

# ZAP

19 | 2023

## Zeitschrift für die Anwaltspraxis

2. Oktober

35. Jahrgang

ISSN 0936-7292

**Herausgeber:** Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar a.D. Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Büren, Köln

**Begründet von:** Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

### ► Mit dem ZAP Internetreport

#### AUS DEM INHALT

##### Kolumne

Auf dem Weg zu Equal Pay: Der Fall „Birte Meier“ (S. 921)

##### Anwaltsmagazin

DAV kritisiert Gesetzentwurf zu sicheren Herkunftsstaaten (S. 922) • BVerwG kippt Vorratsdatenspeicherung endgültig (S. 923) • BRAK warnt vor Phishing-Mails an Kanzleien (S. 924)

##### Aufsätze

Caspers, Vollstreckungsinterne Rechtsbehelfe (S. 951)

Holthausen, Arbeitszeit und ihre Erfassung (S. 957)

Sartorius, Pfändbarkeit von Ansprüchen auf Altersbezüge aus einem Versorgungswerk mit Einschluss des Antragsrechts (S. 973)

##### Rechtsprechung

BGH: Zulässige Begrenzung der Miethöhe (S. 947)

BAG: Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts (S. 948)

BGH: Altersgrenze für Notare (S. 950)



ZAP



# Arbeitsrecht

## Arbeitszeit und ihre Erfassung

Von Rechtsanwalt Dr. JOACHIM HOLTHAUSEN, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Das *Arbeitszeitgesetz (ArbZG)* bildet den öffentlich-rechtlichen Rahmen der Arbeitszeitgestaltung und ist ein Instrument des sozialen Arbeitsschutzes. Sein Ziel ist insb., die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Gestaltung der Arbeitszeit zu gewährleisten. Weitere Regelungen zur Arbeitszeit und ergänzende Vorschriften zum Schutz von Kindern und Jugendlichen enthält das *Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG)*. Es schützt Kinder und Jugendliche vor Arbeit, die zu früh beginnt, zu lange dauert, zu schwer ist, Kinder und Jugendliche gefährdet oder für sie ungeeignet ist (vgl. Referentenentwurf BMAS, Begründung zum ArbZG-E v. 18.4.2023, S. 8). Dieser Beitrag gibt einen Überblick über das derzeit kontrovers diskutierte, facettenreiche Thema Arbeitszeit sowie die recht- und gesetzlichen Vorgaben zu ihrer Erfassung auf europäischer und nationaler Ebene aus der Sicht des im Arbeitsrecht beratenden anwaltlichen Praktikers.

### Inhalt

- I. Grundrechtliche Absicherung und europäischer Rechtsrahmen
  1. Grundrechtliche Absicherung
  2. Richtlinie 2003/88/EG v. 4.11.2003
  3. Richtlinie 89/391 EWG v. 12.6.1989
  4. EuGH-Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 „CCOO“
- II. Bisheriger deutscher Rechtsrahmen
- III. BAG-Urt. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 und die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit
  1. Anspruchsgrundlagen
  2. Objektives, verlässliches und zugängliches System zur Erfassung der Arbeitszeit
  3. Was muss erfasst werden?
  4. Wie und wann muss erfasst werden?
- IV. Ende oder Zukunft der Vertrauensarbeitszeit
- V. Arbeitsschutzrechtliche versus vergütungsrechtliche Betrachtung
- VI. Doch Folgen für und Auswirkungen auf den Überstundenprozess?
- VII. Erheblicher Reform- und Flexibilisierungsbedarf im Arbeitszeitrecht
  1. Tägliche Ruhezeit von 11 Stunden (Art. 3 RL 2003/88/EG, §§ 3, 5 ArbZG)
  2. Tägliche Höchstarbeitszeit (§ 3 ArbZG)
  3. Personeller Anwendungsbereich des ArbZG
  4. Abkehr vom Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit
- VIII. Referentenentwurf – ArbZG-E
- IX. Erlass MAGS NRW zur Durchführung des rbZG
- X. Sanktionierung von Verstößen
- XI. Fazit und Handlungsempfehlungen

## I. Grundrechtliche Absicherung und europäischer Rechtsrahmen

### 1. Grundrechtliche Absicherung

Das Recht eines jeden Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten ist nicht nur eine Regel des Sozialrechts der Europäischen Union, die besondere Bedeutung hat, sondern es ist auch in Art. 31 Abs. 2 der **Charta der Grundrechte der**

Europäischen Union (GRCh), der nach Art. 6 Abs. 1 EUV der gleiche rechtliche Rang wie den Verträgen zukommt, ausdrücklich verbürgt (vgl. EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, Rn 30 = ZAP EN-Nr. 351/2019 [Ls.]; krit. HÖPFNER/DAUM, RdA 2019, 270, 275).

Dass das Arbeitszeitrecht eine grundrechtliche Absicherung erfährt, ist weder völlig neu (zur Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung WANK, RdA 2020, 1; KAINER, NZA 2018, 894; SEIFERT, EuZA 2013, 299), noch stellt es eine Besonderheit des Unionsrechts dar. Auch im deutschen Recht ist der Schutz der Arbeitnehmer durch Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das **Sozialstaatsprinzip** (Art. 20 Abs. 1 GG) sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV – wenngleich auch nur in den Grundlinien – **verfassungsrechtlich verankert** (vgl. BAYREUTHER, RdA 2022, 290, 301).

### 2. Richtlinie 2003/88/EG v. 4.11.2003

Die RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rats über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (= Arbeitszeit-RL) enthält **Mindestvorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung**. Gegenstand der RL sind:

- a) die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten, der Mindestjahresurlaub, die Ruhepausen und die wöchentliche Höchstarbeitszeit sowie
- b) bestimmte Aspekte der Nacht- und der Schichtarbeit sowie des Arbeitsrhythmus (Art. 1 RL 2003/88 EG, vgl. BAECK/WINZER, NZA 2020, 96).

