
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

NZA 19/2019

10. Oktober 2019 · 36. Jahrgang · Seite 1313–1376

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Dr. Susanne Clemenz, Rechtsanwältin, Gütersloh – Prof. Dr. Johannes Peter Francken, Präsident des LAG Baden-Württemberg a. D., Freiburg – Edith Gräfl, Vorsitzende Richterin am BAG, Erfurt – Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg – Dr. Thomas Klebe, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI), Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Eckhard Kreßel, Vorsitzender des Vorstandes der Berufsgenossenschaft Holz und Metall, Stuttgart – Prof. Dr. Mark Lembke, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Maria Britta Loskamp, Ministerialdirektorin, Leiterin der Abteilung Arbeitsrecht und Arbeitsschutz im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin – Prof. Dr. Stefan Lunk, Rechtsanwalt, Hamburg – Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Preis, Universität zu Köln – Prof. Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg – Ingrid Schmidt, Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. Dr. Klaus Schmidt, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. Dr. Jens Schubert, Leiter der Abteilung Recht und Rechtspolitik in der Bundesverwaltung der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Berlin – Prof. Dr. Achim Schunder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

Schriftleitung: Prof. Dr. Achim Schunder, Dr. Jochen Wallisch und Martin Wildschütz
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze und Berichte

Rechtsanwalt Dr. André Reinhard*

Pflicht zur Arbeitszeiterfassung und Arbeit 4.0

Wird die Flexibilität abgeschafft oder unbezahlbar?

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache CCOO gibt Anlass und Raum für Spekulationen dahingehend, dass eine flexible Ausgestaltung der Arbeitszeit (zB als „Vertrauensarbeitszeit“) nicht mehr möglich ist (so Schrader, NZA 2019, 1035 [1039]), wobei auch – meist unausgesprochen – dadurch arbeitgeberseitig befürchtete Steigerungen der Lohnkosten eine Rolle spielen dürften. Denn sicherlich führt eine transparente Arbeitszeiterfassung zu gewissen Erleichterungen beim Nachweis erbrachter Leistung durch die Arbeitnehmer. Das wirft nicht nur die Frage des richtigen Verständnisses und des unmittelbaren Handlungsbedarfs, sondern auch nach zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten auf, um jedenfalls die Kehrseite der Medaille, nämlich die Vergütung, in den Griff zu bekommen.

I. Das Urteil des EuGH

Am 14.5.2019 fällte der EuGH ein seither medial und politisch kontrovers diskutiertes Urteil. In der Rechtssache „Deración de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) gegen Deutsche-Bank SAE“ hatte die CCOO, ein Teil einer spanischen Gewerkschaft, einen Anspruch auf die Einführung eines vollumfänglichen Arbeitszeiterfassungssystems aus europarechtlichen Regeln geltend gemacht. Dabei galt es zu beurteilen, ob die spanische Regelung, wonach – ähnlich wie im deutschen Recht – lediglich die Überstunden und

nicht die gesamte Arbeitszeit aufzuzeichnen sind, den Anforderungen des Unionsrechts genügt.

Der EuGH legte dar, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG verpflichtet sind, den in deren Art. 3, 5 und 6 Buchst. b sowie in Art. 31 II GRCh verankerten Arbeitnehmerrechten in vollem Umfang zur Geltung zu verhelfen.¹ Diese Regeln normieren insbesondere Mindestruhezeiten von täglich elf und wöchentlich 24 Stunden am Stück sowie eine wöchentlich zulässige Höchstarbeitszeit von 48 Stunden. Der EuGH betont, dass das wesentliche von der Richtlinie verfolgte Ziel, nämlich der Schutz der Sicherheit und Gesundheit sowie der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer, besonders zu beachten sei. Zwar statuieren die Arbeitszeitrichtlinie keine ausdrückliche Pflicht zur vollumfänglichen Aufzeichnung der Arbeitszeit, jedoch sei es ohne ein solches System „äußerst schwierig oder gar praktisch unmöglich“, die gewährleisteten Rechte durchzusetzen. Daher folgert der Gerichtshof, dass die Mitgliedstaaten „die Arbeitgeber daher verpflichten (müssen), ein objektives, verlässliches und zugängliches Sys-

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht bei SZA Schilling, Zutt & Anschütz, Mannheim.

1 EuGH, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 (685) Rn. 43 – CCOO.

tem einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“.²

Die genauen Anforderungen an ein „objektives, verlässliches und zugängliches System“ definiert der *EuGH* nicht, sondern überlässt die Art und Weise der Ausgestaltung den Mitgliedstaaten. Dabei dürften die Regelungen die Besonderheiten von Tätigkeitsbereichen und Unternehmen – beispielsweise deren Größe – berücksichtigen.³ Bloße Kostenerwägungen auf Arbeitgeberseite können dagegen keine Rolle spielen.⁴

II. Aktueller Handlungsbedarf?

Unmittelbare Handlungspflichten für Unternehmen ohne bzw. vor einer Änderung des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) können sich nur ergeben, wenn diese aus europäischem Recht abzuleiten sind.

1. Aktuelle Rechtslage

Bisher verpflichtet § 16 II ArbZG Arbeitgeber lediglich zur Dokumentation der Arbeitszeiten, die an Werktagen den Zeitraum von acht Stunden täglich überschreiten bzw. die auf Sonn- und Feiertage fallen. Abgesehen von diesen Überstunden muss der Zeitraum, in dem der Arbeitgeber tatsächlich arbeitet, nicht erfasst werden. Lediglich in einigen Sonderbereichen gilt aufgrund gesetzlich normierter Ausnahmetatbestände wie § 21 a VII 1 ArbZG für Beschäftigte im Straßentransport, § 17 MiLoG für Personengruppen bestimmter Branchen oder § 19 AEntG im Anwendungsbereich spezieller Tarifverträge schon jetzt eine umfassende Aufzeichnungspflicht.

