Fassung der Richtlinie Kontrollsysteme und -pflichten aufzunehmen.

In der späteren Geschichte waren Erfassungspflichten schon nur noch in einem eingeschränkten Umfang diskutiert worden: Die Kommission erwog, eine Erfassungspflicht für Arbeitsverhältnisse, in denen eine längere wöchentliche Arbeitszeit als 48 Stunden vereinbart

¹⁴⁵ So zu Recht *Herdegen*, Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 8 Rn. 92; *Riesenhuber/Neuner*, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 12 Rn. 53.

¹⁴⁶ *Riesenhuber/Neuner*, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 12 Rn. 17 f.

¹⁴⁷ Siehe Protokoll der Sitzung des Europäischen Parlaments v. 20.2.1991, ABl. C 72 v. 18.3.1991.

wurde, in die Richtlinie aufzunehmen¹⁴⁸ – und selbst das scheiterte, eine entsprechende Änderung der Richtlinie ist nicht erfolgt.

Das alles zeigt doch recht klar: Der europäische Gesetzgeber hat nicht vergessen, die Arbeitszeiterfassung zu regeln. Er hat nicht übersehen, dass eine fehlende Erfassung den Arbeitnehmer vor Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung stellen könnte. Vielmehr hat er die Option der Arbeitszeiterfassungspflicht gesehen und bewusst von einer derartigen Regelung abgesehen. Diesen demokratischen Vorgang zu ignorieren stellt eine deutliche Überschreitung der Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung dar.¹⁴⁹

(c) Systematische Argumente gegen eine Pflicht zur umfassenden Arbeitszeiterfassung

Untermuert wird dieses Ergebnis durch systematische Erwägungen.¹⁵⁰ Dass dem europäischen Gesetzgeber die Möglichkeit verpflichtender Arbeitszeiterfassung als Instrument zum Schutze der Arbeitnehmer bekannt ist, zeigt ein Blick auf speziellere, branchenspezifische Regelungen. In Ziffer 8 der Vereinbarung vom 27.1.2004 zwischen der Gemeinschaft der Europäischen Bahnen (CER) und der Europäischen Transportarbeiter-Föderation (ETF) über bestimmte Aspekte der Einsatzbedingungen des fahrenden Personals im interoperablen grenzüberschreitenden Verkehr ist das Führen eines Verzeichnisses, das die täglichen Arbeits- und Ruhestunden des fahrenden Personals darstellt, vorgesehen. Die Vereinbarung ist durch die Richtlinie 2005/47/EG in Unionsrecht umgesetzt worden. Nach Art. 9 lit. b RL 2002/15/EG ist über die Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben, Buch zu führen. In § 8 der Europäischen Vereinbarung über die Regelung der Arbeitszeit von Seeleuten, die durch Richtlinie 1999/63/EG durchgeführt wird, ist die Aufzeichnung der Arbeitszeit von Seeleuten vorgesehen.¹⁵¹ § 12 der Europäischen Vereinbarung über die Regelung bestimmter Aspekte der Arbeitszeitgestaltung in der Binnenschifffahrt sieht vor, dass Aufzeichnungen über die tägliche Arbeits- und Ruhezeit jedes Arbeitnehmers geführt werden, was wiederum nach Richtlinie 2013/112/EU für die Mitgliedsstaaten verbindlich ist.

¹⁴⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, KOM (2004) 607.

¹⁴⁹ Zurückhaltender *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (447).

¹⁵⁰ Für die Auslegung des Unionsrechts gelten zwar eigene Regeln, die systematische Interpretation spielt jedoch auch hier eine nicht unerhebliche Rolle, siehe *Herdegen*, Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 8 Rn. 89.

¹⁵¹ Wohlgermerkt gilt für diese die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG nicht, siehe dort Art. 1 Abs. 3 S. 2.

Insbesondere der erste Erwägungsgrund der letztgenannten Richtlinie ist in diesem Kontext aufschlussreich. Dort heißt es:

„Die Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung stellt allgemeine Mindeststandards dar, die sich mit Ausnahme der in Artikel 20 Absatz 1 genannten Bereiche (tägliche Ruhezeit, Ruhepause, wöchentliche Ruhezeit, Dauer der Nacharbeit) auch auf die Arbeitszeitgestaltung in der Binnenschifffahrt beziehen. Weil die Regelungen dieser Norm der besonderen Arbeits- und Lebenssituation in der Binnenschifffahrt nicht ausreichend Rechnung tragen, sind spezifischere Vorschriften gemäß Artikel 14 der Richtlinie 2003/88/EG erforderlich.“

Spezifischere Vorschriften im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung wären aber gerade nicht erforderlich gewesen, wenn sie schon aus der Arbeitszeitrichtlinie selbst folgen würden, wie der EuGH nun annimmt. Das Verhältnis von allgemeiner Regelung zu Spezialvorschriften gerät durch die vom EuGH betriebene Rechtsfortbildung in Schiefelage.

Der Gerichtshof hat den systematischen Widerspruch selbst auch gesehen, allerdings nur unzureichend entkräftet. In Rn. 64, 65 der Entscheidung in der Rs. CCOO heißt es:

„Die vorangehenden Erwägungen können nicht dadurch entkräftet werden, dass bestimmte Sondervorschriften des Unionsrechts im Transportbereich, wie ua Art. 9 Buchst. b der RL 2002/15/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Regelung der Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben (ABl. 2002 L 80, 35) und von § 12 des Anhangs der RL 2014/112/EU des Rates vom 19.12.2014 zur Durchführung der von der Europäischen Binnenschifffahrts Union (EBU), der Europäischen Schifferorganisation (ESO) und der Europäischen Transportarbeiter-Föderation (ETF) geschlossenen Europäischen Vereinbarung über die Regelung bestimmter Aspekte der Arbeitszeitgestaltung in der Binnenschifffahrt (ABl. 2014 L 367, 86), ausdrücklich die Verpflichtung zur Erfassung der Arbeitszeit der diesen Vorschriften unterliegenden Arbeitnehmer vorsehen.“

Auch wenn das Bestehen eines Bedürfnisses nach besonderem Schutz den Unionsgesetzgeber veranlassen konnte, eine solche Verpflichtung bezüglich bestimmter Arbeitnehmergruppen vorzusehen, ist nämlich eine ähnliche Verpflichtung, die in der Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems besteht, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, allgemeiner für alle Arbeitnehmer erforderlich, um die praktische Wirksamkeit der RL 2003/88 zu gewährleisten und der Bedeutung

des in Art. 31 II GRCh verankerten Grundrechts, auf die in Rn. 30 des vorliegenden Urteils verwiesen wird, Rechnung zu tragen.“¹⁵²

Die Wertung, ein vergleichbarer Schutz sei für sämtliche Arbeitnehmer erforderlich, nimmt der EuGH selbständig vor und setzt seine Erwägungen damit ganz eindeutig und ohne Rücksicht auf den Entwicklungsprozess der Richtlinie an die Stelle derjenigen des Unionsgesetzgebers und der Mitgliedsstaaten. Ein tragfähiger Grund hierfür wird nicht vorgebracht. Es klafft eine Lücke. Dass der EuGH die Pflicht zur Schaffung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung in die Richtlinie hineinliest, obwohl diese keine derart konkreten Vorgaben enthält, missachtet auch die Grundkonzeption des Instrument der Richtlinie, bei dem den Mitgliedsstaaten grundsätzlich nur Zielvorgaben an die Hand gegeben werden, wobei sie es in der Hand haben zu entscheiden, wie dieses Ziel erreicht werden soll.¹⁵³ Die Entscheidung in der Rs. CCOO beschränkt den mitgliedstaatlichen Entscheidungsspielraum nun aber – unabhängig von der konkreten Lesart – ganz entscheidend.¹⁵⁴

(d) Konsequenz unzulässiger Rechtsfortbildung durch den EuGH

Diese eigenständige Rechtssetzung durch den EuGH – denn hierum handelt es sich im Falle der Überschreitung der Grenzen der Rechtsfortbildung – würde nicht überzeugen und begegnet mithin erheblichen methodischen Bedenken. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, welche praktischen Folgen es nach sich zieht, wenn der EuGH die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschreitet. Wäre die Entscheidung als ausbrechender Rechtsakt zu qualifizieren, könnte sie für die Mitgliedsstaaten keine Bindungswirkung entfalten. Die Grenzen sind allerdings eng. Von einem *Ultra-Vires*-Akt des EuGH geht die deutsche verfassungsgerichtliche Rechtsprechung erst aus, wenn der EuGH in schlechterdings nicht mehr nachvollziehbarer und daher objektiv willkürlicher Weise entscheidet.¹⁵⁵ Das BVerfG betont die dem EuGH zugebilligte Fehlertoleranz.¹⁵⁶ Das heißt in der Konsequenz auch, dass nicht jeder Fall unzulässiger Rechtsfortbildung zugleich ein *Ultra-Vires*-Akt ist, der in Deutschland keine Bindungswirkung entfaltet.¹⁵⁷

¹⁵² EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 64, 65.

