

**Professor Dr. Frank Bayreuther**  
Universität Passau

## **Rechtsgutachten**

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

erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

## Inhaltsverzeichnis

a) Regelungsinhalt.....	5
b) Regelungsdefizit im Vergleich zu CCOO.....	6
a) Arbeitszeitrecht ieS.....	10
b) Verkehrsrecht iwS.....	11
c) Regelungsdefizit im Vergleich zu CCOO.....	11
a) Anordnungsbefugnis .....	12
b) Regelungsdefizit im Vergleich zu CCOO.....	12
a) § 17 MiLoG .....	13
b) Sonstige Mindestlohnregelungen.....	14
c) Regelungsdefizit im Vergleich zu CCOO.....	14
a) § 87 BetrVG .....	16
b) § 80 BetrVG .....	17
c) Regelungsdefizit im Vergleich zu CCOO.....	18
a) Richtlinienkonforme Auslegung in Arbeitsverhältnissen mit privaten Arbeitgebern .....	19
b) Direktwirkung gegenüber öffentlichen Arbeitgebern.....	21
a) Keine Direktwirkung im öffentlichen Arbeitszeitrecht.....	24
b) „Umsetzung“ auf der Ebene des privaten Arbeitsrechts .....	25
aa) Ist eine Umsetzung der Richtlinie alleine auf privatrechtliche Ebene ausreichend?.....	25
bb) Rechtstechnische Machbarkeit.....	26
α) Anspruch auf Aufzeichnung.....	26
β) Konsequenzen eines Verstoßes .....	27
(1) Aufzeichnungsanspruch der Beschäftigten, Zurückbehaltungs- und Beschwerderechte .....	27
(2) Schadensersatz .....	28
(3) Durchschlagen auf die vergütungsrechtliche Ebene.....	29
a) Form der Erhebung.....	36
b) Delegation der Zeitaufzeichnung auf die Beschäftigten .....	38
c) Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit .....	41
d) Ruhepausen.....	41
e) Aufzeichnungsfrequenz .....	43
f) Sanktionen .....	44
a) Absehen von der Aufzeichnungspflicht?.....	45

<i>b) Aufzeichnung nur der Dauer der Arbeitszeit?</i> .....	47
<i>c) Vertrauensarbeitszeit im Besonderen</i> .....	49
<i>d) Sonderregelung für Kleinbetriebe</i> .....	50
<i>a) Regelungsdichte</i> .....	51
<i>b) Auswirkungen auf andere Aufzeichnungspflichten</i> .....	53
<i>c) Konsequenzen einer Untätigkeit des Gesetzgebers</i> .....	55

## **I. Einleitung**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 14. Mai 2019 aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des Nationalen Gerichtshofs Spaniens entschieden, dass die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die von einem jeden Beschäftigten geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.<sup>1</sup> Nach diesem Urteil (im Weiteren auch kurz: „CCOO-Entscheidung“, „CCOO-Urteil“ oder nur „Urteil des EuGH“) obliegt es den Mitgliedstaaten, die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines Systems der Arbeitszeiterfassung zu bestimmen. Der EuGH erinnert daran, dass das Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten nicht nur eine besonders wichtige Regel des Sozialrechts der Union ist, sondern auch ausdrücklich in Artikel 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) verankert ist, in dessen Licht die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG auszulegen ist.

Das nachfolgende Rechtsgutachten setzt sich mit der Frage auseinander, ob sich daraus Umsetzungs- bzw. Änderungsbedarf für das deutsche Recht ergibt und wenn ja, welcher. Dabei wird insbesondere gefragt, ob eine Anpassung des deutschen Rechts schon auf Basis des geltenden Arbeitszeitrechts möglich ist, etwa durch eine unionsrechtskonforme Auslegung des geltenden Rechts oder ob es einer Novellierung des ArbZG bedarf.

---

[EuGH 14.5.2019, C-55/18, CCOO, NZA 2019, 683 \(687\) Rn. 71 = NJW 2019, 1861 = EuZW 2019, 476 = BeckRS 2019, 8402 = ECLI:EU:C:2019:402.](#)

## II. Keine Unionrechtskonformität des nationalen Rechts

Im deutschen Arbeitsrecht besteht derzeit keine grundständige Pflicht, die sich an alle Arbeitgeber richtet, die gesamte Arbeitszeit ihrer Beschäftigten aufzuzeichnen. Allerdings findet sich eine große Vielzahl von spezifischen Regelungen, die Arbeitgeber in bestimmten Konstellationen und in unterschiedlichem Umfang aufgeben, die Arbeitszeiten der für sie tätigen Beschäftigten aufzuzeichnen.

### 1. § 16 ArbZG

#### a) Regelungsinhalt

Die Kernregelung des deutschen Arbeitszeitrechts zur Aufzeichnung von Arbeitszeiten ist § 16 Abs. 2 ArbZG. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, „*die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen*“. Die entsprechenden Nachweise sind mindestens zwei Jahre aufzubewahren. Die zuständigen Aufsichtsbehörden können die Einhaltung dieser Verpflichtung kontrollieren und ggf. mit Verwaltungszwang durchsetzen. Verstöße sind bußgeldbewehrt (§ 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG).

Ausweislich des Wortlauts der Regelung ist aber eine Dokumentationsverpflichtung hinsichtlich der Arbeitszeit, die das werktägliche Arbeitszeitvolumen nach § 3 ArbZG nicht überschreitet, nicht erforderlich. Das ist in der Literatur nahezu einhellige Ansicht.<sup>2</sup> Dazu, dass die Norm keine weitere Auslegung hergibt, wird anlässlich der Diskussion, ob sich die Regelung unionrechtskonform auslegen lässt, nochmals ausführlich einzugehen sein, s. III.1.

Lediglich *Buschmann/Ulber* lassen an einer Stelle ihrer Kommentierung anklingen, dass die Aufzeichnungspflicht „*alle geleisteten Arbeitszeitstunden*“ umfasse. Wenige Randnummern später ist in der Kommentierung dann aber ebenfalls nur davon die Rede, dass sich die Erfassung auf Arbeitszeiten über die 8-Stunden-Grenze des § 3 ArbZG hinaus bezieht. Vor allem lässt der Kontext der fraglichen Passage erkennen, dass mit ihr wohl nur gemeint sein soll, dass die gesamte Arbeitszeit dann zu dokumentieren ist, wenn die werktägliche Arbeitszeit überschritten wird.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Hahn/Pfeiffer/Schubert/Sitzenfrei, 2. Auflage 2018, § 16 Rn. 17f. ErfK/Wank, 19. Auflage 2019, § 16 ArbZG Rn. 4; Anzinger/Koberski, 3. Auflage 2009, § 16 Rn. 10f.; Schliemann, 3. Auflage 2017, § 16 Rn. 5; Neumann/Biebl, 16. Auflage 2013, § 16 Rn. 5; Baeck/Deutsch, 3. Auflage 2014, § 16 Rn. 21 ff.; HK/Ernst/Bartl, 4. Auflage 2017, § 16 ArbZG Rn. 5; HWK/Güntgen, 8. Auflage 2018, § 16 ArbZG Rn. 5; Riechert/Nimmerjahn, 2. Auflage 2017, § 17 Rn. 39. S. auch Erlass Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales NRW v. 30.12.2013, II 2 – 8312 § 16 Ziff. 1. Im Ergebnis auch: BAG 21.12.2016, 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233, Rn. 27.

<sup>3</sup> Vgl. einerseits *Buschmann/Ulber*, 8. Auflage 2015, § 16 Rn. 7 und andererseits ebda. Rn. 19.

Darüber hinaus werden in der Literatur lediglich Randfragen der Arbeitszeitdokumentation diskutiert. So ist etwa umstritten, ob geringfügige Überschreitungen von der Erfassungspflicht ausgenommen werden können, ob auch festzuhalten ist, dass bzw. wann der nach §§ 3, 6 Abs. 1 und 11 Abs. 2 ArbZG erforderliche Zeitausgleich gewährt wurde<sup>4</sup>, ob für Arbeiten an Sonn- und Feiertagen eine vollständige Erfassungspflicht besteht,<sup>5</sup> so dass an diesen Tagen auch die Grundarbeitszeit zu dokumentieren ist, und eben, ob der Arbeitgeber, wenn tatsächlich Arbeit außerhalb der Grundarbeitszeit vorliegt, nur diese oder die gesamte Arbeitsleistung an diesem Tag einzubuchen hat.<sup>6</sup>

#### b) Regelungsdefizit im Vergleich zu CCOO

Ginge man von der nach derzeitigem Erkenntnisstand weitmöglichsten Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG aus, wären folgende Arbeiten dokumentationspflichtig:

- Arbeiten, die über die grundständige Höchstarbeitszeit von 8 Stunden pro Werktag (im Weiteren: „Grundarbeitszeit“) hinausgehen (im Weiteren kurz: „Mehrarbeit“),
- einschließlich der Grundarbeitszeit an einem Tag mit Mehrarbeit sowie
- sämtliche Arbeitszeiten an Sonn- und Feiertagen (also: Grundarbeitszeit einschließlich einer etwaigen Mehrarbeit).

Soweit eine Pflicht zur Erfassung besteht, ist nur die geleistete Zeit insgesamt, nicht aber ihre Lage zu dokumentieren.<sup>7</sup> Das ist indes nicht völlig unstrittig; insoweit gibt es auch Forderungen in der Literatur nach einer Aufzeichnung zumindest des Beginns und des Endes der Mehrarbeit.<sup>8</sup> Eine Einschränkung findet dies aber wiederum dadurch, dass wenn Arbeitszeiten einzelner Beschäftigter gleich sind – etwa, weil nach einem im Voraus festgelegten Schichtplan gearbeitet wird – es ausreichend ist, wenn die Arbeitszeit der Gruppe erfasst wird.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Dafür: *Schliemann*, Fn. 2, § 16 Rn. 7. *HWK/Gäntgen*, Fn. 2, § 16 ArbZG Rn. 6; dagegen: *ErfK/Wank*, Fn. 2, § 16 ArbZG Rn. 4. *Baeck/Deutsch*, Fn. 2, § 16 Rn. 24. *Hahn/Pfeiffer/Schubert/Sitzenfrei*, Fn. 2, § 16 Rn. 21.

<sup>5</sup> Überwiegende Ansicht, s. nur: *Hahn/Pfeiffer/Schubert/Sitzenfrei*, Fn. 2, § 16 Rn. 20; *Baeck/Deutsch*, Fn. 2, § 16 Rn. 23; *Neumann/Biebl*, Fn. 2, § 16 Rn. 5; *ErfK/Wank*, Fn. 2, § 16 ArbZG Rn. 4; *Ignor/Rixen/Schlottfeld*, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Auflage 2008, § 9 Rn. 137; *Anzinger/Koberski*, Fn. 2, § 16 Rn. 11; *Schliemann*, Fn. 2, § 16 Rn. 6; aA *Roggendorff*, C § 16 Rn. 7, der auch an Sonn- und Feiertagen Arbeit nur dann für aufzeichnungspflichtig hält, wenn sie länger als 8 Stunden andauert.

Überwiegende Ansicht, s. nur: *Baeck/Deutsch*, Fn. 2, § 16 Rn. 21; *HK/Ernst/Bartl*, Fn. 2, § 16 ArbZG Rn. 5; *Buschmann/Ulber*, Fn. 3, § 16 Rn. 7 u. 19.

<sup>7</sup> *ErfK/Wank*, Fn. 2, § 16 ArbZG Rn. 3-5. *Baeck/Deutsch*, Fn. 2, § 16, Rn. 21- 24. *Schliemann*, Fn. 2, § 16 Rn. 5-9.

<sup>8</sup> *HK-ArbR/Ernst/Bartl*, Fn. 2, § 16 ArbZG Rn. 5. *Buschmann/Ulber*, Fn. 3, § 16 Rn. 7.

<sup>9</sup> *Hahn/Pfeiffer/Schubert/Sitzenfrei*, Fn. 2, § 16 Rn. 15.

Dementgegen fordert der EuGH, dass

*„die Zahl der vom Arbeitnehmer tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden sowie ihre zeitliche Lage, (sowie) die über die gewöhnliche Arbeitszeit hinausgehende, als Überstunden geleistete Arbeitszeit objektiv und verlässlich ermittelt werden (können muss).“<sup>10</sup>*

Selbst wenn man einmal unterstellt, dass der EuGH mit dem Begriff „Überstunden“ nicht bereits schon Tätigkeiten meint, die über die vertragliche Regelarbeitszeit hinausgehen,<sup>11</sup> sondern „nur“ Arbeitszeiten, die jenseits der unionsrechtlichen 48 Wochenstundengrenze liegen, macht der EuGH mit dieser im Urteil immer wieder, ja fast redundant gebrauchten, Formel<sup>12</sup> klar, dass der Arbeitgeber die gesamte Arbeitszeit eines Beschäftigten aufzuzeichnen hat.

Mithin liegt auf der Hand, dass den Anforderungen des EuGH mit § 16 Abs. 2 ArbZG nicht Genüge getan wird.

Das wird nicht zuletzt dadurch unterstrichen, dass der EuGH die spanische Rechtslage, wie sie sich ihm zum Zeitpunkt der CCOO-Entscheidung präsentiert hat, für unzureichend befindet. Art 35 des Arbeitnehmerstatuts (Estatuto de los Trabajadores, im weiteren kurz: ET) lautete in der bis zum 13.5.2019 geltenden Fassung:<sup>13</sup> *„Für die Berechnung der Überstunden wird die Arbeitszeit jedes Arbeitnehmers täglich aufgezeichnet und zum für die Zahlung der Vergütung festgelegten Zeitpunkt zusammengezählt, wobei dem Arbeitnehmer eine Kopie der Aufstellung im Beleg zur entsprechenden Zahlung übermittelt wird.“* Überstunden in der Lesart des spanischen Rechts sind dabei im weitesten Sinn mit der Mehrarbeit des § 3 ArbZG vergleichbar. Die spanischen Gerichte legten diese Vorschrift so aus, dass nur die Aufzeichnung der von Beschäftigten geleisteten Mehrarbeit verpflichtend ist. Ihre Begründung ist dabei kaum anders, als die hM zu § 16 Abs. 2 ArbZG argumentiert: In Art. 35 ET ist nur von einer Auflistung von Überstunden die Rede. Nicht angesprochen ist dagegen die „gewöhnliche Arbeitszeit“, wie sie im vorangehenden Art. 34 ET definiert ist. Darunter versteht das spanische Recht die Arbeitszeit, die die Höchstarbeitszeit nicht überschreitet. Von dieser war in Art. 35 Abs. 5 ET aF nicht die Rede und deshalb ist diese auch nicht zu dokumentieren. Weiter finden sich auch im spanischen Recht nicht wenige spezielle Regelungen, die für ausgewählte Fallgestaltungen eine volle Aufzeichnungspflicht vorsehen. Daraus wird ex contrario geschlossen, dass eine solche für die Grundarbeitszeit nicht besteht.

---

<sup>10</sup> EuGH, Fn. 1 Rn. 47.

<sup>11</sup> Was indes wohl der Fall ist, vgl. Rn. 39, 52.

<sup>12</sup> Sie findet sich in den Rn. 29, 46, 47, 51, 54, 56, 57, 58, 60, 62, 65, 67, 71 sowie im Tenor.

<sup>13</sup> EuGH, Fn. 1, Rn. 17, 49, 52.

Schließlich wird der Verstoß gegen die Aufzeichnungspflicht bußgeldrechtlich sanktioniert. Da Bußgelder aber nur dann verhängt werden können, wenn der Sanktionstatbestand im Gesetz hinreichend genau beschrieben ist, darf Art. 35 Abs. 5 ET nicht erweiternd ausgelegt werden. Alles in allem lagen die Dinge in Spanien also kaum anders, als sie sich gegenwärtig in Deutschland präsentieren.

Es kommt hinzu, dass die gegenwärtige Regelung auch dem Telos der EuGH-Entscheidung nicht gerecht wird. Der EuGH hält eine Arbeitszeiterfassung für erforderlich, damit sich feststellen lässt

*„ob zum einen die wöchentliche Höchstarbeitszeit (Art. 6 RiL 2003/88) (...) beachtet wurde, und ob zum anderen die in (...) Art. 5 (RiL 2003/88) festgelegten täglichen oder wöchentlichen Mindestruhezeiten, was die tägliche Ruhezeit betrifft, in jedem 24-Stunden-Zeitraum oder, was die wöchentliche Ruhezeit betrifft, im Bezugszeitraum nach Art. 16 Buchst. a (der) Richtlinie eingehalten wurden.“<sup>14</sup>*

Das lässt sich mit § 16 Abs. 2 ArbZG nicht leisten. Aus der Dokumentation von Mehrarbeit lässt sich nicht entnehmen, ob tägliche oder wöchentliche Ruhezeiten eingehalten wurden. Dazu muss die Lage der Arbeitszeit einschließlich der Grundarbeitszeit festgehalten werden.

Aber auch die Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit (48 Stunden, s. Art. 6 RiL 2003/88/EG) lässt sich über diese Regelung nicht bewerkstelligen. Dagegen kann auch nicht argumentiert werden, dass sich dies mittelbar ergeben würde, weil man aus dem Umstand, dass keine Mehrarbeit aufgezeichnet wurde, schließen könne, dass maximal 48 Stunden in der Woche gearbeitet worden seien. Das setzt nämlich voraus, dass sich der Arbeitgeber rechtstreu verhält, was mit den Aufzeichnungen aber gerade überprüft werden soll. Auch lässt sich nicht behaupten, dass wenn der Arbeitgeber Mehrarbeit erfassen muss, er dazu notwendigerweise wissen muss, wann bzw. dass die Grundarbeitszeit der betreffenden Arbeitnehmerin bzw. des betreffenden Arbeitnehmers erschöpft ist.<sup>15</sup>

Denn es ist bereits denkbar, dass die Grundarbeitszeit überschritten wird, der Arbeitgeber aber argumentiert, dass die Arbeitszeit an den Tagen zuvor oder hinter der Regelarbeitszeit zurückgeblieben ist.

Beispiel: Bei einer 6-Tage-Woche wird für Montag und Dienstag eine Überschreitung von 2 Stunden festgehalten. Damit steht nur fest, dass der Arbeitnehmer in einem Sieben-Tages-Zeitraum jedenfalls 20 Stunden gearbeitet hat. Hätte der Arbeitnehmer an den verbleibenden

---

<sup>14</sup> EuGH, Fn. 1, Rn. 49.

<sup>15</sup> So offenbar: *Zumkeller*, BB 2019, Heft 25, Umschlagteil, I.



Tagen jeweils 8 Stunden gearbeitet – was ja nicht zu dokumentieren ist – ergäbe sich eine Wochenarbeitszeit von 52 Stunden. Trägt der Arbeitgeber nun vor, dass der Arbeitnehmer von Mittwoch bis Samstag jeweils nur 7 Stunden gearbeitet habe, wäre die Wochenarbeitszeit zwar eingehalten. Das geht aus der Dokumentation aber nicht hervor. Anderes würde nur gelten, wenn die Arbeitszeit des Arbeitnehmers an den fraglichen Tagen herabgesenkt worden wäre, um ihm den nach § 3 S. 2 ArbZG erforderlichen Zeitausgleich zu gewähren und daher auch diese dokumentiert worden wäre.

Aber auch ansonsten geht die (Nicht-)Einhaltung der Höchstarbeitszeit aus der Dokumentation allenfalls dann hervor, wenn die Grundarbeitszeit Beschäftigten bekannt ist, etwa weil diese in fixen, im Voraus festgelegten Schichtplänen arbeiten und diese auch tatsächlich eingehalten werden, wenn die Grundarbeitszeit der Beschäftigten aus sonstigen Unterlagen irgendwie ersichtlich wird oder der Arbeitgeber sie „freiwillig“ dokumentiert.

Darauf kommt es letztlich aber gar nicht an. Der EuGH verlangt ja nach einer objektiven, verlässlichen und zugänglichen Zeitaufzeichnung, die es den Beschäftigten, aber auch Dritten, wie etwa Aufsichtsbehörden, ermöglicht, ohne weitere Nachforschungen festzustellen, ob die Höchstarbeitszeit erreicht bzw. gar überschritten wurde. Das bedingt aber die Aufzeichnung auch der Grundarbeitszeit oder in den Worten des EuGH: Die verlässliche Einstufung von Arbeitszeit „als „Überstunden“ setzt (...) voraus, dass die Dauer der von dem jeweiligen Arbeitnehmer geleisteten Arbeitszeit bekannt ist und somit zuvor gemessen wurde.“<sup>16</sup> Sicher ist es richtig, dass angesichts der fast flächendeckenden Einführung der 5-Tage-Woche und des verbreiteten 8-Stunden-Tages, Überschreitungen des 48-Stunden-Rahmens wohl kein Massenphänomen sind. In Produktions- und „klassischen“ Bürounternehmen arbeiten die meisten Beschäftigten ohnehin in Schichtsystemen. Dass Tarifverträge (Stichwort: 35 bzw. 38,5 Stundenwoche) und Betriebsräte Arbeitszeitexzessen hier einen Riegel vorschieben, tut ein Übriges hinzu.<sup>17</sup> Dessen ungeachtet ist es aber nicht so, dass es überhaupt keine Missstände geben würde und die Vorgaben der Richtlinie überall und durchweg beachtet würden. Davon völlig abgesehen, ist die Zeiterfassung aber so oder so im Unionsrecht vorgegeben.

---

<sup>16</sup> EuGH, Fn. 1, Rn. 52.

<sup>17</sup> S. Bayreuther, EuZW 2019, 446, 448.

## 2. Weitere Regelungen im Arbeitszeitrecht

### a) Arbeitszeitrecht ieS

Für einige ausgewählte Sachverhalte ordnet das Arbeitszeitrecht die Aufzeichnung der gesamten Arbeitszeit an. Dies tritt zu auf:

- Beschäftigte im Straßentransport, § 21a Abs. 7 ArbZG (Aufzeichnung „*der Arbeitszeit*“: Aufbewahrungspflicht mindestens zwei Jahre, keine gesetzlichen Vorgaben zur Aufzeichnungsfrequenz. Aufzuzeichnen ist die gesamte, nicht nur die über 8 Stunden hinausgehende Arbeitszeit und nicht nur die Lenkzeiten.<sup>18</sup>
- Besatzungsmitglieder in der Seeschifffahrt, § 50 Abs. 2 und 3 SeeArbG iVm § 3 See-ArbZNV: Aufzeichnung der täglichen Arbeits- und Ruhezeiten, der gewährten Ruhepausen, Begründung etwaiger Abweichungen von normalerweise geltenden Arbeits- und Ruhezeiten. Verpflichtet ist der Kapitän. Dieser kann einen Schiffsoffizier oder einen anderen Vorgesetzten mit der Aufzeichnung beauftragen. Den Besatzungsmitgliedern ist eine Mitteilungspflicht auferlegt, die inhaltlich in einer Anlage zur Aufzeichnungsverordnung konkretisiert wird.
- § 8 OffshoreArbZV: Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers über die gesamte Arbeitszeit sowie den Ausgleich einer Mehrarbeit über acht Stunden und die Ersatzruhetage für Sonntags- und Feiertagsbeschäftigung. Es ist täglich aufzuzeichnen. Die Verpflichtung ist bußgeldbewehrt: § 18 Nr. 5 OffshoreArbZV.
- § 10 Abs. 2 Nr. 6 BinSchArbZV: Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeiten bzw. der täglichen Ruhezeiten aufzuzeichnen. Die Aufzeichnungen sind in geeigneten Zeitabständen, spätestens bis zum Ende des auf die Arbeitsleistung folgenden Monats, gemeinsam vom Arbeitgeber oder einer von ihm beauftragten Person und vom Arbeitnehmer oder von der Arbeitnehmerin auf Richtigkeit zu prüfen und zu bestätigen (§ 10 Abs. 3 BinSchArbZV). Werden Jugendliche beschäftigt, sind die Aufzeichnungen in geeigneten Zeitabständen, spätestens bis zum nächsten Monatsende, gemeinsam vom Arbeitgeber oder seinem Vertreter und vom Jugendlichen zu prüfen und zu bestätigen: § 20 Abs. 2 JArbSchG.
- § 21 Abs. 1 Nr. 2 LadSchlG: Der Arbeitgeber hat ein Verzeichnis über Namen, Tag, Beschäftigungsart und -dauer der an Sonn- und Feiertagen beschäftigten

---

<sup>18</sup> Baeck/Deutsch, Fn. 2, § 21a Rn. 33. Schliemann, Fn. 2, § 16 Rn. 5,7, § 21a Rn. 39. Hahn/Pfeiffer/Schubert/Sitzenfrei, Fn. 2, § 21a Rn. 16. Anzinger/Koberski, Fn. 2, § 21a Rn. 29. HWK/Güntgen, Fn. 2, § 21a ArbZG Rn. 10. Neumann/Biebl, Fn. 2, § 21a Rn. 19.