2. Handlungspflichten

Der *EuGH* fordert die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu auf, die Arbeitgeber durch eine Gesetzesänderung zu verpflichten, die dafür notwendigen umfassenden Arbeitszeiterfassungssysteme einzurichten.⁵

a) Unionskonforme Auslegung

Eine solche Änderung wäre dann nicht notwendig, wenn sich die vom *EuGH* geforderte Verpflichtung schon aus einer unionskonformen Auslegung des ArbZG ergibt. Zwar gelten die Urteile des *Gerichtshofs* zunächst nur *inter partes*.⁶ Die nationalen Gerichte sind aber aufgrund des Ziels der Vereinheitlichung des Unionsrechts, des in Art. 4 III EUV verankerten Effektivitätsgrundsatzes (*effet utile*) und der direkt an sie gerichteten Richtlinie zur EU-rechtskonformen Auslegung der nationalen Regelungen verpflichtet.⁷

§ 16 II 1 ArbZG fordert allerdings nach seinem eindeutigen Wortlaut lediglich die Erfassung von Überstunden. Zwar gibt der *EuGH* den mitgliedstaatlichen Gerichten die unionskonforme Auslegung der nationalen Regelungen auf, jedoch macht er klar, dass dafür „die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden“ anzuwenden seien.⁸ Eine Grenze der unionskonformen Auslegung ist der mögliche Wortsinn der jeweiligen Regelung.⁹ Nicht nur aus dem eindeutigen Wortlaut von § 16 II 1 ArbZG, sondern auch im Umkehrschluss aus umfassenden Aufzeichnungspflichten, wie § 21 a VII 1 ArbZG, ergibt sich, dass der Gesetzgeber lediglich eine Pflicht zur Aufzeichnung von Überstunden im Auge hatte.¹⁰ Vorschläge wie die Streichung des Nebensatzes oder der Einschub weiterer Wörter¹¹ überschreiten die Wortlautgrenze und damit die Grenzen der zulässigen Auslegungsmethodik.

b) Unmittelbare Wirkung

Denkbar wäre, dass die den Anforderungen des *EuGH* nicht genügende Umsetzung der EU-Arbeitszeitrictlinie zu deren unmittelbaren Wirkung führt. Voraussetzung dafür sind neben der unzureichenden Umsetzung auch die inhaltliche Unbedingtheit und die hinreichende Genauigkeit der Regelung.¹² An der notwendigen Justiziabilität fehlt es allerdings dann, wenn den Mitgliedstaaten ein Recht zur genauen Ausgestaltung zukommt.¹³ Die Befugnis zur Festlegung der genauen Modalitäten hat der *EuGH* jedoch gerade den Mitgliedstaaten zugesprochen.¹⁴ Zudem fehlt es auch an der hinreichenden Genauigkeit der Regelungen, weil – wie vom *EuGH* explizit ausgeführt – weder der EU-Grundrechtecharta noch der Richtlinie konkrete Vorgaben an ein Zeiterfassungssystem zu entnehmen sind.¹⁵

Alternativ könnte man erwägen, ob Art. 31 II der EU-Grundrechtecharta abweichend von Art. 51 I GRCh, nach dem grundsätzlich nur die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts durch die Grundrechte gebunden werden, unmittelbare Wirkung zwischen Privaten entfaltet und sich daraus ein Anspruch der Arbeitnehmer auf Einführung eines umfassenden Arbeitszeiterfassungssystems ergibt. Der Generalanwalt hat in seinem Schlussvortrag die unmittelbare Wirkung des Art. 31 II GRCh zwischen Privaten mit Blick auf die *EuGH*-Entscheidung zum Recht auf bezahlten Jahresurlaub¹⁶ bejaht. Allerdings kann eine Wirkung zwischen Privaten nur angenommen werden, wenn die jeweilige Norm einen wesentlichen Grundsatz des Unionsrechts beinhaltet.¹⁷ Die Verpflichtung, Arbeitszeit aufzuzeichnen, stellt aber keinen solchen Grundsatz des Unionsrechts dar. Mit dem *EuGH*, der die Mitgliedstaaten als Verpflichtete ansieht, ist davon auszugehen, dass keine unmittelbare Pflicht der Arbeitgeber formuliert wird, sondern vielmehr den Staaten die Umsetzung und Ausgestaltung aufgetragen wird.¹⁸

2 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 (686) Rn. 60 – CCOO.

3 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 (687) Rn. 63 – CCOO.

4 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 (687) Rn. 66 – CCOO.

5 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 (686) Rn. 60 – CCOO.

6 *Schwarze in Schwarze*, AEUV, 4. Aufl. 2019, Art. 267 Rn. 69; *Wegeener in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 267 Rn. 49; *Karpenstein*, Das Recht der Europäischen Union, Stand 67. EL Juni 2019, Art. 267 Rn. 102 f.

7 *Ebricke in Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV, Art. 267 Rn. 69.

8 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 (687) Rn. 69 – CCOO.

9 *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:443 = Slg. 2006, I-6091 = NZA 2006, 909 Rn. 110 – Adeneler ua; *Herresthal*, JuS 2014, 289 (292).

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

11 *Ulber*, NZA 2019, 677 (680).

12 *EuGH*, ECLI:EU:C:2018:871 = NZA 2018, 1467 Rn. 70 – Bauer u. Willmeroth; ECLI:EU:C:2012:33 = NZA 2012, 139 Rn. 33 mwN – Dominguez.

13 *Schroeder in Streinz*, AEUV, Art. 288 Rn. 93; *Herrmann*, JuS 2009, 1065 (1066).

14 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 (687) Rn. 63 – CCOO.

15 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 (685) Rn. 41 ff. – CCOO; *Brors*, NZA 2019, 1176 (1179); *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263 (264).

16 Schlussantrag des GA *Pitruzzella v. 31.1.2019* – C-55/18, ECLI:EU:C:2019:87 = BeckRS 2019, 667 Rn. 95.

17 *EuGH*, ECLI:EU:C:2018:871 = NZA 2018, 1467 Rn. 80 ff. – Bauer u. Willmeroth.

18 *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263 (264); aA *Ulber*, NZA 2019, 677 (680); *Brors*, NZA 2019, 1176 (1179).

3. Praktische Umsetzung

Für die Umsetzung der Vorgaben des *EuGH* kommen insbesondere technische Lösungen in Betracht. Es existieren bereits entsprechende Apps bis hin zu Iris-Erkennungssystemen.¹⁹ Die Umsetzung der Vorstellungen des *EuGH* in dieser Weise führt aber zwangsweise zu einem Spannungsverhältnis mit dem Datenschutz.

a) Rechtliche Vorgaben bei der Umsetzung

aa) *Datenschutz*. Die entscheidende Leitplanke für ein „verlässliches und objektives“ Zeiterfassungssystem ergibt sich aus dem Datenschutzrecht. Zur Art und Weise der notwendigen Zeiterfassung hat sich der *EuGH* gerade nicht geäußert. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse an der Arbeitszeiterfassung, weil er die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften gewährleisten und kontrollieren muss (vgl. Art. 6 I 1 Buchst. c DS-GVO), jedoch darf diese zu keiner Totalüberwachung führen. Auch die Neuregelung des ArbZG hat diesen Spagat zu bewerkstelligen. Denn der deutsche Gesetzgeber darf den vom *EuGH* eingeräumten Regelungsspielraum nicht so nutzen, dass Arbeitgeber zu rechtswidrigem Verhalten – etwa der verdachtsunabhängigen Totalüberwachung von Arbeitnehmern – verpflichtet werden.