¹⁵³ Siehe auch Höpfner/Daum, RdA 2019, 270 (271).

¹⁵⁴ Höpfner/Daum, RdA 2019, 270 (271 f.).

¹⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 ua, NVwZ 2020, 857 (Rn. 118 f.).

¹⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (307).

¹⁵⁷ Lochmann, EuR 2019, 61 (79).

Ob die hohen Hürden hier genommen sind, ist hier nicht zu prüfen und erst recht nicht zu entscheiden. In jedem Fall sollten allerdings die methodischen Mängel und systematischen Erwägungen umso mehr dazu veranlassen, eine allzu enge Interpretation des Urteils in der Rs. CCOO zu hinterfragen.

(4) Praktische Fragen: Frequenz der Aufzeichnung wäre offen

Hinzu tritt ein praktisches Argument: Wer aus dem Urteil des EuGH in der Rs. CCOO eine Pflicht zur tatsächlichen Erfassung der Arbeitszeit herauslesen will, steht schnell vor erheblichen Unsicherheiten hinsichtlich der Umsetzung, dem Ausmaß und den Grenzen dieser Pflicht. So ist bereits völlig unklar, in welcher Frequenz eine Aufzeichnung erfolgen müsste, um die Anforderungen der Objektivität, Verlässlichkeit und Zugänglichkeit zu erfüllen.¹⁵⁸ Diese ganz grundsätzliche Frage stellt sich nicht oder jedenfalls nicht in vergleichbarer Dringlichkeit, wenn der Arbeitgeber nach dem Willen des EuGH allein verpflichtet werden sollte, ein System zur Verfügung zu stellen, das die Erfassung der Arbeitszeit ermöglicht. Solange das System als solches es ermöglicht, die Aufzeichnung so vorzunehmen, dass die tatsächliche Arbeitszeit für jeden Tag, u. U. auch rückblickend, erfasst werden kann, wäre das ausreichend. Es ist jedenfalls zweifelhaft, ob der EuGH eine allgemeine, weitreichende Pflicht zur tatsächlichen Arbeitszeiterfassung hat statuieren wollen, ohne dabei aber die wesentlichen Determinanten dieser Pflicht zu bestimmen.

(5) Ausnahmen auch da nicht möglich, wo auf Höchstarbeitszeitgrenze verzichtet werden kann?

Hinsichtlich der Reichweite einer angenommenen Pflicht zur tatsächlichen Arbeitszeiterfassung stellt sich außerdem die Frage, inwieweit diese auch in Bereichen gilt, wo Ausnahmen von den Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG möglich sind. Um die Feststellung zu untermalen, dass die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung zur vollen Wirksamkeit der Richtlinie jede Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit verhindern müssen, weist der EuGH in Rn. 39 der Entscheidung in der Rs. CCOO darauf hin, dass von der in Art. 6 lit. b RL 2003/88/EG vorgesehenen wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden „abgesehen von dem vorliegend nicht einschlägigen Fall von Art. 22 I dieser

¹⁵⁸ Hierzu auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7).

Richtlinie“ auch mit Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers nicht abgewichen werden könne.¹⁵⁹

Genau dieser dort nicht einschlägige Fall wirft aber Fragen auf. Nach Art. 22 Abs. 1 lit. a RL 2003/88/EG ist es den Mitgliedsstaaten freigestellt, Artikel 6 der Richtlinie nicht anzuwenden, wenn die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer eingehalten werden und mit den erforderlichen Maßnahmen dafür gesorgt wird, dass kein Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer verlangt, im Durchschnitt mehr als 48 Stunden wöchentlich zu arbeiten, es sei denn, der Arbeitnehmer hat sich hierzu bereit erklärt. Erforderlich ist ein individuelles, ausdrückliches und freies Einverständnis des Arbeitnehmers.¹⁶⁰ Es gibt also trotz des grundsätzlichen, zweiseitig zwingenden Charakters des Arbeitszeitschutzes Spielräume, in denen das Einverständnis des Arbeitnehmers Bedeutung entfaltet. Innerhalb dieser Spielräume muss man dann aber fragen: Soll auch hier die Arbeitszeiterfassungspflicht gelten? Soll der Arbeitgeber verpflichtet sein, die Durchsetzung von Grenzen durch den Arbeitnehmer zu sichern, die Arbeitnehmer und Arbeitgeber einvernehmlich verschoben oder sogar ganz aufgehoben haben? Sinnvoll ist das nicht. Ein Aushöhlen jedenfalls des Art. 6 RL 2003/88/EG droht nicht, wo die Norm schon gar keine Anwendung findet.

Voraussetzung der Abweichung ist stets, dass Sicherheit und Gesundheit des Arbeitnehmers gewährleistet sind. Wie oben bereits ausgeführt hat die Erfassung der Arbeitszeit auf den Schutz von Sicherheit und Gesundheit jedoch keine unmittelbare Auswirkung – es geht weniger um den Arbeitsschutz, als um den Schutz der Rechtsdurchsetzung. Ein Absehen von einer Aufzeichnungspflicht im Rahmen des Art. 22 Abs. 1 lit. a RL 2003/88/EG steht mithin der Einhaltung der allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes nicht entgegen. Jedenfalls in den Grenzen des Art. 22 Abs. 1 lit. a RL 2003/88/EG muss es daher möglich sein, auch von einer Erfassung der Arbeitszeit abzusehen.

2. Was die Erfahrung lehrt: Überinterpretationen des EuGH

Wen all dies noch nicht überzeugt, der mag zurückblicken. Die Vergangenheit zeigt, dass im Umgang mit Urteilen des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren stets die Gefahr von

¹⁵⁹ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 39.

¹⁶⁰ EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, NZA 2004, 1145 Rn. 84; Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, 4. Aufl. 2022, Art. 22 RL 2003/88/EG Rn. 7.

Überinterpretationen durch den Rechtsanwender besteht. Mit anderen Worten werden Aussagen in EuGH-Entscheidungen gleichsam „hineininterpretiert“, die der EuGH tatsächlich nicht getroffen hat oder Aussagen des EuGH wird eine Bedeutung beigemessen, die dieser nicht beabsichtigt hat. Dies überrascht nicht, denn das Risiko von Überinterpretationen ist in einem System angelegt, das auf Vorabentscheidungsverfahren beruht: Der EuGH antwortet in Vorabentscheidungsverfahren auf konkrete Vorlagefragen¹⁶¹, die grundsätzlich den Gegenstand des Ausgangsverfahrens „begrenzen“. Diese Vorlagefragen sind damit zentral für die Auslegung und Ermittlung der Reichweite von Entscheidungen des EuGH.¹⁶² Daher ist Zurückhaltung geboten, wenn Aussagen des EuGH auf andere Konstellationen mit womöglich sogar anderen Rechtsfolgen übertragen werden sollen. Daneben gilt zu bedenken, dass der EuGH bei seinen Urteilen stets den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens vor Augen hat und seine Aussagen vor diesem Hintergrund trifft. Folglich besteht die Gefahr, dass der EuGH verallgemeinernde Aussagen trifft, bei denen er andere Konstellationen nicht oder nicht umfassend mitbedenkt.¹⁶³ Konstellationen, die der EuGH nicht mitbedacht hat, kann er auch nicht mitgemeint haben. Um die Reichweite eines Urteils des EuGH zu vermessen, ist also der Sachverhalt, der der Entscheidung im Ausgangsverfahren zugrunde liegt, ebenso auslegungsrelevant wie die Vorlagefragen.¹⁶⁴ Dies gilt notwendigerweise auch für das nationale Recht, nach dem sich das Ausgangsverfahren richtet. Um Überinterpretationen vorzubeugen, dürfen Passagen aus Urteilen des EuGH also nicht aus dem Kontext gerissen und generalisierend interpretiert werden; „besondere Vorsicht“ ist schließlich geboten, wenn aus Aussagen des EuGH im Umkehrschluss eine allgemeine Regel abgeleitet werden soll.¹⁶⁵

Dabei lehrt die Erfahrung, dass die nationale Rechtsprechung den hiermit einhergehenden Herausforderungen gewachsen ist: Die Rechtsprechung begegnet etwaigen Überinterpretationen durch erneute Vorlagefragen oder durch eine dezidierte Auslegung von

¹⁶¹ *Faber*, JBl 2017, 697 (706); gleichwohl schafft der EuGH dabei kein „klassisches Fallrecht“, sondern entscheidet im Vorlageverfahren „mehr oder weniger abstrakt“ über die Auslegung von Unionsrecht, *Gsell*, AcP 214 (2014), 99, (117, 135).