Die RL 2003/88/EG findet grds. **keine Anwendung auf die Vergütung** der Arbeitnehmer (EuGH, Urt. v. 9.9.2021 – C-107/19, NZA 2021, 1395 „Dopravní podnik hl. m. Prahy“; EuGH, Urt. v. 9.3.2021 – C-344/19, NZA 2021, 485 „Radiotelevizija Slovenija“).

### 3. Richtlinie 89/391 EWG v. 12.6.1989

Die RL 89/391/EWG (Arbeitsschutz-Rahmen-RL oder **Rahmen-RL Arbeitsschutz**) normiert Maßnahmen zur Verbesserung der Arbeitnehmersicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit. Ihr erklärtes Ziel ist es, die Zahl der Arbeitsunfälle und der berufsbedingten Erkrankungen zu verringern.

### 4. EuGH-Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 „CCOO“

Den Arbeitgeber trifft die Pflicht, ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit eines Arbeitnehmers einzurichten. Das folgt laut EuGH aus den RL 2003/88/EG und 89/391/EWG sowie aus Art. 31 Abs. 2 GRCh (zur Konnexität von Art. 31 Abs. 2 GRCh und der Arbeitszeit-RL BAYREUTHER, RdA 2022, 290, 291). Der **EuGH** vertritt die Auffassung, nur so könne die praktische Wirksamkeit dieser Arbeitnehmerschutzvorschriften gewährleistet werden (krit. HÖPFNER/DAUM, RdA 2019, 270). Ohne ein System zur Messung der täglichen Arbeitszeit eines jeden Arbeitnehmers könne weder die Zahl der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden und ihre zeitliche Verteilung noch die Zahl der Überstunden objektiv und verlässlich ermittelt werden, sodass es für Arbeitnehmer äußerst schwierig oder gar praktisch unmöglich sei, ihre Rechte durchzusetzen (vgl. BAUER/ROLL, NZA 2021, 1685, 1686; zur Auswirkung des EuGH-Urteils auf das deutsche Arbeitszeitrecht vgl. DGB-Eckpunktepapier v. 10.03.2021 (<https://www.dgb.de/themen/++co+++cce90722-6470-11ea-a656-52540088cada>). Der Arbeitnehmer sei als die schwächere Partei des Arbeitsvertrags anzusehen, sodass verhindert werden müsse, dass der Arbeitgeber ihm eine Beschränkung seiner Rechte auferlegen könne. Ein Arbeitnehmer könne aufgrund dieser schwächeren Position davon abgeschreckt werden, seine Rechte gegenüber seinem Arbeitgeber ausdrücklich geltend zu machen, da insb. die Einforderung dieser Rechte ihn Maßnahmen des Arbeitgebers aussetzen könne, die sich zu seinem Nachteil auf das Arbeitsverhältnis auswirken könnten (vgl. EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, a.a.O., Rn 44 f. „CCOO“ m.w.N.; krit. HÖPFNER/DAUM, RdA 2019, 270, 273 unter Hinweis auf ein „fehlerhaftes Arbeitnehmerbild“ und gesetzliche Maßregelungsverbote).

Dem EuGH zufolge müssen die **Bestimmungen der Arbeitszeit-RL** – namentlich die Art. 3, 5 und 6 RL 2003/88/EG – im Licht von Art. 31 Abs. 2 GRCh ausgelegt werden, **Höchst- und Ruhezeiten** sind ein **bedeutendes Grundrecht der Arbeitnehmer**. Ohne ein System zur Arbeitszeiterfassung drohe die Gefahr, dass die Arbeitszeit nicht verlässlich und objektiv ermittelt werde und die Arbeitnehmer ihre (Grund-)Rechte nicht durchsetzen könnten (BENKERT, NJW-Spezial 2023, 50). Diese EuGH-Rechtsprechung fußt auf der Abgrenzung zwischen vergütungspflichtiger Arbeitszeit und Freizeit, die der Erholung des Arbeitnehmers dient (vgl. GREINER, EuZA 2023, 123, 126). „Arbeitszeit“ (Art. 6 RL 2003/88 EG) und „Ruhezeit“ (Art. 3, Art. 5 RL 2003/88 EG) sind **grundlegende autonome unionsrechtliche Begriffe** (vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.2021 – C-214/20, NZA 2021, 1699 „Dublin City Council“), die **für das deutsche Recht und die deutschen Gerichte bindend** sind, wobei ein weiterreichender Schutz nach Art. 15 RL 2003/88 EG unberührt bleibt (vgl. BAYREUTHER, RdA 2022, 290; krit. zur arbeitsschutzrechtlichen Pflicht zur Bezahlung von Umkleidezeit bei der Verwendung von Schutzausrüstungen GAUL/HOFELICH, NZA 2016, 149).

Dabei weichen Rechtsverständnis und -lage in Bezug auf die **Regulierung der Arbeitszeit** des EuGH/des Unionsrechts einerseits und des BAG/des ArbZG andererseits voneinander ab. Während der EuGH den Begriff der Arbeitszeit auf Grundlage der vorgenannten RL 2003/88 EG eng versteht (EuGH, Urt. v. 2.3.2023 – C-477/21, NZA 2023, 1561; vgl. GREINER, EuZA 2023, 123; EYLERT/MEYER, NZA 2022, 225), aber die **Ausgestaltung der Arbeitszeit flexibel** handhabt, bestehen **im deutschen Recht** – sofern noch europarechtskonform – **Spielräume bei der Auslegung des Begriffs der Arbeitszeit**, wobei die Flexibilisierungsmöglichkeiten auf der Grundlage des ArbZG deutlich hinter den (Flexibilisierungs-)Möglichkeiten und Spielräumen der RL 2003/88 EG zurückbleiben. So ist das deutsche Arbeitszeitrecht mit der Festlegung einer täglichen Höchst- und Ruhezeit deutlich strenger als die RL 2003/88 EG, die lediglich von einer wöchentlichen Höchst- und Ruhezeit von 48 Stunden ausgeht und dabei vielfältige Ausnahmemöglichkeiten enthält (vgl. GIESEN, Ausschussdrucks 19(11)83 v. 21.6.2018, S. 60).