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu führen. Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung eine einheitliche Form für das Verzeichnis vorschreiben. Einige Bundesländer gehen darüber hinaus. Beispiel: § 8 LöffG Mecklenburg-Vorpommern. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, zusätzlich die Beschäftigungsdauer an Werktagen aufzuzeichnen, soweit die Beschäftigten nach 20.00 Uhr tätig werden.<sup>19</sup>

#### b) Verkehrsrecht iwS

Vor allem verkehrsrechtliche Gesetze enthalten Vorschriften über die Aufzeichnung von Arbeits-, Lenk-, Flug- und Ruhezeiten, namentlich § 4.2. DV LuftBO sowie Art. 6 Abs. 5 VO (EG) 561/2006, § 8 Abs. 1 EFPV und §§ 3.08, 3.09 sowie 3.13 RheinSchPersV.

Im weitesten Sinn gesellt sich hierzu noch § 13 Abs. 1 Nr. 3 HeimG, mit dem indes nur sichergestellt werden soll, dass die Personaldecke eines Heimes ausreicht, um eine ausreichende Versorgung der Bewohner sicher zu stellen.

Von einer Darstellung der Einzelheiten soll hier abgesehen werden. Zum einen dienen die einschlägigen Regelungen vorwiegend oder zumindest auch dem Schutz der Verkehrssicherheit (o.ä.). Zum anderen knüpfen sie nicht alleine an die Arbeitszeit an, sondern machen sich an bestimmten Tätigkeiten fest. Diese werden zwar während der Arbeitszeit erbracht; indes ist es alles andere als ausgeschlossen, dass der Beschäftigte auch darüber hinaus noch Arbeitsleistungen erbringt (etwa: Be- und Entladen eines LKW). Schließlich weisen diese Vorschriften keine Regelungsmechaniken auf, die sich so nicht schon im „allgemeinen“ Arbeitszeitrecht selbst finden würden. Sie bieten daher keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn.

#### c) Regelungsdefizit im Vergleich zu CCOO

Zwar finden sich im Arbeitszeitrecht (iwS) neben § 16 ArbZG zahlreiche Regelungen, die dem Arbeitgeber in bestimmten Konstellationen aufgeben, die Arbeitszeiten seiner Beschäftigten vollständig zu erfassen. Diese knüpfen indes allesamt an besondere Tatbestände an. Sie sind weder verallgemeinerungsfähig, noch decken sie das Arbeitsleben auch nur einigermaßen umfassend ab. Überblickshaft lässt sich sagen, dass sich die einschlägigen Normen auf Arbeitsverhältnisse beziehen, in denen die Einhaltung der Arbeitszeit besonders schwer zu kontrollieren ist oder in besonderem Maß Verstöße gegen das Arbeitszeitrecht zu

---

<sup>19</sup> Überblick über die einzelnen Länderregelungen bei BeckOK-ArbR/Kock, 52. Edition, § 16 ArbZG Rn. 5.1.

besorgen sind, es umgekehrt aber, nicht zuletzt im Hinblick auf Interessen der Allgemeinheit, wichtig erscheint, dass Höchstarbeits- und Ruhezeiten eingehalten werden (Beispiel: Schifffahrt, Straßenverkehr).

### 3. Anweisung der Aufsichtsbehörden nach § 17 ArbZG

#### a) Anordnungsbefugnis

Nach § 17 Abs. 2 ArbZG kann die Aufsichtsbehörde die erforderlichen Maßnahmen anordnen, die der Arbeitgeber zur Erfüllung der sich aus dem ArbZG ergebenden Pflichten zu treffen hat. Absatz 4 ermächtigt die Aufsichtsbehörde, vom Arbeitgeber die für die Durchführung des Gesetzes erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Danach kann die zuständige Aufsichtsbehörde Arbeitgeber anweisen, die gesamte tägliche Arbeitszeit der Beschäftigten einschließlich der Ruhepausenzeiten aufzuzeichnen.

#### b) Regelungsdefizit im Vergleich zu CCOO

Da das ArbZG aber keine allgemeine Aufzeichnungspflicht anordnet, ist eine entsprechende Anordnung der Behörde nur möglich, wenn dafür ein Anlass besteht. Daher sind einschlägige Anordnungen (nur) dann zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Arbeitgeber gegen die Vorgaben des Arbeitszeitrechts verstößt, weil er Mehrarbeit in einem unzulässigen Umfang anordnet, Ruhezeiten nicht eingehalten, Ausgleichszeiten nicht gewährt hat oder sich seine bisherigen Aufzeichnungen nach § 16 Abs. 2 ArbZG als unzureichend erweisen.<sup>20</sup>

Darüber hinaus wird in der Literatur vertreten, dass – sollte das ArbZG das Unionsrecht nicht richtig umgesetzt haben – die Behörde es in ihr Entschließungs- und Auswahlermessen einzustellen hat.<sup>21</sup> Selbst wenn man sich dem anschließen wollte, ließe sich alleine auf diesem Wege aber noch lange keine grundständige Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers begründen.

---

<sup>20</sup> BayVGH 26.10.2011 - 22 CS 11.1989, BeckRS 2011, 32737 Rn. 15. Die fragliche Entscheidung erging indes lediglich in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und auf Basis einer summarischen Prüfung; die entscheidende Aussage bleibt letztlich begründungslos.

<sup>21</sup> Buschmann/Ulber, Fn. 3, § 16 Rn 18 u § 17 Rn. 4; HK/Ernst/Bartl, Fn. 2, § 16 ArbZG Rn. 11.

Danach lässt sich das im Arbeitszeitrecht bestehende Regelungsdefizit keinesfalls über § 17 Abs. 2 und 4 ArbZG abfangen. Dabei kommt hinzu, dass die Ermächtigungsnorm den Beschäftigten keine subjektiven Rechte gegenüber dem Arbeitgeber vermittelt.

#### 4. Aufzeichnungspflichten im Mindestlohnrecht

##### a) § 17 MiLoG

Sämtliche Gesetze zu Mindestlöhnen enthalten Regelungen zur Erfassung von Arbeitszeiten. An erster Stelle zu nennen ist § 17 Abs. 1 MiLoG. Die Regelung verpflichtet Arbeitgeber zur Zeitaufzeichnung, soweit diese

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Wirtschaftsbereichen des § 2a Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) beschäftigen oder
- „Minijobber“ nach § 8 Abs. 1 SGB IV beschäftigen (Ausnahmen: geringfügig Beschäftigte in Privathaushalten) oder
- als Entleiher tätig sind und Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter in § 2a-SchwarzArbG-Branchen entleihen.

Nach dem Gesetzeswortlaut bezieht sich die Dokumentationspflicht auf alle aufgeführten Beschäftigten und zwar ohne Rücksicht auf ihr Gehalt. Eine Aufzeichnungspflicht würde also auch dann bestehen, wenn deren Stundenentgelt, ggf. deutlich, über dem Mindestlohn liegt. Dies findet allerdings eine Einschränkung durch § 17 Abs. 3 MiLoG iVm § 1 der Mindestlohndokumentationspflichtenverordnung (MiLoDokV).<sup>22</sup> Danach entfällt die Dokumentationspflicht, wenn das Gehalt der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers – hier verkürzt dargestellt – 2.000 bzw. 2.958 Euro im Monat überschreitet.

Besteht eine Erfassungspflicht, muss der Arbeitgeber Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzeichnen. Die Aufzeichnungen sind mindestens zwei Jahre aufzubewahren, beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt. Die Einhaltung dieser Verpflichtung ist bußgeldbewehrt: § 21 Abs. 1 Nr. 7 MiLoG.

---

<sup>22</sup> Thüsing/Joussen, 2. Auflage 2016, § 17 MiLoG Rn. 19f. BeckOK-ArbR/Greiner, Fn. 19, § 17 MiLoG, Rn. 3. Riechert/Nimmerjahn, Fn. 2, § 17 MiLoG, Rn. 66; Lakies, 4. Auflage 2015, § 17 MiLoG, Rn. 14.

Eine Erleichterung ergibt sich nach § 17 Abs. 4 MiLoG iVm mit der Mindestlohn-aufzeichnungsverordnung (MiLoAufzV).<sup>23</sup> Danach genügt es, wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit aufgezeichnet wird, soweit die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer (1.) ausschließlich mit mobilen Tätigkeiten betraut sind, (2.) keinen Vorgaben zu Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit unterliegen und (3.) sie sich ihre Arbeitszeit eigenverantwortlich einteilen können. Beispielhaft nennt die Verordnung u.a. die Zustellung von Briefen, Paketen und Druckerzeugnissen.

Umgekehrt verschärft § 6 des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) die Aufzeichnungspflichten dahingehend, dass Arbeitgeber (bzw. Entleiher) in der Fleischwirtschaft (vgl. § 6 Abs. 10 AEntG, Ausnahme: Handwerksbetriebe) verpflichtet sind, den Beginn der täglichen Arbeitszeit der Beschäftigten jeweils unmittelbar bei Arbeitsaufnahme, sowie Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit jeweils noch am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen.

#### b) Sonstige Mindestlohnregelungen

Eine dem Mindestlohnrecht weitgehend nachgebildete<sup>24</sup> Bestimmung enthalten:

- § 19 AEntG (Branchenmindestlöhne nach dem AEntG), sowie
- § 17c Abs. 1 iVm § 3a AÜG (Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung)

Die Einhaltung der Regelungen ist bußgeldbewehrt (§ 23 Abs. 1 Nr. 8 AEntG, § 16 Abs. 1 Nr. 17 AÜG). Die Erleichterungen der MiLoAufzV greifen auch für die Aufzeichnungspflichten nach dem AEntG, die Verschärfungen nach dem GSA Fleisch sowohl für die nach dem AEntG als auch diejenige des AÜG.

#### c) Regelungsdefizit im Vergleich zu CCOO

Das Mindestlohnrecht hält zwar einen recht breiten Katalog von mehr oder weniger umfassenden Zeitdokumentationspflichten bereit.

Indes sind die einschlägigen Aufzeichnungspflichten vergütungsrechtlicher Natur. Sie sollen sicherstellen, dass die tatsächlich geleistete Arbeitszeit insgesamt mit dem jeweiligen Mindestlohn vergütet wird. § 17 MiLoG kann nur an § 1 MiLoG anknüpfen, da die Regelung

---

<sup>23</sup> Riechert/Nimmerjahn, Fn. 2, § 17 MiLoG, Rn. 85. Lakies, Fn. 22, § 17 MiLoG Rn. 15. Thüsing/Joussen, Fn. 22, § 17 MiLoG Rn. 22.

<sup>24</sup> Die spezielleren Regelungen des AEntG sind den allgemeineren des MiLoG nur im rechtstechnischen Sinne nachgebildet. Rechtshistorisch gesehen liegen die Dinge genau anders herum, da sich die Regelungen des wesentlich später erlassenen Mindestlohnrechts an denen des AEntG orientierten.

Mindestlohnverstöße aufdecken soll. Daraus folgt, dass nur Arbeitszeiten aufzuzeichnen sind, die auch mindestlohnpflichtig sind.<sup>25</sup> Immerhin sind die Unterschiede zwischen dem mindestlohn- und dem vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff nicht unüberbrückbar. Bislang hat die Rechtsprechung zur Definition der mindestlohnrelevanten Arbeitszeit auf die Grundsätze des öffentlichen Arbeitszeitrechts zurückgegriffen. So hat sich das BAG namentlich bei der Frage, inwieweit Ruhezeiten während des Bereitschaftsdienstes mindestlohnrelevant sind, am ArbZG orientiert („*Bereitschaftsdienst ist nicht nur arbeitsschutzrechtlich Arbeitszeit*“).<sup>26</sup> Dafür spricht nicht zuletzt, dass wenn jede geleistete Zeitstunde mit dem Mindestlohn zu vergüten ist, es einer objektiven Definition der Arbeitszeit bedarf, die der Parteidisposition entzogen ist, und eine solche findet sich gerade im Arbeitszeitrecht. Dabei kommt hinzu, dass der EuGH über das Entsenderecht weitreichenden Einfluss auf nationale Mindestlöhne nimmt und er sich dabei an seinem allgemeinen zeitrechtlichen Arbeitsbegriff zu orientieren scheint.<sup>27</sup> Probleme bleiben aber etwa, was Dienstreisen betrifft. Diese sind regelmäßig zu vergüten, stellen indes – abhängig von der Art der Reise – meist keine Arbeitszeit im öffentlich-rechtlichen Sinn dar.<sup>28</sup>

Entscheidend ist aber, dass die fraglichen Normen nur ausgewählte Arbeitsverhältnisse ansprechen und dabei vor allem solche, denen, verkürzt gesprochen, eine gewisse Tendenz zu prekärer Beschäftigung innewohnt und die der Gesetzgeber deshalb für dokumentationsrelevant hält. Dagegen fällt die ganz überwiegende Mehrheit der Arbeitsverhältnisse nicht in den Anwendungsbereich der einschlägigen Aufzeichnungsnormen.

Zudem können diese Regeln nicht dazu dienstbar gemacht werden, um den Beschäftigten einen Schutz vor einer überbordenden zeitlichen Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber zu vermitteln. Zwar könnten die (arbeitszeitrechtlichen) Aufsichtsbehörden uU auch auf mindestlohnbezogene Dokumentationen zugreifen (§ 17 Abs. 4 ArbZG<sup>29</sup>, nunmehr auch: § 6 Abs. 4 Nr. 14 SchwarzArbG). Gegebenenfalls können Beschäftigte diese auch in einen Zivilprozess zum Beweis von Ansprüchen außerhalb des MiLoG einführen. Doch ergeben

---

<sup>25</sup> Riechert/Nimmerjahn, Fn. 2, § 17 MiLoG, Rn. 42. iE auch: Lakies, Fn. 22, § 17 Rn. 5.

<sup>26</sup> Etwa: BAG 11.10.2017, 5 AZR 591/16, NZA 2018, 32; BAG 29.6.2015, 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332 Rn. 28. In diese Richtung auch: Schaub-ArbR-HdB/Vogelsang, 17. Aufl. 2017, § 66 Rn. 24. Kritisch gegen das BAG aber: Wank, Anm. zu BAG AP MiLoG § 1 Nr. 2 (= 11.10.2017).

<sup>27</sup> Vgl die Nachw. in Fn. 74.

<sup>28</sup> Vgl. BAG 17.10.2018, 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159; Stöhr/Stolzenberg, NZA 2019, 505.

<sup>29</sup> Eindeutig dagegen aber: Schliemann, Fn. 2, § 17 Rn. 20; Hahn/Pfeiffer/Schubert/Sitzenfrei, Fn. 2, § 17 Rn. 18: „Andere“ Unterlagen, auch soweit in ihnen Arbeitszeitaufzeichnungen enthalten sind, sind von der Vorlageverpflichtung nicht erfasst. Etwas großzügiger: Buschmann/Ulber, Fn. 3, § 17 Rn. 7, 8; HK/Ernst/Bartel, Fn. 2, § 16 Rn. 11: Es kann die Vorlage auch von „anderen“ Unterlagen verlangt werden, wenn die Aufsichtsbehörde dies bei der Durchführung ihrer Aufgaben für erforderlich hält.

sich so keine unmittelbare und flächendeckende Kontroll- und Sanktionsbefugnisse der Aufsichtsbehörden.

## 5. Betriebsverfassungsrechtlich intendierte Aufzeichnungspflichten

### a) § 87 BetrVG

Schon vor der EuGH-Entscheidung ist in der Literatur angedacht worden, ob der Betriebsrat nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG die Einführung einer Zeiterfassung zur Vermeidung von Gesundheitsschäden verlangen könnte.<sup>30</sup>

Indes ist eine solche Argumentation nicht tragfähig.<sup>31</sup> Das BAG hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die Reichweite des Tatbestands des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG eingegrenzt.<sup>32</sup> Danach bezieht sich das Mitbestimmungsrecht nicht auf jegliche Maßnahmen und Entscheidungen des Arbeitgebers, die irgendeinen Einfluss auf den Gesundheitsstatus der Belegschaft haben könnten, sondern nur auf solche, die der Arbeitgeber gerade aus den Gründen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes ergreift oder ergreifen müsste. Das Mitbestimmungsrecht knüpft an das Vorliegen von Gefährdungen, die entweder feststehen oder im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung (§ 3 ArbStättV iVm § 5 ArbSchG) festzustellen sind. Danach reicht alleine die Besorgnis, dass Beschäftigte ohne entsprechende Aufzeichnungen gesetzliche Höchstarbeitszeiten überschreiten könnten, nicht aus, um dem Arbeitgeber eine Dokumentationspflicht aufzuerlegen.

Überhaupt keine Rolle im vorliegenden Kontext spielt § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Das gilt ungeachtet des Umstands, dass sich die Erfassung von Arbeitszeiten in vielen Fällen über eine datentechnische Aufzeichnung vollziehen wird. Ist dies der Fall, kommt dem Betriebsrat bei der Einführung des Systems zwar in der Tat das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu. Indes kann er nicht die Einrichtung einer entsprechenden technischen Zeiterfassung verlangen. Soweit dem Betriebsrat im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein Initiativrecht zukommt, dient dies alleine dazu, Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts der Beschäftigten abzuwehren; er kann dies aber nicht dazu nutzen um bestimmte Überwachungsmaßnahmen einzufordern.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> *Fitting*, 29. Auflage 2018, BetrVG, § 87 Rn. 251.

<sup>31</sup> So zutreffend: *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263, 265.

<sup>32</sup> BAG 18.7.2017, 1 ABR 59/15, NZA 2017, 1615; BAG 21.11.2017, 1 ABR 47/16, NZA 2018, 380; BAG 28.3.2017, 1 ABR 25/15, NZA 2017, 1132.

<sup>33</sup> S. nur *Fitting*, Fn. 30, BetrVG, § 87 Rn. 251.



## b) § 80 BetrVG

Einige Aufmerksamkeit verdient der allgemeine Unterrichts- und Auskunftsanspruch des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 iVm Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.<sup>34</sup> Bereits 2003 hat das BAG entschieden, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit zu informieren hat, da der Betriebsrat nur so die Einhaltung der in § 5 ArbZG vorgeschriebenen Ruhezeit überprüfen könne.<sup>35</sup> Diese Auskünfte hat der Arbeitgeber auch dann zu erteilen, wenn er mit Rücksicht auf eine im Betrieb geltende „Vertrauensarbeitszeit“ die tatsächlichen Arbeitszeiten der Beschäftigten nicht erfasst und/oder bewusst nicht zur Kenntnis nehmen will. Dabei soll die Auskunftspflicht nach einer Literaturauffassung sogar eine monatliche Auskunft über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie über eine Über- und Unterschreitung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit umfassen.<sup>36</sup>

Das mag auf den ersten Blick etwas überraschend erscheinen. Zum einen konstruiert das BAG hier mittelbar eine Erfassungspflicht des Arbeitgebers, die das Arbeitszeitrecht jedenfalls nach herrschender Auffassung so nicht kennt. Zum anderen sind nach ständiger Rechtsprechung und ganz überwiegender Lehre dem Betriebsrat im Rahmen des § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG eigentlich nur solche Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die der Arbeitgeber tatsächlich besitzt. Der Betriebsrat kann indes nicht verlangen, dass der Arbeitgeber nicht vorhandene Unterlagen erst für ihn herstellt.<sup>37</sup>

Hiervon weicht die Rechtsprechung aus dem Jahr 2003 recht deutlich ab. Das BAG begründete dies seinerzeit damit, dass der Arbeitgeber seinen Betrieb so zu organisieren habe, dass er die Durchführung der geltenden Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen – und dabei auch gesetzliche Höchstarbeitszeitgrenzen – selbst gewährleisten kann. Er müsse sich deshalb über die einschlägigen Daten in Kenntnis setzen. Folglich könne er auch dem Betriebsrat eine Auskunft hierüber nicht verweigern, indem er darauf verweist, dass er die tatsächliche Arbeitszeit der Beschäftigten nicht erfasse bzw. nicht erfassen wolle (Stichwort: „Vertrauensarbeitszeit“). Ein Verzicht auf die Erhebung von Arbeitszeitdaten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sei keine zu respektierende Ausübung der betrieblichen Organisations- und Leitungsmacht des Arbeitgebers, da diese nur im Rahmen der den Arbeitgeber bindenden normativen Vorgaben bestehen könne.

---

<sup>34</sup> § 80 BetrVG hebt im Zusammenhang mit CCOO hervor: *Kohte*, jurisPR-ArbR 27/2019 Anm. 7 sub. D.

<sup>35</sup> BAG 6.5.2003, 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348.

<sup>36</sup> Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/*Buschmann*, BetrVG, 16. Auflage 2017, § 80 Rn. 92.

<sup>37</sup> Daher kritisch zur Rechtsprechung des BAG: Hess/Worzalla/*andere/Nicolai*, BetrVG, 10. Auflage 2018, § 80 Rn. 70.

Noch deutlicher formuliert unter Bezugnahme auf diesen Beschluss das LAG Niedersachsen<sup>38</sup>, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Betriebsrat Auskunft über die genauen Arbeitszeiten zu geben, soweit dessen Überwachungsaufgabe nach § 80 BetrVG dies erfordert. Daher dürfe der Arbeitgeber nicht auf die exakte Feststellung der „Ist-Zeiten“ verzichten. Das LAG geht sogar so weit, dass es meint, dass wenn der Arbeitgeber zur Zeiterfassung kein elektronisches System nutzt, sondern auf die Selbstaufschreibung der Beschäftigten vertraut, er durch wirksame Kontrollen gewährleisten müsse, dass die Arbeitszeiten zutreffend aufgeschrieben werden.

### c) Regelungsdefizit im Vergleich zu CCOO

Auch die Maßgaben des BetrVG genügen nicht den Anforderungen des EuGH. Zunächst lässt sich über § 80 BetrVG nur eine „mittelbare“ Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers konstruieren. Vor allem aber hängt die Durchsetzung der betriebsverfassungsrechtlichen Aufzeichnungspflicht davon ab, dass im Betrieb ein Betriebsrat eingerichtet ist und dieser seine einschlägigen Kontrollrechte auch tatsächlich geltend macht. Aus § 80 BetrVG lassen sich weder Individualrechte der Belegschaftsmitglieder noch Kontroll- und Sanktionsbefugnisse der Aufsichtsbehörden herleiten.

## III. Keine unionrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts

Eine unionrechtskonforme Auslegung des deutschen Arbeitsrechts, aber auch dessen Durchbrechung über eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechtscharta ist nach fast einhelliger Ansicht in der Literatur ausgeschlossen. So besteht in der im Nachgang zum CCOO-Urteil erschienenen Literatur mehr oder weniger vollständig Einigkeit darüber, dass die notwendige Anpassung des deutschen Arbeitsrechts nicht im Wege einer unionrechtskonformen Auslegung des ArbZG durch die Gerichte erfolgen kann und daher der Bundesgesetzgeber verpflichtet ist, das Arbeitszeitrecht nachzubessern.<sup>39</sup>

---

LAG 8. 11. 2004, 5 TaBV 36/04, NZA-RR 2005, 424.

<sup>39</sup> BeckOK- ArbR/Kock, Fn. 19, § 16 ArbZG Rn. 4c; Küttner/Poeche, Personalhandbuch 26. Auflage 2019, Arbeitszeit Rn 25a; Sittard/Esser, jM 2019, 284, 287; Heuschmid, NJW 2019, 1853, 1854; Fuhlrott, NZA-RR 2019, 343 (Ziff. 2); ders./Garden, ARBRaktuell 2019, 263, 263 f.; Bayreuther, EuZW 2019, 446, 447 f.; Leist, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1 sub. D; Happ, jurisPR-Compl 3/2019 Anm. 2 sub. C.; Kaufmann ArbAktuell 2019, 277; i.E. auch Kohte jurisPR-ArbR 27/2019, Anm. 7 sub. D. a.E.; etwas offener lediglich, am Ende dann aber doch zögerlich, was eine Direktwirkung betrifft: D.Ulber, NZA 2019, 677; Roetteken, jurisPR-ArbR 23/2019 Anm. 1.