¹⁶² *Faber*, JBl 2017, 697 (706); s. auch *Gsell*, AcP 214 (2014), 132 ff., nach der der Vorlageschluss des nationalen Gerichts die „wesentliche Schnittstelle“ zwischen dem konkreten Rechtsstreit und der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH darstellt. Das Vorlageersuchen verdiene damit „besondere Aufmerksamkeit“.

¹⁶³ *Faber*, JBl 2017, 697 (707); *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, S. 164, weist insoweit darauf hin, dass dem EuGH vielfach „schlicht der Sachverstand und die Zeit für eine eingehende Gesamtanalyse der komplexen Rechtssachen“ fehlen.

¹⁶⁴ S. *Lepsius*, JZ 2019, 693 (697), nach dem ein Präjudiz ohne Kenntnis des Sachverhalts „undenkbar“ ist. Die Interpretation eines Urteils müsse „im Lichte bestimmter Tatsachen und Interessen“ vorgenommen werden.

¹⁶⁵ Vgl. *Michl*, EuR 2018, 456 (473); s. auch *Faber*, JBl 2017, 697 (706, 708), der vor der „erheblichen Sprengkraft“ einer generalisierenden Auslegung von EuGH-Entscheidungen warnt.

EuGH-Urteilen. Der Umgang mit den Rs. Schultz-Hoff¹⁶⁶ und Alemo-Herron¹⁶⁷ steht beispielhaft dafür, wie die nationale Rechtsprechung scheinbar allzu weitreichende Folgen von EuGH-Entscheidungen – im Dialog mit dem EuGH – abmildert und tragfähige Lösungen findet, die sich in die nationale Rechtsordnung integrieren lassen.¹⁶⁸ Das LAG Hamm¹⁶⁹ hat beim Urlaubsrecht schlicht nochmal nachgefragt, was denn der EuGH tatsächlich meinte – und der EuGH konkretisierte, manche sagen: korrigierte daraufhin seine Rechtsprechung zum Urlaubsrecht; zu sperrig wären die Ergebnisse der sonst drohenden Rechtsprechungslinie gewesen. Deutlicher noch waren die (erneuten) Vorlagefragen des BAG¹⁷⁰ in der Rs. Asklepios Kliniken¹⁷¹, in deren Folge der EuGH seine Rechtsansichten zum Betriebsübergang in der Rs. Almeo Herron faktisch gänzlich revidierte.

Ein weiteres, vielleicht noch eindrucksvolleres Beispiel für die Gefahr, Entscheidungen des EuGH eine weitergehende Bedeutung zuzumessen als notwendig, bietet die Rs. Scattolon¹⁷²: Der Fall befasst sich unter anderem mit der Frage, welcher Kollektivvertrag im Falle eines Betriebsübergangs auf die übergegangenen Arbeitnehmer Anwendung findet. In den Entscheidungsgründen formulierte der EuGH, dass die Ersetzung des beim Veräußerer geltenden Tarifvertrags durch den beim Erwerber geltenden Tarifvertrag nicht zur Folge haben dürfe, dass „diesen Arbeitnehmern insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen als die vor dem Übergang geltenden auferlegt werden.“¹⁷³ Teilweise wurde aus dieser Passage des Urteils ein allgemeines Verschlechterungsverbot entnommen.¹⁷⁴ Das BAG nahm eine solche (zu) weitreichende Interpretation zu Recht nicht vor. Stattdessen entschied das BAG – ohne dem

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 20.1.2009 – C-350/06, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 1.

¹⁶⁷ EuGH, Urt. v. 18.7.2013 – C-426/11, NZA 2013, 835.

¹⁶⁸ S. *Höpfner/Daum* RdA 2019, 270 (276), die unter Verweis auf die Vorlagefragen in den Rs. Alemo-Herron und Asklepios bzw. Schultz-Hoff und KHS annehmen, dass durch die entsprechende Gestaltung des Vorabentscheidungsersuchens „durchaus die Möglichkeit besteh[e], die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu beeinflussen“; *Bauer/von Medem*, NZA 2012, 113, formulieren, dass sich der EuGH als „lernfähig“ erweise; nach *Klein*, NZA 2016, 410, eröffnete das BAG dem EuGH durch eine erneute Vorlagefrage eine „Korrekturmöglichkeit“.

¹⁶⁹ LAG Hamm, Beschl. v. 15.4.2010 – 16 Sa 1176/09, BeckRS 2010, 68282.

¹⁷⁰ BAG, Vorlagebeschl. v. 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373.

¹⁷¹ EuGH, Urt. v. 27.4.2017 – C-680/15, NJW 2017, 2178.

¹⁷² EuGH, Urt. v. 6.9.2011 – C-108/10, NZA 2011, 1077.

¹⁷³ EuGH, Urt. v. 6.9.2011 – C-108/10, NZA 2011, 1077 Rn. 76.

¹⁷⁴ S. etwa *Klein*, EuZA 2014, 325 (332 ff); *Sagan*, EuZA 2012, 247; *Steffan*, NZA 2012, 473 (475 f.); *Witschen*, EuZA 2017, 534 (538 ff.); a. A. und damit gegen ein allgemeines Verschlechterungsverbot: *Sittard/Flockenhaus*, NZA 2013, 652 (654); zurückhaltend auch *Schiefer/Hartmann*, BB 2012, 1985 (1991).

EuGH eine erneute Vorlagefrage zu stellen¹⁷⁵ –, dass aus dem Urteil in der Sache Scattolon kein allgemeines Verschlechterungsverbot folge.¹⁷⁶ Denn die zitierte Aussage des EuGH bezieht sich nach Ansicht des BAG allein auf den besonderen Kontext des Ausgangsfalls und hat solche Konstellationen im Blick, in denen anlässlich eines Betriebsübergangs Regelungen getroffen werden, die zum Ziel oder zur Folge haben, dass sich die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer nach dem Übergang insgesamt verschlechtern.¹⁷⁷ Für eine entsprechende Auslegung auch hier wäre durchaus Raum gewesen. Der Wortlaut einer Entscheidung ist eben klug in den Kontext einzuordnen.

Die Entwicklung, die sich anhand der hier nur kurz benannten Fälle vollzogen hat, zeigt, dass bei der Abschätzung der Reichweite von EuGH-Entscheidungen Zurückhaltung geboten ist. Auch wenn der EuGH noch so eindeutig anmutende Aussagen abgibt – was ja im Hinblick auf die Rs. CCOO schon gar nicht der Fall ist –, wird auf den zweiten Blick oder auch durch eine zweite, konkretere Vorlagefrage deutlich, dass hiermit noch nicht das letzte Wort gesprochen ist. Stattdessen stehen der EuGH und die nationale Rechtsprechung in einem Dialog miteinander, in dem Rückfragen der nationalen Arbeitsgerichtsbarkeit ein probates Mittel sind, um Einfluss auf die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu nehmen und dem EuGH die Gelegenheit zu geben, allzu weitreichende Aussagen durch Konkretisierungen und Korrekturen praxistauglich zu machen.

Im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung ist ein solcher Dialog auf Ebene der Rechtsprechungsorgane mit der Entscheidung des BAG vom 13.9.2022 eher in weite Ferne gerückt. Das Gericht hat sich ausdrücklich gegen eine erneute Vorlage entschieden.¹⁷⁸ Dies ist eine verpasste Chance.

¹⁷⁵ In der Literatur wurde als Reaktion auf das Urteil in der Rs. Scattolon vorgeschlagen, dem EuGH durch eine „erneute Vorlage in einem geeigneten Fall“ die Gelegenheit zur Klärung der prinzipiellen Ablösbarkeit von tariflichen Arbeitsbedingungen zu geben, ErfK/Preis, 22. Aufl. 2022, § 613a BGB Rn. 125; Willemsen, RdA 2012, 291 (303).

¹⁷⁶ BAG, Urt. v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rn. 40 ff.; Urt. v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rn. 91 ff.; s. auch Junker, EuZA 2020, 1 (2).

¹⁷⁷ BAG, Urt. v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rn. 93; s. auch Schubert/Jerchel, EuZW 2012, 926 (929), die zwar erwägen, aus der Entscheidung des EuGH ein allgemeines Verschlechterungsverbot herzuleiten, aber zumindest darauf hinweisen, dass dies „möglicherweise“ zu weit gehe, und die Ausführungen des EuGH den „besonders gravierenden Umständen des Falls“ geschuldet sein könnten.

¹⁷⁸ BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 72.