Auf der Grundlage des Unionsrechts steht den **Mitgliedsstaaten** bei der Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung ein **großer Regelungsspielraum** zu und es bleibt ihnen überlassen, den jeweiligen Erfassungsmechanismus ggf. unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs oder der Eigenheiten bestimmter Unternehmen festzulegen. Die Arbeitszeit-RL ihrerseits enthält keine Ausführungen zur Erfassungspflicht des Arbeitgebers. Damit lassen sich dem Unionsrecht keine hinreichend genauen Vorgaben für die Ausgestaltung der Zeiterfassung entnehmen, die gleichsam im Verhältnis 1:1 das nationale Recht gestalten (vgl. BAYREUTHER, RdA 2022, 290, 292).

Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, wenn in der **Literatur** darauf hingewiesen wird, indem der EuGH unter Verweis auf den *effet utile* den vom Unionsgeber den Mitgliedsstaaten zugewiesenen Ausgestaltungsauftrag an sich ziehe, **missachte er die Zuständigkeitsverteilung der Arbeitszeit-RL und überschreite damit seine Kompetenz** (krit. etwa HÖPFNER/DAUM, RdA 2019, 270, 274).

## II. Bisheriger deutscher Rechtsrahmen

§ 16 Abs. 2 ArbZG verpflichtet den Arbeitgeber **bisher lediglich zur Aufzeichnung von über die tägliche Höchst- und Ruhezeit gem. § 3 S. 1 ArbZG hinausgehenden Arbeitsstunden** (vgl. HÖPFNER/SCHNECK, NZA 2023, 1). Die Vorschrift beschränkt sich auf die Erfassung der über § 3 ArbZG hinausgehenden Mehrarbeit und lässt sich nicht unionsrechtskonform auf sämtliche Arbeitszeiten erstrecken (HÖPFNER/SCHNECK, NZA 2023, 1, 2; BAG, Urt. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616, Rn 26 f. = ZAP EN-Nr. 52/2023 [Ls]).

Nur **eng umgrenzte Spezialregelungen** (wie etwa § 21a Abs. 7 ArbZG, § 17 Abs. 1 MiLoG, § 19 Abs. 1 AEntG, § 17c Abs. 1 AÜG, § 6 Abs. 1 GSA Fleisch, § 50 Abs. 2 SeeArbG, § 8 Offshore-ArbZV, § 10 Abs. 1 BinSchArbZV) verpflichten zur Aufzeichnung der gesamten Arbeitszeit (vgl. BAUER/ROLL, NZA 2021, 1685, 1686, zum integrativen Arbeitsschutz in der Fleischwirtschaft vgl. KOTHE, ARP 2021, 37).

Vor diesem Hintergrund und der daraus hervortretenden Gesetzessystematik erweist sich das (direkt nachstehend beschriebene) **Modell des BAG**, wonach das ArbZG **nur die Erfassungspflicht für einen Spezialfall (Mehrarbeit)** regelt, während die **allgemeine Erfassungspflicht** in einem fremden Gesetz

(ArbSchG) geregelt ist, als **systemwidrig**. Das Modell hält der Methodenlehre der Rechtswissenschaft (vgl. CANARIS/LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl.) bei zutreffender Anwendung ihrer Grundsätze nicht stand (vgl. HÖPFNER/SCHNECK, NZA 2023, 1, 4 f.).

### III. BAG-Urt. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 und die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit

#### 1. Anspruchsgrundlagen

Arbeitgeber sind entsprechend der BAG-Rechtsprechung nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet, **Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit** der Arbeitnehmer zu erfassen, für die der Gesetzgeber nicht auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 der RL 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b dieser RL abweichende Regelung getroffen hat (BAG, Urt. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, a.a.O.).

Der Erste Senat des BAG leitet diese **Pflicht des Arbeitgebers** nicht aus dem ArbZG, sondern aus der **unionskonformen Auslegung** (vgl. EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, a.a.O., Rn 69 f.,) von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ab (krit. zum kreativen Umgang des BAG mit der unionsrechtskonformen Auslegung des deutschen Arbeitszeitrechts H. HANAU, RdA 2023, 115; HÖPFNER/SCHNECK, NZA 2023, 1). Danach muss der Arbeitgeber „für eine geeignete Organisation (...) sorgen und die erforderlichen Mittel (bereitstellen)“, um die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen.

Kritischen Lesern mutet es sonderbar an, dass das BAG – in Ansehung des EuGH-Urteils i.S. CCOO – eine Generalklausel außerhalb des ArbZG bemüht, um eine im Kern sehr konkrete und die Arbeitgeber sehr belastende Pflicht zu begründen (vgl. HÖPFNER/SCHNECK, NZA 2023, 1; BENKERT, NJW-Spezial 2023, 50). Wohlwollender formuliert muss man mit Blick auf die einschlägigen Entscheidungsgründe des Ersten Senats (vgl. BAG, Urt. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, a.a.O., Rn 48–50) von einem höchst **kreativen Kunstgriff** sprechen, was bereits am **Einleitungssatz des Ersten Senats** deutlich wird, wenn apodiktisch formuliert wird:

*„Gesetzessystematische Erwägungen zwingen nicht zu der Annahme, dass eine solche unionsrechtskonforme Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ‚contra legem‘ wäre.“*

Auf den Punkt gebracht, bewegen sich die Entscheidungsgründe an dieser Stelle auch mit Fokus auf die eher „dünne“ Begründung auf dem sehr schmalen Grat zwischen unionskonformer Auslegung und (verfassungs-)rechtlich bedenklicher richterlicher Rechtsfortbildung/-schöpfung (vgl. zur unions-/verfassungskonformen Auslegung HÖPFNER, RdA 2018, 321; BAYREUTHER, NZA 2018, 905 und zur Rechtsfortbildung durch das BAG LINSENMAIER, RdA 2019, 157). Dabei darf auch nicht aus dem Blick geraten, dass die in Bezug genommenen, betagten europäischen RL aus den Jahren 2003 und 1989 stammen und bis zum Jahr 2019 niemand auf die Idee gekommen ist, im Wege einer unionskonformen Auslegung aus ihnen die Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit der von ihm beschäftigten Arbeitnehmer abzuleiten (vgl. HÖPFNER/SCHNECK, NZA 2023, 1, 3).