## 1. Richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts

### a) Richtlinienkonforme Auslegung in Arbeitsverhältnissen mit privaten Arbeitgebern

Eine richtlinienrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts ist nicht möglich. Zwar weist der EuGH in Rn. 68 seines Urteils darauf hin, dass die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in der Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen, allen Trägern öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten und damit „*im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten oblieg[en][t]*.“ Damit hat der Gerichtshof indes nicht sagen wollen, dass es an den Gerichten wäre, auch dann von einer Aufzeichnungspflicht auszugehen, wenn sich eine solche nicht im Bestand des nationalen Rechts wiederfindet. Wie nämlich die beiden nachfolgenden Randnummern (also die Rn. 69 und 70) zeigen, will der EuGH mit der fraglichen Passage lediglich auf die Verpflichtung der Gerichte der Mitgliedstaaten hinweisen, nationales Recht soweit als möglich unionrechtskonform auszulegen. Insoweit bleibt der EuGH verhältnismäßig bedeckt und wiederholt lediglich einen Lehrsatz, wie er sich in unzähligen anderen Entscheidungen auch findet.

Dem EuGH geht es mit der fraglichen Passage darum, dass die Gerichte das nationale Arbeitszeitrecht in Richtung einer Aufzeichnungspflicht auslegen müssen, sollte dies nach den einschlägigen Vorschriften und dem Methodenkanon des nationalen Rechts möglich sein. Es ist aber nicht so, dass der EuGH die nationalen Gerichte dazu verpflichten würde, auch dann von einer Aufzeichnungspflicht auszugehen, wenn das nationale Recht eine solche gerade nicht anordnet (vgl. insb. Rn. 60 des Urteils). Das wäre schlechterdings auch nicht möglich, da das Unionsrecht keine Verpflichtung der Judikative vorsieht, ggf. rechtsschöpferisch tätig zu werden. Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung kann Gerichte maximal dazu verpflichten, eine richtlinienwidrige Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, diesen aber nicht eine schöpferische Ergänzung des nationalen Rechts um Bausteine aufgeben, die dort nicht vorgesehen sind.<sup>40</sup>

Wie bereits oben (Teil II) aufgezeigt wurde, kennt das deutsche Recht derzeit keine grundständige Pflicht, die sich an alle Arbeitgeber richtet, die gesamte Arbeitszeit von Beschäftigten aufzuzeichnen. Insbesondere lässt sich eine solche nicht in § 16 Abs. 2 ArbZG hineinlesen.<sup>41</sup> Der Wortlaut der Regelung ist eindeutig. Insoweit kann auch nicht argumentiert

---

<sup>40</sup> Etwas großzügiger nimmt EuGH 3.10.2000, C-303/98, Simap, NZA 2000, 1227 (1230) Rn. 65 ff. = ECLI:EU:C:2000:528 eine korrigierende Ergänzung des nationalen Rechts in einer Detailfrage vor. Dort ließ das nationale Recht eine Abweichung von den Höchstarbeitszeiten im Gegenzug zur Gewährung von Ausgleichszeiten zu, ohne aber den Zeitraum für die Ausgleichsleistung zu begrenzen.

<sup>41</sup> Besonders deutlich: *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263, 264; *Happ*, jurisPR-Compl 3/2019 Anm. 2 sub. D; *Sittard/Esser*, jM 2019, 284, 287: „... schlicht nicht vorsieht und der Vorschrift eine derartige Pflicht unter

werden, dass wenn der Arbeitgeber Überstunden nachweisen müsse, er notwendigerweise dies auch für die allgemeine Arbeitszeit tun müsse. Dazu, dass der Arbeitgeber weiß, dass er sich im Bereich von Überstunden bewegt, genügt, dass er Kenntnis davon hat, dass das Regeldeputat der Beschäftigten erschöpft ist. Dokumentieren muss er dieses deshalb noch lange nicht. S. ausführlich II.1.a.

Allenfalls könnte man Experimenten zuneigen, dergestalt, dass aus der Regelung des § 16 Abs. 2 ArbZG die Worte „über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 S. 1 hinausgehende“ herausgestrichen werden oder die in die Norm nach den Worten „hinausgehende Arbeitszeit“ nochmals „und die (gesamte) Arbeitszeit“ hineingelesen wird.<sup>42</sup>

Mit allen derartigen Auslegungen würde man aber die Wortlautgrenze ganz eindeutig überschreiten. Die zweite Auslegungsvariante wäre überdies auch in systematischer Hinsicht nicht einleuchtend, denn warum sollte der Gesetzgeber zunächst eine Aufzeichnungspflicht in speziellen Fällen anordnen, um im unmittelbaren Anschluss dann eine Aufzeichnungspflicht für sämtliche Arbeitszeiten vorzusehen.

Schließlich bliebe noch die Möglichkeit, § 16 Abs. 2 ArbZG gänzlich unangewendet zu lassen. Es liegt auf der Hand, dass man so mangels anderweitiger Aufzeichnungsbestimmungen im Arbeitszeitrecht zu einem völlig konträren Ergebnis gelangen würde.<sup>43</sup>

Auch entspricht es dem historischen Willen des Gesetzgebers, die Erfassungspflicht des § 16 Abs. 2 ArbZG auf die Mehrarbeit zu beschränken. Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung:

*„Durch die Beschränkung der Nachweispflicht auf ‚über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende Arbeitszeiten‘ wird unnötiger Aufwand vermieden.“<sup>44</sup>*

Diese Sichtweise bestätigen ex contrario auch die unter II. nachgewiesenen Aufzeichnungsvorschriften, die eben für wenige ausgewählte Konstellationen eine Aufzeichnung der gesamten Arbeitszeit anordnen. Besonders deutlich geht das aus den § 8 Offshore-ArbZV und § 10 Abs. 1 BinSchArbZV hervor: *„... abweichend von § 16 Absatz 2 Satz 1 des Arbeitszeitgesetzes ... die gesamte Arbeitszeit (...) täglich aufzuzeichnen.“*

---

*keinen Umständen entnommen werden kann.“ Leist, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1 sub. D: „... was die Wortlautgrenze ... überschreiten dürfte.“*

<sup>42</sup> Das erwägt vorsichtig: *D. Ulber*, NZA 2019, 677, 680, verwirft dies aber letztlich: *„... bewegen sich jedenfalls sehr nah an der Wortlautgrenze, wenn sie nicht sogar darüber hinausgehen.“*

<sup>43</sup> Vgl. nur: *Sittard/Esser*, jM 2019, 284, 287.

<sup>44</sup> BT-Drs. 12/5888, S. 31.

In die gleiche Richtung weisen die Aufzeichnungspflichten nach dem Mindestlohnrecht. Der Gesetzgeber hat diese nämlich nicht zuletzt deshalb eingeführt, weil er der Ansicht war, dass die Aufzeichnungspflichten nach dem Arbeitszeitrecht nicht ausreichen, um die gesamte mindestlohnrelevante Arbeitszeit einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers zuverlässig dokumentieren zu können.<sup>45</sup>

Vor allem aber gilt zu beachten, dass eine richtlinienkonforme Auslegung voraussetzt, dass die Richtlinie selbst ein eindeutiges Auslegungsergebnis hergibt oder aber, dass der EuGH mögliche Auslegungsalternativen auf ein bestimmtes Auslegungsergebnis verdichtet hat. Aus der Arbeitszeitrichtlinie lässt sich aber keine konkrete Vorgabe für ein Arbeitszeiterfassungssystem entnehmen; vielmehr räumt der EuGH den Mitgliedstaaten sogar einen ganz erheblichen Gestaltungsspielraum ein, was dessen Einrichtung betrifft. Beispielhaft zeigt das Rn. 63 des Urteils:

*„(Es obliegt) den Mitgliedstaaten, im Rahmen des ihnen insoweit eröffneten Spielraums, die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems, insbesondere dessen Form, festzulegen, und zwar gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs, sogar der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihrer Größe; ...“*

Besteht mithin ein derart weiter Beurteilungs-, Gestaltungs- und Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, können die mitgliedstaatlichen Gerichte diesen nicht dadurch ausfüllen, dass sie nach eigenen Vorstellungen eine Aufzeichnungspflicht etablieren.

Zur Problematik der Vereinbarkeit einer verwaltungs- bzw. sanktionsrechtlichen Durchsetzung mit Art. 103 GG, s. sogleich, III.3.a.

#### b) Direktwirkung gegenüber öffentlichen Arbeitgebern

Richtlinien können in Vertikalverhältnissen und mithin gegenüber öffentlichen Arbeitgebern direkt wirken, soweit (1) ein Mitgliedstaat sie nicht fristgemäß umgesetzt hat, (2) es um Bestimmungen einer Richtlinie geht, die inhaltlich unbedingt und hinreichend genau formuliert sind und (3) diese Bestimmungen eben Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können. Indes scheitert eine Direktwirkung hier daran, dass die Richtlinie die einschlägige Verpflichtung des Arbeitgebers nicht hinreichend genau

---

<sup>45</sup> Riechert/Nimmerjahn, Fn. 2, § 17 Rn. 39; in diese Richtung auch Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, 3. Auflage 2011, § 19 AEntG Rn. 4; Thüsing/Joussen, Fn. 22, § 17 MiLoG Rn. 10; Lakies, Fn. 22, § 17 MiLoG Rn. 5; vgl. auch Beschlussempfehlung Ausschuss zum früheren MiArbBG, BT-Drs. 13/8994.

formuliert, sondern den Mitgliedstaaten ein ganz erheblicher Gestaltungsspielraum bei der Einführung des Zeiterfassungssystems zukommt.<sup>46</sup> S. bereits III.1.a.

## 2. Keine Direktwirkung über Art. 31 Abs. 2 GrCh

Wie in zahlreichen anderen jüngeren Urteilen zum Urlaubsrecht<sup>47</sup> stützt der EuGH die von ihm angenommene Zeiterfassungspflicht des Arbeitgebers nicht alleine auf die Richtlinie, sondern stellt auch eine Verknüpfung zur Grundrechtscharta her, hier zu Art. 31 Abs. 2 GrCh.<sup>48</sup>

Allerdings lässt das vorliegende Urteil völlig offen, was daraus im konkreten Fall zu folgern ist. Denkbar ist nämlich, dass der Gerichtshof sein Auslegungsergebnis lediglich durch die Charta untermauert sehen will, dieses also auf eine Art verfassungskonforme Auslegung der Richtlinie stützt.<sup>49</sup> Freilich lassen sich die einschlägigen Passagen auch so verstehen, dass er die Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers als in der Charta verortet ansieht. Wäre dies der Fall, würde sich diese möglicherweise unmittelbar und direkt auch an Privatrechtspersonen, mithin also an die einzelnen Arbeitgeber wenden.

Das Urteil ist an dieser Stelle zweideutig und lässt unterschiedliche Interpretationen zu. Gegen eine Verortung der Aufzeichnungspflicht in Art. 31 GrCh und mithin gegen deren „Direktwirkung“ spricht indes ein ganzes Bündel an Argumenten:

Zunächst ruft es ganz grundsätzlich erhebliche Bedenken hervor, dass der EuGH zuletzt immer häufiger dazu neigte, seine Rechtsprechung als grundrechtlich fundiert anzusehen. Diese Sichtweise nimmt ihren Ausgangspunkt im Diskriminierungsrecht.<sup>50</sup> Dort erschien ein direkter Zugriff auf das Diskriminierungsverbot aber nicht völlig unüberzeugend. Abgesehen davon, dass es sich dabei um eine Bestimmung von besonderem Gewicht handelt, ist dieses bereits im Grundrechtstext selbst so abschließend beschrieben, dass aus diesem Schlussfolgerungen für die Rechtspraxis gezogen werden können. Ganz anders liegen die

---

<sup>46</sup> Vgl. *Happ*, jurisPR-Compl 3/2019 Anm. 2 sub. D.

<sup>47</sup> EuGH 12.6.2014, C-118/13, Bollacke, NZA 2014, 651 = ECLI:EU:C:2014:1755. EuGH 6.11.2018 C-569/16, C-570/16, Willmeroth, NZA 2018, 1467(1473) Rn. 87f. = ECLI:EU:C:2018:876. EuGH 6.11.2018, C-684/16, Max-Planck/Shimizu, NZA 2018, 1474 (1479) Rn. 76ff. = ECLI:EU:C:2018:874. EuGH 6.11.2019, C-619/16, Kreuziger, NZA 2019, 36 = ECLI:EU:C:2018:872..

<sup>48</sup> EuGH, Fn. 1 Rn. 60.

<sup>49</sup> So etwa: *Happ*, jurisPR-Compl 3/2019 Anm. 2 sub. C.

<sup>50</sup> EuGH 17.4.2018, C-414/16, Egenberger, NZA 2018, 569 = ECLI:EU:C:2018:257; EuGH 22.11.2005, C-144/04, Mangold, NZA 2005, 1345 = ECLI:EU:C:2005:709; EuGH 19.1.2010, C-555/07, Küçükdeveci, NZA 2010, 85 = ECLI:EU:C:2010:21.

Dinge dagegen bei den sozialen Grundrechten. Diese sind ungemein weit formuliert, offen gehalten und sie erfassen die konkurrierenden Interessen beider Vertragsparteien gleichermaßen. Ihnen ist mithin gerade kein konkreter Normbefehl zu entnehmen. Darüber hinaus gibt es im Richtlinienrecht kaum einen Aspekt, der nicht wenigstens andeutungsweise eine Widerspiegelung in der Charta fände, hat das zur Folge, dass der Wirkungsbereich der Charta weit über Art. 51 Abs. 1 GrCh hinaus ausgedehnt wird. Faktisch haben die Grundrechte so unmittelbare Drittwirkung unter Privaten erlangt. Mittelbar wird so aber auch Richtlinien entgegen der Vertragsbestimmung des Art. 288 Abs. 3 AEUV Direktwirkung auch im Horizontalverhältnis vermittelt, was nicht zuletzt auch im Hinblick auf den Kompetenzkatalog des Art. 153 Abs. 1 lit. c iVm Abs. 2 lit. b kritisch zu sehen ist.<sup>51</sup>

Im konkreten Fall kommt aber noch hinzu, dass im Urteil die fraglichen Passagen ganz deutlich hinter der Formulierungsdichte der urlaubsrechtlichen Judikatur der Gerichtshofs<sup>52</sup> zurückbleiben, in denen dieser eine Direktwirkung der Charta unter Privaten annimmt. Auch nimmt der Gerichtshof keinen Rekurs auf die Ausführungen des Generalanwalts *Pitruzzella*, wonach sich aus Art. 31 Abs. 2 GrCh eine unmittelbar gegen (private) Arbeitgeber gerichtete Dokumentationspflicht herleiten lässt.<sup>53</sup> Den gegenteiligen Schluss aus diesem Umstand zieht allerdings *D. Ulber*.<sup>54</sup> Er ist der Ansicht, dass sich die einschlägigen Ausführungen des EuGH in seiner Urlaubsrechtsprechung mittlerweile zu gefestigten Rechtsgrundsätzen verdichtet hätte und der Gerichtshof mit der fraglichen Passage auf diese Bezug nehmen wollte.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass aus der „richtlinienvermittelten“ Direktwirkung der Charta bislang nur gefolgert wurde, dass die Gerichte chartawidriges nationales Recht unangewendet lassen müssen. Bislang gibt es aber keine Äußerung des EuGH dazu, wie zu verfahren ist, wenn sich ein grundrechtskonformer Zustand nicht durch dessen Nichtanwendung herstellen lässt.<sup>55</sup> Selbst eine etwaige „Direktwirkung“ der Grundrechtscharta kann die Gerichte aber kaum zu einer schöpferischen Ergänzung des nationalen Rechts verpflichten. Insoweit lässt sich auch nicht auf die Rechtsprechung des EuGH in Sachen Kreuziger bzw. Shimizu/Max-Planck-Gesellschaft zurückgreifen.<sup>56</sup> Dort entnimmt der Gerichtshof Art. 31 GrCh zwar eine Verpflichtung des Arbeitgebers, Beschäftigte in einem angemessenen Umfang über ihre Urlaubsansprüche zu informieren.

---

<sup>51</sup> S. zum Ganzen nur: *Rudkowski*, NJW 2019, 476, 479; *diess.*, EuZA 2018, 366; *Kainer*, NZA 2018, 894.

<sup>52</sup> Oben Fn. 47.

<sup>53</sup> Schlussantrag des Generalanwalts *Pitruzzella* v. 31.1.2019, C-55/18, Rn. 93 ff.

<sup>54</sup> *D. Ulber*, NZA 2019, 677, 680.

<sup>55</sup> *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263, 264.

<sup>56</sup> Oben Fn. 47.

Damit hat der EuGH aber bei weitem keine isolierte Handlungspflicht des Arbeitgebers geschaffen. Vielmehr beschränkte er mitgliedstaatliches Urlaubsrecht lediglich dahingehend, dass dieses dann keinen Verfall des Urlaubs mit Ablauf eines Bezugszeitraums vorsehen darf, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin bzw. den Arbeitnehmer nicht zuvor entsprechend unterrichtet hatte.

Schließlich ist auch an dieser Stelle nochmals auf den weiten Entscheidungsspielraum hinzuweisen, den der EuGH den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung einräumt (vgl. nochmals Rn. 63 des Urteils). Jedenfalls mit Rücksicht darauf lassen sich der Charta keine konkreten Handlungspflichten des Arbeitgebers entnehmen, was die Erfassung der Arbeitszeit der bei ihm tätigen Beschäftigten betrifft.

### 3. Grenzen einer Anpassung des Arbeitszeitrechts durch die Gerichte

Selbst wenn man sich den vorstehenden Überlegungen nicht anschließen und davon ausgehen wollte, dass sich die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung bereits in das geltende Recht transformieren lässt – sei es über eine richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitszeitrechts, sei es über die Ausstrahlungswirkung der Grundrechtscharta – wäre mehr als fraglich, ob das so erreichbare Ergebnis auch nur annähernd den Vorgaben des EuGH entspricht.

#### a) Keine Direktwirkung im öffentlichen Arbeitszeitrecht

Eine direkte Einstrahlung des Urteils in das öffentliche Arbeitszeitrecht kommt nicht in Betracht. Derart würde der Richtlinie (oder auch der Grundrechtscharta) im Vertikalverhältnis Direktwirkung verschafft und zwar zu Lasten der Bürger, was so nicht vorstellbar ist. Zudem würden den Verwaltungsbehörden weitreichende Kompetenzen zuerkannt werden, ohne dass es eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hierfür gibt. Das ist mit Art. 20 Abs. 3 GG kaum vereinbar. Die Verhängung von Bußgeldern würde zudem an Art. 103 Abs. 2 GG scheitern. Allenfalls erschiene möglich, dass – wie bereits zu II.3. dargelegt – die Aufsichtsbehörde in ihr Ermessen nach § 17 Abs. 2 und 4 ArbZG einstellt, dass das ArbZG die Richtlinie der Union nicht vollständig umgesetzt hat. Das lässt indes kaum mehr zu, als dass sie in begründeten Einzelfällen verlangt, die Arbeitszeit vollständig aufzuzeichnen, dies wohlgemerkt nur dann, wenn der Arbeitgeber überhaupt Mehrarbeit iSd. § 16 Abs. 2 ArbZG anordnet.



b) „Umsetzung“ auf der Ebene des privaten Arbeitsrechts

aa) Ist eine Umsetzung der Richtlinie alleine auf privatrechtliche Ebene ausreichend?

Die Arbeitszeitrichtlinie gibt keine bestimmte Form vor, in der diese umzusetzen ist. Sie verlangt von den Mitgliedstaaten lediglich, „*die erforderlichen Maßnahmen*“ zu treffen (so z.B. Art. 3 der Richtlinie). Daher scheint es im theoretischen Ansatz gar nicht einmal zwingend, dass ihre Vorgaben in das öffentliche Arbeitsrecht übernommen und deren Einhaltung durch Behörden kontrolliert werden müssten. So gesehen könnte man eine Umsetzung alleine auf zivilrechtlicher Basis für nicht ausgeschlossen halten, so wie das ja auch im Urlaubsrecht der Fall ist. Tatsächlich erwähnt der EuGH im Urteil nur, dass in Spanien Behörden vorhanden sind, die die Einhaltung des nationalen Rechts kontrollieren;<sup>57</sup> er verbindet dies aber nicht mit der Aussage, dass dem so sein muss. Auch frühere Urteile des Gerichtshofs<sup>58</sup> enthalten keine Aussage dahingehend, dass die Richtlinie zumindest teilweise in das öffentliche Recht des Mitgliedstaaten übernommen werden müsste. Den meisten Entscheidungen des EuGH liegen Individualrechtsstreitigkeiten zu Grunde, in deren Rahmen sich der EuGH zur Auslegung des nationalen Arbeitszeitrechts äußert.

Umgekehrt reicht aber nicht, dass die Mitgliedstaaten irgendwelche Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie treffen, vielmehr müssen sie das unternehmen, was „*erforderlich*“ ist, damit den Beschäftigten der durch die Richtlinie gewährte Schutz auch tatsächlich zukommt. Die gewählten Mittel müssen zudem geeignet und effektiv sein („*effet utile*“). In den Worten des EuGH: Die Mitgliedstaaten müssen die „*volle Wirksamkeit*“ der Richtlinie gewährleisten und „*jede Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit*“ verhindern. Richtlinien dürfen nicht so umgesetzt werden, dass es faktisch zu einer Aushöhlung der darin verankerten Rechte kommt.<sup>59</sup>

Und so kommen dann doch Zweifel daran auf, ob eine rein privatrechtliche Umsetzung wirklich stark genug ist, um den arbeitszeitrechtlichen Vorgaben der Richtlinie im Alltag des Arbeitslebens wirklich Gehör zu verschaffen. Das gilt umso mehr, als der EuGH im Urteil ja mit einigem Nachdruck darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer als die schwächere Partei des Arbeitsvertrags anzusehen und deshalb zu besorgen ist, dass der Arbeitgeber ihm eine Beschränkung seiner Rechte auferlegen könnte.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 56 u 57.

<sup>58</sup> S. die Nachw. in Fn. 71.

<sup>59</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 56.

<sup>60</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 57.

Das alles deutet darauf hin, dass sich eine Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie alleine in das private Arbeitszeitrecht kaum als ausreichend erweisen dürfte. Denn selbst wenn einzelne Beschäftigte ihre Rechte gegen einen Arbeitgeber, der diese nicht beachtet, durchsetzen würden, würde das doch stets nur zwischen den Parteien wirken. Mit einer entsprechenden gerichtlichen Entscheidung ließe sich aber nicht eine Erfassungspflicht für den gesamten Betrieb begründen, geschweige denn für das Arbeitsleben insgesamt.

Schlussendlich spricht gegen eine alleinige zivilrechtliche Umsetzung auch, dass der EuGH in der Rechtssache Fuß entschieden hat, dass die Mitgliedstaaten einen Anspruch der Beschäftigten auf Schadensersatz wegen Arbeitszeitüberschreitung nicht davon abhängig machen dürfen, dass zuvor ein „Antrag auf Einhaltung dieser Bestimmung beim (...) Arbeitgeber gestellt wurde.“ Derart würde man die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts auf die Fälle beschränken, in denen dieses von der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer geltend gemacht werde, was dem Verhalten Vorschub leisten würde, sich nur dann an das Unionsrecht zu halten, wenn dessen Beachtung eingefordert werde.<sup>61</sup>

#### bb) Rechtstechnische Machbarkeit

Aber auch rechtstechnisch gesehen erscheinen die Mittel und Möglichkeiten, um eine Zeiterfassung auf privatrechtlicher Ebene zu etablieren, außerordentlich begrenzt.