Schon die Aufzeichnung der Ein- und Auslogdaten am Firmen- oder heimischen Computer ist bereits als nicht unerhebliche Überwachung einzustufen.²⁰ Jedenfalls aber die Nutzung von Algorithmen, welche dienstliche und andere Tätigkeiten unterscheiden und nur erstere aufzeichnen, geht zu weit. Das BAG hat bereits festgestellt, dass die Tastatureingaben eines Arbeitnehmers nicht verdachtsunabhängig durch den Einsatz eines „Keyloggers“ aufgezeichnet werden dürfen.²¹

Nichts anderes als diese Grundsätze kann bei flächendeckender Aufzeichnung der (Computer-)Aktivitäten aller Arbeitnehmer gelten. Demnach ist die anlasslose Erfassung und dauerhafte Speicherung von Tastatureingaben und Mausbewegungen sowie die Erfassung des konkreten Arbeitsinhalts unzulässig. Eine solche wäre aber notwendig, wenn das System von sich aus entscheiden soll, ob das, was der Arbeitnehmer gerade tut, auch „Arbeit“ ist. Nur dann wäre absolute Objektivität dadurch geschaffen, dass der Arbeitnehmer ganz aus der Erfassung herausgehalten wird. Dieses überspitzte Verständnis des *EuGH* dürfte im Ergebnis aber wohl niemand so fordern. Das bedeutet aber auch, dass ein technisches System zur Zeiterfassung nicht „objektiver“ sein kann, als die eigenständige Erfassung durch den Arbeitnehmer.

Dagegen wird insoweit vertreten, dass eine technische Erfassung der Arbeitszeit durch Aufzeichnung der Ein- und Auslogdaten am Computer notwendig sei. Nur in Ausnahmefällen dürfe der Arbeitnehmer mangels anderer Möglichkeit seine Arbeitszeit eigenhändig erfassen.²² Dieser Ansatz spricht dem Arbeitnehmer die Mündigkeit, eine objektive Erfassung der Dauer der eigenen Arbeitsleistung und Pausen vorzunehmen, ab.

bb) *Ausgestaltung des Zeiterfassungssystems*. Bezüglich der konkreten Modi des Aufzeichnungssystems betonte der *EuGH* dagegen vielmehr, dass Art. 17 I der Arbeitszeitrichtlinie bei der Umsetzung der Aufzeichnungspflicht durch die Mitgliedstaaten gilt.²³ Danach dürfen die Staaten Ausnahmen von einigen Regelungen der Richtlinie treffen, wenn die Dauer der Arbeitszeit wegen besonderer Merkma-

le der ausgeübten Tätigkeit nicht bemessen und/oder vorherbestimmt ist oder von den Arbeitnehmern selbst bestimmt werden kann. Die eigenständige Erfassung durch den Arbeitnehmer selbst ist also jedenfalls in diesen Fällen zulässig.

Aber auch im Übrigen schließt der *EuGH* die eigenständige Zeiterfassung nicht aus. Die systemseitige Aufzeichnung der Ein- und Auslogdaten des Arbeitnehmers ist auch kein in jeder Hinsicht effektives Mittel für die Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte auf Mindestruhe- und Höchstarbeitszeiten. Einerseits bedeutet das Einschalten des Computers oder das Öffnen eines bestimmten Systems nicht automatisch, dass auch gearbeitet wird.²⁴ Dies wird ganz besonders bei Modellen der ständigen Erreichbarkeit deutlich, bei denen der Arbeitnehmer beispielsweise auch während seiner Freizeit in seinen E-Mail-Account des Betriebs eingeloggt bleibt, aber nur bei Kontaktaufnahme auch tatsächlich arbeitet. Andererseits erbringen auch grundsätzlich digital arbeitende Arbeitnehmer ihre Arbeit nicht vollständig am Computer; Tätigkeiten wie das Lesen ausgedruckter Dokumente oder das schlichte Nachdenken können nicht zuverlässig erfasst, insbesondere nicht von einer Pause unterschieden werden.²⁵ Daher würde die Aufzeichnung der Ein- und Auslogdaten in vielen Fällen genausowenig dem Effektivitätserfordernis entsprechen wie die eigenständige – technische oder händische – Erfassung durch den Arbeitnehmer. Es macht das System nicht „objektiver“. Auch das Ausschalten des Computers stellt nicht sicher, dass der Arbeitnehmer anschließend keine (anderen) arbeitsrechtlichen Verpflichtungen erfüllt, die keinen Zugriff auf ein System benötigen. Der *EuGH* spricht folgerichtig auch an keiner Stelle davon, dass die Zeiterfassung automatisch oder technisch erfolgen muss.

Wenn der Arbeitnehmer die Arbeitszeiten aber eigenständig erfassen kann (zB via App), wirft das die Frage auf, ob nicht auch händische Aufschriebe die Anforderungen des *EuGH* erfüllen können. Zumindest dann, wenn kein anderes Mittel die Aufzeichnung der tatsächlichen Arbeitszeit effektiver gewährleisten kann, muss auch eine händische Erfassung durch den Arbeitnehmer weiterhin zulässig sein, wenn diese zeitnah in ein technisches System eingepflegt wird, mit dem einerseits die Arbeitszeit vollständig dokumentiert, andererseits aber auch eine Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeitdaten durch die zuständigen Behörden und den Arbeitgeber gewährleistet wird.

Hiergegen können auch keine Befürchtungen einer größeren Manipulationsanfälligkeit eingewandt werden. Kein System ist frei von Manipulationsmöglichkeiten. Allein die Annahme, dass Manipulationen bei technischer Zeiterfassung erschwert werden, ist jedenfalls nicht geeignet, um die Missachtung datenschutzrechtlicher Grundsätze, insbesondere des Verbots der Totalüberwachung, auszuhebeln. Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern aber systemseitig gestatten, einmal eingetragene Arbeitszeiten selbst rückwirkend (manchmal bis zu 30 Tage) zu korrigieren, können nicht darauf hoffen, dass das den Vorgaben des *EuGH* noch entspricht.

19 Felisiak/Schmid, BC 2019, 271 (273); Heuschmid, NJW 2019, 1853.

20 Bayreuther, EuZW 2019, 446 (448).

21 BAGE 159, 389 = NZA 2017, 1327.

22 Ulber, NZA 2019, 677 (678); aA Bayreuther, EuZW 2019, 446 (449).

23 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:402 = NZA 2019, 683 (687) Rn. 63 – CCOO; Schrader, NZA 2019, 1035 (1036).