#### 2. Objektives, verlässliches und zugängliches System zur Erfassung der Arbeitszeit

Der EuGH spricht von der Einrichtung eines Systems, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, um die tatsächliche Einhaltung der wöchentlichen Höchst- sowie der täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten sicherzustellen. Ohne ein solches System kann weder die Zahl der vom Arbeitnehmer tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden sowie ihre zeitliche Lage noch die über die gewöhnliche Arbeitszeit hinausgehende, als Überstunden geleistete Arbeitszeit objektiv und verlässlich ermittelt werden. Um die praktische Wirksamkeit der von der RL 2003/88/EG vorgesehenen Rechte und des in Art. 31 Abs. 2 GRCh verankerten Grundrechts zu gewährleisten, müssen die **Mitgliedstaaten die Arbeitgeber daher verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen**, mit dem die von **einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann** (vgl. EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, a.a.O., krit. HÖPFNER/DAUM, RdA 2019, 270, 271 ff.).

### 3. Was muss erfasst werden?

Die Frage, was vom Arbeitgeber in Bezug auf die Arbeitszeit zu erfassen ist, beschreibt der **Erste Senat des BAG** mit Blick auf die richtungsweisende EuGH-Entscheidung in Sachen CCOO (a.a.O.) wie folgt:

*„Das geforderte System darf sich – trotz des vom Gerichtshof verwendeten Begriffs der „Messung“ – dabei nicht darauf beschränken, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit (einschließlich der Überstunden) lediglich zu ‚erheben‘. Diese Daten müssen vielmehr auch erfasst und damit aufgezeichnet werden (a.A. H. HANAU, ZFA 2020, 129, 133). Anderenfalls wären weder die Lage der täglichen Arbeitszeit noch die Einhaltung der täglichen und der wöchentlichen Höchstarbeitszeiten innerhalb des Bezugszeitraums überprüfbar (vgl. EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 – [CCOO] Rn 47, 49). Auch eine Kontrolle durch die zuständigen Behörden wäre sonst nicht gewährleistet (vgl. EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 – [CCOO] Rn 57). Die Pflicht zur Einführung beschränkt sich zudem nicht darauf, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern ein solches System zur freigestellten Nutzung zur Verfügung stellt (a.A. wohl THÜSING/FLINK/JÄNSCH, ZFA 2019, 456, 468 ff.). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss er hiervon auch tatsächlich Gebrauch machen (vgl. EuGH 14.5.2019 – C-55/18 – [CCOO] Rn 50) und es damit verwenden (ebenso BAYREUTHER, NZA 2020, 1, 7; RIEBLE/VIELMEIER, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.5.2019 [C-55/18] in das deutsche Arbeitszeitrecht Rn 35 ff.).“*

Diese Beschreibung des BAG bedarf der Präzisierung, da sich allein durch den Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit kein vollständiges Bild der geleisteten Arbeitszeit (auf-)zeichnen/erfassen lässt. Man denke etwa an Arbeitszeitunterbrechungen durch Mittagspausen, an das Schreiben privater E-Mails am Dienst-PC oder an kurzfristige Ablenkungen im Homeoffice (vgl. GREINER/KALLE, NZA 2023, 547, 548). Aufzuzeichnen sind mit Blick auf den sicherzustellenden Arbeits- und Gesundheitsschutz die gesamte/sämtlichen Arbeitszeit(en) der Arbeitnehmer. Das heißt:

- der Beginn der täglichen Arbeitszeit
- das Ende der täglichen Arbeitszeit
- die Unterbrechungen der täglichen Arbeitszeit
- die Pausen
- die geleisteten Überstunden und damit
- im Ergebnis die Dauer der täglich geleisteten Arbeitszeit.

Mit Blick auf den zwingenden, für die Arbeitsvertragsparteien nicht disponiblen unionsrechtlichen und nationalen Arbeits- und Gesundheitsschutz müssen die Lage der täglichen Arbeitszeit, die Einhaltung der täglichen und der wöchentlichen Höchstarbeitszeiten oder die Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten innerhalb des Bezugszeitraums anhand einer systematischen Erfassung überprüfbar sein. Anderenfalls ist die vom EuGH geforderte Kontrolle durch die zuständigen Behörden nicht gewährleistet (vgl. EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, a.a.O., Rn 57).

### 4. Wie und wann muss erfasst werden?

#### Hinweis:

Da noch kein finaler Gesetzesentwurf des BMAS zur Reform des ArbZG vorliegt, orientiert sich die Darstellung am Referentenentwurf des BMAS zum ArbZG v. 18.4.2023 unter Einbeziehung der Rechtsprechung des EuGH und BAG.

#### a) Art der Erfassung

Während der EuGH und das BAG die Aufzeichnung der tatsächlich täglich geleisteten Arbeitszeit keiner besonderen Form unterwerfen, soweit sie nur objektiv, verlässlich und zugänglich ist, verlangt der Referentenentwurf (nachstehend VIII.) eine elektronische Erfassung. Dies wird damit begründet, elektronische Aufzeichnungen seien zeitgemäß, leichter zu handhaben und erhöhten die Chance einer korrekten Erfassung (vgl. GREINER/KALLE, NZA 2023, 547, 549; RefE BMAS v. 18.4.2023, S. 12).

Der im Referentenentwurf geforderten elektronischen Form genügen insb. „gebräuchliche“ digitale Zeiterfassungsprogramme. Ebenfalls zulässig seien Tabellenkalkulationen (MS-Excel, Apple Numbers, Google Tabellen u.a.) und andere Formen der elektronischen Aufzeichnung wie Apps auf einem Mobiltelefon (RefE BMAS v. 18.4.2023, S. 12).