#### α) Anspruch auf Aufzeichnung

Lässt man die Entscheidung des EuGH direkt auf die privatrechtliche Ebene durchschlagen, könnte der einzelne Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber verlangen, dass seine Arbeitszeit akkurat erfasst und aufgezeichnet wird und zwar notwendigerweise ohne Rücksicht auf die Diskussion über die Doppelwirkung des öffentlichen Arbeitsschutzrechts.<sup>62</sup> Bislang war man zwar davon ausgegangen, dass der Arbeitnehmer aus einem Verstoß des Arbeitgebers etwa gegen § 16 Abs. 2 ArbZG keine zivilrechtlichen Ansprüche herleiten könne.<sup>63</sup> Das könnte indes nicht mehr aufrechterhalten werden, würde das CCOO-Urteil direkt in das deutsche Arbeitszeitrecht hineinstrahlen.

Methodisch ließe sich daran anknüpfen, dass sich aus den §§ 611a, 241 Abs. 2, 242, 618 BGB und Art. 12 ff. DS-GVO, §§ 7, 12 und 14 ArbSchG eine Verpflichtung des Arbeitgebers herleiten lässt, den Arbeitnehmer über bestimmte mit dem Arbeitsverhältnis in

---

<sup>61</sup> EuGH 25.11.2010, C-429/09, Fuß II, NZA 2011, 53 = ECLI:EU:C:2010:717 Rn. 70 ff.

<sup>62</sup> S. nur ErK/Wank, Fn. 2, § 618 Rn. 4; MHdbArbR/Reichold, 4. Auflage 2018, § 41 Rn. 14. Zur Doppelwirkung des Arbeitszeitrechts s. nur: Hahn/Pfeiffer/Schubert, Fn. 2, § 7 Rn. 100.

<sup>63</sup> ErK/Wank, Fn. 2, § 16 ArbZG Rn. 2; Neumann/Biebl, Fn. 2, § 16 Rn. 4; Baeck/Deutsch, Fn. 2, § 16 Rn. 39; Anzinger/Koberski, Fn. 2, § 16 Rn. 16.

Zusammenhang stehende Vorgänge oder Tatsachen zu informieren.<sup>64</sup> Das könnte sich auf eine Unterrichtung über die in einem bestimmten Zeitabschnitt geleistete Arbeitszeit erstrecken lassen, was im Vorfeld voraussetzt, dass diese erst einmal aufgezeichnet wird.

Bedenken bleiben dennoch, weil es alleine mit der Feststellung, dass eine Aufzeichnungspflicht besteht, noch lange nicht getan ist. Vielmehr müssten zahlreiche Einzelfragen geklärt werden, nämlich all diejenigen, die im nachfolgenden Abschnitt IV angesprochen werden (betroffene Unternehmen, aufzuzeichnende Parameter, Art und Weise der Datenerhebung, Aufzeichnungsfrequenz, Delegationsmöglichkeit an den Arbeitgeber, Ausnahmen usw.). Folglich müssten die Gerichte in einem ganz erheblichen Umfang rechtsschöpfend tätig werden. Das erschiene mit Rücksicht auf Art. 20 Abs. 3 GG bedenklich. Zudem würde bis zu einschlägigen Entscheidungen durch das BAG die Rechtslage in hohem Maße unübersichtlich. Es droht eine konturenlose Durchbrechung des geltenden Rechts.

#### β) Konsequenzen eines Verstoßes

##### (1) Aufzeichnungsanspruch der Beschäftigten, Zurückbehaltungs- und Beschwerderechte

Das Zivilrecht hält kaum geeignete Mechanismen bereit, um einen Verstoß des Arbeitgebers gegen die Zeiterfassungspflicht sanktionieren zu können (s. dazu auch IV.4.f.).

Zwar könnten die Beschäftigten den Arbeitgeber gerichtlich auf Erfassung seiner Arbeitszeiten in Anspruch nehmen. Indes erscheint außerordentlich unwahrscheinlich, dass Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer dies tun werden. Mithin ist erneut daran zu erinnern, dass der Gerichtshof darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer als die schwächere Partei des Arbeitsvertrags anzusehen ist und es deshalb verhindert werden muss, dass der Arbeitgeber ihm eine Beschränkung seiner Rechte auferlegen kann.<sup>65</sup>

Ob Beschäftigte gleich ihre Arbeitsleistung nach § 273 BGB (bzw. §§ 323, 618 BGB<sup>66</sup>) verweigern können, nur weil der Arbeitgeber kein Zeiterfassungssystem eingerichtet hat, erscheint fraglich. Zwar ist es allgemeine Auffassung, dass Beschäftigte berechtigt sind, ihre Arbeitsleistung zurückzuhalten, wenn der Arbeitgeber von ihm nach dem ArbZG unzulässige Arbeitseinsätze verlangt.<sup>67</sup> Das setzt aber nach herkömmlicher Auffassung einigermmaßen qualifizierte Verstöße gegen das ArbZG voraus, wie etwa eine Überschreitung der Höchstarbeitszeit, die unzulässige Anordnung von Nachtarbeit oder die Nichtgewährung von

---

<sup>64</sup> HWK/Thüsing, Fn. 2, § 611a Rn. 398 f., 400 ff.

<sup>65</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 56.

<sup>66</sup> Eine Abgrenzung der Rechtsgrundlage ist hier nicht erforderlich.

<sup>67</sup> Im Ergebnis BAG 11.7.2006, 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155; ErfK/Wank, Fn. 2, § 618 Rn. 13; Buschmann/Ulber, Fn. 3, § 1 Rn. 14 sowie §§ 6 Rn. 8 u 11 Rn. 6; Hahn/Pfeiffer/Schubert/Jerchel, Fn. 2, § 3 Rn. 43; Anzinger/Koberski, Fn. 2, § 1 Rn. 42 ff.

Ersatzruhetagen. Mithin besteht ein Leistungsverweigerungsrecht wohl nicht schon dann, wenn der Arbeitgeber lediglich die formalen Dokumentationspflichten des Arbeitszeitrechts nicht beachtet, sich aber „inhaltlich“ noch in dessen Rahmen bewegt.

Eventuell können sich Beschäftigte an die zuständige Stelle im Betrieb oder an den Betriebsrat wenden: §§ 84, 85 BetrVG, § 612a BGB. Gegebenenfalls ist eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörde möglich: vgl. § 17 Abs. 2 S. 2 ArbSchG. Das alles mag in Einzelfällen etwas bewirken; das Arbeitsleben insgesamt lässt sich so jedoch nicht gestalten.

## (2) Schadensersatz

Möglicherweise können Beschäftigte vom Arbeitgeber Schadensersatz fordern, sollte dieser die Arbeitszeit nicht aufgezeichnet haben. Als Anspruchsgrundlage kommen die §§ 611a, 241 Abs. 2, 283, 280 Abs. 1, 249 oder auch die §§ 618, 241 Abs. 2, 280 BGB in Betracht. Zudem ist auf das Fuß-Urteil des EuGH<sup>68</sup> hinzuweisen, in dem sich der EuGH allerdings an der Grenze von Staatshaftungsrecht und einer Haftung des einzelnen Arbeitgebers bewegt, der gegen das Arbeitszeitrecht verstößt. Danach ist, wenn die wöchentliche Arbeitszeit einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers im Schnitt über 48 Stunden liegt, dem Grunde nach ein Ersatzanspruch denkbar. Verpflichtet sind allerdings ausschließlich öffentliche Arbeitgeber.

Indes dürfte sich eine Berufung auf Schadensersatzansprüche regelmäßig als fruchtlos erweisen, weil die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer durch den Verstoß gegen die Aufzeichnungspflicht keinen ersatzfähigen Schaden erleiden wird.

Beschäftigte haben nämlich noch keinen Schaden, nur weil der Arbeitgeber deren Arbeitszeiten nicht aufzeichnet. Das wäre wohl noch nicht einmal der Fall, wenn es dem Arbeitgeber erst dadurch ermöglicht wurde, Arbeiten in einem unzulässigen Umfang anzuordnen. Vielleicht mag man in einer solchen Konstellation zwar einen hinreichenden Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die Aufzeichnungspflicht und der unzulässigen Mehrarbeit begründen wollen. Dessen ungeachtet erwächst den Beschäftigten daraus aber immer noch kein Schaden, solange ihnen die unzulässige Mehrarbeit nur ausreichend vergütet worden ist. So lässt es auch der EuGH in der Rechtssache Fuß zu, den Schaden bei einem Verstoß gegen die Höchstarbeitszeit durch Freizeitausgleich oder in Form einer finanziellen Entschädigung zu kompensieren, deren Berechnung den Mitgliedstaaten

---

<sup>68</sup> EuGH 25.11.2010, C-429/09, Fuß II, NZA 2011, 53 = ECLI:EU:C:2010:717 Rn. 70

überlassen wird. Im Beamtenrecht sind dabei lediglich die konkret geleisteten Dienststunden gemäß den Grundsätzen der Mehrarbeitsvergütung zu vergüten.<sup>69</sup>

### (3) Durchschlagen auf die vergütungsrechtliche Ebene

Schließlich lässt sich diskutieren, ob die Aufzeichnungspflicht nicht über das Vergütungsrecht in das nationale Recht eingebracht werden könnte. Auch das erscheint nicht erfolgversprechend.

Die Arbeitszeitrichtlinie dient der Sicherheit und dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer, trifft aber – wie das europäische Arbeitsrecht insgesamt – keine Aussagen zur Vergütung der Arbeitszeit (vgl. Art. 153 Abs. 5 AEUV). Darauf weist auch der EuGH in seiner arbeitszeitrechtlichen Judikatur auch immer wieder hin.<sup>70</sup>

Allerdings finden sich in der Rechtsprechung des EuGH auch Entscheidungen, die Vorfragen für einen nach nationalem Recht zu beurteilenden Vergütungsanspruch ansprechen. Zu erinnern ist etwa an die Urteile Fuß<sup>71</sup> und Matzak.<sup>72</sup> Aber auch darüber hinaus bezieht sich die fehlende Kompetenz des Unionrechts zur Vergütung auf die Festlegung der Vergütungshöhe, nicht aber auf Umstände, die nur mittelbar auf diese einwirken. Das zeigt etwa die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu mindestlohnwirksamen Vergütungsbestandteilen im Entsenderecht<sup>73</sup>, aber auch die zur Vergütungsdiskriminierung von Teilzeitkräften.<sup>74</sup>

Dennoch lässt sich die Aufzeichnungspflicht nicht über das Vergütungsrecht in das nationale Recht übernehmen, weil offen wäre, welche konkreten Konsequenzen sich daraus ergeben sollen.

Denkbar wäre, dass der Arbeitgeber sich gegen Vergütungsforderungen nicht unter Berufung auf eine (ansonsten zulässige) Ausschlussklausel verteidigen kann (§ 242 BGB, Treuwidrigkeit), wenn er die Arbeitszeit nicht aufgezeichnet hatte.<sup>75</sup> Das aber dürfte nur wenig Bedeutung erlangen.

---

<sup>69</sup> BVerwG 20.7.2017, 2 C 31/16, NVwZ 2018, 419.

<sup>70</sup> EuGH 3.10.2000, C-303/98, Simap, NZA 2000, 1227 (1230) Rn. 49 = ECLI:EU:C:2000:528; 9.9.2003, C-151/02, Jaeger, NZA 2003, 1019 (1022) Rn. 67 = ECLI:EU:C:2003:437; 1.12.2005, C-14/04, Dellas, NZA 2006, 89 (90) Rn. 38 = ECLI:EU:C:2005:728; Beschluss v. 11.1.2007, C-437/05, Vorel Rn. 32 = ECLI:EU:C:2007:23; Beschluss v. 4.3.2011, C-258/10, Grigore Rn. 63 = ECLI:EU:C:2011:122; 10.9.15, C-266/14, CC.OO., NZA 2015, 1177 (1180) Rn. 48 = ECLI:EU:C:2015:578; 26.7.2017, C-175/16, Hälvä, NZA 2017, 1113 (1114) Rn. 24 = ECLI:EU:C:2017:617; 21.2.2018, C-518/15, Matzak, NZA 2018, 293 (294) Rn. 24 = ECLI:EU:C:2018:82.

<sup>71</sup> EuGH 25.11.2010, C-429/09, Fuß II, NZA 2011, 53 = ECLI:EU:C:2010:717.

<sup>72</sup> EuGH 21.2.2018, C-518/15, Matzak Rn. 23 ff., NZA 2018, 293 = ECLI:EU:C:2018:82.

<sup>73</sup> EuGH 12.2.2015, C-396/13, Elekbudowa, NZA 2015, 345 = ECLI:EU:C:2015:86. EuGH 7.11.2013, C-522/12, Isbir, NZA 2013, 1359 (1361) Rn. 38 = ECLI:EU:C:2013:711. EuGH 14.4.2005, C-341/02, Kommission/Deutschland, NZA 2005, 573 (575) Rn. 39 = ECLI:EU:C:2005:220.

<sup>74</sup> EuGH 13.9.2007, C-307/05, Del Cerro Alonso, NZA 2007, 1223 (1126) Rn. 47 = ECLI:EU:C:2007:509.

<sup>75</sup> MHdb ArbR/Schüren, Fn. 54, § 44 Rn. 70 – zur Vertrauensarbeitszeit.

Eventuell käme ein beweisrechtlicher Ansatz in Betracht. Grundsätzlich haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die eine zeitbezogene Vergütung fordern, im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten sie gearbeitet haben. Arbeiten sie über die Grundarbeitszeit hinaus und fordern sie die Abgeltung von Überstunden, müssen sie die Zeiten konkretisieren, die sie über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet haben.<sup>76</sup>

Bislang anerkannt ist aber nur, dass wenn eine Aufzeichnungspflicht besteht, vermutet wird, dass die jeweils notierten Zeiten auch tatsächlich geleistet wurden.<sup>77</sup> Indes ist noch nicht vertreten worden, dass, sollte der Arbeitgeber rechtswidrig nicht aufgezeichnet haben und die Beschäftigten später in einem bestimmten Umfang eine Vergütung fordern, vermutet werden müsste, dass die von ihnen behauptete Arbeitszeit auch tatsächlich geleistet wurde. Eine derart weitreichende Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast wäre aber kaum verhältnismäßig. Der Arbeitgeber würde sich dann bei einer Missachtung der Zeiterfassungspflicht der Gefahr uferloser Zahlungsansprüche ausgesetzt sehen. Mit gutem Grund hat die Rechtsprechung den Anspruch auf die Vergütung von Überstunden<sup>78</sup> stets ohne Rücksicht auf deren Erfassung nach § 16 Abs. 2 ArbZG geprüft.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> S. nur: BAG 21.12.2016, 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233, Rn. 25 ff.; BAG 23.9.2015, 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295 (299) Rn. 42 ff.; 10. 4. 2013, 5 AZR 122/12, NZA 2013, 1100; 18.4.2012, 5 AZR 248/11, NZA 2012, 998; ErfK/Preis, Fn. 2, § 611a Rn. 492 ff. u 612 Rn. 44; MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), §§ 611 Rn. 12 u. 612 Rn. 38a; Schaub-ArbR-Handbuch/Linck, Fn. 26, § 51 Rn. 8.

<sup>77</sup> BAG 21.12.2016, 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233, Rn. 25 ff.; i.E. ähnlich: BAG, Urt. v. 23.9.2015, 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295.

<sup>78</sup> Bei solchen muss es sich nicht zwingend um Mehrarbeit iSd. § 3 ArbZG handeln. Indes wird das bei Vollzeitverhältnissen regelmäßig der Fall sein.

<sup>79</sup> Sittard/Esser, jM 2019, 284, 287.

## IV. Umsetzung in das nationale Recht

### 1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt einer Umsetzung der CCOO-Entscheidung in nationales Recht ist die dort mehrfach aufgestellte Forderung des EuGH, wonach die Mitgliedstaaten den Arbeitgeber verpflichten müssen, „ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen“, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete Arbeitszeit gemessen werden kann.<sup>80</sup> Die Zeiterfassung muss geeignet sein, um die Zahl der von dem Arbeitnehmer erbrachten Arbeitsstunden einschließlich etwaiger Mehrarbeit so objektiv feststellen zu können, damit sich mit ihrer Hilfe die Einhaltung folgender Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie kontrollieren lässt:<sup>81</sup>

- Wöchentliche Höchstarbeitszeit (Art. 6),
- Ausgleich bei einem Abweichen von der Höchstarbeitszeit gem. Art. 16 lit b. bzw. Art. 19,
- Tägliche Ruhezeit (Art. 3 RiL),
- Wöchentliche Ruhezeit (Art. 5 RiL),
- Ggf. Ruhepausen iSd. Art. 4 RiL, s. dazu IV.4.b.

Zudem müssen Arbeitnehmer und, falls nach dem mitgliedstaatlichen Recht solche zur Kontrolle der Einhaltung des Arbeitszeitrechts berufen sind, auch die Aufsichtsbehörden einen angemessenen Zugang zu diesen Daten haben.<sup>82</sup>

Nähere Hinweise für die konkrete Ausgestaltung des Zeiterfassungssystems gibt der EuGH allerdings nicht. Immerhin weist er darauf hin, dass den Mitgliedstaaten bei der Einführung eines Systems der Zeiterfassung ein Spielraum zukommt. Insbesondere können „(die) Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs, sogar der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihrer Größe“<sup>83</sup> berücksichtigt werden.

Danach lässt sich die Verpflichtung zur Zeitaufzeichnung so flexibel ausgestalten, dass für das gesamte Wirtschaftsleben nicht ein- und dieselbe Erfassungsregel gelten muss.

Weiterführende Hinweise zu den Einzelheiten der Zeiterfassung finden sich dagegen im Schlussvortrag des Generalanwalts. Zusammengefasst führt dieser aus:

---

<sup>80</sup> EuGH (Fn. 1), u.a. Rn. 47, 49, 50, 54, 56, 57, 60, 62, 65.

<sup>81</sup> EuGH (Fn. 1), Rn. 49.

<sup>82</sup> EuGH (Fn. 1.) Rn. 56, 57, 62

<sup>83</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 63.

*„Einige Kategorien von Arbeitnehmern und die Arbeitnehmer einiger spezifischer Branchen benötigen nämlich einen besonderen Schutz - aufgrund der der Leistung innewohnenden Merkmale, wie z. B. die Teilzeitbeschäftigten oder die mobilen Arbeitnehmer -, und für sie sieht das Unionsrecht besonders strenge und umfassende Kontrollsysteme vor.<sup>84</sup> Für die ‚gewöhnlichen‘ Arbeitnehmer, die nicht in diese spezifischen Kategorien fallen, setzt die Richtlinie 2003/88 hingegen das Bestehen eines Mittels zur Erfassung der Arbeitszeit, das eine einfache Aufzeichnung in Papierform, in elektronischer Form oder ein anderes Instrument, sofern es für das Ziel geeignet ist, sein kann, voraus.<sup>85</sup> (...) Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die derzeitige Technologie die verschiedensten Systeme zur Erfassung der Arbeitszeit ermöglicht (Aufzeichnungen in Papierform, Computerprogramme, elektronische Zutrittsausweise), wobei diese Systeme auch nach den Besonderheiten und Erfordernissen der einzelnen Unternehmen unterschiedlich sein könnten.<sup>86</sup> Außerdem verfügen (...) die Mitgliedstaaten über ein weites Ermessen beim Erlass der nationalen Regelungen über die Arbeitszeit, (zudem fällt) auch die Regelung von unterschiedlichen Systemen je nach der organisatorischen Komplexität und den Merkmalen des jeweiligen Unternehmens in ihren Ermessensspielraum (...)“<sup>87</sup>.*

Bei der Gewichtung der Überlegungen des Generalanwalts ist aber in Anschlag zu bringen, dass der Gerichtshof im Urteil auf diese nicht direkt eingeht. Zudem führt der Generalanwalt diese Überlegungen vor allem deshalb in die Diskussion ein, weil er den Vortrag der beklagten Arbeitgeberin entkräften möchte, wonach eine flächendeckende Erfassung der Arbeitszeit zu aufwändig und zu kostspielig wäre. Zu beachten ist zudem, dass der Generalanwalt abschließend auf folgendes hinweist:<sup>88</sup>

*„Auch wenn die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Formen und Wege zur Umsetzung der Verpflichtung, ein Arbeitszeiterfassungssystem einzuführen, verfügen, ergibt sich (...), dass ein solches Erfassungssystem geeignet sein muss, (die fraglichen) Ziele zu erreichen.“*

Schließlich ist in die Bewertung einzustellen, dass der EuGH in der Entscheidung mit einigem Nachdruck auf den 4. Erwägungsgrund der RiL 2003/88/EG hinweist, wonach der mit dem

---

<sup>84</sup> Schlussantrag des Generalanwalts *Pitruzzella* v. 31.1.2019, C-55/18, Rn. 76.

<sup>85</sup> Schlussantrag, Rn. 77.

<sup>86</sup> Schlussantrag, Rn. 87.

<sup>87</sup> Schlussantrag, Rn. 85.

<sup>88</sup> Schlussantrag, Rn. 88.



Arbeitszeitrecht intendierte Schutz nicht rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden darf.<sup>89</sup>

## 2. Objektives und verlässliches System der Zeiterfassung

Was die notwendige Erfassungs- und Kontrolldichte betrifft, darf die im Urteil immer wieder anzutreffende Formel<sup>90</sup>, wonach der Arbeitgeber ein „*objektives, verlässliches und zugängliches System*“ einrichten müsse, nicht überbewertet werden.

Zum einen dürfte ihr eine für das Unionsrecht nicht untypische, besonders nachdrückliche Wortwahl zu Grunde liegen. So sei etwa auf die in den Diskriminierungsrichtlinien enthaltene Formulierung hingewiesen, wonach die Mitgliedstaaten „*wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen*“<sup>91</sup> für Verstöße vorsehen sollten.

Zum anderen darf die fragliche Formulierung nicht isoliert vom Ausgangsfall und dem rechtlichen Kontext betrachtet werden, in den sie eingebettet ist. Dem EuGH geht es darum, dass sich für die Beschäftigten eine einfach zu realisierende und belastbare Möglichkeit ergibt, um festzustellen, wie lange er bereits gearbeitet hat und ob die zulässigen Arbeitszeitgrenzen (noch) gewahrt sind. Verständlich wird die Formulierung „*objektiv und verlässlich*“ vor allem dann, wenn man berücksichtigt, dass das (frühere) spanische Recht (ähnlich wie § 16 Abs. 2 ArbZG) den Arbeitgeber nur zur Aufzeichnung der Mehrarbeit verpflichtet hatte. Daraus können Beschäftigte aber allenfalls mittelbar ersehen, ob die Arbeitszeitbestimmungen eingehalten wurden. Eine einfache und sichere Beurteilung ist dagegen nicht möglich, weil diese darauf angewiesen sind, dass der Arbeitgeber die Grundarbeitszeit einhält und/oder sie eben doch dokumentiert. Ein wirklich verlässlicher Überblick darüber, welches Zeitvolumen noch bis zur Erreichung der Höchstgrenzen verbleibt, ist mithin aber nicht herstellbar. Hält der Arbeitgeber die Grundarbeitszeit nicht fest und/oder besteht Streit darüber, ob das Zeitdeputat bereits erschöpft ist, können die Beschäftigten eben nicht einfach auf einen Zeiterfassungsbogen verweisen. Vor allem aber gilt zu berücksichtigen, dass die beklagte Arbeitgeberin und die spanische Regierung geltend gemacht hatten, dass Arbeitnehmer alternativ ja von anderen Beweismitteln, wie Zeugenaussagen, der Vorlage von E-Mails oder der Untersuchung von Mobiltelefonen oder

---

<sup>89</sup> S. nur EuGH (Fn. 1), Rn. 66.

<sup>90</sup> Sie findet sich in gleicher Formulierung auch in anderen, vom Verfasser durchgesehenen Sprachfassungen des Urteils.

<sup>91</sup> Etwa Erw. 26 RiL 2000/43/EG.

Computern, Gebrauch machen könnten.<sup>92</sup> Angesichts der massiven Unwägbarkeiten, die mit derartigen Beweismitteln verbunden sind, hält der EuGH das für unzureichend oder in seinen Worten: für keine objektive und verlässliche Form der Arbeitszeiterfassung.