IV. Schlussfolgerungen anderer Mitgliedsstaaten

Denn dass der Spielraum des deutschen Gesetzgebers dann doch größer sein mag als es das BAG vermutet, das zeigt auch ein Blick auf die Umsetzung oder auch Nicht-Umsetzung der Entscheidung des EuGH in anderen Mitgliedstaaten. So unterschiedlich wie die Schlussfolgerungen der Literatur auf die Entscheidung des EuGH in der Rs. CCOO gewesen sind, so vielfältig stellen sich auch die Regelungen der einzelnen Mitgliedstaaten dar. Hätte das BAG recht – viele Länder würden sich europarechtswidriger Regelungen bedienen, ohne, dass sie beabsichtigen, hieran etwas zu ändern. Exemplarisch sei herausgegriffen:

1. Österreich

Österreich gehörte bereits vor dem EuGH-Urteil in der Rs. CCOO zu den Mitgliedstaaten, die über eine der striktesten Verpflichtungen zur Aufzeichnung der Arbeitszeit verfügten.¹⁷⁹ Eine Aufzeichnungspflicht ist in § 26 Arbeitszeitgesetz (AZG) enthalten, wobei sich Österreich gesetzessystematisch eines Regel-Ausnahme-Prinzips bedient hat. So sieht § 26 Abs. 1 AZG die grundsätzliche Pflicht zur Arbeitszeiterfassung vor. Wörtlich heißt es in § 26 Abs. 1 AZG:

„Der Arbeitgeber hat zur Überwachung der Einhaltung der in diesem Bundesgesetz geregelten Angelegenheiten in der Betriebsstätte Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden zu führen. Der Beginn und die Dauer eines Durchrechnungszeitraumes sind festzuhalten.“

Zwischen Rechtsprechung¹⁸⁰ und Literatur¹⁸¹ besteht dabei Einigkeit, dass unter „Aufzeichnung über die geleisteten Arbeitsstunden“ nicht nur die täglich geleistete Arbeitszeit zu verstehen ist, sondern auch der Beginn und das Ende der Tätigkeit, also die Lage der Arbeitszeit. Hinsichtlich der Europarechtskonformität des § 26 Abs. 1 AZG werden daher keinerlei Bedenken vorgebracht.¹⁸² Näher in den Blick zu nehmen sind allerdings die in § 26 AZG enthaltenen Ausnahmetatbestände.

¹⁷⁹ *Hinterleitner*, Arbeitszeiterfassung nach dem Urteil des EuGH vom 14.05.2019-C 55/18, 2021, S. 20.

¹⁸⁰ VwGH, Erkenntnis v. 23.11.2017 – Ra 2017/11/0243, RIS.

¹⁸¹ *Hinterleitner*, Arbeitszeiterfassung nach dem Urteil des EuGH vom 14.05.2019-C 55/18, 2021, S. 21; *Niederfriniger*, JAS 2019, 389 (405); *Niksova*, DRdA 2020, 235 (241); *Auer-Mayer/Felten/Pfeil/Pfeil*, AZG, 4. Aufl. 2019, § 26 Rn. 3; *ZellKomm/Pfeil*, 3. Aufl. 2018, §§ 24 – 29 AZG Rn. 3.

¹⁸² *Hinterleitner*, Arbeitszeiterfassung nach dem Urteil des EuGH vom 14.05.2019-C 55/18, 2021, S. 21; *Peschek/Herrmann-Riedler*, ZAS 2020, 30 (31); *Niksova*, DRdA 2020, 235 (241).

Unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht das österreichische Arbeitszeitrecht die sog. Saldoaufzeichnung. Dessen Voraussetzungen sind in § 26 Abs. 3 AZG geregelt:

„Für Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer, die die Lage ihrer Arbeitszeit und ihren Arbeitsort weitgehend selbst bestimmen können oder ihre Tätigkeit überwiegend in ihrer Wohnung ausüben, sind ausschließlich Aufzeichnungen über die Dauer der Tagesarbeitszeit zu führen.“

Die herrschende Literatur¹⁸³ betont ausdrücklich die Europarechtskonformität dieser Regelung. Zum einen sei die Durchsetzung der europarechtlichen Schutzziele nicht in Gefahr, weil der betroffene Arbeitnehmer die täglichen Ruhezeiten ohne weiteres selbst erfassen und einfordern könne. Zum anderen habe der Arbeitgeber bei der in § 26 Abs. 3 AZG betroffenen Personengruppe Einfluss- bzw. Kontrollrechte auf die Pausengestaltung weitgehend aufgegeben, sodass der von § 26 Abs. 3 AZG erfasste Personenkreis gegenüber „normalen“ Arbeitnehmern privilegiert und mithin weniger schutzbedürftig sei. Schließlich sei die Regelung des § 26 Abs. 3 AZG auch von dem Spielraum gedeckt, den Art. 17 RL 2003/88/EG dem nationalen Gesetzgeber einräume.

Unter den in § 26 Abs. 5 AZG normierten Anforderungen entfällt auch in anderen Fällen die Pflicht zur Aufzeichnung über die Ruhepausen:

„Die Verpflichtung zur Führung von Aufzeichnungen über die Ruhepausen gemäß § 11 entfällt, wenn

1. durch Betriebsvereinbarung, in Betrieben ohne Betriebsrat durch schriftliche Einzelvereinbarung
 - a) Beginn und Ende der Ruhepausen festgelegt werden oder
 - b) es den Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen überlassen wird, innerhalb eines festgelegten Zeitraumes die Ruhepausen zu nehmen, und
2. von dieser Vereinbarung nicht abgewichen wird.“

Vor dem Hintergrund, dass die Ruhepausen anders als die tägliche und wöchentliche Ruhezeit sowie die wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht in Art. 31 Abs. 2 GRCh verankert, sondern lediglich in Art. 4 RL 2003/88/EG vorgesehen ist und es den Mitgliedstaaten obliegt, die „erforderlichen Maßnahmen“ zu treffen, sieht sich dieser Ausnahmetatbestand keinen durchgreifenden europarechtlichen Bedenken ausgesetzt.¹⁸⁴

¹⁸³ *Peschek/Herrmann-Riedler*, ZAS 2020, 30 (31); *Reinhard*, NZA 2019, 1313 (1318); so wohl auch *Will*, ZEuS 2020, 159 (185 f.).

¹⁸⁴ *Niksova*, DRdA 2020, 235 (242).

Schließlich sieht § 26 Abs. 5a AZG einen weiteren Ausnahmetatbestand bei fixer Arbeitszeiteinteilung vor:

„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.“

All dies ist unverändert geblieben. Zurecht. Gerade weil das österreichische Arbeitszeitrecht schon seit längerem eine umfassende Aufzeichnungspflicht kennt, wird *unisono* die Schlussfolgerung gezogen, dass die CCOO-Entscheidung – wenn überhaupt – überschaubare Auswirkungen auf das österreichische Recht zeitigt.¹⁸⁵

2. Schweden und Italien

Auch wenn in Schweden der Arbeitgeber selbstverständlich zur Einhaltung der Arbeitszeitregeln verpflichtet ist, sieht das schwedische Recht keine generelle Aufzeichnungspflicht vor. Aufzeichnungspflichten gelten lediglich in Bezug auf Zeiten der Rufbereitschaft sowie Überstunden. Einzelheiten lassen sich § 11 Arbetstidslag (Arbeitszeitgesetz) entnehmen, der am 1.7.2014 in Kraft getreten ist und wie folgt lautet:

„Arbetsgivare ska föra anteckningar om jourtid, övertid och mertid. Arbetstagarna har rätt att själva eller genom någon annan ta del av anteckningarna. Samma rätt har fackliga organisationer som företräder arbetstagare på arbetsstället.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om hur sådana anteckningar ska föras.“

„Der Arbeitgeber muss Aufzeichnungen über Bereitschaftsdienst und Überstunden führen. Die Arbeitnehmer haben das Recht, die Unterlagen selbst einzusehen oder durch eine andere Person einsehen zu lassen. Den Gewerkschaften, die die Arbeitnehmer am Arbeitsplatz vertreten, steht das gleiche Recht zu.

Die Regierung oder die von der Regierung ermächtigte Behörde erlässt Vorschriften über die Art und Weise der Aufbewahrung dieser Aufzeichnungen.“

¹⁸⁵ *Hinterleitner*, Arbeitszeiterfassung nach dem Urteil des EuGH vom 14.05.2019-C 55/18, 2021, S. 36; *Niksova*, DRdA 2020, 235 (242).