Zulässig soll auch eine kollektive Erfassung der Arbeitszeit durch die Nutzung und Auswertung elektronischer Schichtpläne sein. Voraussetzung hierfür sei, dass sich aus dem Schichtplan Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers ableiten lasse und Abweichungen von den im Schichtplan festgelegten Arbeitszeiten, wie Urlaub, Fehlzeiten und zusätzliche Arbeitszeiten gesondert elektronisch erfasst würden (RefE BMAS v. 18.4.2023, S. 12, krit. GREINER/KALLE, NZA 2023, 547, 549).

### b) Zeitpunkt der Erfassung

Die Aufzeichnung muss grds. am Tag der Arbeitsleistung erfolgen. Diese Pflicht ist ausgehend vom Schutzzweck konsequent, da eine nachträgliche Erfassung der täglichen Arbeitszeit das Risiko von Ungenauigkeiten und einer fehlerhaften Aufzeichnung erhöht. Tarifdispositiv (§ 16 Abs. 7 Nr. 2 ArbZG-E) soll es aber möglich sein, die Aufzeichnung um bis zu sieben Tage hinauszuschieben, was im Hinblick auf die vom EuGH geforderte Objektivität kritisch zu hinterfragen ist. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass eine nachgelagerte Erfassung von (Arbeits-)Zeiten störanfällig ist. Dem auf Zeithonorarbasis seriös und berufsrechtlich compliant arbeitenden Anwalt ist dies geläufig und mit Blick auf die Vorgaben der Rechtsprechung der Zivilgerichte in diesem Bereich eingängig.

### c) Wer hat die Arbeitszeit zu erfassen?

§ 16 Abs. 3 ArbZG-E sieht vor, dass die Aufzeichnung der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer oder einen Dritten erfolgen kann, der Arbeitgeber (aber) für die ordnungsgemäße Aufzeichnung verantwortlich bleibt. Die Strukturierung und Einhaltung der Vorgaben des Arbeitszeitrechts zählen zu den Organisationspflichten des Arbeitgebers. Betriebliche Abläufe sind so festzulegen und zu überwachen, dass für die Beschäftigten keine Gefährdungen entstehen.

Der Arbeitgeber kann auch Dritte, etwa Vorgesetzte oder den Entleiher von Leiharbeitnehmern, mit der Aufzeichnung der Arbeitszeit beauftragen. Er bleibt jedoch auch bei einer Übertragung verantwortlich für die ordnungsgemäße Umsetzung der Aufzeichnungspflicht. Gegebenenfalls hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmer zur ordnungsgemäßen Führung der Aufzeichnungen anzuleiten (RefE BMAS v. 18.4.2023, S. 12) und diese zu überwachen. Wenn die Aufzeichnung durch den Arbeitnehmer oder Dritte erfolgt, soll die Arbeitsschutzbehörde bei Feststellung eines Verstoßes gegen die Aufzeichnungspflicht berücksichtigen, ob der Arbeitgeber die Aufzeichnenden ordnungsgemäß über die Erfassungspflicht informiert und die Aufzeichnungen zumindest durch Stichproben regelmäßig kontrolliert hat und der Verstoß allein auf das Verhalten des Aufzeichnenden zurückzuführen ist (RefE BMAS v. 18.4.2023, S. 13).

### d) Dauer der Aufzeichnung, Aufbewahrungspflicht

Die Aufzeichnungen sind gem. § 16 Abs. 2 S. 3 ArbZG-E mind. zwei Jahre aufzubewahren. Nach § 16 Abs. 6 ArbZG-E hingegen ist jeder Arbeitgeber verpflichtet, die für die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitszeitsvorschriften erforderlichen Aufzeichnungen im Inland für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung der Arbeitnehmer im Geltungsbereich dieses Gesetzes, mind. für die Dauer der gesamten Werk- oder Dienstleistung, insgesamt jedoch nicht länger als zwei Jahre in deutscher Sprache bereitzuhalten. Auf Verlangen der Aufsichtsbehörde sind die Unterlagen auch am Ort der Beschäftigung bereitzuhalten, bei Bauleistungen auf der Baustelle.

Insoweit weist der ArbZG-E Ungenauigkeiten und Schwächen auf, denn mind. zwei Jahre Aufbewahrung sind etwas anderes als mind. die Dauer der Dienstleistung und insgesamt nicht länger als zwei Jahre (vgl. auch RefE BMAS v. 18.4.2023, S. 14). Hier gilt die Empfehlung für den Arbeitgeber von „mindestens zwei Jahren“ Aufbewahrung, um in Bezug auf die Dokumentation und eine Prüfung durch die Aufsichtsbehörde auf der sicheren Seite zu sein.

#### IV. Ende oder Zukunft der Vertrauensarbeitszeit

Vertrauensarbeitszeit beschreibt ein Arbeitszeitmodell, in dem sich die Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit frei einteilen können. Auf den Punkt gebracht, geht es um die Berechtigung des Arbeitnehmers, seine geschuldete Arbeitszeit eigenverantwortlich, ohne Kontrolle seitens des Arbeitgebers festzulegen. Im Vordergrund stehen die erbrachte Arbeitsleistung und ihr Erfolg. Der Vorteil dieses Arbeitszeitmodells ist, dass Arbeitnehmer flexibel in arbeitsintensiven Phasen mehr Stunden pro Tag arbeiten und dafür an anderen Tagen mit geringerer Auslastung weniger. In Abgrenzung zur Gleitzeit sind keine Kernarbeitszeiten festgeschrieben (beachte aber sog. schwache Formen der Vertrauensarbeitszeit, die tägliche Mindestanwesenheitszeiten oder verpflichtend wahrzunehmende Termine/Besprechungen/Abstimmungen festlegen; Stichwort „Vorbehalt betrieblicher Interessen“). Die Arbeitnehmer müssen sich bei Vertrauensarbeitszeit nicht (immer) mit ihren Vorgesetzten oder Kollegen abstimmen, wenn sie später mit der Arbeit anfangen oder früher aufhören. Sie können dies grds. frei entscheiden. Auch die Pausenzeiten können im gesetzlichen Rahmen individueller gestaltet werden. Damit zielt Vertrauensarbeitszeit als Teil von Arbeit 4.0 darauf ab, die Arbeitskraft der Arbeitnehmer ergebnisorientiert flexibler und damit effizienter als in einem starren, tradierten Arbeitszeitmodell nutzen zu können (vgl. HÖPFNER/DAUM, RdA 2019, 270).