24 Bayreuther, EuZW 2019, 446 (448 f.).

25 Ulber, NZA 2019, 677 (678).

Eine datenschutzkonforme, dh stichprobenartige Kontrolle des Arbeitgebers ist dagegen sowohl zulässig als auch erforderlich. Sie trägt zum objektiven und verlässlichen System bei. Bei flexiblen Arbeitszeitmodellen (zB Vertrauensarbeitszeit) muss daher die selbstständige Arbeitszeiterfassung durch die Arbeitnehmer – sei es mittels „Handzettel“, die zeitnah in ein technisches System eingepflegt werden oder App – weiterhin möglich sein. Dabei sind durchaus gemischte Erfassungsmethoden denkbar. Jedenfalls jedoch führen allein die Vorgaben des *EuGH* zur Zeiterfassung nicht zum Verbot flexibler Arbeitszeitmodelle.

cc) Betriebliche Mitbestimmung

(1) *Grundlagen und Folgen aus dem EuGH-Judikat.* Erfolgt die Arbeitszeiterfassung ausnahmsweise ohne technischen Bezug, ist § 87 I Nr. 6 BetrVG nicht einschlägig. Allerdings stellt die Pflicht zur vollumfänglichen Arbeitszeiterfassung eine Regelung dar, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betrifft. Insofern kann sich das Mitwirkungsrecht aus § 87 I Nr. 1 BetrVG ergeben, wenn es nicht nur um die Kontrolle der Arbeitsleistung geht, sondern spezielle kollektive Verhaltensregeln aufgestellt werden.²⁶ Die Überlegungen des BAG zu freiwilligen Stundenaufschrieben erübrigen sich, da es sich um eine Pflicht zur Zeiterfassung handelt.²⁷ Diese Pflicht ist zwar dann gesetzlich geregelt, hinsichtlich der Ausgestaltung verbleibt den Betriebspartnern aber ein Gestaltungsspielraum. Erwogen wird auch, dass – weil der *EuGH* mit Gesundheitsschutz argumentiert – sich ein Mitwirkungsrecht des Betriebsrats aus § 87 I Nr. 7 BetrVG ergibt.²⁸ Dagegen ist aber einzuwenden, dass der Betriebsrat nur bei Gesundheitsschutz im Rahmen und zur Ausfüllung der gesetzlichen Vorschriften mitbestimmen darf. Zumindest so lange in Deutschland noch keine gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung einer Arbeitszeiterfassung besteht, ergibt sich auch kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 I Nr. 7 BetrVG. Außerdem ist die Zeiterfassung auch keine unmittelbare Maßnahme zum Gesundheitsschutz, auch wenn der *EuGH* diesen Gedanken hochhält. Es fehlt jedenfalls dann an der für § 87 I Nr. 7 BetrVG notwendigen konkreten Gefährdung, wenn ein Zeiterfassungssystem – gleich in welcher Form – bereits praktiziert wird.

Vom Mitwirkungsrecht des Betriebsrats ist ein potenzielles Initiativrecht bezüglich der Einführung von Arbeitszeiterfassungssystemen zu unterscheiden. Das BAG lehnt ein solches Recht des Betriebsrats bei § 87 I Nr. 6 BetrVG in gefestigter Rechtsprechung ab. Es handele sich um ein reines Abwehrrecht.²⁹ In der neueren Literatur wird dagegen ein Initiativrecht in den Fällen bejaht, in denen die Einführung eines solchen Systems im Interesse des Arbeitnehmers liegt, beispielsweise bei der Zeiterfassung zum Nachweis der eigenen Arbeitsleistung.³⁰ Dies gelte aufgrund der *EuGH*-Entscheidung fortan für die Einführung von Erfassungssystemen.³¹ Dafür könnte sprechen, dass die Rechtsprechung des BAG zu § 87 I Nr. 6 BetrVG systemfremd ist, da bei den anderen Mitbestimmungstatbeständen durchweg ein Initiativrecht angenommen wird. Zudem stammt die Rechtsprechung aus einer Zeit, in der technische Einrichtungen als Bedrohung angesehen wurden, während diese heute auch zum Schutz der Arbeitnehmer oder zur Vereinfachung von Arbeitsabläufen eingesetzt werden können.

(2) *Bisherige Rechtsprechung des BAG.* Demgegenüber ist jedoch nicht zu erwarten, dass das BAG seine Rechtsprechung zu § 87 I Nr. 6 BetrVG ändert. Das BAG hat seine Entscheidung damit begründet, dass es Sinn und Zweck von

§ 87 I Nr. 6 BetrVG sei, Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich der Arbeitnehmer durch Verwendung technischer Kontrolleinrichtungen nur bei gleichberechtigter Mitbestimmung des Betriebsrats zuzulassen. Dieser Zweckbestimmung des Mitbestimmungsrechts widerspräche es jedoch, wenn der Betriebsrat selbst – und sei es aus Gründen der Gesundheitsvorsorge – die Einführung einer solchen technischen Kontrolleinrichtung verlangt.³² Wer ein solches Initiativrecht bei der Zeiterfassung annimmt, müsste im Übrigen auch ein solches bezüglich der Einführung einer Videoüberwachung fordern, da auch jene etwa bei einem Nachtportier – zum Schutze der Gesundheit eingesetzt werden kann. Andererseits soll ein kontrollgeneigter Betriebsrat sicher nicht die Mittel in die Hand bekommen, die Videoüberwachung zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle der Mitarbeiter zu fordern. Daran zeigt sich jedoch, dass die Rechtsprechung des BAG durchaus zutreffend ist, weil das Initiativrecht immer einen Eingriff in Persönlichkeitsrechte bewirkt. Es ist nicht konsequent, dieses nach dem Grad des Eingriffs oder der Gewichtigkeit des Rechtfertigungsgrundes zuzulassen.

b) Umfang der Erfassungspflicht

Die EU-Arbeitszeitrichtlinie und das sich darauf beziehende Urteil des *EuGH* befassen sich nur mit Arbeitszeit im arbeitschutzrechtlichen Sinne. Diese ist nicht gleichbedeutend mit der Arbeitszeit im vergütungsrechtlichen und mitbestimmungsrechtlichen Sinne.³³ Insofern ist insbesondere bei bisher bestehenden Arbeitszeiterfassungssystemen, die an Lohnabrechnungssysteme gekoppelt sind, zu beachten, dass sich diese in der Regel am vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff ausrichten.³⁴

III. Zusammenspiel von Erfassungs- und Vergütungspflicht

Vergütungsrechtliche Arbeit iSd § 611 I BGB ist die vom Arbeitgeber verlangte oder damit unmittelbar zusammenhängende Tätigkeit. Sie ist vom Arbeitgeber zu vergüten. Davon zu unterscheiden ist die arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit, welche die Zeit, in der Arbeitsleistung erbracht wird, ohne Ruhepausen umfasst (§ 2 I ArbZG). Nach ständiger Rechtsprechung ist die vergütungspflichtige Arbeitszeit die Zeit, die der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient,³⁵ also neben Arbeitsleistungen auch das Bereithalten zur Aufnahme der Arbeit.³⁶ Unionsrechtliche Begriffe sind zwar grundsätzlich autonom zu bestimmen. In diesem Fall deckt sich die deutsche Regelung aber mit der Definition in der Arbeitszeitrichtlinie und mit der Rechtsprechung des *EuGH*.³⁷

Somit lässt sich festhalten, dass diejenige Zeit, die zur Erfüllung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis erbracht wird, zu erfassen ist, während diejenige Tätigkeit, die zur Erfüllung

26 LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.3.2017 – 23 TaBVGa 292/17, BeckRS 2017, 121988 Rn. 29; *Fitting*, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 87 Rn. 72.