Das schwedische Arbeitszeitgesetz findet u. a. auf leitende Angestellte keine Anwendung (§ 2 Nr. 2 Arbetstidslag); damit trifft den Arbeitgeber bezüglich dieser Personengruppe auch keine Aufzeichnungspflicht für Überstunden und Zeiten der Rufbereitschaft. Die Absicht, das schwedische Arbeitszeitgesetz in der Nachlese der CCOO-Entscheidung anzupassen, hat die schwedische Regierung bislang nicht verlautbaren lassen.¹⁸⁶

Die Rechtslage in Italien unterscheidet sich von der in Schweden in nur wenigen Details, sodass sich diese Darstellung auf einige zusammenfassende Bemerkungen begrenzt: Auch in Italien besteht keine generelle Aufzeichnungspflicht für Arbeitszeiten. Wie in Schweden (und in Deutschland) müssen allerdings Überstunden erfasst werden, wobei keine Vorgaben existieren, auf welche Weise die Aufzeichnungen erfolgen müssen. Dies liegt vielmehr in der Hand der Tarifvertragsparteien oder in Ermangelung einer kollektivrechtlichen Regelung in dem Ermessen des Arbeitgebers. Gesetzesinitiativen, die diesen Rahmen anpassen wollen, liegen bislang nicht vor.¹⁸⁷

3. Ein Zwischenfazit

Der Blick auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union hat verdeutlicht, dass in ganz unterschiedlicher Weise auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. CCOO reagiert wurde und dabei der weite europarechtliche Handlungsspielraum unterschiedlich genutzt wurde. Wenn das BAG recht hätte – sie alle hätten Unrecht. Umso mehr sollte der Gesetzgeber sich daran orientieren, was er für sinnvoll hält – nicht was nur möglicherweise oder gar vermeintlich europarechtswidrig wäre.

VI. Sinnvollere Alternativen gesetzgeberischen Handelns

Wenn die Schlussfolgerungen aus dem Vorstehenden sind, dass a) aus der EuGH-Entscheidung in der Rs. CCOO nicht zwingend eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten folgt, den Arbeitgeber zur tatsächlichen Erfassung der täglichen Arbeitszeit zu verpflichten und b) eine Pflicht zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit *de lege lata* im deutschen Recht nicht besteht, dann bedeutet

¹⁸⁶ DLA Piper, Recording working hours, 2020, S. 35; Ius Laboris, Time Recording in the EU, abrufbar unter <https://iuslaboris.com/insights/eu-time-recording-obligations/> (letzter Abruf: 28.9.2022).

¹⁸⁷ DLA Piper, Recording working hours, 2020, S. 22; Ius Laboris, Time Recording in the EU, abrufbar unter <https://iuslaboris.com/insights/eu-time-recording-obligations/> (letzter Abruf: 28.9.2022).

das, dass jedenfalls in dieser Hinsicht¹⁸⁸ kein europarechtlich begründeter Umsetzungsbedarf besteht. Wer so weit geht, der Entscheidung des EuGH derart tiefgreifende methodische Mängel vorzuwerfen, dass eine Bindungswirkung schon gar nicht entstehen kann, kann die Frage nach dem Umsetzungsbedarf vollständig verneinen.

Interpretiert man die Vorgaben des Gerichtshofs hingegen enger, wie das eben viele tun, und lehnt man die Möglichkeit unionsrechtskonformer Auslegung des geltenden Rechts ab, dann folgt daraus ein Zugzwang des nationalen Gesetzgebers. Vorschläge für eine Neuregelung des deutschen Arbeitszeitrechts wurden bereits erarbeitet. *Bayreuther* hat in seiner Begutachtung im Auftrag des BMAS eine Reform des § 16 ArbZG vorgeschlagen.¹⁸⁹ Danach soll jeder Arbeitgeber verpflichtet werden, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit, ggf. auch die gewährten Ruhepausen jeweils am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen.¹⁹⁰ Wird die Aufzeichnung auf den Arbeitgeber delegiert, soll der Arbeitgeber sich die Aufzeichnungen spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aushändigen lassen müssen.¹⁹¹ Die Delegationsmöglichkeit soll potentiell unter den Vorbehalt gestellt werden, dass eine zuverlässige Erfassung der Arbeitszeit gesichert ist bzw. die Arbeitszeit nur auf diesem Weg erfasst werden kann.¹⁹² Für bestimmte Wirtschaftsbereiche, Wirtschaftszweige oder Gruppen von Arbeitnehmern soll potentiell ermöglicht werden, kraft Rechtsverordnung eine Erweiterung oder Erleichterung der Pflichten des Arbeitgebers herbeizuführen.¹⁹³

Der Regelungsvorschlag zeigt wichtige und hilfreiche Ansätze, ist aber nur der Ausgangspunkt der Überlegungen. Er geht auch in Teilen über das hinaus, was der EuGH – wollte man ihn denn überhaupt dahingehend verstehen – verlangt.

¹⁸⁸ Die Pflicht zur *Bereitstellung* eines Systems könnte vorbehaltlich einer europarechtkonformen Auslegung des § 17 Abs. 4 ArbZG (siehe *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (480 ff.) jedoch Umsetzungsbedarf begründen.

¹⁸⁹ *Bayreuther*, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), 2019, S. 63.

¹⁹⁰ *Bayreuther*, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), 2019, S. 63.

¹⁹¹ *Bayreuther*, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), 2019, S. 63.

¹⁹² *Bayreuther*, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), 2019, S. 63.

¹⁹³ *Bayreuther*, Identifizierung von rechtlichem Umsetzungs- und/oder Änderungsbedarf im deutschen Recht in Nachfolge des EuGH-Urteils vom 14. Mai 2019 (Rs. C-55/18, CCOO), 2019, S. 64.

1. Beispiel Österreich: Aufzeichnung der Dauer der Arbeitszeit genügt

Der hinter einer umfassenden Arbeitszeiterfassungspflicht stehende Gedanke des möglichst effektiven Arbeitnehmerschutzes ist selbstredend von einigem Gewicht. Nicht außer Acht zu lassen ist allerdings die mit dieser Pflicht einhergehende bürokratische Belastung des Arbeitgebers. Sie muss einer obligatorischen Zeiterfassung nicht entgegenstehen, sofern diese politisch gewollt ist. Die Belastung ist aber doch nach Möglichkeit in Grenzen zu halten. Dieses Bestreben hat auch der deutsche Gesetzgeber bereits verfolgt, als er die Erfassungspflicht im Rahmen des § 16 Abs. 2 ArbZG auf die geleisteten Überstunden begrenzt hat.¹⁹⁴ Man würde schon einen bedeutenden Schritt gehen, würde man den Arbeitgeber zur Erfassung der Dauer der insgesamt geleisteten täglichen Arbeitszeit verpflichten. Auch der EuGH spricht überwiegend von der geleisteten Arbeitszeit bzw. der Zahl der geleisteten Arbeitsstunden – hiermit ist nichts anderes bezeichnet als die Arbeitszeitdauer am jeweiligen Tag. Eine zusätzliche Dokumentation des Beginns und Endes der Arbeitszeit ist demgegenüber entbehrlich. Zwar müssen beide Parameter, ebenso wie die Dauer der Ruhepausen, dem Aufzeichnenden bekannt sein, um insgesamt die Dauer der täglichen Arbeitszeit zu bestimmen. Das heißt aber nicht, dass diese Daten zwingend mit aufgezeichnet und langfristig dokumentiert werden müssen. Die Masse der zu sichernden Daten könnte hier doch ganz deutlich reduziert werden.

Man könnte zwar argumentieren, dass eine Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeit tatsächlich nur manipulationssicher – und das ist in den vom EuGH geforderten Merkmalen der Objektivität und Verlässlichkeit angelegt – sein kann, wenn alle Parameter, die die tägliche Arbeitszeit betreffen, bekannt sind. Der Zweck der Dokumentation rechtfertigt ein derart enges Verständnis jedoch nicht. Mit der Verpflichtung zur manipulationssicheren Aufzeichnung soll gewährleistet werden, dass die getätigten Aufzeichnungen nicht nachträglich verändert werden können oder dass Änderungen jedenfalls nachzuverfolgen sind. Das gilt im Rahmen des strengen § 6 GSA Fleisch¹⁹⁵ und kann auch für eine neugeschaffene, allgemein arbeitszeitrechtliche Regelung gelten. Der allgemeine Schutz darf hier nicht weiter gehen als der, der aus konkretem Anlass in Anbetracht branchenspezifischer Missstände geschaffen wurde. Alles andere wäre kaum zu begründen.

¹⁹⁴ BT-Drucks. 12/5888, S. 31.

¹⁹⁵ Siehe BeckOK ArbR/Thüsing, 64. Ed. (Stand: 1.3.2022), § 6 GSA Fleisch Rn. 6.