Wesentliches Merkmal der Vertrauensarbeitszeit war dabei bisher, dass grds. keine Zeiterfassung erforderlich war und durchgeführt wurde (beachte aber bereits BAG, Urt. v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348 zur Organisationspflicht des Arbeitgebers hinsichtlich der Einhaltung der Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen; s.a. LAG München, Urt. v. 11.7.2022 – 4 TaBV 9/22, juris), weil der Arbeitgeber darauf vertraute, der in Vertrauensarbeitszeit von ihm beschäftigte Arbeitnehmer werde seine Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht auch ohne Kontrolle erfüllen.

Nach der Entscheidung des BAG, Urt. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 (a.a.O.) gilt dies aber mit Blick auf § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG nicht mehr. Die Vertrauensarbeitszeit wird durch die neue Rechtslage tangiert, da die Erfassung der gesamten täglichen Arbeitszeit nunmehr zwingend ist und die Arbeitnehmer dies als Misstrauen empfinden können („Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser.“), was das Arbeitszeitmodell u.U. Frage stellt und deshalb in der Literatur (vgl. GREINER/KALLE, NZA 2023, 547, 550 f.; FUHLROTT/HERZIG, ArbRAktuell 2023, 221, 222; GRAU/KRUPPA, RdA 2022, 73, 74 ff.; GINAL/TRIBESS, GWR 2019, 317) kritisch diskutiert wird.

Die Delegation der Arbeitszeiterfassung auf die Arbeitnehmer ist in Anbetracht der zulasten des Arbeitgebers vorgesehenen Anforderungen bei der Vertrauensarbeitszeit mit zusätzlichem erheblichen Kontroll- und administrativen Aufwand verbunden.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass eine Erfassung der Arbeitszeit auch bisher, beispielsweise durch ein Arbeitszeitkonto, für beide Vertragsparteien durchaus von Vorteil sein konnte: Die geleistete Arbeitszeit war/ist dann „schwarz auf weiß“ dokumentiert und es bleibt kein Raum für Streit über diesen Punkt zwischen den Parteien. Im Übrigen hat der Fünfte Senat des BAG schon im Jahr 2013 entschieden, dass die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit weder der Führung eines Arbeitszeitkontos entgegensteht, noch sie die Abgeltung eines aus Mehrarbeit des Arbeitnehmers resultierenden Zeitguthabens ausschließt (BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295; zu Risiken von Arbeitszeitkonten FELISIAK/SORBER, SPA 2021, 61).

In der Praxis (zum digitalen Arbeitsplatz DRESSEL, RdI 2021, 143) gibt es zudem sehr flexible Methoden zur digitalen Zeiterfassung, weshalb sich Vertrauensarbeitszeit und Zeiterfassung nicht wechselseitig ausschließen (vgl. GRÖNE, NZA-RR 2023, 116, 117). Kleinere und mittlere Unternehmen, die bisher noch nicht in geeignete Systeme zur (digitalen) Erfassung der Arbeitszeit investiert haben, werden durch das „Stechuhr“-Urteil des BAG zum Handeln gezwungen. Sie stehen vor erheblichen wirtschaftlichen und administrativen Belastungen. Die vom BMAS geschätzten Kosten für die technische Einführung einer Erfassung i.H.v. 450 € pro Betrieb dürften dabei deutlich zu tief angesetzt sein. Diese Kosten



entsprechen auf Grundlage einer Internetrecherche den Kosten einer für kleine und mittelgroße Unternehmen geeigneten Stempeluhr. Kosten für Komplettsysteme zur Zeiterfassung beginnen eher bei 1.500 €, wobei häufig individuelle, nutzerbezogene Abo-Pakete die Regel sind, die deutlich höhere Kosten im Lauf der Zeit nach sich ziehen.

Nicht übersehen werden darf dabei, dass das **Risiko der Selbstausbeutung des Arbeitnehmers** bei Vertrauensarbeit und den mit ihr einhergehenden flexiblen Arbeitszeiten i.d.R. erhöht ist. Eine Verlängerung der Arbeitszeit bedingt dabei zwangsläufig immer eine **Verkürzung der Ruhezeiten**. Laut Gewerkschaften (Interview mit Daniel Hlava (HSI) <https://www.boeckler.de/de/interviews-17944-arbeitszeiterfassung-eugh-urteil-hat-weitreichende-konsequenzen-20044.htm>) arbeiten Arbeitnehmer in Vertrauensarbeitszeit grds. mehr (= unbezahlte Überstunden) als Arbeitnehmer in einem festen Arbeitszeitmodell oder in Gleitzeit. Durch die gesetzliche Pflicht zur vollständigen Erfassung der Arbeitszeit und ihre praxistaugliche Umsetzung kann die gewünschte Flexibilität für beide Seiten gewahrt bleiben, während der Arbeitnehmer von der Transparenz der geleisteten Arbeitszeiten profitiert und damit vor „zu viel Arbeit“ und Überforderung geschützt wird (vgl. GRÖNE, NZA-RR 2023, 116, 117 zu alternativer Sicherung des Gesundheitsschutzes). Das entspricht exakt der Zielsetzung des Ersten Senats, den dieser mit seinem Ur. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 (a.a.O.) verbindet (= der Entgrenzung von Arbeit und Ruhezeit/Freizeit entgegenzuwirken).