27 BAG, AP BetrVG 1972 § 87 Tarifvorrang Nr. 1 = BeckRS 9998, 149981; AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 2.

28 *Fuhrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263 (265); *Brors*, NZA 2019, 1176 (1180).

29 BAG, NZA 1990, 406 (407 f.).

30 *Klebe*, NZA-Beil. 2017, 77 (82).

31 *Ulber*, NZA 2019, 677 (679).

32 BAG, NZA 1990, 406 (408).

33 BAGE 137, 366 = NZA 2011, 917 Rn. 25; *Hördt*, ArbRAktuell 2019, 55 (56); *Stöbr/Stolzenberg*, NZA 2019, 505.

34 *Ulber*, NZA 2019, 677 (679); *Heuschmid*, NJW 2019, 1853.

35 BAG, NZA 2016, 494; AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 48 = BeckRS 2016, 112090.

36 *Jacobs*, NZA 2016, 733 (735); *ErfK/Wank*, 19. Aufl. 2019, ArbZG, § 2 Rn. 16.

37 *Jacobs*, NZA 2016, 733 (735).

eines fremden Bedürfnisses erbracht wird, zu vergüten ist. Beides kann, muss sich aber nicht notwendigerweise decken.

Mündet die Umsetzung des EuGH-Urteils durch den deutschen Gesetzgeber – durch ein unzutreffendes Verständnis dieser Entscheidung und/oder in überschießender Tendenz – zur Verpflichtung der Arbeitgeber, die Arbeitszeiten in einem starren (technischen) System zu erfassen, muss dies dennoch nicht mit der allgegenwärtig – meist unausgesprochenen – befürchteten Überforderung der Arbeitgeber einhergehen. Denn auch nach bisherigem Rechtsverständnis sind einerseits bestimmte arbeitsbezogene Zeiten weder zu erfassen noch zu vergüten. Andererseits sind dagegen auch Gestaltungsmöglichkeiten anerkannt, welche mögliche finanzielle Belastungen deutlich einschränken.

1. Besondere arbeitsbezogene Zeiten

a) Wegzeiten

Das Zurücklegen des Weges zwischen Wohnung und Betriebsstätte ist keine fremdnützige Leistung, der Arbeitnehmer erfüllt auch keine Pflicht aus dem Arbeitsvertrag.³⁸ Somit ist die Zeit weder zu vergüten noch zu erfassen.

Anders beurteilt das BAG den Weg zwischen Betriebsstätte bzw. Wohnung des Arbeitnehmers und einer auswärtigen Arbeitsstelle. Legt der Arbeitnehmer beispielsweise den Weg zu einem Kunden zurück, handelt er zur Erfüllung einer arbeitsrechtlichen Pflicht und fremdnützig. Es kann dabei nicht darauf ankommen, ob er den Weg von seiner Wohnung aus direkt antritt oder zunächst die Betriebsstätte aufsucht, da es sich bei dem Verzicht auf eine Betriebsstätte um eine unternehmerische Entscheidung handelt.³⁹ Die Tätigkeit ist sowohl als Arbeit im vermögens- als auch im arbeitschutzrechtlichen Sinne zu qualifizieren und damit sowohl zu vergüten als auch zu erfassen.

b) Dienstreisen

Dienstreisen sind grundsätzlich keine Arbeitszeit im arbeitschutzrechtlichen Sinne, wenn der Arbeitgeber die Benutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels angeordnet hat und es dem Arbeitnehmer freisteht, wie er die Reisezeit nutzt. Jedoch handelt er bei Antritt der Reise zur Erfüllung einer arbeitsrechtlichen Pflicht, weswegen die Zeit – wenn auch nicht notwendigerweise mit dem vollen Satz – vergütet werden muss. Das BAG stellte jüngst klar, dass sich die Vergütung auf die erforderliche Reisezeit beschränkt und freiwillig in Kauf genommenen Verzögerungen und Umwege nicht zu entlohnen sind.⁴⁰ Die Zeit der inaktiven Dienstreise ist jedoch mangels Qualifikation als arbeitschutzrechtliche Arbeit nicht zu erfassen.

Anders zu beurteilen sind Dienstreisen, bei denen der Arbeitnehmer die Zeit während der Reise nicht frei nutzen kann, beispielsweise, weil ihm vom Arbeitgeber aufgetragen ist, einen PKW zu führen oder eine geschuldete Leistung zu erbringen. In diesem Fall handelt es sich auch um Arbeitszeit im arbeitschutzrechtlichen Sinne, die im Lichte des neuen EuGH-Urteils zu erfassen ist.

Wenn man also ein objektives technisches System als unabdingbar hält, müsste dieses auch geeignet sein, anlässlich Dienstreisen zwischen arbeitschutzrechtlicher Arbeitszeit und bloßer Reisezeit zu unterscheiden. Selbst eine dazu geeignete App müsste dazu vom Arbeitnehmer selbst bedient werden.

c) Bereitschaftszeiten

Es handelt sich um einen Bereitschaftsdienst, wenn der Arbeitnehmer an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle innerhalb oder außerhalb des Betriebs – ohne dass es sich um den unmittelbaren Arbeitsplatz handelt – anwesend sein muss, damit er gegebenenfalls seine volle Arbeitstätigkeit entweder sofort oder zeitnah aufnehmen kann.⁴¹ Dabei handelt es sich um fremdnützige Tätigkeiten zur Erfüllung einer arbeitsrechtlichen Pflicht. Sie ist daher sowohl zu vergüten als auch zu erfassen.

Gesondert zu betrachten ist die Rufbereitschaft, bei der der Arbeitnehmer Aufenthaltsort und Tätigkeit frei wählen kann, aber innerhalb einer vorgegebenen Zeit an einem bestimmten Ort sein muss. Diese ist jedenfalls – in der Höhe abhängig von individualvertraglichen Vereinbarungen – vergütungspflichtig.⁴² Das BAG hat entschieden, dass es sich nicht um arbeitschutzrechtliche Arbeitszeit handelt,⁴³ woraus sich ergibt, dass diese Zeit auch nicht zu erfassen ist. Eine Ausnahme davon hat der EuGH wiederum angenommen, wenn der Arbeitnehmer in der Wahl seiner Tätigkeit und seines Aufenthaltsorts während der Rufbereitschaft stark eingeschränkt ist. Dies kann sich insbesondere aufgrund sehr kurzer Rufzeiten ergeben.⁴⁴ Der EuGH hat in dieser Entscheidung eine solche Einschränkung bei einer Rufzeit von 8 Minuten angenommen, nach Rechtsprechung des BAG liegt bei einer Rufzeit von etwa 45 Minuten noch keine Arbeitszeit im arbeitschutzrechtlichen Sinne vor.⁴⁵ Die Grenze zwischen aufzeichnungspflichtiger Bereitschaftszeit und nicht aufzeichnungspflichtiger Rufbereitschaft wird somit etwa bei 30 Minuten liegen. Auch bei Rufbereitschaft gilt somit, dass Arbeitnehmer in aller Regel die Einsatzzeiten innerhalb der Rufbereitschaft selbst erfassen müssen.