Flexible Arbeits(zeit)modelle erfreuen sich außerdem immer größerer Beliebtheit. Eine Pflicht zur Dokumentation der Lage der täglichen Arbeitszeit führte potentiell zu einer Beeinträchtigung der Interessen der Arbeitnehmer, die beispielsweise die Möglichkeit mobiler Arbeit in Anspruch nehmen, um Berufs- und Familienleben besser vereinbaren zu können. Der Druck könnte wachsen, die Arbeitszeit nicht mehrfach zu unterbrechen, um etwa Kinder von der Schule abzuholen oder das Mittagessen zu bereiten, und stattdessen in aller Ruhe abends die übrigen Stunden zu arbeiten, wenn jede Unterbrechung aufgezeichnet und dem Arbeitgeber mitgeteilt werden müsste – und das auch dann, wenn die Art der Tätigkeit einem entsprechenden Vorgehen nicht entgegensteht. Das zum Schutz des Arbeitnehmers konzipierte Konzept der Arbeitszeiterfassung würde hier letztlich zu seinen Lasten gehen und ihm Freiheiten nehmen, die sich in der heutigen Zeit immer mehr Arbeitnehmer wünschen.

2. Freiheit hinsichtlich der Art und Weise der Aufzeichnung

Zu begrüßen ist die offene Formulierung auch des BAG hinsichtlich der Art und Weise der Aufzeichnung. Da in den allermeisten Betrieben bereits eine Dokumentation der Arbeitszeit erfolgt, würde es eine zusätzliche und vermeidbare Belastung der Arbeitgeber bedeuten, würde man ihnen eine bestimmte Form, etwa eine elektronische Aufzeichnung aufzwingen, obwohl auch andere Varianten ausreichen würden. Ebenso wie die analoge Dokumentation auf Papier möglich bleiben muss, muss nach der Wahl des Arbeitgebers die Nutzung einer Stech- oder Stempeluhr oder eine elektronischen Erfassung mittels App oder anderer Instrumente möglich sein. Sofern die Arbeit grundsätzlich nach festen Schichtplänen erfolgt, muss es im Sinne einer geringstmöglichen bürokratischen Belastung auch entbehrlich sein, über die Schichtpläne hinaus Aufzeichnungen vorzunehmen, sofern diese eingehalten werden. Die Dokumentation von Abweichungen genügt hier, um den Schutz der Beschäftigten sicherzustellen.

Solange die oben geschilderten Anforderungen an Objektivität, Verlässlichkeit und Zugänglichkeit gewahrt sind, muss dem Arbeitgeber ein Entscheidungsspielraum verbleiben. Alles andere wäre ein intensiver und letztlich nicht gebotener Eingriff in die Entscheidungs- und Verantwortungssphäre des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber kann am besten beurteilen, welche Form der Zeiterfassung in seinem Betrieb umsetzbar und zielführend ist. Diese Freiheit muss ihm verbleiben. Möglich sollte es etwa – wiederum so wie in Österreich – bleiben, auf eine Aufzeichnung zu verzichten, wenn Arbeitnehmer im Rahmen einer von vornherein festgelegten Arbeitszeit ihre Arbeit erbringen, z. B. bei Schichtarbeit oder in jeglichem Dienstleistungsgewerbe, in dem Einsatzpläne erstellt werden müssen. Hier ist die tatsächlich

zu leistende Arbeitszeit bereits von vornherein festgelegt und eine Aufzeichnungspflicht würde hier nur zu unnötiger Bürokratie führen. Es reicht, wenn der Arbeitnehmer – auf den die Aufzeichnungspflicht delegiert werden kann – die Abweichung vom Plan notiert.

3. Betriebsvereinbarungs- und Tarifvertragsoffenheit

Auch die Tarif- und Betriebspartner sind näher am Geschehen, als es der Gesetzgeber je sein könnte. Für ihren Tätigkeitsbereich können sie die den Konflikt zwischen möglichst effektivem Arbeitnehmerschutz und Belastung des Arbeitgebers mit bürokratischem Aufwand am besten ausloten. Tarifautonomie stärken – seit mehreren Jahren ein erklärtes Ziel der Arbeitsmarktpolitik – heißt auch, Raum für tarifvertragliche Vereinbarungen lassen. Wie etwa § 7 ArbZG zeigt, ist die Öffnung des Arbeitszeitrechts für kollektive Regelungen auch durchaus üblich. Den Vorgaben des EuGH würden sie ebenfalls nicht zuwiderlaufen, stellt dieser doch ebenfalls fest, dass die Anforderungen, die an die Objektivität und Verlässlichkeit eines Zeiterfassungssystems gestellt werden, in besonderer Abhängigkeit zur ausgeübten Tätigkeit stehen.¹⁹⁶ Das bringt unter anderem das Bedürfnis nach passgenauen, auch branchenspezifischen Regelungen zum Ausdruck, die durch die Tarif- und Betriebspartner gewährleistet werden können.

4. Delegation an den Arbeitnehmer

Positiv zu bewerten ist wiederum der ausdrückliche Hinweis auf die Delegationsmöglichkeit an den Arbeitnehmer. Die von *Bayreuther* in Klammern gesetzte Ergänzung, nach der die Delegation unter dem Vorbehalt möglich ist, dass dessen ungeachtet eine zuverlässige Erfassung der Arbeitszeit gesichert ist bzw. die tägliche Arbeitszeit nur auf diesem Weg erfasst werden kann, ist dabei wohl nicht oder zumindest nicht durchgehend erforderlich. Aus der Entscheidung des EuGH in der Rs. CCOO folgt nach hier vertretener Auffassung weder eine Pflicht des Arbeitgebers, schlechterdings sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer, dem die Arbeitszeiterfassung selbst überlassen wird, das zur Verfügung gestellte System auch tatsächlich nutzt, noch eine Einschränkung der Delegationsmöglichkeit auf Fälle, in denen dem Arbeitgeber eine eigene Erfassung der Arbeitszeit nicht möglich ist. Der Gesetzgeber sollte sich hier auf den Hinweis beschränken, dass die Arbeitszeiterfassung dem Arbeitnehmer überlassen werden kann. Geht man wie hier von einer fehlenden Pflicht zur tatsächlichen Aufzeichnung

¹⁹⁶ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 63.

aus, soweit dem Arbeitnehmer die Möglichkeit dazu gegeben wird, ist auch eine Regelung dahingehend, dass der Arbeitgeber sich die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers innerhalb einer bestimmten Frist aushändigen lassen muss, entbehrlich.

Will man dennoch eine tatsächliche Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeit forcieren, dann muss sichergestellt werden, dass mit der Delegationsmöglichkeit auch die Möglichkeit der Exkulpation des Arbeitgebers bei nicht ordnungsgemäßer Aufzeichnung durch die Arbeitnehmer sichergestellt wird. Soweit der Arbeitgeber den Arbeitnehmern die Möglichkeit zur Aufzeichnung gibt, sie in der Art und Weise der Aufzeichnung anleitet und bei Verdachtsfall jedenfalls stichprobenartig kontrolliert, dass Aufzeichnungen korrekt erfolgen, dann muss bei einem gleichwohl erfolgenden Verstoß gegen die Aufzeichnungspflichten dafür gesorgt sein, dass der Arbeitgeber sich keinem Bußgeldrisiko ausgesetzt sieht. Für ein Bußgeld fehlte in einem solchen Fall jegliche Rechtfertigung, zu einem „Mehr“ an Schutz für den Arbeitnehmer, in dessen Hand die Aufzeichnung liegt, würde es dadurch nicht kommen.

5. Den EuGH ernst genommen: Keine Aufzeichnung gegen den Willen des Arbeitnehmers

All dies kann noch einmal grundsätzlicher angegangen werden. Weil es keinen Schutz des Arbeitsrechts gegen den Willen der durch das Arbeitsrecht Geschützten geben sollte, und eben, weil wie dargestellt, die Aussagen des EuGH durchaus in diese Richtung verstanden werden können, kann eine Umsetzung sich auch auf das zurückziehen, was der EuGH sicher gesagt hat: Ein System der Arbeitszeiterfassung ist zur Verfügung zu stellen – ein Zwang zur Nutzung durch den Arbeitnehmer ist damit aber nicht verbunden. Bereits unmittelbar nach der Entscheidung des EuGH habe ich daher einen Vorschlag für einen neuen § 16 Abs. 2 ArbZG gemacht, der auch jetzt noch richtig ist. Er orientiert sich am Wortlaut der Entscheidung und ist damit eine genuine eins-zu-eins-Umsetzung des Europarechts:

„§ 16 Aushang und Arbeitszeitzachweise

....