Der Gerichtshof verlangt mithin die Einführung eines rationalen und berechenbaren Erfassungssystems. Indes dürfte es nicht die Intention des EuGH gewesen sein, den Mitgliedstaaten die Einführung einer ausschließlich informationstechnisch oder sonst wie automatisiert bzw. maschinell gesteuerten Zeiterfassung aufzugeben. Auch verlangt der EuGH nicht, dass die Messung der Arbeitszeit ausschließlich durch den Arbeitgeber gesteuert wird oder alleine durch informationstechnische Mittel vorgenommen werden könnte (s. zum Ganzen sogleich, IV. 4.a. und b). Entscheidend ist nur, dass es nicht in das Belieben des Arbeitgebers gestellt ist, ob und ggf. welche Arbeitszeiten dokumentiert werden sollen und welche nicht. Ebenso wenig darf den Beschäftigten eine Entscheidung dahingehend eröffnet werden, ob sie geleistete Zeiten verbuchen oder, namentlich auf Drängen des Arbeitgebers, außen vor lassen. Richtig ist zwar, dass die Mitgliedstaaten Missbräuchen vorbeugen müssen. Das heißt aber nicht, dass der EuGH die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber zur Einführung – vermeintlich (s. dazu noch IV.4.b.) – „*manipulationssicherer*“<sup>93</sup>, weil datentechnischer Zeiterfassungssysteme verpflichten müssten. Ohnehin sollte sich der Gesetzgeber nicht primär an vielleicht denkbaren, aber gewiss nicht flächendeckend feststellbaren Missbrauchsszenarien orientieren, sondern eine generalisierende Regelung treffen.

### 3. Gegenprobe: Datenschutzrechtliche Grenzen

Bei der Festlegung einer Zeiterfassungspflicht sind die Persönlichkeitsrechte der angesprochenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und natürlich auch die Vorgaben des Datenschutzrechts zu berücksichtigen: Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 8 GrCh, Art. 88, Art. 6 Abs. 1 lit. b und c, Abs. 3 DS-GVO, Art. 8 EMRK.<sup>94</sup>

Aufzeichnungen über die Arbeitszeit, den Beginn und das Ende der Arbeit, über deren Dauer sowie zu den Ruhezeiten sind personenbezogene Daten iSd. Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO. Die Erfassung und Verarbeitung dieser Daten einschließlich ihrer Weitergabe an Aufsichtsbehörden ist indes gerechtfertigt, weil dies der Einhaltung der Vorgaben der

---

<sup>92</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 53.

<sup>93</sup> Anderer Ansicht: *D. Ulber*, NZA 2019, 677, 678.

<sup>94</sup> § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG spielt hier keine Rolle, da es dem Gesetzgeber freisteht, eine im Vergleich zu dieser Regelung speziellere Vorschrift in das ArbZG aufzunehmen.

Arbeitszeitrichtlinie dient.<sup>95</sup> Zu beachten ist dabei freilich das datenschutzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot<sup>96</sup> (u.a. Art. 6 Abs. 3 S. 4 DS-GVO). Auf dieses hat auch der EuGH mit Blick auf eine Erfassung der Arbeitszeit der Belegschaft aufmerksam gemacht.<sup>97</sup>

Eine gesetzliche Verpflichtung, die dem Arbeitgeber aufgibt, für Beschäftigte, die ihre Arbeit ganz überwiegend rechnergestützt erbringen, über Tools oder Algorithmen (etwa: Login-Protokolle, automatisiert ausgewertete Keylogger-Protokolle, entsprechende Apps) unablässig zu ermitteln, ob und wann diese für ihn aktiv sind<sup>98</sup>, wäre unverhältnismäßig. Sie erschiene auch überschießend, weil der Schutz des Arbeitnehmers vor einer ungebührlichen zeitlichen Inanspruchnahme so mit dessen umfassender Überwachung erkaufte werden würde. Das würde natürlich umso mehr gelten, wenn gar protokolliert werden müsste, ob ein Rechner aktuell zu dienstlichen oder nur zu privaten Zwecken genutzt wird. Was die Speicherung und Kontrolle der Verlaufsdaten betrifft, wird eine Protokollierung nur dann für zulässig gehalten, wenn gegen den Betroffenen der durch konkrete Tatsachen begründete Verdacht einer Straftat oder einer anderen schweren Pflichtverletzung besteht. Ergreift der Arbeitgeber dagegen solche Maßnahmen „ins Blaue hinein“ – und hierzu wird man auch deren Protokollierung zwecks Zeiterfassung rechnen müssen – sind diese nicht mehr verhältnismäßig. Vielmehr hält die Rechtsprechung alleine die vorübergehende Speicherung und stichprobenartige Kontrolle der Verlaufsdaten für möglich und auch dies nur, um die Einhaltung eines Verbots oder einer Beschränkung der Privatnutzung von IT-Einrichtungen des Arbeitgebers zu kontrollieren.

Das hat das BAG zuletzt im Keylogger-Urteil<sup>99</sup>, dies nicht zuletzt auch im Hinblick auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH, ganz unmissverständlich herausgearbeitet:

*„(...) mit der Datenerhebung durch einen Keylogger (wird) massiv in das Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen. Es werden – für den Benutzer irreversibel – alle Eingaben über die Tastatur eines Computers einschließlich des Zeitpunkts der Eingabe sowie des zeitlichen Abstands zwischen zwei Eingaben erfasst und gespeichert. Die auf diese Weise gewonnenen Daten ermöglichen es, ein nahezu umfassendes und lückenloses Profil sowohl von der privaten als auch dienstlichen Nutzung durch den*

---

<sup>95</sup> EuGH 30. 5. 2013, C-342/12, NZA 2013, 723 (Worten).

<sup>96</sup> S. allgemein Gola/Heckmann, BDSG, 13. Auflage 2019, § 26 Rn. 67.

EuGH 30. 5. 2013, C-342/12, NZA 2013, 723 (Worten) Rn. 34.

<sup>98</sup> Zu einer derartigen Erfassungspflicht tendieren allerdings: *Leist*, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1 sub. D.III.1., insbesondere für den Fall, dass die Arbeiten des Arbeitnehmers – so wörtlich – „live nachvollzogen werden“ können; *Happ*, jurisPR-Compl 3/2019 Anm. 2 sub. D.II.2.; *Roetteken*, jurisPR-ArbR 23/2019 Anm. 1., sub D. M.E. völlig aus dem Rahmen fallen: *Felisiak/Schmidt*, BC 2019, 271,273: Überwachung des Ein- und Ausloggens am Computer, mittels Apps und biometrischen Daten, insbesondere Scan der Iris, so dass Nutzung des Computers überprüft werden kann.

<sup>99</sup> BAG 27.7.2017, 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327 Rn. 33.

*Betroffenen zu erstellen. Dabei werden nicht nur gespeicherte Endfassungen und gegebenenfalls Zwischenentwürfe bestimmter Dokumente sichtbar, sondern es lässt sich jeder Schritt der Arbeitsweise des Benutzers nachvollziehen. Darüber hinaus können besondere Arten personenbezogener Daten oder andere hochsensible Daten wie zB Benutzernamen, Passwörter für geschützte Bereiche, Kreditkartendaten, PIN-Nr. etc. protokolliert werden, ohne dass dies für die verfolgten Kontroll- und Überwachungszwecke erforderlich wäre. Ebenso hat der betroffene Arbeitnehmer weder Veranlassung noch die Möglichkeit, bestimmte Inhalte als privat oder gar höchstpersönlich zu kennzeichnen und damit gegebenenfalls dem Zugriff des Arbeitgebers zu entziehen. Dieser ohnehin schon weit überschießende Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen wird noch verstärkt, wenn – wie hier – regelmäßig Screenshots gefertigt werden.“*

Explizit mit Blick auf die Zeiterfassung (§ 26 AZG [österreichisches Arbeitszeitgesetz, im Weiteren: AZG-AT]) hat der österreichische OGH<sup>100</sup> Bedenken gegen eine Kontrolle der Beschäftigten durch Abgabe von Fingerprints bei Betreten und Verlassen der Betriebsstätte angemeldet. Zwar sei es legitim, dass der Arbeitgeber die Arbeitszeiten seiner Beschäftigten kontrolliert und erfasst. Die Interessenwahrungspflicht der Arbeitnehmer gebiete sogar, den Arbeitgeber dabei zu unterstützen. Die Fürsorgepflicht verlangt vom Arbeitgeber aber auch, das für die Arbeitnehmer schonendste noch zum Ziel führende Kontrollmittel zu wählen (der OGH erwähnt insoweit: Aufzeichnungen, Bedienung einer Stechuhr, Verwendung von Magnetkarten). Dagegen erreicht die Bedienung eines Fingerscanners in Relation zum angestrebten – so der OGH wörtlich – „vergleichsweise trivialen Ziel“ – eine Intensität, die dem Gerichtshof mit Rücksicht auf die Menschenwürde hinterfragbar erscheint.

#### 4. Durchführung und Gegenstand der Zeiterfassung

##### a) Form der Erhebung

Wie bereits eingangs dieses Kapitels (IV.1. und 2.) dargelegt, lässt sich dem Urteil des EuGH keine Verpflichtung zur Einführung eines gleichsam datentechnisch „verobjektivierten“ Zeiterfassungssystems entnehmen, jedenfalls aber ist der Gesetzgeber nicht gehalten, anzuordnen, dass die Erfassung nur durch eine datentechnische Aufzeichnung erfolgen darf. Wie dort ebenfalls herausgearbeitet wurde, hält der Generalanwalt eine einfache Aufzeichnung in Papierform, eine Erfassung in elektronischer Form, durch

---

<sup>100</sup> OGH 20.12.2006, 9 ObA 109/06d.

Computerprogramme, über elektronische Zutrittsausweise oder eben auch jedes andere geeignete Instrument für ausreichend.<sup>101</sup> Auch ist nochmals auf den Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten hinzuweisen, der es ermöglicht, den Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs bzw. den Eigenheiten bestimmter Unternehmen Rechnung zu tragen. Voraussetzung ist aber stets, dass das jeweils eingesetzte Mittel geeignet dazu ist, eine verlässliche Aufzeichnung der Arbeitszeit herbeizuführen. Nach wie vor ist also nicht ausgeschlossen, dass die Zeiterfassung durch Stundenzettel erfolgt, die die Beschäftigten erstellen (s. dazu auch noch IV.4.b.), mag es auch sein, dass diese zu einem bestimmten Teil auch auf deren subjektive Beobachtung basieren.<sup>102</sup>

Die bisherigen Aufzeichnungspflichten (§§ 16 Abs. 2 ArbZG, 17 MiLoG, 19 AEntG usw.) schreiben keine bestimmte Form für Arbeitszeitnachweise vor. Entsprechend wird in der Literatur, aber auch in der Praxis die gesamte Palette möglicher Erfassungsinstrumente für zulässig gehalten bzw. genutzt, wie etwa Buchungen bei Betreten oder Verlassen des Betriebs durch Stempeluhren oder elektronische Zugangsausweise, Erfassung durch Arbeitszeitkarten, Apps<sup>103</sup>, Dienstpläne, Stundenzettel<sup>104</sup> oder eine, ggf. auch von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vorgenommene (s. dazu auch noch IV.4.b.) „händische“ Einbuchung in elektronische Dokumente, wie z.B. Excel-Tabellen.

Eine datentechnische Zeiterfassung könnte aber dann zur Regel gemacht werden, wenn Beschäftigte ihre Tätigkeit vollständig am Betriebsort erbringen. Dort können die Vorgaben des EuGH durch den Einsatz von Zugangsausweisen, Stechuhren und Zeiterfassungssystemen problemlos erfüllt werden. Umgekehrt könnte Arbeitgebern, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausschließlich nach einem fixen Zeitplan beschäftigen, eine Erleichterung der Dokumentation gewährt werden. Insoweit würde genügen, dass sie nur die Einhaltung der Zeitpläne bestätigen und lediglich Abweichungen davon aufzeichnen müssen (vgl. § 26 Abs. 5 AZG-AT).

Doch gilt zu beachten, dass es nach wie vor viele Tätigkeiten gibt, die außerhalb fester Betriebsstätten und dabei nicht mit informationstechnischen Mitteln erbracht werden bzw. durch solche nicht ohne weiteres abbildbar sind (etwa: Bau, Kundendienst des Handwerks, Vertreter im Außendienst usw.). In diesen wird die handschriftliche Aufzeichnung von Arbeitszeiten das Mittel der Wahl bleiben.

---

<sup>101</sup> Schlussantrag, Rn. 77.

<sup>102</sup> *Sittard/Esser*, jM 2019, 284, 289; Diese halten für unzureichend: *D. Ulber*, NZA 2019, 677, 678; *Leist*, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1 sub. D.III.1.; zweifelnd auch: *BeckOK-ArbR/Kock*, Fn. 19, § 16 Rn. 4c.

<sup>103</sup> S. BMAS-App „einfach erfasst.“

<sup>104</sup> S. etwa zu § 17 MiLoG den auf der Homepage des BMAS abrufbaren Musterbogen.

Nun könnte man sich natürlich dafür aussprechen, auch für diese Tätigkeiten eine elektronische Zeiterfassung einzuführen, etwa dahingehend, dass die betreffende Person Arbeitsbeginn und -ende in eine App eingeben muss. Davon abgesehen, dass dies den Beschäftigten aufbürdet, das entsprechende Eingabegerät (und sei es nur ein Smartphone) mit sich zu führen, darf man sich nicht vormachen, dass die so getätigten Aufzeichnungen verlässlicher wären als ein per Hand ausgefüllter Stundenzettel. Beschäftigte, die bereit sind, auf dem Papier unrichtige Angaben zu machen, werden auch eine App entsprechend bedienen. Anderes würde sich eben nur ergeben, wenn die App so gestaltet wäre, dass die Beschäftigten umfassend überwacht werden würden, s. dazu aber oben IV.3.

Aber auch für Beschäftigte, die – ganz gleich, ob im Betrieb oder im Homeoffice – überwiegend am Rechner tätig sind, lassen sich Arbeitszeiten nicht einfach dadurch erfassen, indem festgehalten wird, ob der Computer „an ist.“ Vielmehr leisten selbst diese durchaus auch Arbeit ohne Nutzung des Rechners, während umgekehrt nicht schon gearbeitet wird, nur weil der Computer hochgefahren wurde.

Schließlich kann der Arbeitgeber auch auf bereits existierende Aufzeichnungen zugreifen (Lohnlisten, Arbeitszeitkarten, Abrechnungen für Kunden, technische Aufzeichnungen). Aus diesen muss die von der Arbeitnehmerin bzw. vom Arbeitnehmer täglich geleistete Arbeitszeit aber in verlässlicher Weise hervorgehen.<sup>105</sup> Andernfalls muss der Arbeitgeber die erlangten Daten in einer Art und Weise zusammenführen, dass die Arbeitszeiten jederzeit eingesehen werden können.

#### b) Delegation der Zeitaufzeichnung auf die Beschäftigten

Bereits unter IV.2. wurde dargelegt, dass sich dem Urteil des EuGH nicht entnehmen lässt, dass die Messung der Arbeitszeit ausschließlich durch den Arbeitgeber gesteuert werden müsste. Erforderlich ist zwar, dass der Arbeitgeber für die Zeiterfassung insgesamt in die Verantwortung genommen wird; der Erhebungsvorgang selbst kann dagegen durchaus auch auf die Beschäftigten delegiert werden.<sup>106</sup> Entsprechend ist ein arbeitnehmerseitiges Protokollieren der Arbeitszeit zum Beispiel per Stundenzettel oder Excel-Tabelle zulässig.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> So zu § 16 Abs. 2 ArbZG: *Buschmann/Ulber*, Fn. 3, § 16 Rn. 5b; *Anzinger/Koberski*, Fn. 2, § 16 Rn. 10; *BeckOK-ArbR/Kock*, Fn. 19, § 16 ArbZG Rn. 7.

<sup>106</sup> *Sittard/Esser*, jM 2019, 284, 289; *Naber*, *Newsdienst Compliance* 2019, 330027; *Fuhlrott*, NZA-RR 2019, 343 (Ziff. 3); *ders./Garden*, *ARbRAktuell* 2019, 263, 264 f.; *BeckOK-ArbR/Kock*, Fn. 19, § 16 ArbZG Rn. 4c, wengleich daran dann doch etwas zweifelnd. Skeptisch: *D. Ulber*, NZA 2019, 677, 678.

<sup>107</sup> *Happ*, *jurisPR-Compl* 3/2019 Anm. 2 sub. D.II.2b..

Für die §§ 16 Abs. 2<sup>108</sup> und 21 ArbZG<sup>109</sup>, aber auch für die Aufzeichnungspflichten des Mindestlohnrechts<sup>110</sup> ist das weitgehend anerkannt. Der Arbeitgeber kann die Zeiterfassung dabei auch einem Dritten zuweisen, etwa im Fall von Arbeitsgruppen, die außerhalb von festen Betriebsstätten tätig werden (Beispiel: Kolonnenführer in der Baubranche).<sup>111</sup>

Dagegen sollte nicht vorschnell eingewandt werden, dass sich mit einer Übertragung der Zeiterfassung auf die Beschäftigten Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen könnten. Richtig ist zwar, dass der EuGH darauf hinweist, dass festzustellen ist, dass ein Arbeitnehmer aufgrund dieser schwächeren Position davon abgeschreckt werden könnte, seine Rechte gegenüber seinem Arbeitgeber ausdrücklich geltend zu machen, da insbesondere die Einforderung dieser Rechte ihn Maßnahmen des Arbeitgebers aussetzen könnte, die sich zu seinem Nachteil auf das Arbeitsverhältnis auswirken können.<sup>112</sup> In der Literatur im Nachgang zur CCOO wurde das Beispiel genannt, dass ein Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer verlangen könnte, „auszustempeln“, um anschließend weiter zu arbeiten oder diesem das Gefühl vermitteln könnte, dass sie ihre Arbeitszeit besser unvollständig dokumentieren sollten.<sup>113</sup> Indes würde sich ein derart eklatant rechtswidriges Verhalten noch weniger verhindern lassen, wenn ein solcher Arbeitgeber die Arbeitszeiten selbst aufzeichnen würde (erneut gilt anderes nur dann, wenn man sich für eine datentechnisch verobjektivierte „Totalüberwachung“ der geleisteten Arbeitszeit ausspricht). Zudem dürfte gerade die Verpflichtung der Beschäftigten zur Dokumentation ihrer Arbeitszeit schon deshalb eine zeitdisziplinierende Wirkung haben, weil diese wohl nicht so einfach bereit sein werden, fehlerhafte Aufzeichnungen zu tätigen und/oder zu bestätigen, vor allem aber, weil schon viel gewonnen ist, wenn Arbeitgebern, aber auch den Beschäftigten deutlich vor Augen geführt wird, wie viel Arbeit bereits geleistet wurde bzw. dass die zulässigen Grenzen längst überschritten sind.

---

<sup>108</sup> Schliemann, Fn. 2, § 16 Rn. 8; Anzinger/Koberski, Fn. 2, § 16 Rn. 12; Erfk/Wank, Fn. 2, § 16 Rn. 5; Baeck/Deutsch, Fn. 2, § 16 Rn. 5; BeckOK-ArbR/Kock, Fn. 19, § 16 ArbZG Rn. 7; Hahn/Pfeiffer/Schubert/Sitzenfrei, Fn. 2, § 16 Rn. 25; LAG Rheinland-Pfalz 5.06.2013, 8 Sa 571/12, BeckRS 2014, 65219; Erlass Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales NRW v. 30.12.2013, II 2 – 8312 § 16 Ziff. 3; aA (mit der Anerkennung von Ausnahmen): Buschmann/Ulber, Fn. 3, § 16 Rn. 16.

<sup>109</sup> Schliemann, Fn. 2, § 21a Rn. 39; Anzinger/Koberski, Fn. 2, § 21a Rn. 30. Hahn/Pfeiffer/Schubert/Sänger, Fn. 2, § 21a Rn. 16; aA

Buschmann/Ulber, Fn. 3, § 21a Rn. 44a.

<sup>110</sup> Thüsing/Joussen, Fn. 22, § 17 MiLoG Rn. 13; Riechert/Nimmerjahn, Fn. 2, § 17, Rn. 50; Maschmann, NZA 2014, 929, 936; Urban-Crell/ Gemakowski/Bissels/Hurst, AÜG, 3. Auflage 2017, § 17c Rn. 4. Schüren/Hamann/Diepenbrock, AÜG, 5. Auflage 2018, § 17c Rn. 4. HK-AÜG/Ulrici, 2017, § 17c Rn. 8. Thüsing/Kock, AÜG, 4. Auflage 2018, § 17c Rn. 55; Boemke/Lembke/Marseaut, AÜG, 3. Auflage 2013, § 17c Rn. 8.

<sup>111</sup> Für das bisherige Recht: Buschmann/Ulber, Fn. 3, § 16 Rn. 17.

<sup>112</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 45.

<sup>113</sup> In diese Richtung: Heuschmid, NZW 2019, 1853, 1853. Dementgegen weist Fuhlrott, NZA-RR 2019, 343 (Ziff. 3) daraufhin, dass sich ein derart eklatant rechtswidriges Verhalten nur durch intensive Kontrollen, am besten aber wohl durch eine vernünftige Unternehmenskultur vermeiden lässt.

Zumindest sollte eine Delegationsbefugnis dann zugelassen werden, wenn es dem Arbeitgeber nur mit sehr großem Aufwand oder auch gar nicht, der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer dagegen verhältnismäßig leicht möglich ist, die Arbeitszeit zu dokumentieren.

<sup>114</sup> Das dürfte auf viele mobile Beschäftigte, Beschäftigte im Homeoffice oder Kunden- und Außendienstmitarbeiter zutreffen (so im, wenngleich recht unscharf, § 26 Abs. 3 und 4 AZG-AT<sup>115</sup>).

Sollen die Beschäftigten ihre Arbeitszeit selbst erheben, muss der Arbeitgeber diese anleiten, die Aufzeichnungen zumindest stichprobenartig auf Richtigkeit kontrollieren und natürlich überprüfen, ob danach die Vorgaben des Arbeitszeitrechts eingehalten sind.<sup>116</sup> So sieht etwas das österreichische Recht (§ 26 Abs. 2 und Abs. 4 S. 2 AZG-AT) für den Fall der Delegation der Zeiterfassung an die Beschäftigten vor: „... *hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur ordnungsgemäßen Führung der Aufzeichnungen anzuleiten, sich die Aufzeichnungen regelmäßig aushändigen zu lassen und zu kontrollieren.*“ Zudem hat der Arbeitgeber durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Arbeitszeitaufzeichnungen innerhalb der Fristen vorgenommen werden, die dem Arbeitgeber für die Aufzeichnungen gesetzt sind (s. sogleich, IV.4.e.).<sup>117</sup> Eine Abzeichnung der Arbeitszeitanzeige durch den Arbeitgeber oder Beschäftigte ist nicht erforderlich.<sup>118</sup>

Schließlich wird der Arbeitgeber verpflichtet sein, die ihm durch die Beschäftigten übermittelten Daten in einer Art und Weise aufzubereiten, so wie er sie selbst hätte erheben bzw. erfassen müssen.

Schlussendlich wird auf individualrechtlicher Ebene davon auszugehen sein, dass dann wenn der Arbeitgeber den durch Beschäftigte erstellten Nachweisen nicht in angemessener Zeit widerspricht, eine Vermutung für deren Richtigkeit besteht.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Heuschmid, NJW 2019, 1853, 1853. Vorsichtig in diese Richtung auch für das geltende Recht:

Buschmann/Ulber, Fn. 3, § 16 Rn. 17, der ansonsten eine Übertragung auf den Arbeitnehmer ablehnt.

<sup>115</sup> (3) Für Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer, die die Lage ihrer Arbeitszeit und ihren Arbeitsort weitgehend selbst bestimmen können oder ihre Tätigkeit überwiegend in ihrer Wohnung ausüben, (...)

(4) Durch Betriebsvereinbarungen kann festgesetzt werden, dass Arbeitnehmer gemäß Abs. 3 die Aufzeichnungen selbst zu führen haben. (...)