d) Ständige Erreichbarkeit/Kurzzeitarbeitsaufnahme

Die Arbeitswirklichkeit erfordert zunehmend, dass der Arbeitnehmer auch außerhalb der regulären Arbeitszeit kontaktiert werden kann und zeitnah reagiert.⁴⁶ Wie auch bei der Rufbereitschaft handelt es sich bei der „inaktiven“ Zeit der bloßen Erreichbarkeit grundsätzlich nicht um Arbeit im arbeitschutzrechtlichen Sinne,⁴⁷ weshalb diese Zeit auch nicht aufzeichnungspflichtig ist. Allerdings muss hier ebenso beachtet werden, dass sich die ständige Erreichbarkeit dann zum Bereitschaftsdienst verdichtet, wenn der Arbeitnehmer in der Wahl einer privaten Tätigkeit erheblich beschränkt wird, beispielsweise durch dauernde Kontaktaufnahme oder kurze Rufzeiten.⁴⁸ In den Fällen der Verdichtung zum Bereitschaftsdienst wird die Erreichbarkeit zu arbeitschutzrecht-

38 BAG, NZA 2019, 159 Rn. 14; NZA-RR 2010, 231 Rn. 15; Stöhr/Stolzenberg, NZA 2019, 505 (506).

39 BAG, NZA 2018, 1211.

40 BAG, NZA 2019, 159.

41 BAGE 110, 60 = NZA 2004, 927; NK-GA/Wichert, 1. Aufl. 2016, ArbZG, § 2 Rn. 16.

42 BAGE 95, 112 = NZA 2001, 625; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 16.4.2015 – 5 Sa 239/14, BeckRS 2015, 70758, das bei mangelnder Vereinbarung nicht auf § 612 II BGB zurückgreift, sondern auf die für die Normalarbeitszeit vereinbarte Vergütung; Bayreuther, NZA 2018, 348 (350).

43 BAGE 119, 41 = NZA 2007, 155 (158) Rn. 42.

44 EuGH, ECLI:EU:C:2018:82 = NZA 2018, 293 (296) Rn. 53 ff. – de Nivelles.

45 BAG, Urt. v. 21.1.2004 – 6 AZR 543/02, BeckRS 2004, 30800702.

46 Krause, NZA-Beil. 2017, 53 (56); Reim in Kothe/Faber/Feldhoff, Gesamtes Arbeitsschutzrecht, 2. Aufl. 2018, ArbZG, § 2 Rn. 34.

47 Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1432 f.); Falder, NZA 2010, 1150 (1151); Krause, NZA-Beil. 2017, 53 (56).

48 So etwa VGH Mannheim, Urt. v. 26.6.2013 – 4 S 94/12, BeckRS 2013, 53164.

licher Arbeitszeit, die aufzeichnungspflichtig ist. Zudem ist zu beachten, dass in beiden Fällen die inaktive Zeit der Erreichbarkeit, gegebenenfalls zu einer abgesenkten Pauschale, vergütungspflichtig sein kann.

Darüber hinaus ist problematisch, wie das Tätigwerden des Arbeitnehmers nach erfolgter Kontaktaufnahme im Hinblick auf die Einhaltung der Mindestruhezeit von elf Stunden zu bewerten ist. Grundsätzlich könnte man argumentieren, dass es sich bei der ständigen Erreichbarkeit um eine intensive Belastung des Arbeitnehmers handelt und gerade in diesen Fällen eine Umgehung der Ruhezeiten droht.⁴⁹ Zudem kommt es nach Rechtsprechung des *EuGH* für die Klassifizierung als Arbeitszeit nicht auf die Erheblichkeit der Tätigkeit an.⁵⁰ Allerdings ist die Unterbrechung und der damit einhergehende Neubeginn der elfstündigen Ruhezeit durch jede noch so geringfügige arbeitsbezogene Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht sachgerecht und lebensfremd.⁵¹ Auch das BAG hat eine „nennenswerte Arbeitsleistung“ für die Unterbrechung der Ruhezeit gefordert.⁵² Bei ganz geringfügigen Unterbrechungen mit minimalen körperlichen bzw. geistigen Anforderungen wie einem kurzen Telefonat oder dem Beantworten einer kurzen E-Mail ist die Erholung des Arbeitnehmers nicht gefährdet, so dass eine Unterbrechung der Ruhezeit nicht geboten scheint.⁵³ Auch ist nicht ersichtlich, warum ein fünfminütiges Telefonat die Ruhezeit unterbrechen, während dies beim zehnminütigen Grübeln über ein arbeitsbezogenes Problem nicht der Fall sein soll.

Allerdings wird eine Tätigkeit, die mehrmals innerhalb der Ruhezeit ausgeführt wird bzw. einmalig mehr als 15 Minuten dauert, nicht mehr als unerheblich einzuordnen sein.⁵⁴ Zudem liegt eine Unterbrechung der Ruhezeit dann vor, wenn die Tätigkeit die Erholung stört und zu gesundheitlichen Schäden bzw. Belastungen führt.⁵⁵

Diese Erwägungen haben auch für die Aufzeichnungspflicht Bedeutung: Tätigkeiten, die für die Ruhezeiten unerheblich sind, können keine Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn darstellen und daher auch keine Erfassungspflicht auslösen. Die zur Bereitschaftszeit verdichtete ständige Erreichbarkeit und die wiederholte bzw. 15 Minuten übersteigende Tätigkeitsaufnahme sind dagegen aufzuzeichnen.

2. Flexible Arbeitszeitmodelle – Arbeitswelt 4.0

Im Zusammenhang mit zunehmender Digitalisierung der Arbeitswelt und zunehmenden Forderungen nach flexiblen Arbeitszeiten wird die Frage nach der Erfassung und Vergütung von Arbeitszeit in einer Arbeitswelt 4.0 virulent.

a) Mobile Arbeit

Das Stichwort „mobile Arbeit“ beschreibt die örtliche Flexibilität der Arbeitsleistung, die von einem beliebigen Ort aus und nicht nur am betrieblichen Arbeitsplatz erledigt werden kann. Mit der örtlichen geht oftmals auch die zeitliche Flexibilität einher.