(2) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen und ein Verzeichnis der Arbeitnehmer zu führen, die in eine Verlängerung der Arbeitszeit gem. § 7 Abs. 7 eingewilligt haben. Die Nachweise sind mindestens zwei Jahre aufzubewahren. Er ist ebenso verpflichtet, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Die Einrichtung des Systems muss unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs sowie der Eigenheiten

bestimmter Unternehmen, insbesondere ihrer Größe, erfolgen. Die Messung kann auch durch den Arbeitnehmer durchgeführt werden.“¹⁹⁷

VII. Flexibilisierung ist möglich

Ungeachtet der Unklarheiten, die nach der Entscheidung des EuGH in der Rs. CCOO und auch nach den diesbezüglichen Interpretationen des BAG¹⁹⁸ verbleiben ist klar: Flexibilisierungen der Arbeitszeit und des Arbeitszeitrechts sind möglich. Sie sind auch gewollt: Im Koalitionsvertrag der Ampel-Koalition heißt es zu Recht, man wolle flexible Arbeitszeitmodelle ermöglichen und auch innerhalb sog. Experimentierräume Möglichkeiten zur Abweichung von den derzeit bestehenden Regelungen des Arbeitszeitgesetzes schaffen.¹⁹⁹ Das bleibt sogar noch deutlich hinter dem zurück, was möglich und nötig ist. Unsere aktuellen Regelungen sind pfadabhängig und noch reichlich analog gestrickt. In Zeiten der Digitalisierung und Internationalisierung und in Arbeitswelten, die durch Homeoffice, E-Mail und transkontinentales Skypen geprägt sind, darf nicht alles so bleiben wie es ist, wenn das Recht weiterhin den Schutz realisieren soll, den es zu realisieren bestimmt ist – und nicht zuweilen in unnütze und ungewollte Fremdbestimmung des Arbeitnehmers umschlagen soll. Das europäische Arbeitszeitrecht lässt Spielräume, die es zu nutzen gilt. Insbesondere die Ausgleichszeiträume für den Zehn-Stunden-Tag können flexibler bestimmt werden, als dies bislang der Fall ist. Der Rahmen der Arbeitszeitrichtlinie erlaubt Abweichungen vom Acht-Stunden-Tag auch ohne Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, weil Art. 6 nur auf die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden abstellt.²⁰⁰

1. Spielräume des personellen Anwendungsbereichs nutzen

Wichtige Spielräume bestehen auch hinsichtlich des personellen Anwendungsbereichs des Arbeitszeitrechts, einschließlich denkbarer Aufzeichnungspflichten. Hierauf macht auch das BAG aufmerksam: Zwar lässt das Gericht offen, ob die in §§ 18 bis 21 ArbZG vorgesehenen Bestimmungen mit dem Europarecht vereinbar sind.²⁰¹ Zugleich stellt es fest, weitere Sonderregelungen für Arbeitnehmer habe der Gesetzgeber bislang nicht getroffen und betont dabei ausdrücklich, solche Sonderregelungen seien nach Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG

¹⁹⁷ Thüsing/Flink/Jänsch, ZfA 2019, 456 (485).

¹⁹⁸ BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

¹⁹⁹ Koalitionsvertrag 2021-2025, Mehr Fortschritt wagen, S. 68.

²⁰⁰ Thüsing, jM 2022, 54.

²⁰¹ BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 57.

möglich.²⁰² Diese Möglichkeiten gilt es zu nutzen. Aus Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG jedenfalls ergibt sich keine Beschränkung, die darauf schließen lässt, dass die dort genannten leitenden Angestellten solche im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG sein müssen.²⁰³ Denn der leitende Angestellte des BetrVG ist nicht im Hinblick auf das europäische Arbeitszeitrecht geschaffen, sondern er hat weit ältere Ursprünge, zurückreichend bis zu § 12 Abs. 2 Betriebsrätegesetz.²⁰⁴ Aus dem Schutzzweck des Gesetzes heraus sind an den Begriff des leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG durch die deutschen Gerichte strenge Voraussetzungen geknüpft worden.²⁰⁵ Dadurch wird die Ausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG wohl auf einen kleineren Kreis als europarechtlich zulässig beschränkt, woraus jedenfalls folgt, dass die Ausnahmemöglichkeiten des Art. 17 RL 2003/88/EG insoweit durch den Gesetzgeber inhaltlich eingeschränkt umgesetzt worden sind.²⁰⁶

Hieraus ergeben sich weitere Gestaltungsspielräume, die der Gesetzgeber ausnutzen kann. Denn „selbständige Entscheidungsbefugnis“ (Art. 17 Abs. 1 lit. a) RL 2003/88/EG) ist schon dem Wortlaut nach sehr viel weiter als § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG, wonach erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer „regelmäßig ... Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst“.²⁰⁷ Die wesentliche Entscheidungsbefugnis der Richtlinie kann sich auf vieles beziehen, die Möglichkeit der Entscheidung im Wesentlichen frei von Weisungen nach dem BetrVG hingegen muss sich auf zentrale Betriebsbereiche beziehen, oder wie die Rechtsprechung es formuliert:

„Der Angestellte muss also mit weitgehender Weisungsfreiheit und Selbstbestimmung im Rahmen seiner Tätigkeit handeln können. [...] Eine unter diese Norm fallende Schlüsselposition hat der Angestellte nur dann, wenn er selbstständig unternehmerische Führungsentscheidungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst. Eine maßgebliche Einflussnahme liegt vor, wenn der Angestellte auf Grund seiner Position Fakten schafft, die bei der Findung der unternehmens- oder betriebsleitenden

²⁰² BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 57.

²⁰³ Henssler/Lunk, NZA 2016, 1425, 1426.

²⁰⁴ S. zur Entwicklung GK BetrVG/Raab, 11. Aufl. 2018, § 5 BetrVG Rn. 1 ff.; Richardi/Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 5 BetrVG Rn. 214 ff.

²⁰⁵ Vgl. hierzu Henssler/Lunk, NZA 2016, 1425, 1426 m. w. N.

²⁰⁶ Henssler/Lunk, NZA 2016, 1425 (1426 f.); Thüsing/Rombey/Schippers, NZA 2020, 480 (483).

²⁰⁷ Thüsing/Rombey/Schippers, NZA 2020, 480 (483).

Entscheidung nicht unbeachtet gelassen werden können. Der dem Angestellten eingeräumte Ermessensspielraum lässt sich nicht abstrakt, sondern nur einzelfallbezogen feststellen. Dabei spielen sowohl die Größe und Struktur des Unternehmens als auch die vom Arbeitgeber frei bestimmte Unternehmensorganisation eine entscheidende Rolle. Es kommt dabei u.a. darauf an, wie stark die Unternehmensleitung zentralisiert oder dezentralisiert ist.“²⁰⁸

All das ist für die Richtlinie und damit für das Arbeitszeitrecht nicht entscheidend. Eine Arbeitszeitautonomie, wie sie die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG für die Abweichungen nach Art. 17 Abs. 1 voraussetzt, lässt sich aus den Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG nicht folgern. Damit ein Arbeitnehmer von der Ausnahme des Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG erfasst werden kann, reicht es, dass seine Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit von ihm selbst festgelegt werden können. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss der Arbeitnehmer wie geschildert über Umfang und Einteilung seiner (gesamten)²⁰⁹ Arbeitszeit entscheiden können.²¹⁰ Auch der typische leitende Angestellte erhält von seinem Arbeitgeber zumeist keine Vorgaben zur Arbeitszeit, es wird häufig gerade keine Festlegung des Umfangs der Arbeitszeit im Arbeitsvertrag vorgenommen.²¹¹ Das ist auch in Ansehung der Tätigkeit bspw. als Abteilungs- oder Betriebsleiter²¹² sinnvoll, da in vielen Fällen davon auszugehen ist, dass eine konkrete Festlegung der Arbeitszeit aufgrund bedarfs- und projektabhängiger Einsätze, die die Anwesenheit von Führungspersonal erforderlich machen, gar nicht möglich ist. Im Grundsatz scheint das Betreiben eines Unternehmens – und die damit eng verknüpfte Tätigkeit eines leitenden Angestellten – bei Bindung an starre (Höchst-) Arbeitszeiten nahezu unmöglich zu sein,²¹³ sodass die grundsätzliche Annahme gerechtfertigt ist, dass der leitende Angestellte selbst über Lage und Länge der Arbeitszeit entscheiden kann und entscheiden können muss.²¹⁴

²⁰⁸ BAG, Urt. v. 25.10.2001 – AZR 258/00, NJOZ 2002, 1246 (1248 f.); vgl. auch BAG, Beschl. v. 29.6.2011 – 7 ABR/10, NZA-RR 2911, 647 Rn. 27.

²⁰⁹ EuGH, Urt. v. 26.7.2017 – C-175/16, NZA 2017, 1113 Rn. 32, 34; EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – C-428/09, BeckRS 2010, 91197 Rn. 41.

²¹⁰ EuGH, Urt. v. 26.7.2017 – C-175/16, NZA 2017, 1113 Rn. 44; *Europäische Kommission*, Amtsblatt 2017/C 165/01, S. 45; Preis/Sagan/*Ulber*, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2019, § 7 Arbeitszeit Rn. 7.227.