<sup>116</sup> Heuschmid, NJW 2019, 1853, 1853; so bereits zu § 16 ArbZG: Baeck/Deutsch, Fn. 2, § 16 Rn. 28; Schliemann, Fn. 2, § 16 Rn. 8; Anzinger/Koberski, Fn. 2, § 16 Rn. 12; Neumann/Biebl, Fn. 2, § 16 Rn. 7; BeckOK-ArbR/Kock, Fn. 19, § 16 ArbZG Rn. 8; Buschmann/Ulber, Fn. 3, § 16 Rn. 17; Eylert, NZA-Beilage 2017, 95, 96; Schlottfeld/Hoff, NZA 2001, 530, 532; Erlass Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales NRW v. 30.12.2013, II 2 – 8312 § 16 Ziff. 3.

<sup>117</sup> Zu § 17 MiLoG: Riechert/Nimmerjahn, Fn. 2, § 17, Rn. 48

<sup>118</sup> Zu § 16 ArbZG: BeckOK-ArbR/Kock, Fn. 19, § 16 ArbZG Rn. 4c; Riechert/Nimmerjahn, Fn. 2, § 17, Rn. 48; Schliemann, FA 2016, 66, 68.

<sup>119</sup> In diese Richtung – zu § 16 ArbZG: HK/Ernst/Bartl, Fn. 2, § 16 ArbZG Rn. 5.



### c) Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit

Mit Rücksicht auf den unter IV.1. dargestellten Zweck der Zeiterfassung ist es erforderlich, dass Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit dokumentiert werden. Nur wenn alle diese drei Parameter erfasst sind, lässt sich sicher ermitteln, ob einerseits die wöchentliche (bzw. in der Lesart des nationalen Rechts: die tägliche) Höchstarbeitszeit und andererseits die Ruhezeiten eingehalten werden. Obgleich das europäische Recht nur eine wöchentliche Höchstarbeitszeit vorgibt, sind die einschlägigen Parameter dennoch auch in unionsrechtlicher Perspektive tagesbezogen zu erfassen, da sich andernfalls nicht sicher bestimmen lässt, ob die tägliche und wöchentliche Ruhezeit gewährt wird.

Das entspricht weitgehend dem Dokumentationsumfang der (vergütungsbezogenen) Aufzeichnungsvorschriften neueren Datums, namentlich den § 17 Abs. 1 MiLoG, § 19 Abs. 1 AEntG, § 17c Abs. 1 AÜG und § 6 GSA Fleisch. Auch für § 16 Abs. 2 ArbZG wird das (vereinzelt) in der Literatur<sup>120</sup> und durch das Arbeitsministerium NRW vertreten.<sup>121</sup> Ähnlich ist auch das neue spanische Recht formuliert („... für die tägliche Aufzeichnung des Arbeitstages, die die spezifischen Anfangs- und Endzeiten des Arbeitstages jedes Mitarbeiters umfasst,“ Art. 34 Abs. 9 ET).

Zur Frage, ob es genügt, wenn alleine die Dauer der Arbeitszeit aufgezeichnet werden würde, s.IV.5.b. Zur Aufzeichnungsfrequenz: IV.4.a.

### d) Ruhepausen

Ob Arbeitspausen (= Ruhepausen iSd. Art. 4 RiL 2003/88/EG bzw. § 4 ArbZG) festzuhalten sind,<sup>122</sup> geht aus dem Urteil nicht hervor. Der EuGH erwähnt diese in seiner Entscheidung nicht<sup>123</sup>; er nimmt sie auch nicht in die Liste der Bestimmungen der Arbeitszeitrichtlinie mit auf, deren Einhaltung durch die Zeiterfassung abgesichert werden soll.

Daraus folgt aber nicht zwingend, dass der EuGH Ruhepausen deshalb von vorneherein nicht für dokumentationswürdig hält. Dass er Art. 4<sup>124</sup> der Richtlinie außen vor lässt, dürfte – bedingt durch die Eigenarten der Rechtsfindung durch den EuGH – primär dem Umstand

---

<sup>120</sup> S. BeckOK-ArbR/Kock, Fn. 19, § 16 ArbZG Rn. 4 („sollten dokumentiert werden“).

<sup>121</sup> Erlass Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales NRW v. 30.12.2013, II 2 – 8312 § 16 Ziff. 2 (dort aber nur: Sollvorschrift).

<sup>122</sup> So für § 16 Abs. 2 ArbZG: BeckOK-ArbR/Kock, Fn. 19, § 16 ArbZG Rn. 4; Erlass Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales NRW v. 30.12.2013, II 2 – 8312 § 16 Ziff. 2.

<sup>123</sup> Generalanwalts Pitruzzella erwähnt die fragliche Bestimmung lediglich in einer Aufzählung der angesprochenen arbeitszeitrechtlichen Normen, s. Schlussantrag v. 31.1.2019, Rn. 46.

<sup>124</sup> Die Regelung darf nicht verwechselt werden mit Art. 4 der Arbeitsschutzrichtlinie 89/391, von dem im Urteil mehrfach die Rede ist.

geschuldet sein, dass das vorlegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen sich nicht nach der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Art. 4 Arbeitszeitrichtlinie erkundigt hatte.<sup>125</sup> Zudem darf nicht außer Betracht gelassen werden, dass der Gerichtshof die Verpflichtung zur Zeiterfassung ja auf die Überlegung stützt, dass sich nur so das wesentliche Ziel der Richtlinie erreichen lässt, nämlich *„ein wirksamer Schutz der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer sowie einen besserer Schutz (ihrer) Sicherheit und (...) Gesundheit.“*<sup>126</sup> Da aber gerade Pausen während der Arbeitszeit für die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten von herausragender Bedeutung sind, erscheint naheliegend, dass der EuGH auch diese aufgezeichnet haben möchte, würde er danach gefragt werden. Deshalb wäre es wohl wenig sinnvoll, davon abzusehen und es auf eine erneute Vorlage zum EuGH ankommen zu lassen.

Dabei muss aber auch gesehen werden, dass das Unionsrecht nur sehr unverbindlich bleibt, was Ruhepausen betrifft. Art. 4 der Richtlinie gibt nur vor:

*„Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem Arbeitnehmer bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sechs Stunden eine Ruhepause gewährt wird; die Einzelheiten, insbesondere Dauer und Voraussetzung für die Gewährung dieser Ruhepause, werden in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern oder in Ermangelung solcher Übereinkünfte in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegt.“*

Daher genügt aus unionsrechtlicher Sicht, wenn sich aus der Aufstellung ergibt, dass überhaupt, bzw. spätestens nach sechs Arbeitsstunden Ruhepausen gewährt wurden. Hält man dagegen die Tatbestandsmerkmale *„Dauer und Voraussetzung“* des Art. 4 RiL 2003/88/EG erst dann für umgesetzt, wenn die Mitgliedstaaten auch tatsächlich hinreichend lange und effektive Ruhepausen festlegen<sup>127</sup>, dann wären die Taktfrequenzen des deutschen ArbZG *„unionrechtsfest.“* Dann wäre aber ebenfalls nur erforderlich, dass die Aufstellung erkennen lässt, dass im Saldo Pausen von 30 bzw. 45 Minuten gewährt wurden. Dazu würde es indes genügen, wenn Beginn, Ende und die Gesamtdauer der Arbeitszeit dokumentiert werden.<sup>128</sup> Mithin ist kein gesonderter Ausweis der Pausen zu verlangen.

---

<sup>125</sup> Vgl. insb. Vorlagefrage 2 u 3, s. Rn. 28 des Urteils (Fn. 1).

<sup>126</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 42.

<sup>127</sup> In diese Richtung: Preis/Sagan/*D.Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage 2019, § 7 Rn. 7.180.

<sup>128</sup> Vgl. dazu etwa den auf der Homepage des BMAS abrufbaren Musterbogen zu § 17 MiLoG.

#### e) Aufzeichnungsfrequenz

Der Formel, wonach die Mitgliedstaaten ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen haben, lässt sich keine ganz sichere Aussage über die Aufzeichnungsfrequenz entnehmen. Soweit der EuGH davon spricht, dass die von jedem Arbeitnehmer täglich geleistete Arbeitszeit zu messen<sup>129</sup> ist, wird nicht ganz klar, ob damit gemeint ist, dass diese jeden Tag notiert werden muss oder ob sich das Adjektiv „täglich“ nur auf die Arbeitszeit, nicht aber auf die Messung bezieht.

Tatsächlich verpflichtet das neue spanische Recht Unternehmen auf eine tägliche Aufzeichnung (Art. 34 Abs. 9 ET). Dagegen macht das österreichische Recht hierzu keine näheren Angaben. Ähnlich verhält es sich mit § 16 Abs. 2 ArbZG und auch in der Kommentarliteratur finden sich keine Hinweise zum Zeitfenster der Dokumentation. § 8 OffshoreArbZV verlangt dagegen nach einer täglichen Erfassung.

Umgekehrt lassen die §§ 17 Abs. 1 S. 1 MiLoG, 19 Abs. 1 S. 1 AEntG und 17c Abs. 1 AÜG eine Aufzeichnung bis spätestens zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages genügen. Dieser relativ großzügigen Fristbestimmung liegt zu Grunde,<sup>130</sup> dass die im früheren § 19 AEntG<sup>131</sup> angeordnete Aufzeichnungspflicht keine zeitliche Vorgaben enthielt. Entsprechend wurde davon ausgegangen, dass die Aufzeichnung noch am Tag der Arbeitsleistung vorgenommen werden muss. Anlässlich der Verabschiedung des Tarifautonomiestärkungsgesetzes entschied sich der Gesetzgeber zur Einführung der besagten Aufzeichnungsfrist von einer Woche. Er nahm an, dass sich damit den Erfordernissen einer effektiven Kontrolle als auch den Bedürfnissen der betrieblichen Praxis nach Flexibilität besser Rechnung tragen lässt.<sup>132</sup> Diese Erleichterung wurde 2017 dann aber mit § 6 S. 1 GSA für die Fleischwirtschaft wieder zurückgenommen, was allerdings auch den Besonderheiten der Branche geschuldet ist.<sup>133</sup> Dort ist – soweit hier von Interesse<sup>134</sup> – noch am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen.

---

<sup>129</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 46, 51, 54, 56 ff., 62, 65, 67.

<sup>130</sup> Riechert/Nimmerjahn, Fn. 2, § 17, Rn. 49.

<sup>131</sup> § 19 Abs. 1 S. 1 AEntG idF. vor Inkrafttreten des Tarifautonomiestärkungsgesetzes, außer Kraft getreten zum 15.8.2014 lautete: „... ist der Arbeitgeber verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen aufzuzeichnen ....“

<sup>132</sup> BT-Drs. 18/1558, 41.

<sup>133</sup> GSA Fleisch, BT-Drs. 18/12611, S. 125 f.: Besonders hohe Missbrauchsgefahr, zeitraubende Notwendigkeit für Mitarbeiter der Zollverwaltung, vor Kontrollen Schutzkleidung anzulegen, Größe und Unübersichtlichkeit der Betriebe u.a..

<sup>134</sup> Die zusätzliche Dokumentationspflicht zu Beginn der Arbeiten kann im vorliegenden Kontext außer Betracht bleiben.

Insgesamt mag einiges dafür sprechen, dass eine Dokumentation, die am Ende des Arbeitstags erfolgt, weitaus objektiver und verlässlicher ist, als wenn etwa erst im Verlauf einer Woche erfasst wird. Dies gilt insbesondere dann, sollten handschriftliche Aufzeichnungen zugelassen oder es dem Arbeitgeber ermöglicht werden, die Zeiterfassung an die Beschäftigten zu delegieren, weil sich so ein besonderes Risiko ergibt, dass die Aufzeichnung nur noch aus dem Gedächtnis und mithin mehr oder weniger freihändig erfolgt.

#### f) Sanktionen

Die Arbeitszeitrichtlinie enthält keine expliziten Sanktionsbestimmungen (vgl. im Gegensatz dazu etwa Art. 15<sup>135</sup> RiL 2000/43/EG oder Art. 19 RiL 2019/1152<sup>136</sup>). Darauf weist auch der EuGH in der Rechtssache Fuß II ausdrücklich hin:<sup>137</sup>

*„Wie die Europäische Kommission zu Recht ausgeführt hat, enthält die Richtlinie 2003/88/EG jedoch keine Bestimmung zu den Sanktionen, die bei einem Verstoß gegen die Mindestvorschriften Anwendung finden, die in dieser Richtlinie unter anderem hinsichtlich der Arbeitszeit aufgestellt werden, und somit keine spezielle Regelung zum Ersatz des Schadens, der den Arbeitnehmern durch diesen Verstoß möglicherweise entstanden ist.“*

Eine andere Sache ist aber, dass die Mitgliedstaaten sehr wohl Instrumentarien vorhalten müssen, mit denen sichergestellt werden kann, dass die zur Umsetzung der Richtlinie erlassenen Regeln im Arbeitsleben auch tatsächlich beachtet werden. Es liegt auf der Hand, dass eine wirksame Umsetzung der Richtlinie voraussetzt, dass die einschlägigen Vorgaben des nationalen Rechts auch durchgesetzt werden können. Nicht ohne Grund verlangt der EuGH von den Mitgliedstaaten, dass diese all das unternehmen, was „erforderlich“ ist, damit den Beschäftigten der durch die Richtlinie gewährte Schutz auch tatsächlich zukommt. Die gewählten Mittel müssen geeignet und effektiv sein („*effet utile*“). Die Mitgliedstaaten müssen die „*volle Wirksamkeit*“ der Richtlinie gewährleisten und „*jede Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit*“ verhindern.<sup>138</sup> Eine Durchsetzung des Arbeitszeitrechts alleine auf privatrechtlicher Basis bliebe unzureichend, s. dazu III.3.b.aa. u. bb. Aber auch eine

---

<sup>135</sup> *„Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle geeigneten Maßnahmen, um deren Durchsetzung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.“*

<sup>136</sup> *„Die Mitgliedstaaten legen Regeln für Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen nationale Rechtsvorschriften, welche gemäß dieser Richtlinie erlassen wurden, oder gegen bereits geltende einschlägige Vorschriften zu Rechten, die unter diese Richtlinie fallen, anwendbar sind. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, angemessen und abschreckend sein.“*

EuGH 25.11.2010, C-429/09, Fuß II, NZA 2011, 53 = ECLI:EU:C:2010:717 Rn. 44.

<sup>138</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 40.

öffentlich-rechtliche Kontrolle der Unternehmen wäre hierfür nicht ausreichend, solange es den Aufsichtsbehörden nicht möglich ist, Sanktionen gegen solche Arbeitgeber zu verhängen, die sich weigern, den Vorgaben des Arbeitszeitrechts Folge zu leisten.

Die derzeit bei Verstößen gegen die Aufzeichnungspflicht vorgesehenen Bußgelder sind keineswegs belanglos. § 22 Abs. 1 Nr. 9 iVm Abs. 2 ArbZG sieht eine Geldbuße in Höhe von bis zu 15.000 € vor. Allerdings gilt anzumerken, dass das MiLoG eine Geldbuße in Höhe von bis zu 30.000 € anordnet (§ 21 Abs. 3 iVm Abs. 1 Nr. 7 MiLoG: 30.000 €). Das erscheint insoweit bemerkenswert, als das Arbeitszeitrecht noch gewichtigere Rechtsgüter schützen dürfte als das Mindestlohnrecht. Immerhin geht es hier nicht alleine um die Absicherung einer elementargerechten Vergütung, sondern darum, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten zu gewährleisten. Deshalb könnte über eine Anpassung der Bußgeldtatbestände zumindest nachgedacht werden.

## 5. Ausnahmen

### a) Absehen von der Aufzeichnungspflicht?

Wie bereits unter Ziffer IV.1. angedeutet kommt den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des Zeiterfassungssystems ein nicht unerheblicher Spielraum zu. Insbesondere können sie „(die) Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs, sogar der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihrer Größe“<sup>139</sup> berücksichtigen.

Ergänzend weist der EuGH noch darauf hin, dass dieser Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten

*„... unbeschadet von Art. 17 Abs. 1 der RiL 2033/88/EG (besteht), nach dem die Mitgliedstaaten unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer Ausnahmen u.a. von den Art. 3 bis 5 dieser Richtlinie vornehmen dürfen, wenn die Dauer der Arbeitszeit wegen besonderer Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht bemessen und/oder vorherbestimmt ist oder von den Arbeitnehmern selbst bestimmt werden kann.“*<sup>140</sup>

Diese Aussage ist doppeldeutig.

---

<sup>139</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 63.

<sup>140</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 63.

Zum einen lässt sie sich so verstehen, dass bestimmte Tätigkeiten oder Beschäftigungsarten insgesamt von der arbeitszeitrechtlichen Dokumentationspflicht ausgenommen werden können. So gesehen dürften die Mitgliedstaaten für bestimmte Arbeitsverhältnisse vorsehen, dass die betreffenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer grundsätzlich zwar sehr wohl dem Arbeitszeitrecht unterworfen sein sollen, für diese aber dessen ungeachtet keine Aufzeichnungspflichten bestehen. Ein Argument für diese Sichtweise wäre, dass wenn der EuGH die Erfassungspflicht als in den Art. 3, 5 und 6 der RiL 2003/88/EG angelegt ansieht, es den Mitgliedstaaten aber nach Art. 17 (und partiell auch nach Art. 22) möglich ist, von diesen Bestimmungen abzuweichen, sie Arbeitgebern auch einen Dispens von den einzelnen, in diesen Bestimmungen vorgesehenen Verpflichtungen erteilen können müssten.

Zum anderen lässt sich die fragliche Passage im Urteil aber auch so deuten, dass der EuGH nur deklaratorisch darauf hinweisen will, dass Art. 17 der RiL 2003/88/EG es zulässt, bestimmte Arbeitsverhältnisse generell aus dem Geltungsbereich des Arbeitszeitrechts auszunehmen. Für alle anderen Arbeitsverhältnisse, also all diejenigen, die in das Arbeitszeitrecht einbezogen sind, würde die Aufzeichnungspflicht dagegen uneingeschränkt greifen. Für diese kommt den Mitgliedstaaten dann lediglich der bereits mehrfach erwähnte Entscheidungsspielraum im Hinblick auf die Ausgestaltung der Aufzeichnungspflicht zu.

Letztlich sprechen die besseren Gründe für diese Lesart. Der EuGH erkennt die Aufzeichnungsregelung über mehrere Normen der Richtlinie „verteilt“ bzw. sieht sie als Bestandteil mehrerer Richtlinienbestimmungen an. Würde man einzelne, an sich „arbeitszeitpflichtige“ Arbeitsverhältnisse nicht der Dokumentationspflicht unterwerfen, müsste man die fraglichen Normen der Richtlinie gleichsam „vertikal kürzen“. Man würde nicht von der Anwendung einer oder auch mehrerer Bestimmungen der Richtlinie absehen, sondern diese unvollständig und damit unzureichend zur Geltung bringen. Insoweit käme noch hinzu, dass zu fragen wäre, ob eine Öffnung des Arbeitszeitrechts für diese Beschäftigten nicht zu einem Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot des Unionsrechts führen würde (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV, 288 AEUV). Dieses untersagt den Mitgliedstaaten, anlässlich der Umsetzung einer Richtlinie den im Mitgliedstaat ansonsten bereits erreichten allgemeinen Arbeitnehmerschutz zurückzunehmen bzw. Vorschriften zu erlassen, die geeignet sind, die Erreichung des in dieser Richtlinie vorgeschriebenen Ziels ernstlich in Frage zu stellen.<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2. Auflage 2018, Art. 288 AEUV Rn. 30. Streinz/W. Schroeder, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 288 AEUV, Rn. 69. Von der Groeben/Schwarze/Hatje/Geismann, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 288 AEUV Rn. 43. EuGH

Danach wäre es also nicht möglich, für Arbeitsverhältnisse jenseits des Art. 17 der RiL 2003/88/EG überhaupt keine Dokumentationspflicht anzuordnen.

Selbst aber wenn man sich der zuerst genannten Ansicht anschließen würde, wäre zu beachten, dass der EuGH die in Art. 17 Abs. 1 RiL 2003/88/EG enthaltenen Tatbestandsmerkmale „im Voraus nicht messbar“ bzw. „von den Arbeitnehmern selbst festgelegt“ betont eng auslegt.<sup>142</sup> Insbesondere reicht es für die Annahme, dass die Arbeitszeit nicht gemessen bzw. nicht im Voraus festgelegt werden kann, noch nicht,<sup>143</sup> wenn es lediglich „schwierig“ ist, die geleistete Zeit zu ermitteln oder festzuhalten. Überdies kann man noch nicht von einer freien Zeiteinteilung durch die Beschäftigten sprechen, wenn der Arbeitgeber den Beginn und das Ende des Zeitraums festlegt, in dem Arbeit zu leisten ist und er es diesen lediglich überlässt, die genaue Lage ihre Arbeitszeit innerhalb des vorgegebenen Zeitraums zu bestimmen. Zudem hat der EuGH in der Rechtssache Kommission gegen Vereinigtes Königreich entschieden, dass die Ausnahmeregelung des Art. 17 Abs. 1 nur für Arbeitnehmer gilt, deren *gesamte* Arbeitszeit auf Grund der Natur der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann. Die Bestimmung darf daher nicht auf Arbeitnehmer angewendet werden, deren Arbeitszeit nur teilweise nicht gemessen bzw. im Voraus festgelegt werden kann.<sup>144</sup>

#### b) Aufzeichnung nur der Dauer der Arbeitszeit?

Das Mindestlohnrecht hält für Beschäftigte, die zwar an sich der Aufzeichnungspflicht der § 17 Abs. 1 S. 1 MiLoG bzw. § 19 Abs. 1 S. 1 AEntG unterworfen sind, die indes ausschließlich mit mobilen Tätigkeiten beschäftigt sind, denen keinerlei Vorgaben zur konkreten täglichen Arbeitszeit (Beginn und Ende) gemacht werden und die ihre tägliche Arbeitszeit eigenverantwortlich einteilen können, eine Dokumentationserleichterung bereit. Danach genügt ein Arbeitgeber seinen Aufzeichnungspflichten, wenn alleine die Dauer der täglichen Arbeitszeit aufgezeichnet wird. Noch etwas weiter formuliert § 16 Abs. 3 AZG-AT:

---

18.12.1997, C-129/96, Inter-Environment Wallonie, EuZW 1998, 167 = ECLI:EU:C:1997:628. EuGH 14.09.2006, C-138/05, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, BeckRS 2006, 70688 Rn. 42 = ECLI:EU:C:2006:577; EuGH 22.11.2005, C-144/04, Mangold, NZA 2005, 1345 (1348) Rn. 68 = ECLI:EU:C:2005:709; EuGH 14.6.2007, C-422/05, Kommission/Belgien, BeckRS 2007, 70401 Rn. 62 = ECLI:EU:C:2007:342.

<sup>142</sup> Grundlegend: EuGH 9.9.2003, C-151/02, Jaeger, NZA 2003, 1019 (1022) Rn. 67 = ECLI:EU:C:2003:437 Rn. 98; EuGH 14.10.2010, C-428/09, Isère, BeckEuRS 2010, 554226 = ECLI:EU:C:2010:612, 39 u. 40; EuGH 21.2.2018, C-518/15, Matzak, Rn. 37.

<sup>143</sup> EUGH 26.7.2017, C-175/16, NZA 2017, 1113 Hävlä insb. Rn. 36 (SOS-Kinderdörfer).

<sup>144</sup> EuGH 14.10.2010, C-428/09, Isère, BeckEuRS 2010, 554226 = ECLI:EU:C:2010:612 Rn. 39 u. 40; EuGH 7.9.2006, C-484/04, Kommission/Vereinigtes Königreich, BeckRS 2006, 70660 = ECLI:EU:C:2006:526, sowie die in den Fn. 67 zusätzlich aufgeführten Urteile.

*„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.“*

Ob sich das im Arbeitszeitrecht wirklich so abbilden lässt, erscheint fraglich. Zwar kommt den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Aufzeichnungspflicht, wie mehrfach dargelegt, ein weiter Ermessensspielraum zu. Indes darf dieser nicht so genutzt werden, dass Erleichterungen von der Aufzeichnungspflicht zu einer Aushöhlung der Bestimmungen der Richtlinie führen.<sup>145</sup> Wie aber bereits unter II.1.b. ausgeführt wurde, lässt sich über das Saldo der Arbeitszeit nur feststellen, ob die wöchentliche Gesamtarbeitszeit eingehalten wurde, hingegen nicht, jedenfalls aber nicht verlässlich, ob auch die Ruhezeiten gewahrt wurden.