Der *Generalanwalt beim EuGH* hat in seinem Schlussvortrag vorgeschlagen, mobile Arbeitnehmer von der Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung auszunehmen.⁵⁶ Die Vereinbarkeit mobiler Arbeit mit einer Erfassungspflicht der Arbeitszeit ist folglich grundsätzlich weiterhin gegeben.⁵⁷ Teilweise wird für mobile Arbeitszeitmodelle vorgeschlagen, dass die Erfassung des Tagessaldos ausreichend sei.⁵⁸ Dies entspräche der schon vor dem Urteil des *EuGH* bestehenden Regelung in § 26 III des österreichischen Arbeitszeitgesetzes. Dies wird aber den Anforderungen des *EuGH* nicht gerecht. Denn auch für Arbeitnehmer mit mobiler Arbeitszeit gelten nicht nur die Höchst-

arbeits-, sondern auch die Mindestruhezeiten. Deren effektive Einhaltung kann durch die bloße Aufzeichnung des Tagessaldos nicht garantiert werden. Aus der Tatsache, dass der *EuGH* das Zeiterfassungserfordernis mit der Durchsetzbarkeit der Arbeitnehmerrechte begründet, wird deutlich, dass auch bei mobilen Arbeitszeitmodellen die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung zeitgenau aufgezeichnet werden muss.

Im Rahmen solcher flexibleren Modelle erscheint die eigenständige Erfassung/Aufzeichnung durch den Arbeitnehmer mit stichprobenartiger Kontrolle durch den Arbeitgeber als die sachgerechteste Lösung.

b) Vertrauensarbeitszeit

Sofern ein Vertrauensarbeitszeitmodell vereinbart ist, organisiert der Arbeitnehmer seine – dennoch in einem bestimmten Umfang geschuldete – Arbeitszeit selbst. Er ist dem Arbeitgeber gegenüber nicht verpflichtet, die tatsächlich geleistete Arbeitszeit nachzuweisen.⁵⁹ Jedoch besteht weiterhin die gesetzliche Pflicht, die Höchstarbeitszeiten nicht zu überschreiten und die Mindestruhezeiten nicht zu unterschreiten. Auf die Festlegung von Beginn und Ende der Arbeitszeit wird in der Regel verzichtet.⁶⁰

Die Vertrauensarbeitszeit erscheint auf den ersten Blick nicht kompatibel mit den Anforderungen der Arbeitszeiterfassung.⁶¹ Allerdings gilt es zu beachten, dass den Arbeitgeber auch nach aktueller Rechtslage die Pflicht trifft, dafür zu sorgen, dass die Höchstarbeitszeiten eingehalten und Überstunden aufgezeichnet werden. Das BAG geht davon aus, dass der Arbeitgeber den Betrieb so organisieren muss, dass der Betriebsrat seiner Kontrollfunktion bezüglich der Höchstarbeitszeiten nachkommen kann und dessen Unterrichtsrecht nach § 80 II BetrVG genügt wird.⁶² Im Hinblick auf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 I Nr. 2 BetrVG kann dem Arbeitnehmer die Festlegung der Arbeitszeit selbst überlassen werden. Darüber hinaus kann der Arbeitgeber entscheiden, wie er die Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Regeln überwacht – auf die Kenntnisnahme der tatsächlichen Arbeitszeiten kann er aber schon in Bezug auf das BetrVG nicht verzichten.⁶³ In diese Richtung weist die aktuelle Rechtsprechung des BAG, dass die Pauschalabgeltung von Überstunden im Vertrauensarbeitszeitmodell unzulässig ist.⁶⁴ Daraus wird deutlich, dass jede Überstunde einzeln erfasst werden muss und ein Modell, in dem auf die Erfassung verzichtet wird, unabhängig von den Vorgaben des *EuGH* unzulässig ist.⁶⁵ Das Urteil des *EuGH* ändert an der Zulässigkeit des Vertrauensarbeitszeitmodells nichts. Die Delegation der Erfassung der

49 *Ulber*, NZA 2019, 677 (679); *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1433); *Falder*, NZA 2010, 1150 (1152).

50 *EuGH*, ECLI:EU:C:2005:728 = Slg. 2005, I-10279 = NZA 2006, 89 Rn. 43 – Abdelkader Dellas ua.

51 *Jacobs*, NZA 2016, 733 (736); *Wank*, RdA 2014, 285 (289).

52 BAG, Urt. v. 26.1.1989 – 6 AZR 566/86, BeckRS 1989, 30729613, .

53 *Günther/Böghmüller*, NZA 2015, 1025 (1028).

54 *Wirtz*, BB 2014, 1397 (1401).

55 *Jacobs*, NZA 2016, 733 (737); *Wirtz*, BB 2014, 1397 (1401).

56 Schlussantrag des GA *Pitruzzellav.* 31.1.2019 – C-55/18, ECLI:EU:C:2019:87 = BeckRS 2019, 667 Rn. 99.

57 *v. Dohna-Jaeger*, BB 2019, H. 28/29, Umschlagteil, I; *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (448 f.).

58 So *Bayreuther*, EuZW 2019, 446 (449).

59 *Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klagges*, Rechtshandbuch Flexible Arbeit, 2017, 230 f.

60 BAGE 106, 111 = NZA 2003, 1348.

61 *Ulber*, NZA 2019, 677 (680).

62 BAG, NZA 2003, 1348; *Heuschmid*, NJW 2019, 1853 (1854).

63 BAGE 106, 111 = NZA 2003, 1348.

64 BAG, NZA 2019, 1361 (in diesem Heft).

65 *Reinhard-Kasperek/Demninger*, BB 2019, 116 (118).

Arbeitszeit an den Arbeitnehmer ist daher weiterhin möglich, den Arbeitgeber treffen jedoch Organisations- und Kontrollpflichten.⁶⁶

3. Mehrarbeit-/Überstundenvergütung

In der Debatte um das Urteil des *EuGH* wird immer wieder hervorgehoben, dass es die Vergütung geleisteter, bisher faktisch nicht vergüteter Überstunden bewirken würde.

a) Vergütungspflicht

Überstunden können dem Arbeitgeber nur dann zugerechnet werden, wenn sie von diesem angeordnet, gebilligt oder geduldet werden,⁶⁷ wobei das *BAG* im Fall der Duldung auf die Kenntnis des Arbeitgebers abstellt.⁶⁸

Einerseits kann sich eine Vergütungspflicht für Überstunden aus dem Arbeits- oder Tarifvertrag ergeben. Ist dies nicht der Fall, so besteht grundsätzlich ein Vergütungsanspruch aus § 612 I BGB, wenn eine objektive Vergütungserwartung bezüglich der Mehrarbeit vorliegt. Dies bestimmt sich nach Art, Umfang und Dauer der Leistung und Stellung der Beteiligten.⁶⁹ Bei Diensten höherer Art, bei denen der Arbeitnehmer eine besondere Vertrauensstellung oder herausgehobene Position innehat, liegt grundsätzlich keine Vergütungserwartung vor.⁷⁰ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Verdienst des Arbeitnehmers die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet.⁷¹

Im Kontext der durch die *EuGH*-Entscheidung konkretisierten Arbeitszeiterfassungspflicht und der damit in engem Zusammenhang stehenden Arbeitszeitrichtlinie, ist zu erwägen, ob die Einführung der Erfassungssysteme die Erwartung bezüglich der Vergütung von Überstunden ändert. Eine solche Überlegung greift allerdings zu kurz, da die Argumentation des *EuGH* nicht an der Vergütungserwartung etwaig geleisteter Mehrarbeit, sondern grundsätzlich an der Durchsetzbarkeit der Arbeitnehmerrechte ansetzt. Dies macht deutlich, dass sich an den Voraussetzungen eines Vergütungsanspruchs nichts ändert, sondern dass Arbeitnehmern lediglich dessen Durchsetzbarkeit erleichtert werden soll.

b) Gestaltungsmöglichkeiten für Arbeitgeber

Eine umfassende Arbeitszeiterfassung vereinfacht es Arbeitnehmern, in tatsächlicher Hinsicht darzulegen, wann sie tätig geworden sind. Daher bietet es sich an, geeignete Klauseln in den Arbeitsvertrag aufzunehmen.