²¹¹ *Rambach*, *Arbeitsvertrag mit leitenden Angestellten / 2.2 Individualarbeitsrecht*, Haufe, abrufbar unter: https://www.haufe.de/personal/haufe-personal-office-platin/arbeitsvertrag-mit-leitenden-angestellten-22-individualarbeitsrecht_idesk_PI42323_HI2725303.html (letzter Abruf: 28.9.2022).

²¹² Vgl. die Beispiele bei *ErfK/Koch*, 22. Aufl. 2022, § 5 BetrVG Rn. 28.

²¹³ *Henssler/Lunk*, NZA 2016, 1435 (1428).

²¹⁴ *Thüsing/Rombey/Schippers*, NZA 2020, 480 (484).

Wenn aber die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann, dann muss sie eben auch nicht aufgezeichnet werden. Legt man die strenge Interpretation des BAG zugrunde, nach welcher der EuGH grundsätzlich eine umfassende und tatsächliche Aufzeichnung der Arbeitszeit fordert, dann ist gerade das der Hebel, um das Arbeitszeitrecht praxistauglich auszugestalten. Der Gesetzgeber muss in den Grenzen des europäischen Rechts festlegen, welche Tätigkeiten besondere Merkmale aufweisen, die eine Arbeitszeiterfassung entbehrlich machen. Die nicht abschließende Aufzählung des Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG kann hierbei Leitlinie, nicht aber Grenze sein. In diesem Zusammenhang sollte der Gesetzgeber auch insbesondere Hilfe zur Rechtssicherheit im Hinblick auf den Begriff der leitenden Angestellten geben. Wenn auf leitende Angestellte das Arbeitszeitrecht nicht anwendbar ist, dann hilft jede Präzisierung, die festlegt, wer als leitender Angestellter einzuordnen ist. Rechtssicherheit erfordert auch zu präzisieren, welche Unterbrechung durch eine E-Mail am Abend so geringfügig ist, dass sie die elfstündige Ruhezeit nicht unterbricht. Wer behauptet, hier gehe gar nichts, hat weder Europarecht noch Arbeitnehmerschutz verstanden.

2. Pendelblick auf die Umsetzung anderer Mitgliedstaaten

Die dargelegte Sicht bestätigt sich im Rundblick auf die Umsetzungspraxis anderer Mitgliedstaaten. Auch dieser vergleichende Pendelblick macht deutlich, dass Spielräume bestehen, die der deutsche Gesetzgeber nicht ausgenutzt hat.

Wie auch in dem Umsetzungsbericht der Europäischen Kommission dargestellt wird, haben einige Mitgliedstaaten bezüglich der Arbeitnehmergruppen, für die die Ausnahmen gelten, den Wortlaut der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG zur näheren Bestimmung ergänzt.²¹⁵

Der französische Gesetzgeber beispielsweise hat in Article L3111-2 Code du travail den Begriff des „leitenden Angestellten“ weiter ausgestaltet, indem zur Begriffsbestimmung unter anderem entscheidend sein soll, ob der Arbeitnehmer unabhängig bei der Gestaltung seines Zeitplans ist und weitgehend autonome Entscheidungen treffen kann. Darüber hinaus kommt es bei der französischen Begriffsbestimmung aber auch auf die Bezahlung des Arbeitnehmers an, die auf dem höchsten Niveau des Entgeltsystems bei dem jeweiligen Arbeitgeber liegen muss.

²¹⁵ *Europäische Kommission*, SWD (2017) 204 final, S. 30, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0204&from=ET> (letzter Abruf: 28.9.2022).

Freilich ohne Anknüpfung an die Eigenschaft als leitender Angestellter wurde ebenfalls mit der niederländischen Ausnahmeregelung in Art. 2.1: 1 lid 1 a. Arbeidstijdenbesluit auf das Gehalt des Arbeitnehmers Bezug genommen: Ausgenommen von bestimmten Regelungen des Arbeitszeitgesetzes (Arbeidstijdenwet) – unter anderem zu Arbeitszeiterfassung und Arbeits- und Ruhezeiten – sind Arbeitnehmer über 18 Jahre, deren jährlich festgelegter Lohn mindestens das Dreifache des später in Abs. 3 (lid 3) festgelegten Lohns beträgt.

In Österreich werden mit der Neufassung des § 1 Abs. 2 Nr. 8 AZG leitende Angestellte oder sonstige Arbeitnehmer, die eine maßgebliche selbstständige Entscheidungsbefugnis innehaben, aus dem Anwendungsbereich des AZG herausgenommen. Hier fand im Unterschied zur alten Fassung eine Erweiterung auf „Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis“ statt.²¹⁶ Klargestellt ist daneben auch, dass der leitende Angestellte im Sinne des AZG von dem im Sinne des Betriebsverfassungs- oder Arbeiterkammerrechts abzugrenzen ist.²¹⁷

3. Ein Fazit: Vieles ist möglich, wenn es gewollt ist

Insgesamt bleibt zur Arbeitszeitrichtlinie festzuhalten, dass sie nicht unerhebliche, bislang nicht genutzte Gestaltungsfreiräume eröffnet. Dass der deutsche Gesetzgeber mit Beschränkung der Ausnahme für leitende Angestellte auf solche des BetrVG etwa hinter dem Potential der Bestimmung zurückgeblieben ist, wurde deutlich. Die Orientierung an einem anderen Begriff des leitenden Angestellten, der tatsächlich arbeitszeitautonom ist, ist vorzugswürdig. Denn mit der Anwendung des Begriffs aus § 5 Abs. 3 BetrVG ist dies nicht sichergestellt. Insofern wird nicht nur Potential verschenkt, sondern auch der Schutzzweck der Richtlinie nicht eingehalten. Eine Legaldefinition des leitenden Angestellten im Sinne des ArbZG ist z. B. nach dem Vorbild der französischen Regelung möglich. Im Übrigen ist zu erwägen, ob der Verweis auf Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis auch dahingehend verstanden werden kann, dass Personen, mit denen eine Vertrauensarbeitszeit vereinbart ist, aus dem Anwendungsbereich der die genannten Normen der Richtlinie umsetzenden, nationalen Vorschriften und damit letztlich auch aus dem Anwendungsbereich der Arbeitszeiterfassungspflicht ausgenommen werden können. Die Fortsetzung der Möglichkeit der Vertrauensarbeitszeit ist politisch ausdrücklich

²¹⁶ Zum Ganzen: Auer-Mayer/Felten/Pfeil/Auer-Mayer, AZG ÖR, 4. Aufl. 2019, § 1 AZG Rn. 30 ff.

²¹⁷ Klein, C., GS Rebhahn, S. 231 f.

gewünscht²¹⁸ und vor dem Hintergrund der Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Deutschland, der immer größeren Beliebtheit flexibler Arbeits- und Arbeitszeitmodelle und des wachsenden Fachkräftemangels auch zwingend geboten. Erreichen lässt sich der Fortbestand der Vertrauensarbeitszeit dadurch, dass man den EuGH „beim Wort nimmt“ und den Arbeitgeber lediglich dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer ein Erfassen seiner Arbeitszeit im eigenen Interesse zu ermöglichen, ohne die tatsächliche Umsetzung der Aufzeichnung kontrollieren und erzwingen zu müssen.²¹⁹

VIII. Summa: Europarecht als rechtspolitischer Vorwand und gesetzgeberischer Schleichweg

Am Ende ist die Summa nüchtern. Wer will, der findet Wege, wer nicht will, der findet Gründe. Das Europarecht darf nicht Vorwand sein, Dinge, die in der politischen Diskussion sind, rechtlich aus der Diskussion zu nehmen. Es sollte weder juristischer Vorwand alternativlosen Handelns, noch der Schleichweg zur Realisierung von Vorhaben sein, die bei ergebnisoffener Diskussion letztlich differenzierter ausfallen würden.²²⁰ Die Suche nach dem Königsweg zwischen effektivem Arbeitnehmerschutz und ungewollter Bevormundung muss geführt werden. Wenn die Arbeitszeit nun nachvollziehbarer werden soll, dann zwingt das auch zur Frage: Welche Regelungen zur Lage und Länge der Arbeitszeit brauchen wir? Der Koalitionsvertrag will auch dies in den Blick nehmen. Zurecht. Das Ziel ist klar, jeder Schritt auf dem Weg dahin ist verdienstvoll.

Im Januar 2023

gez. Prof. Dr. *Gregor Thüsing*

²¹⁸ Im Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt Wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“ zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FPD, 2021, S. 68 heißt es: „Dabei müssen flexible Arbeitszeitmodelle (z. B. Vertrauensarbeitszeit) weiterhin möglich sein“.

²¹⁹ Siehe zu diesem Verständnis ausführlich oben Gliederungspunkt III. 1. b) aa).

²²⁰ Siehe bereits *Thüsing*, FA 2010, 33.