Kein schlagkräftiges Argument ist es jedenfalls, dass sich eine Zeiterfassung in solchen Arbeitsverhältnissen, ungeachtet des Umstands, dass sie auf die Beschäftigten delegiert werden darf (s. IV.4.b), als besonders aufwändig erweist. Der EuGH würde dem sicherlich unter Hinweis auf den 4. Erwägungsgrund der RiL 2003/88 entgegenreten, wonach das Arbeitszeitrecht nicht rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden darf.<sup>146</sup> Zudem wäre auf die bereits in 5.b. erwähnte, wenngleich zu Art. 17 ergangene, Rechtsprechung hinzuweisen. Dieser lässt sich entnehmen, dass Abweichungen von den Bestimmungen der Arbeitszeitrichtlinie nur dann möglich sind, wenn diese nach Art und Umfang unbedingt erforderlich sind; bloße Praktikabilitätsabwägungen reichen nicht. Hinzu kommt schließlich auch der Hinweis des Generalanwalts, wonach *„einige Kategorien von Arbeitnehmern und die Arbeitnehmer einiger spezifischer Branchen einen besonderen Schutz - aufgrund der der Leistung innewohnenden Merkmale (benötigen), wie z. B(...) die mobilen Arbeitnehmer -, und für sie sieht das Unionsrecht besonders strenge und umfassende Kontrollsysteme vor.“*<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> EuGH (Fn. 1) Rn. 43.

<sup>146</sup> S. nur EuGH (Fn. 1), Rn. 66.

<sup>147</sup> Schlussantrag des Generalanwalts *Pitruzzella* v. 31.1.2019, C-55/18, Rn. 76.



### c) Vertrauensarbeitszeit im Besonderen

Ob Vertrauensarbeitszeit weiterhin möglich bleibt, hängt stark davon ab, was man darunter genau versteht. Geht man davon aus, dass Vertrauensarbeitszeit nur bedeutet, dass der Arbeitgeber auf jegliche Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit verzichtet, die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer sich aber dennoch in irgendeiner Form darüber erklären muss, welches Stundendeputat er in einem bestimmten Zeitabschnitt geleistet hat, kann ein solches Modell auch in Zukunft rechtskonform fortgeführt werden.

Ein anderes Verständnis des Begriffes Vertrauensarbeitszeit ist, dass die Beschäftigten nicht nur frei in seinen Gestaltungsmöglichkeiten sind, sondern auch keinerlei Nachweiszwang dahingehend unterliegen, ob und wieviel er an einem bestimmten Tag gearbeitet hat. Hier vertraut der Arbeitgeber darauf, dass die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht auch ohne Kontrolle erfüllen wird.<sup>148</sup> Das ist so nicht mehr ohne Weiteres<sup>149</sup> durchführbar.<sup>150</sup>

Letztlich wäre mit einem Abrücken von einer völlig konturenlosen Zeitgestaltung aber noch nicht einmal ein wirklicher Paradigmenwechsel verbunden. Denn schon bislang war es so, dass die Rechtsprechung<sup>151</sup> den Arbeitgeber trotz Vertrauensarbeitszeit für verpflichtet hielt, sich über die Arbeitszeiten der Beschäftigten zu informieren und zwar nicht zuletzt, damit er die Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeitobergrenzen gewährleisten kann. Zudem war unstrittig, dass auch in Vertrauensarbeitszeitmodellen Mehrarbeit iSd. § 16 Abs. 2 ArbZG aufzeichnungspflichtig ist.<sup>152</sup> Schließlich konnte Vertrauensarbeitszeit mit dem Inkrafttreten des MiLoG nur noch in Arbeitsverhältnissen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 17 MiLoG oder bei Überschreitung der Entgeltgrenzen nach § 1 MiLoDokV durchgeführt werden.<sup>153</sup>

---

<sup>148</sup> HWK/Güntgen, Fn. 2, § 7 Rn. 29; Schaub-ArbR-Handbuch/Vogelsang, Fn. 26, § 160 Rn. 33.

<sup>149</sup> Zu beachten ist, dass Vertrauenszeitbeschäftigte dem ArbZG dann nicht unterliegen, wenn sie leitende Angestellte sind (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG).

<sup>150</sup> Fuhlrott, NZA-RR 2019, 343 (Ziff. 4); D.Ulber, NZA 2019, 677, 681.

<sup>151</sup> Wenngleich in sehr unterschiedlicher Intensität: BAG 29.8.2013, 2 AZR 273/12, NZA 2014, 533 Rn. 35; BAG 23.9.2015, 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295 Rn. 31; BAG 24.5.2012, 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223 Rn. 34; BAG 6.5.2003, 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348; Schliemann, Fn. 2, § 16 Rn. 8; D.Ulber, NZA 2019, 677, 681, Schlottfeld/Hoff, NZA 2001, 530; Erlass Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales NRW v. 30.12.2013, II 2 – 8312 § 16 Ziff. 4; sowie die in der nächsten Fn. (73) genannten Autoren.

<sup>152</sup> MHdB ArbR /Schüren, Fn. 54, §§ 44 Rn. 46 u. 47 Rn. 39; Schaub-ArbR-Handbuch/Vogelsang, Fn. 26, § 160 Rn. 35; Eylert, NZA-Beilage 2017, 95, 96.

<sup>153</sup> BeckOK-ArbR/Hilgenstock, Fn. 19, § 2 MiLoG Rn. 38. Das ist freilich kein überragendes Hindernis, da die überwiegende Mehrzahl von Arbeitnehmern, denen Vertrauensarbeitszeit gewährt wird, nicht in den personellen Geltungsbereich des § 17 MiLoG fallen wird.

#### d) Sonderregelung für Kleinbetriebe

Sonderregelungen für Kleinbetriebe (etwa definiert in Anlehnung an § 23 Abs. 1 KSchG, § 8 Abs. 7 TzBfG, § 9a Abs. 2 TzBfG o.a.), erscheinen nicht empfehlenswert. Ein Rechtfertigungsgrund für eine Privilegierung von kleineren und mittleren Betrieben ist nicht ersichtlich. Zwar mögen die Belastungen, die mit einer Zeiterfassung verbunden sind, für derartige Unternehmen im Vergleich zu größeren Arbeitgebern höher sein. Insoweit ist aber erneut anzumerken, dass der EuGH einer solchen Argumentation wohl unter Hinweis auf den 4. Erwägungsgrund der RiL 2003/88 entgegenzutreten würde, wonach das Arbeitszeitrecht nicht rein wirtschaftlichen Überlegungen oder Kostenargumenten untergeordnet werden darf.<sup>154</sup> Jede Beschäftigte und jeder Beschäftigte hat stets denselben Anspruch auf Schutz seiner Gesundheit und Sicherheit, ganz gleich, in was für einem Unternehmen er tätig ist. Zudem wird gerade von Arbeitgeberseite angemerkt, dass Arbeitszeitverstöße in kleineren und ggf. betriebsratslosen Unternehmen in höherem Maße zu besorgen seien, als in strukturierten Großunternehmen.<sup>155</sup>

#### 6. Zugängliches System der Arbeitszeiterfassung: Einsichtsrecht der Beschäftigten

Der EuGH verlangt, dass das Arbeitszeiterfassungssystem „zugänglich“ ist.<sup>156</sup> Was damit genau gemeint ist, wird aus dem Urteil nicht ganz deutlich. Einerseits ist denkbar, dass der EuGH damit lediglich sagen wollte, dass jede (jeder) Beschäftigte einen Anspruch auf Teilnahme am betrieblichen Zeiterfassungssystem haben muss, mithin also darauf, zu diesem zugelassen zu werden. Dafür spricht, dass sich an die Formulierung „zugängliches System“ im Urteil stets der Relativsatz anschließt *„mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“*. Die einschlägige Passage ließe sich aber auch so verstehen, dass den Beschäftigten das Recht eingeräumt werden muss, Einsicht in die erfassten Daten nehmen zu können. Für diese Sichtweise ließe sich anführen, dass es dem EuGH um die Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie geht, wozu es ohne Frage sinnvoll wäre, wenn sich auch die Beschäftigten selbst über ihr aktuelles Deputat informieren können.

---

<sup>154</sup> EuGH (Fn. 1), Rn. 56, 57, 62, 66.

<sup>155</sup> *Zumkeller*, BB 2019, Heft 25, Umschlagteil, I. Anderer Ansicht aber: *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263, 265.

<sup>156</sup> S. EuGH (Fn. 1) Rn. 60, 62, 65.

Alles in allem sprechen aber gute Gründe für ein Einsichtsrecht der Beschäftigten. Eine andere Frage ist indes, ob dieses deshalb eigens im Arbeitszeitrecht verankert werden muss.<sup>157</sup> Dagegen lässt sich jedenfalls nicht einwenden, dass dem Betriebsrat – wie unter II.5.b. gezeigt – nach § 80 Abs. 2 iVm Abs. 1 Nr. 1 BetrVG entsprechende Informationsrechte zustehen. Die Richtlinie erkennt den Beschäftigten einen durchsetzbaren Anspruch auf Einhaltung der Höchstarbeitszeiten zu. Dieser darf nicht davon abhängig gemacht werden, ob im Betrieb ein Betriebsrat eingerichtet ist und dieser seine Unterrichtsansprüche geltend macht. Allerdings ließe sich darauf verweisen, dass sich ein Auskunftsanspruch der Beschäftigten möglicherweise bereits aus dem Individualarbeitsrecht ergibt: §§ 611a, 241 Abs. 2, 242, 618 BGB 7, 12 u 14 ArbSchG, s. oben III.3.b.bb.α. Indes wird dieser den europarechtlichen Umsetzungsanforderungen nicht vollständig gerecht. Daher empfiehlt sich, eine entsprechende Regelung in das Gesetz aufzunehmen. Das gilt ungeachtet des Umstands, dass es in den meisten Unternehmen, die Arbeitszeiten erfassen, sowieso üblich sein dürfte, Beschäftigten regelmäßig einen Auszug aus ihrem Arbeitszeitkonto zu erteilen, wenn sie dieses nicht sogar jederzeit online einsehen können.

## 7. Regelung durch den Gesetzgeber – abschließende Bemerkungen

### a) Regelungsdichte

Bei der Umsetzung der CCOO-Entscheidung wird der Gesetzgeber überlegen müssen, wie detailliert er die Vorgaben bezüglich der Zeiterfassungspflicht des Arbeitgebers fassen will. Auf der einen Seite ist er gehalten, ein verlässliches System zu etablieren. Er muss dafür sorgen, dass die Zeitaufzeichnung auch tatsächlich durchgeführt wird. Das scheint darauf hinzudeuten, dass ein eher genau ausformuliertes Regelwerk erforderlich ist. Auf der anderen Seite steht dem Gesetzgeber aber ein erheblicher Ausgestaltungsspielraum zu. Vor allem ist in Anschlag zu bringen, dass das Arbeitsleben so vielgestaltig ist, dass sich die Erfassung von Arbeitszeit nicht ohne weiteres uniform gestalten lässt. Hier gilt: one size doesn't fit all. Die bestgeeignetsten Mittel und Wege für eine Zeiterfassung differieren von Branche zu Branche und von Tätigkeit zu Tätigkeit ganz erheblich. Daher könnte es sich unter

---

<sup>157</sup> Verhältnismäßig umfassend regelt dagegen § 26 AZG-AT:

(8) Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer haben einmal monatlich Anspruch auf kostenfreie Übermittlung ihrer Arbeitszeitaufzeichnungen, wenn sie nachweislich verlangt werden.

(9) Verfallsfristen werden gehemmt,

1. solange den Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern die Übermittlung gemäß Abs. 8 verwehrt wird, oder
2. wenn wegen des Fehlens von Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden die Feststellung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit unzumutbar ist.

Umständen als sinnvoll erweisen, wenn eine im Normbefehl zwar hinreichend definite, im Übrigen aber generalisierende Regel formuliert und deren weitere Konkretisierung Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen werden würde.

Insgesamt wäre es daher ein denkbarer Weg, in einer gesetzlichen Regelung nur eine Pflicht zur Zeiterfassung vorzugeben und dem Arbeitgeber die grundständige Verantwortung hierfür zuzuweisen, diese indes so ausreichend offen zu halten, dass sich die Zeiterfassung an die Gegebenheiten der Branche, die Eigenarten der jeweiligen Tätigkeit und ggf. auch die betrieblichen Notwendigkeiten anpassen lässt. Vorbild hierfür könnten die im deutschen Recht bereits vorhandenen Aufzeichnungsnormen sein (etwa: § 16 Abs. 2 ArbZG, § 17 Abs. 1 MiLoG usw.: *„Der Arbeitgeber ist verpflichtet [...]“*). In diese Richtung ist auch § 26 Abs. 1 AZG-AT formuliert: *„Der Arbeitgeber hat zur Überwachung der Einhaltung der in diesem Bundesgesetz geregelten Angelegenheiten in der Betriebsstätte Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden zu führen.“* Ganz ähnlich heißt es im nunmehr angepassten spanischen Arbeitszeit (Artikel 34.9 Art. 34 Abs. 5 Estatuto de los Trabajadores): *„Das Unternehmen sorgt für die tägliche Aufzeichnung des Arbeitstages, (...). Erfassung und Dokumentation der Arbeitszeit erfolgen (soweit keine Kollektivabrede besteht), durch eine Entscheidung des Arbeitgebers nach Anhörung der Vertretungsorgane der Belegschaft.“*

Ergänzend könnte überlegt werden, ob – in Anlehnung an die §§ 16 Abs. 4 AEntG, 17 Abs. 3 und 4 MiLoG – eine Verordnungsermächtigung (diesmal zu Gunsten des BMAS) in die Regelung aufgenommen werden soll, die es dem BMAS ermöglicht, die Aufzeichnungspflicht für einzelne Branchen bzw. Tätigkeiten zu erleichtern, zu schärfen oder zu konkretisieren. So könnte das BMAS rasch einschreiten, wenn sich in einer Branche Verstöße oder Missbräuche häufen. Keineswegs ausgeschlossen wäre es auch, eine Öffnung zu Gunsten der Tarifpartner und der Betriebspartner vorzusehen (Letzteres ggf. unter der Voraussetzung, dass ein einschlägiger Tarifvertrag besteht, vgl. § 12 S. 1 ArbZG): Art. 18 Abs. 2, Art. 18 Abs. 1, Erw. 16 der RiL 2003/88/EG. So verfährt etwa das spanische<sup>158</sup> und partiell auch das österreichische Recht.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> Art. 34 Abs. 9 S. 1 Estatuto de los Trabajadores überlässt die nähere Ausgestaltung der Zeiterfassung mehr oder weniger insgesamt den Kollektivparteien: *„Diese Aufzeichnung der Arbeitszeit wird durch Tarifverhandlungen oder einen Unternehmensvertrag oder, in Ermangelung dessen, durch eine Entscheidung des Arbeitgebers nach Anhörung der gesetzlichen Vertreter der Arbeitnehmer des Unternehmens organisiert und dokumentiert.“*

<sup>159</sup> § 26 Abs. 4 AZG: *„Durch Betriebsvereinbarungen kann festgesetzt werden, daß Arbeitnehmer gemäß Abs. 3 die Aufzeichnungen selbst zu führen haben.“*

## b) Auswirkungen auf andere Aufzeichnungspflichten

Die Umsetzung der Vorgaben des EuGH in das nationale Recht wird ganz erheblich dadurch erschwert, dass dieses schon jetzt eine Vielzahl unterschiedlicher Aufzeichnungspflichten kennt, die sich von einer generellen Aufzeichnungspflicht zwar partiell in Tatbestand, Rechtsfolgen und im Regelungszweck unterscheiden, sich mit dieser aber dennoch weitgehend überschneiden werden. Daher wäre es kaum damit getan, dass der Gesetzgeber nur den Wortlaut des § 16 Abs. 2 ArbZG anpasst.

Der Wortlaut des § 8 OffshoreArbZV oder des § 10 Abs. 2 Nr. 6 BinSchArbZV wäre nicht mehr ganz verständlich („... *abweichend von § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG* ...“), würde es im Arbeitszeitrecht bereits eine grundlegende Aufzeichnungspflicht geben. § 21a ArbZG würde sich zumindest teilweise mit einem reformierten § 16 ArbZG überschneiden. Dessen ungeachtet lassen sich diese Regelung aber auch nicht einfach aufheben. Das wäre zumindest dann bedenklich, wenn es von der grundständigen Aufzeichnungspflicht Ausnahmen gibt, die auch für die in den Spezialnormen geregelten Sachverhalte greifen könnten. So könnte etwa eine Erleichterung des Aufzeichnungsumfangs für mobil ausgeübte Tätigkeiten im Bereich des Straßen- und Schiffsverkehrs zumindest Anlass zu Missverständnissen geben.

Gravierende Überschneidungen würden sich aber mit den Aufzeichnungspflichten des Mindestlohnrechts ergeben. Bislang sind einschlägige Konkurrenzen nur in ausgewählten Konstellationen denkbar, etwa, wenn Minijobber<sup>160</sup> oder in einer Branche des § 2a des SchwarzArbG Beschäftigte Mehrarbeit über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 ArbZG hinaus leisten.

Bisher war man davon ausgegangen, dass die unterschiedlichen Aufzeichnungspflichten miteinander konkurrieren.<sup>161</sup> Das ist sicher hinnehmbar, solange sich nur hier und da Konfliktlagen ergeben. Ganz anders würde sich dagegen die Situation präsentieren, wenn nach Einführung einer allgemeinen Dokumentationspflicht plötzlich sämtliche Arbeitsverhältnisse, die nach dem Entsende- oder Mindestlohnrecht dokumentationspflichtig sind, gleich zwei Aufzeichnungspflichten unterworfen wären, mögen sich diese in inhaltlicher Hinsicht auch als weitgehend deckungsgleich erweisen. Das erschiene auf den ersten Blick

---

<sup>160</sup> In diesem Fall würde schon jetzt sowohl eine Aufzeichnungspflicht nach § 16 Abs. 2 ArbZG, als auch die nach § 17 Abs. 1 MiLoG greifen. Wer allerdings Minijobber ist (§§ 17 Abs. 1 MiLoG iVm 8 Abs. 1 SGB IV), wird in aller Regel aber keine Mehrarbeit iSd. § 3 ArbZG leisten. Völlig ausgeschlossen ist das freilich nicht, da denkbar ist, dass das sozialrechtlich zulässige Deputat innerhalb eines Monats in einem sehr kurzen Zeitraum abgearbeitet wird.

<sup>161</sup> *Schliemann*, Fn. 2, § 17 Rn. 13; *HK/Ernst/Bartl*, Fn. 2, § 16 ArbZG Rn. 5; *Düwell/Schubert/Ramming*, § 17 MiLoG Rn. 8.

vielleicht unsystematisch. Umgekehrt können die Regelungen des Mindestlohn- und Entsenderechts aber auch nicht einfach aufgehoben werden:

- Im Arbeitszeitrecht werden (möglicherweise) Ausnahmen zugelassen, die nicht in das Mindestlohnrecht übernommen werden sollen (in umgekehrter Richtung kann dasselbe gelten: vgl. IV.5.b)
- Der arbeitszeit- und der mindestlohnrechtliche Arbeitszeitbegriff sind nicht absolut deckungsgleich, vgl. II.4.c.
- Das Entsende- und Mindestlohnrecht erstreckt die Aufzeichnungspflicht auf in die Branche entliehene Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter (vgl. § 17 Abs. 1 S. 2 MiLoG). Zwar wäre der Verleiher mit einer einschlägigen ArbZG-Novelle schon grundständig zur Zeitaufzeichnung verpflichtet. Indes lässt sich der arbeitszeitrechtlichen Dokumentation nicht die Dauer der Tätigkeit der Beschäftigten in einer AEntG-Branche entnehmen, was aber wegen § 8 Abs. 3 AEntG in vergütungsrechtlicher Hinsicht Relevanz erlangen kann.
- Die Zollverwaltung (und ggf. die Arbeitsverwaltung<sup>162</sup>) muss die Einhaltung der einschlägigen Aufzeichnungspflichten kontrollieren und bei Nichterfüllung Sanktionen aussprechen können (s. etwa derzeit: § 21 Abs. 1 Nr. 7 MiLoG)<sup>163</sup>.
- Sollte die Aufzeichnungspflicht nur noch im ArbZG geregelt sein und § 17 MiLoG bzw. § 19 AEntG aufgehoben werden, müsste geprüft werden, ob man das ArbZG insgesamt – also einschließlich der „neuen“ Aufzeichnungspflicht – auch ausdrücklich als Eingriffsrecht qualifizieren sollte).

Eine Lösung könnte sein, den Spezialgesetzen einen Halbsatz voran- oder nachzustellen, der die Konkurrenz mit § 16 regelt („... soweit nicht bereits nach § 16 ArbZG ...“). Alternativ könnte, jedenfalls im Mindestlohn- oder Entsenderecht, bestimmt werden, dass die einschlägigen Verpflichtungen erfüllt sind, soweit die zu erfassenden Daten aus Aufzeichnungen nach dem ArbZG hervorgehen. Dass das Mindestlohnrecht ein längeres Intervall als das Arbeitszeitrecht ermöglicht, wäre kaum verständlich. Ggf. müssten auch die Rechtsverordnungsermächtigungen im MiLoG und AEntG aufgehoben werden. Das alles hängt aber davon ab, wie man die grundständige Erfassungspflicht ausgestaltet.

---

<sup>162</sup> §§ 17, 17c AÜG.

<sup>163</sup> Die konkurrierenden Behörden können indes nur „einmal“ sanktionieren: §§ 84 OWiG, Art. 103 Abs. 3 GG.

### c) Konsequenzen einer Untätigkeit des Gesetzgebers

Bleibt der Gesetzgeber untätig, droht der Bundesrepublik ein Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 ff. AEUV). Darauf wurde in der Literatur bereits mehrfach hingewiesen.<sup>164</sup>

Weiter erscheint nicht völlig ausgeschlossen, dass Beschäftigte von der Bundesrepublik Schadensersatz fordern könnten.

In Betracht kommt vor allem ein staatshaftungsrechtlicher Anspruch. Insoweit muss man sich vor Augen führen, dass es trotz der überall – und so auch hier – verwendeten Formulierung, wonach es gilt, dass CCOO-Urteil des EuGH umzusetzen, nicht um die Umsetzung einer Entscheidung des EuGH in nationales Recht geht, sondern um die der Arbeitszeitrichtlinie. Der EuGH hat die Richtlinie lediglich dahingehend ausgelegt, dass ihr eine Zeiterfassungspflicht zu entnehmen sei. Anerkannt ist, dass wenn eine Richtlinie nach Ablauf ihrer Umsetzungsfrist nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt wurde und dieses auch nicht richtlinienkonform ausgelegt werden kann, dem Betroffenen ein Schadensersatzanspruch gegen den fraglichen Mitgliedstaat zusteht.<sup>165</sup>

Im Ergebnis dürfte ein solcher Anspruch aber häufig scheitern. Voraussetzungen für einen Staatshaftungsanspruch sind nämlich: (1.) Die Umsetzungsfrist für die Richtlinie muss abgelaufen sein, (2.) die Richtlinie muss die Verleihung subjektiver Rechte bezwecken, (3.) der Inhalt der Rechte muss auf der Grundlage der Richtlinie bestimmt werden können und (4.) es muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die Umsetzungspflicht und dem Schaden bestehen.

Die Tatbestandsmerkmale (1.) bis (2.) wären sicher erfüllt. Dass die Richtlinie längst umzusetzen gewesen wäre, steht außer Frage, wobei hier allerdings unterschiedliche Anknüpfungszeitpunkte denkbar wären (Frist zur Umsetzung der früheren Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG, der aktuellen Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG oder Zeitpunkt des Inkrafttretens der Grundrechtscharta). Was die Bestimmtheit der Richtlinie betrifft (3.), könnte natürlich vorgetragen werden, dass sich der Arbeitszeitrichtlinie keine konkreten Vorgaben für die Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystem entnehmen lassen und der EuGH den Mitgliedstaaten dabei sogar einen großen Gestaltungsspielraum einräumt

---

<sup>164</sup> *Roetteken*, jurisPR-ArbR 23/2019 Anm. 1., sub D; *Heuschmid*, NZW 2019, 1853, 1853.