Schließlich ist die **unterschiedslose Anwendung des Arbeitszeitrechts auf die Vertrauensarbeitszeit** de lege lata auch folgerichtig, weil der öffentlich-rechtliche Arbeitsschutz zwingend ist (zur Gewerbeaufsicht und Vertrauensarbeitszeit HÜLSEMANN, ARP 2020, 64) und **nicht zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien** steht. Er hängt nicht von der Vereinbarung eines bestimmten Arbeitszeitmodells ab (HÖPFNER/DAUM, RdA 2019, 270, 279 unter Hinweis auf FUHLROTT, NZA-RR 2019, 343).

Festzuhalten ist, dass die eigenverantwortliche Festlegung der Arbeitszeit bei Vertrauensarbeitszeit durch deren vollständige und korrekte Erfassung/Aufzeichnung im gesetzlichen Rahmen nicht eingeschränkt wird. Wurde/wird Vertrauensarbeitszeit aber dazu zweckentfremdet, durch unzureichende Aufzeichnung/Erfassung und Kontrolle unbezahlte Überstunden und Arbeitszeitverstöße gezielt zu verdecken, ergeben sich nunmehr zwangsläufig rechtliche Konsequenzen, weil durch die Aufzeichnungspflicht Verstöße gegen das ArbZG dokumentiert werden sowie überprüft und sanktioniert werden können.

#### **V. Arbeitsschutzrechtliche versus vergütungsrechtliche Betrachtung**

Ein Arbeitnehmer hat zur Begründung seiner **Klage auf Vergütung von ihm geleisteter Überstunden** zunächst darzulegen, dass er Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden Umfang geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers hierzu bereitgehalten hat. Da der Arbeitgeber eine Vergütung nur für von ihm veranlasste Überstunden zahlen muss, hat der Arbeitnehmer zudem vorzutragen, dass der Arbeitgeber die geleisteten Überstunden ausdrücklich oder konkludent angeordnet, geduldet oder nachträglich gebilligt hat (vgl. BAG, Ur. v. 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, NZA 2017, 584).

Diese vom BAG entwickelten **Leitlinien zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für die Leistung von Überstunden durch den Arbeitnehmer** und deren Veranlassung durch den Arbeitgeber werden durch die auf Unionsrecht beruhende Pflicht zur Einführung eines Systems zur Messung/Erfassung der vom Arbeitnehmer geleisteten täglichen Arbeitszeit nicht obsolet. Vielmehr differenziert der für Vergütungsfragen zuständige Fünfte Senat des BAG streng zwischen der arbeitsschutzrechtlichen Betrachtung und der vergütungsrechtlichen Betrachtung.

Verlangt der Arbeitnehmer Überstundenvergütung, hat er im Prozess die Leistung solcher und deren Veranlassung durch den Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen. Vom Erfordernis der arbeitgeberseitigen Veranlassung ist nicht wegen der Entscheidung des EuGH zur Pflicht des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Systems zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit (EuGH, Ur. v. 14.5.2019 –

C-55/18, a.a.O.) abzurücken (BAG, Urt. v. 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, NZA 2022, 1267). Die Entscheidung des EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 zur Pflicht der Arbeitgeber ein Zeiterfassungssystem einzuführen, gibt weder Anlass noch Legitimation, die Rechtsprechung des Senats zur Darlegungslast im Überstundenvergütungsprozess, entgegen nationalen prozessrechtlichen Grundsätzen, zu ändern (BAG, Urt. v. 4.5.2022 – 5 AZR 474/21, NZA 2022, 1271; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 3.8.2021 – 16 Sa 875/20, juris).

#### VI. Doch Folgen für und Auswirkungen auf den Überstundenprozess?

Seit Jahren verharren die von Arbeitnehmern abgeleiteten Überstunden in Deutschland auf einem hohen Niveau. Im Jahr 2022 haben die Beschäftigten nach Angaben der Bundesregierung auf Anfrage der Linksfraktion rd. 1,3 Milliarden Überstunden abgeleistet. Dabei wird rund die Hälfte aller Überstunden Jahr für Jahr nicht vergütet (vgl. BT-Drucks 19/29581), was die hohe wirtschaftliche Bedeutung und Sprengkraft des Themas unterstreicht.

Das Informationsrecht des Arbeitnehmers bzgl. der erfassten Arbeitszeit und die im ArbZG-E vorgesehene Nachweispflicht des Arbeitgebers (nachstehend VIII., Kopie der Aufzeichnungen der erfassten Arbeitszeit) können im Zusammenspiel mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BAG, Urt. v. 5.4.2022 – 5 AZR 474/21, NZA 2022, 1271), wonach der arbeitgeberseitige Versuch, sich gegen gesondert zu vergütende Überstunden arbeitsvertraglich abzusichern, darauf hindeuten kann, dass der Arbeitgeber mit dem Anfall von Überstunden durchaus rechnet und bei Bedarf deren Ableistung auch erwartet und hierdurch beim Arbeitnehmer der Eindruck erweckt werden kann, der Arbeitgeber billige eine Überstundenleistung, im Überstundenprozess für den Arbeitnehmer zum Erfolg führen.

Dies gilt insb. auch mit Blick auf und im Zusammenspiel mit § 2 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 10 NachwG, wonach der Arbeitgeber den Arbeitnehmer – sofern vereinbart – über die Vergütung und die Möglichkeit der Anordnung von Überstunden und deren Voraussetzungen zu informieren hat (hierzu PREIS, NJW 2022, 2297, 2298).