Dabei muss zunächst zwischen tarifgebundenen und nicht-tarifgebundenen Arbeitnehmern unterschieden werden. Bei Ersteren ist eine im Tarifvertrag nicht vorgesehene, individualvertraglich vereinbarte Überstundenabgeltung nicht zulässig. Auch die individualvertragliche Vereinbarung einer höheren Arbeitszeit kombiniert mit einer zusätzlichen Vergütung ist nicht möglich. Gemäß § 4 III Alt. 2 TVG setzt sich nämlich der Tarifvertrag als ranghöhere Regelung durch, außer der Individualvertrag hält bei abstrakter Betrachtung einem Günstigkeitsvergleich stand.⁷² Regelungen, die Vor- und Nachteile mit sich bringen – also ambivalent sind – können nicht abstrakt als günstiger klassifiziert werden. Vielmehr ist es von den konkreten Präferenzen des einzelnen Arbeitnehmers abhängig, ob der die höhere Verdienstmöglichkeit oder seine Freizeit höher gewichtet – was gerade keinen Eingang in einen Günstigkeitsvergleich findet.⁷³ Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Vereinbarung einer Arbeitszeiterhöhung sich selbst dann nicht im Rahmen des § 4 III Alt. 2 TVG gegen den Tarifvertrag durchsetzt, wenn mit dieser eine höhere Vergütung einhergeht. Möglich ist demgegenüber für die Tarifpartner, neue Wege zu gehen und

differenzierte Vergütungsregeln insbesondere für inaktive Dienstreisezeiten zu schaffen.

Bei nicht-tarifgebundenen Arbeitnehmern ist die arbeitsvertragliche Abgeltung von Überstunden eine gangbare Option. Zunächst sollte dabei zur Vermeidung von Mehrarbeit „im eigenen Interesse“ die Leistung von Überstunden von der entsprechenden Anordnung des Arbeitgebers abhängig gemacht werden.⁷⁴ Zur Wahrung des Transparenzgebots des § 307 I 2 BGB müssen die Klauseln einerseits klar und verständlich formuliert sein. Darüber hinaus fordert das *BAG* in ständiger Rechtsprechung, dass die maximal zu erwartende Anzahl an abgegoltenen Überstunden aus dem Arbeitsvertrag hervorgehen muss.⁷⁵ Die Höchstgrenze für die Anzahl abgegotener Stunden ist bisher höchstrichterlich nicht entschieden und in der Fachliteratur umstritten. Eine Abgeltung von 20 Überstunden pro Monat bei einer vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden hat das *BAG* bereits akzeptiert.⁷⁶

IV. Fazit

1. Das Urteil des *EuGH* bewirkt neben der – künftigen – Pflicht zur Einführung umfänglicher Zeiterfassungssysteme zwar nicht akut, aber nach entsprechender Gesetzesänderung einen Handlungsbedarf. Die Implementierung entsprechender Systeme mag in Unternehmen, in denen solche Strukturen bisher nicht einmal im Ansatz bestehen, einige technische Herausforderungen und einen gewissen Kostenaufwand mit sich bringen. Insbesondere bei flexiblen Arbeitsmodellen ist anzuraten, auf technische Lösungen zurückzugreifen, welche die Kontrolle des Arbeitnehmers geringhalten und diesem eine einfache Handhabung erlauben.

2. Zu erfassen ist nur die Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne, was bedeutet, dass insbesondere in Bereichen, in denen Dienstreisen vorgenommen werden, klar zur vergütungsrechtlichen Arbeitszeit abgegrenzt werden muss. Flexible Arbeitszeitmodelle werden durch das Urteil des *EuGH* nicht per se ausgeschlossen, doch auch hier gilt das Erfordernis der Zeiterfassung. Dabei wird es neben der selbstständigen Aufzeichnung der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer oft keine Alternativen geben. Der Entscheidung ist jedoch zu entnehmen, dass der *EuGH* solche Möglichkeiten nicht ausschließen wollte, was bei der gesetzlichen Umsetzung zu berücksichtigen sein wird.

3. Der prognostizierten vermehrten Durchsetzung von Vergütungsansprüchen kann – jedenfalls im außertariflichen Bereich – mit klaren, den §§ 307 ff. BGB standhaltenden Abgeltungsklauseln begegnet werden. Allein die tatsächliche Geltendmachung wird durch technische Zeiterfassungssysteme erleichtert. ■

66 So auch *Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klages*, *Rechtshandbuch Flexible Arbeit*, 230 f.; *Schrader*, *NZA* 2019, 1035 (1037); *ErfK/Wank*, 19. Aufl. 2019, *ArbZG*, § 16 Rn. 5.

67 *BAG*, *NZA* 2013, 1100.

68 *BAG*, *NZA* 2013, 1100 Rn. 21.

69 *BAG*, *NZA* 2012, 861 Rn. 21; *BAGE* 139, 181 = *NZA* 2012, 145; *BAGE* 139, 44 = *NZA* 2011, 1335.

70 *Raiff/Nann*, *ArbRAktuell* 2016, 204 (205).

71 *BAG*, *NZA* 2012, 861 Rn. 21.

72 *BAG*, *NZA* 2019, 51 (53) Rn. 22; *BAGE* 151, 221 = *NZA* 2015, 1274 = *AP TVG* § 4 Günstigkeitsprinzip Nr. 26; *BAG*, *NZA* 2002, 1340 = *AP BGB* § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 40.

73 *BAG*, *NZA* 2019, 51 (53); *BAGE* 151, 221 = *NZA* 2015, 1274 = *AP TVG* § 4 Günstigkeitsprinzip Nr. 26; *BAG*, *NZA* 2015, 946 (950) Rn. 47; *NZA* 2002, 1340 (1344).

74 *Schrader/Schubert*, *NZA-RR* 2005, 225 (226).

75 Zuletzt *BAG*, *NZA* 2016, 487 (489) Rn. 23.

76 *BAGE* 141, 324 = *NZA* 2012, 908 (909) Rn. 17 ff.