<sup>165</sup> *Lenz/Borchardt/Hetmeier*, EU-Verträge, 6. Auflage 2012, Art. 288 AEUV Rn. 15. EuGH 19.11.91, C-6/90 und 9/90, *Francovich*, NJW 1992, 165 Rn. 40 ff. = ECLI:EU:C:1991:428. EuGH 14.7.1994, C-91/92, *Faccini Dori*, NJW 1994, 2473 Rn. 27 = ECLI:EU:C:1994:292. EuGH 5.3.1996, C-46/93 und 48/93, *Factortame*, NJW 1996, 1267 = ECLI:EU:C:1996:79. EuGH 8.10.1996, C-178/94, *Dillenkoffer*, NJW 1996, 3141 =ECLI:EU:C:1996:375.

(s. bereits II.1.).<sup>166</sup> Doch dürfte sich daraus nicht folgern lassen, dass die Mitgliedstaaten deshalb gleich ganz untätig bleiben dürften. Der EuGH lässt ja nur offen, welche Form der Zeitaufzeichnung sie wählen, indes nicht, ob sie eine solche überhaupt einführen möchten. Schwieriger verhält es sich aber mit dem Kausalzusammenhang zwischen einem Verstoß gegen die Umsetzungspflicht und dem Schaden des Betroffenen (Kriterium 4). Wie bereits oben (III.3.b.bb.β.2.) dargelegt, erleiden Beschäftigte alleine durch eine fehlende Zeitaufzeichnung regelmäßig keinen Schaden, dies nicht einmal dann, wenn dem Arbeitgeber erst dadurch ermöglicht wurde, Arbeiten in einem unzulässigen Umfang anzuordnen.

Schließlich hat der EuGH in der Rechtssache Fuß II<sup>167</sup> einen besonderen Haftungsanspruch des Staates bei Verstößen gegen die Arbeitszeitrichtlinie etabliert. Dieser ist aber eher gegen die öffentliche Hand gerichtet, die in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeberin die Höchstgrenzen der Richtlinie nicht einhält; er erweist sich also weniger als ein Staatshaftungsanspruch für eine unrichtige Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie. S. dazu die Ausführungen bei III.3.b.bb.β.2.

Selbst aber soweit den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus der Nichtumsetzung der Zeiterfassungspflicht kein Schadensersatzanspruch gegen die Bundesrepublik erwachsen würde, kann dies natürlich kein Grund sein, es einfach beim gegenwärtigen Rechtszustand zu belassen. Im Gegenteil: Gerade weil die Beschäftigten auf das Tätigwerden des Gesetzgebers angewiesen sind, sollte sich dieser veranlasst sehen, aktiv zu werden. Davon abgesehen sollte es, ganz gleich, wie man auch immer zu der Entscheidung des EuGH steht ohnehin selbstverständlich sein, dass das nationale Recht möglichst umgehend an die Vorgaben des Unionsrechts angepasst wird. Das gilt umso mehr, als andernfalls das Risiko besteht, dass einzelne Behörden und Gerichte eben doch versuchen, die Vorgaben des EuGH in eigener Regie in das Arbeitszeitrecht zu transformieren, was zu einem arbeitszeitrechtlichen Wildwuchs führen würde. Auch deshalb sollte man das Heft des Handelns nicht aus der Hand geben.

---

<sup>166</sup> Vgl. nur EuGH (Fn. 1) Rn. 63.

EuGH 25.11.2010, C-429/09, Fuß II, NZA 2011, 53 = ECLI:EU:C:2010:717.



## **V. Zusammenfassung und Regelungsvorschlag**

### **1. Zu Abschnitt I (Einleitung/Ausgangslage)**

Mit Urteil vom 14. Mai 2019 hat der EuGH entschieden, dass die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten müssen, ein „*objektives, verlässliches und zugängliches System*“ einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.

### **2. Zu Abschnitt II (Mangelnde Unionsrechtskonformität des nationalen Rechts)**

2.1. Im deutschen Arbeitsrecht besteht derzeit keine grundständige Pflicht, die sich an alle Arbeitgeber richtet, die gesamte Arbeitszeit ihrer Beschäftigten aufzuzeichnen.

2.2. Nach § 16 Abs. 2 ArbZG sind nur die Arbeitsleistungen zu dokumentieren, die über die werktägliche Höchstarbeitszeit des § 3 ArbZG hinausgehen, sowie Arbeiten an Sonn- und Feiertagen. Alle übrigen Arbeiten müssen dagegen nicht erfasst werden. Die Regelung bleibt daher verhältnismäßig weit hinter den Vorgaben des EuGH zurück.

Die in § 16 Abs. 2 ArbZG vorgesehenen Aufzeichnungen korrelieren auch nicht mit dem Sinn und Zweck der unionsrechtlichen Zeiterfassungspflicht. Denn alleine aus der Aufzeichnung von Mehrarbeit lässt sich nicht verlässlich ersehen, ob die wöchentliche Höchstarbeitszeit des Art. 6 RiL 2003/88/EG eingehalten wurde. Dagegen kann nicht argumentiert werden, dass sich dies mittelbar ergeben würde, weil man aus dem Umstand, dass keine Mehrarbeit aufgezeichnet wurde, schließen könne, dass maximal 48 Stunden in der Woche gearbeitet worden seien. Das setzt nämlich voraus, dass sich der Arbeitgeber rechtstreu verhält, was mit den Aufzeichnungen aber gerade überprüft werden soll. Sollte sich aus der Aufzeichnung ergeben, dass die werktägliche Höchstarbeitszeit geringfügig überschritten wurde, lässt sich ebenfalls nicht sicher beurteilen, ob die wöchentliche Höchstarbeitszeit des Unionsrechts noch eingehalten wurde. Keinesfalls lässt sich aber über § 16 Abs. 2 ArbZG die Gewährung der täglichen bzw. wöchentlichen Ruhezeiten kontrollieren.

2.3. Verwaltungsbehörden können nach § 17 Abs. 2 und 4 ArbZG einzelne Arbeitgeber verpflichten, die gesamte Arbeitszeit der Beschäftigten aufzuzeichnen. Einschlägige Anordnungen sind jedoch nur in Einzelfällen und unter besonderen Voraussetzungen möglich.

2.4. Es finden sich zahlreiche Spezialregelungen, die Arbeitgebern aufgeben, Arbeitszeiten aufzuzeichnen. Sie decken das Arbeitsleben nicht einmal im Ansatz vollständig ab, sondern

knüpfen allesamt an ganz besondere Tatbestände an. Überwiegend machen sie sich daran fest, dass im Interesse der Allgemeinheit Höchstarbeits- bzw. Ruhezeiten unbedingt eingehalten werden (etwa: Verkehrssektor). Die Regelungen sind daher auch nicht verallgemeinerungsfähig.

2.5. Das Mindestlohnrecht (iwS) hält inhaltlich mehr oder weniger umfassende Zeitdokumentationspflichten bereit. Diese sprechen indes nur ausgewählte Arbeitsverhältnisse an und dabei vor allem solche, denen, verkürzt gesprochen, eine gewisse Tendenz zu prekärer Beschäftigung innewohnt. Zudem können diese Regeln nicht dazu dienstbar gemacht werden, um Beschäftigten einen Schutz vor einer überbordenden zeitlichen Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber zu vermitteln. Zum einen sind nur mindestlohnpflichtige Arbeitszeiten zu erfassen; der arbeitszeitrechtliche und der mindestlohnrechtliche Vergütungsbegriff ist indes nicht vollständig deckungsgleich. Zum anderen vermitteln die Mindestlohnregelungen den Aufsichtsbehörden (des ArbZG) keine Eingriffs- bzw. Sanktionsbefugnisse.

2.6. Dem Betriebsrat steht nach § 80 Abs. 2 iVm Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein weitreichender Unterrichts- und Auskunftsanspruch über Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der einzelnen Beschäftigten zu und zwar auch dann, wenn der Arbeitgeber an sich keine Aufzeichnungen führen will. Indes hängt die Durchsetzung dieser Ansprüche davon ab, dass im Betrieb ein Betriebsrat eingerichtet ist und dieser seine einschlägigen Kontrollrechte auch tatsächlich geltend macht. Zudem lassen sich aus § 80 BetrVG weder Individualrechte der Belegschaftsmitglieder noch Kontroll- und Sanktionsbefugnisse der Aufsichtsbehörden herleiten.

### **3. Zu Abschnitt III (Keine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts)**

3.1. Eine unionsrechtskonforme Auslegung des ArbZG, aber auch dessen Durchbrechung über eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechtscharta, sind ausgeschlossen. Vielmehr ist der Bundesgesetzgeber verpflichtet, das Arbeitszeitrecht entsprechend zu ergänzen.

3.2. Das deutsche Recht kennt derzeit keine generelle Verpflichtung aller Arbeitgeber, die gesamte Arbeitszeit ihrer Beschäftigten aufzuzeichnen.

3.3. Keine der aktuell vorhandenen Aufzeichnungsbestimmungen lässt sich so auslegen, dass Unternehmen eine Dokumentation abverlangt werden könnte, die den Anforderungen des EuGH genügt. Das gilt auch für § 16 Abs. 2 ArbZG, s. Ziff 2.2. Der Wortlaut der Regelung,

die Gesetzeshistorie sowie die systematischen Überlegungen (vgl. nur § 8 Offshore-ArbZV, § 10 Abs. 1 BinSchArbZV) sprechen klar dagegen.

3.4. Eine unionsrechtskonforme Auslegung kann die Gerichte nicht dazu anhalten, Pflichten des Bürgers, die das nationale Recht so gerade nicht anordnet, einfach in dieses hinein zu lesen. Das Unionsrecht kennt keine Verpflichtung der nationalen Judikative, rechtsschöpferisch tätig zu werden. Es kann Gerichte maximal dazu anhalten, eine richtlinienwidrige Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, diesen aber nicht eine neugestaltende Ergänzung des nationalen Rechts um Bausteine aufgeben, die dort einfach nicht vorgesehen sind. Das hat auch der EuGH nicht verlangt und tut das nicht in der vorliegenden Entscheidung.

3.5. Das CCOO-Urteil findet keine Direktwirkung über die Grundrechtscharta. Zwar stützt der EuGH die von ihm angenommene Zeiterfassungspflicht des Arbeitgebers nicht alleine auf die Richtlinie, sondern stellt auch eine Verknüpfung zu Art. 31 Abs. 2 GrCh her. Wahrscheinlich wollte der Gerichtshof damit sein Auslegungsergebnis aber lediglich als durch die Charta untermauert ansehen. Würde man die einschlägigen Passagen dagegen so verstehen, dass der EuGH die Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers als in der Charta verortet ansieht, dann würde sich das Arbeitszeitrecht zwar möglicherweise unmittelbar und direkt an den Arbeitgeber richten. Indes wurde aus der „richtlinienvermittelten“ Direktwirkung der Charta bislang nur gefolgert, dass die Gerichte chartawidriges nationales Recht unangewendet lassen müssen. Indes verlangt der EuGH nicht, dass die Gerichte nationales Recht eigenmächtig um Pflichten des Arbeitgebers ergänzen müssten, die zwar im Unionsrecht vorgesehen sind, im nationalen Recht aber keine Widerspiegelung erfahren.

3.6. Der EuGH räumt den Mitgliedstaaten einen ganz erheblichen Gestaltungsspielraum ein, was die Etablierung eines Zeiterfassungssystems im nationalen Recht betrifft. Spätestens daran scheitert eine richtlinienkonforme Auslegung des ArbZG, aber auch eine mögliche Direktwirkung einer grundrechtlich fundierten Aufzeichnungspflicht.

3.7. Aus diesem Grund (Ziff. 3.6.) ergibt sich auch, dass die bei öffentlichen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer sich nicht unmittelbar auf die unionsrechtliche Zeiterfassungspflicht berufen können.

3.8. Selbst wenn man sich den vorstehenden Überlegungen nicht anschließen und davon ausgehen wollte, dass sich die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung über eine Direktwirkung der Richtlinie in das nationale Arbeitsrecht einführen ließe, würde man am Ende zu keinen brauchbaren Ergebnissen kommen.

3.8.1. Eine Erweiterung der Kontroll- und Sanktionsbefugnisse der Aufsichtsbehörden ohne eine entsprechende gesetzliche Grundlage kommt schon wegen Art. 20 Abs. 3 und 103 Abs. 2 GG nicht in Betracht.

3.8.2. Eine Einstrahlung des Urteils alleine in das private Arbeitsrecht ist in unionsrechtlicher Sicht unzureichend. Die Möglichkeiten, um eine Zeiterfassung auf privatrechtlicher Ebene zu etablieren, sind begrenzt. Zunächst müssten die Gerichte erst einmal Tatbestand, Umfang und Durchführung der Zeiterfassung genau konkretisieren. Ist dies erfolgt, könnten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von ihren Arbeitgebern zwar verlangen, dass deren Arbeitszeit akkurat erfasst wird. Indes wäre eine Geltendmachung dieses Anspruchs – falls Beschäftigte ihn überhaupt wahrnehmen – stets auf das einzelne Arbeitsverhältnis beschränkt. Überdies ergeben sich aus dem Individualarbeitsrecht keine belastbaren Sanktionen. Die Beschäftigten können in der Regel noch nicht einmal ihre Arbeitsleistung verweigern, nur weil kein Zeiterfassungssystem eingerichtet ist. Schadensersatz scheidet meist aus, weil die Beschäftigten alleine aus dem Fehlen einer Zeiterfassung keinen ersatzfähigen Schaden erleiden. Das ist noch nicht einmal dann der Fall, wenn dem Arbeitgeber so erst ermöglicht wird, Arbeiten in einem unzulässigen Umfang anzuordnen, solange die Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer nur entsprechend vergütet werden. Eine Übernahme in das Vergütungsrecht, dergestalt, dass bei Fehlen von Aufzeichnungen vermutet wird, dass die von den Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern in einem Vergütungsprozess behaupteten Arbeitsleistungen auch tatsächlich erbracht wurden, kommt nicht in Betracht.

#### **4. Zu Abschnitt IV (Umsetzung in das nationale Recht)**

4.1. Ausgangspunkt einer Umsetzung der CCOO-Entscheidung in nationales Recht ist die Forderung des EuGH, wonach Arbeitgeber, „*ein objektives, verlässliches und zugängliches System*“ einführen müssen, mit dem die von einem jedem Beschäftigten geleistete Arbeitszeit gemessen werden kann. Aus der Zeiterfassung muss sich ersehen lassen, ob folgende Vorgaben der Richtlinie eingehalten sind: Wöchentliche Höchstarbeitszeiten (Art. 6), Ausgleich bei einem Abweichen von der Höchstarbeitszeit gem. Art. 16 lit b. bzw. Art. 19, tägliche Ruhezeiten (Art. 3 RiL), wöchentliche Ruhezeit (Art. 5 RiL), ggf. Ruhepausen iSd. Art. 4 RiL.

4.2. Die vom EuGH gebrauchte Formel, wonach die Mitgliedstaaten ein „*objektives*“ und „*verlässliches*“ System einführen müssen, darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Zeitaufzeichnung nur mit informationstechnischen Mitteln oder sonst wie

automatisiert bzw. maschinell vorgenommen werden dürfte. Vielmehr geht es dem Gerichtshof darum, dass Arbeitszeiten vollständig, rational und berechenbar erfasst werden. Es darf nicht in das Belieben des Arbeitgebers gestellt sein, ob und ggf. welche Arbeitszeiten er dokumentieren will und welche nicht. Ebenso wenig darf den Beschäftigten eine Wertentscheidung dahingehend eröffnet werden, ob und welche Arbeitszeiten sie verbuchen wollen.

4.3. Eine Erfassung der relevanten Parameter ist datenschutzrechtlich gerechtfertigt. Dies wäre indes nicht mehr der Fall, wenn dem Arbeitgeber aufgegeben würde, die Arbeitsleistungen der Beschäftigten umfassend zu überwachen und durch Apps, Login-/Keylogger-Protokolle oder gar biometrischen Scans unablässig zu ermitteln, ob, wann und in welcher Form sie für den Arbeitgeber aktiv sind.

4.4. Der EuGH gesteht den Mitgliedstaaten bei der Etablierung einer Aufzeichnungspflicht einen großen Spielraum zu. Danach lässt sich die Verpflichtung zur Zeitaufzeichnung so flexibel ausgestalten, dass für das gesamte Wirtschaftsleben nicht ein- und dieselbe Erfassungsregel gelten muss.

4.5. Die Mittel zur Zeitaufzeichnung müssen geeignet sein, um eine verlässliche Aufzeichnung der Arbeitszeit herbeizuführen. Eine alleinige datentechnische Aufzeichnung ist nicht gefordert und wäre angesichts der Vielgestaltigkeit des Arbeitslebens schlicht undurchführbar. Eine datentechnische Zeiterfassung kommt in Betracht, wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Tätigkeit vollständig am Betriebsort erbringen, so dass sich ihre Anwesenheit durch Zugangsausweise, Stechuhren oder Zeiterfassungssysteme protokollieren lässt. Wird nach einem fixen Schicht- und Zeitplan gearbeitet, kann der Arbeitgeber dessen Einhaltung nachweisen. Daneben sind aber auch Aufzeichnung in Papierform oder händische Einbuchungen in elektronische Dateien möglich. Die erhobenen Daten müssen aber jeweils so vorgehalten werden, dass sich die Arbeitszeiten verlässlich und ohne großen Aufwand ermitteln lassen.

4.6. Verantwortlich ist stets der Arbeitgeber. Er kann den Aufzeichnungsvorgang aber an die Beschäftigten delegieren. Zumindest wäre eine Delegationsbefugnis dann zuzulassen, wenn die Zeiterfassung dem Arbeitgeber nicht oder nur mit sehr großem Aufwand, der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer dagegen verhältnismäßig leicht möglich ist. Sollen die Beschäftigten ihre Arbeitszeit selbst erfassen, muss der Arbeitgeber diese entsprechend anleiten und die Aufzeichnungen zumindest stichprobenartig auf Richtigkeit kontrollieren. Zudem hat er sicherzustellen, dass die Arbeitszeitaufzeichnungen innerhalb der Fristen

vorgenommen werden, die ihm selbst hierfür gesetzt sind. Schließlich muss er die ihm durch die Beschäftigten übermittelten Daten in der Art und Weise aufbereiten, wie er sie selbst hätte erheben bzw. erfassen müssen.

4.7. Zu dokumentieren sind Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit. Nur wenn alle diese drei Parameter erfasst sind, lässt sich sicher ermitteln, ob den in Ziff. 4.1. genannten Vorgaben Rechnung getragen wird.

4.8. Der EuGH befasst sich im Urteil nicht damit, ob auch die Gewährung von Ruhepausen iSd. Art. 4 RiL 2003/88/EG (§ 4 ArbZG) zu dokumentieren ist. Das erscheint indes nahliegend und diesbezüglich sollte man es nicht auf ein erneutes Verfahren beim EuGH ankommen lassen. Die Arbeitspausen ergeben sich aber mittelbar aus den in Ziff. 4.5. genannten Parametern. Ein gesonderter Ausweis würde freilich zu mehr Übersichtlichkeit führen.

4.9. Aufzeichnungen müssen innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen. Dabei spricht einiges dafür, dass eine Dokumentation, die am Ende des Arbeitstags erfolgt, weitaus objektiver und verlässlicher ist, als wenn etwa erst im Verlauf einer Woche erfasst wird.

4.10. Es ist nicht möglich, Arbeitsverhältnisse, die nicht im Einklang mit Art. 17 der RiL 2003/88/EG insgesamt aus der Geltung des Arbeitszeitrechts ausgenommen sind, so zu privilegieren, dass gar nicht aufgezeichnet werden muss. Auch wäre es nicht angängig, es für bestimmte Tätigkeiten es alleine bei einer Dokumentation der Dauer der täglichen Arbeitszeit zu belassen.

4.11. Ob Vertrauensarbeitszeit weiterhin möglich bleibt, hängt davon ab, was man darunter genau versteht. Geht man davon aus, dass Vertrauensarbeitszeit nur bedeutet, dass der Arbeitgeber auf jegliche Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit verzichtet, die Beschäftigten sich aber dennoch in irgendeiner Form darüber erklären müssen, welches Stundendeputat sie in welchem Zeitabschnitt geleistet haben, kann ein solches Modell auch in Zukunft rechtskonform fortgeführt werden.

4.12. Beschäftigten ist ein Recht zur Einsicht in die über sie geführte Zeiterfassung zu gewähren.

4.13. Verstöße des Arbeitgebers gegen die Erfassungspflicht müssen aufsichtsrechtlich sanktioniert werden können.

4.14. Mit einer Anpassung des § 16 Abs. 2 ArbZG müssten ggf. auch die in den Ziff 2.4. und 2.5. angesprochenen Regelungen überarbeitet werden. Diese können indes nicht unbesehen

aufgehoben werden, da die dort normierten Dokumentationspflichten, was ihren Tatbestand, etwaige Ausnahmen und die Rechtsfolgen eines Verstoßes betrifft, nicht vollständig deckungsgleich mit einer allgemeinen zeitrechtlichen Aufzeichnungspflicht sind.

**Insgesamt ist daher festzuhalten:**

1. Das deutsche Arbeitsrecht genügt den Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie, wie sie der EuGH im CCOO-Urteil konkretisiert hat, derzeit nicht.
2. Eine unionsrechtskonforme Auslegung des ArbZG, aber auch dessen Durchbrechung über eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechtscharta ist ausgeschlossen.
3. Der Bundesgesetzgeber ist verpflichtet, das Arbeitszeitrecht entsprechend zu ergänzen.
4. Mit Rücksicht auf die in Abschnitt IV.7.a. (erforderliche Regelungsdichte einer gesetzlichen Norm) getroffenen Ausführungen, ließe sich das Urteil des EuGH – ggf. begleitet durch Anpassungen der spezialgesetzlichen Arbeitszeitaufzeichnungsregelungen – mit folgender Regelung umsetzen:

**Regelungsvorschlag**

**§ 16 Arbeitszeitnachweise<sup>168</sup>**

(1) <sup>1</sup>Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit, [sowie die Dauer der nach § 4 gewährten Ruhepausen] jeweils am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen.

*[eventuell: (2) Soweit Arbeit über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinaus geleistet wird, sind die Ausgleichszeiträume nach den §§ 3, 6 Absatz 2, 11 Absatz 2 ArbZG zu dokumentieren.]*

(3) <sup>1</sup>Der Arbeitgeber kann die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer mit der Aufzeichnung der Arbeitszeit beauftragen [soweit dessen ungeachtet eine zuverlässige Erfassung der Arbeitszeit gesichert ist / soweit sich die tägliche Arbeitszeit nur auf diesem Weg erfassen lässt]. <sup>2</sup>In diesem Fall hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer zur ordnungsgemäßen Führung der Aufzeichnungen anzuleiten.<sup>3</sup> Der Arbeitgeber hat sich die Aufzeichnungen spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aushändigen zu lassen, diese in angemessenen Umfang zu

---

<sup>168</sup> Die Aushangpflicht des jetzigen Abs. 1 müsste anderweitig untergebracht werden.

kontrollieren und die übermittelten Daten innerhalb einer Woche nach ihrem Erhalt so aufzubereiten, dass sie den Anforderungen des Absatz 1 genügen.

(4) Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer hat das Recht, in die über ihn geführte Zeiterfassung Einsicht zu nehmen.

*[eventuell: (5) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann [im Einvernehmen mit ... ] durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Verpflichtung des Arbeitgebers nach Absatz 1 für bestimmte Wirtschaftsbereiche, Wirtschaftszweige oder Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern erweitern, soweit dies erforderlich ist, um verlässliche Aufzeichnungen herbeizuführen oder diese erleichtern, wenn dessen ungeachtet sichergestellt ist, dass die täglichen Arbeitszeiten zuverlässig erfasst werden. Eine solche Verordnung kann auch die Übertragung der Verpflichtung des Arbeitgebers an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Absatz 3 zum Gegenstand haben.]*

(6) Der Arbeitgeber hat ein Verzeichnis der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu führen, die in eine Verlängerung der Arbeitszeit gemäß § 7 Abs. 7 eingewilligt haben.

(7) Die Nachweise sind mindestens zwei Jahre aufzubewahren.