Vertragsgestalterisch sollte dem Vorstehenden beim Einsatz einer anerkannten Pauschalisierungsabrede (vgl. HUNOLD, DB 2014, 361; BAUER/ARNOLD/WILLEMSSEN, DB 2012, 1986) aus Sicht des Arbeitgebers risikoorientiert dadurch Rechnung getragen werden, dass die Regelung um einen klarstellenden Vertragspassus ergänzt wird. Denkbar ist dabei folgende Formulierung (vgl. KLEINEBRINK, ArbRB-Blog v. 22.3.2023, 16.46 Uhr):

*„Ein Anspruch auf Über- oder Mehrarbeitsstundenabgeltung besteht trotz der in diesem Arbeitsvertrag für Überstunden getroffenen Pauschalierungsabrede nur,*

- wenn die Über- oder Mehrarbeitsstunden angeordnet oder*
- vereinbart worden sind oder*
- wenn sie aus dringenden betrieblichen Interessenerforderlich waren und der Arbeitnehmer Beginn und Ende der Über-/Mehrarbeit spätestens am folgenden Tag der Geschäftsleitung schriftlich anzeigt und die Über- oder Mehrarbeitsstunden vertraglich genehmigt werden.“*

Rechtliche Schnittmengen und Wechselwirkungen zwischen Überstundenvergütung und Arbeitszeiterfassung sind somit nicht zu leugnen, wie nicht zuletzt auch die Leitsätze der Entscheidung des Fünften Senats v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18 (NZA 2019, 1361) belegen, wenn festgestellt wird:

*„1. Wird die Arbeitszeit des Arbeitnehmers (elektronisch) erfasst und zeichnet der Arbeitgeber oder für ihn ein Vorgesetzter des Arbeitnehmers die entsprechenden Arbeitszeitznachweise ab, kann der Arbeitnehmer im Überstundenprozess der ihm obliegenden Darlegungslast für die Leistung von Überstunden schon dadurch genügen, dass er schriftsätzlich die vom Arbeitgeber abgezeichneten Arbeitsstunden und den sich ergebenden Saldo vorträgt.*

2. Darauf muss der Arbeitgeber im Rahmen der abgestuften Darlegungslast substantiiert erwidern, dass, aus welchen Gründen und in welchem Umfang die von ihm oder einem für ihn handelnden Vorgesetzten des Arbeitnehmers abgezeichneten Arbeitsstunden nicht geleistet wurden oder der behauptete Saldo sich durch konkret darzulegenden Freizeitausgleich vermindert hat. Anderenfalls gelten die vom Arbeitnehmer vorgetragene Arbeitsstunden als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).“

### VII. Erheblicher Reform- und Flexibilisierungsbedarf im Arbeitszeitrecht

Konstatiert werden kann, dass im Arbeitszeitrecht erheblicher Reformbedarf besteht, wobei der Reformwille sowohl des nationalen als auch des unionsrechtlichen Gesetzgebers „verbesserungsfähig“ ist. Das Arbeitszeitrecht ist – anders als die Bestimmungen des ArbSchG – durch typisierende quantitative Grenzwerte – gekennzeichnet (vgl. BAECK/WINZER, NZA 2020, 96, KOHTE, Ausschussdrucks 19(11)83 v. 21.6.2018, S. 5; BAG, Urt. v. 24.8.2016 – 5 AZR 129/16, NZA 2017, 58).

#### 1. Tägliche Ruhezeit von 11 Stunden (Art. 3 RL 2003/88/EG, §§ 3, 5 ArbZG)

Ruhezeiten sind wichtig und stehen in Art. 3 an der Spitze der RL 2003/88/EG (vgl. KOHTE, Ausschussdrucks 19(11)83 v. 21.6.2018, S. 9). Die Digitalisierung der Arbeitswelt (Stichwort: Arbeit 4.0; hierzu KOLLMER, NJW 2023, 473; WIEBAUER, NZA 2016, 1430; STEFFAN, NZA 2015, 1409) und gleichstellungspolitische Aspekte (Vereinbarkeit von Beruf und Familie) erfordern eine Öffnung und Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts. Vernetzung und Digitalisierung verbinden für immer mehr Beschäftigte „reale“ und „virtuelle“ Aktivitäten bei orts- und zeitübergreifendem Arbeiten (vgl. KOHTE, Ausschussdrucks 19(11)83 v. 21.6.2018, S. 9; GIESEN, Ausschussdrucks 19(11)83 v. 21.6.2018, S. 59), wobei eine „Entgrenzung der Arbeit“ (sog. **Work-Life-Blending**, vgl. KANZENBACH, ARP 2021, 336), eine „Ausfaserung der Arbeitszeit“ und/oder eine „ständige Erreichbarkeit“ – auch und insb. im Urlaub – zu verhindern sind (Stichwort: Distanzierungsfähigkeit des Arbeitnehmers).

HÖPFNER/DAUM (RdA 2019, 270) merken mit Recht und unter zahlreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur an, der EuGH sei – aufgrund des fehlenden Muts und Willen zur politischen Gestaltung – dem antiquierten Regelungsmodell der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG verhaftet. Dieses habe den körperlich hart arbeitenden, örtlich an den Betrieb gebundenen Arbeitnehmer zum Leitbild und entspreche in wesentlichen Punkten der deutschen Arbeitsordnung von 1938. Dass dies der heutigen Uneinheitlichkeit der Arbeitnehmergruppen mit ihren divergierenden Belastungen und Interessen – insb. vor dem Hintergrund der Digitalisierung – nicht mehr gerecht werde, sei offenkundig.

Aus der Zeit gefallen erscheine u.a. die strikte Differenzierung zwischen Arbeits- und Ruhezeit, die keinen Raum für Zwischenformen lasse (vgl. FRANZEN, ZESAR 2015, 407, 412). Auch die zwingende tägliche Ruhezeit (als autonomer unionsrechtlicher Begriff) von elf ununterbrochenen Stunden (Art. 3 RL 2003/88/EG; vgl. BAG, Urt. v. 18.1.2017 – 7 AZR 224/15, NZA 2017, 791) werde vielfach infrage gestellt und etwa eine Verkürzung auf neun Stunden sowie eine Ausnahme für kurzzeitige Unterbrechungen oder „geringfügige“ Tätigkeiten vorgeschlagen (HÖPFNER/DAUM, RdA 2019, 270 m.w.N.; KOLLMER, NJW 2023, 473, 476; krit. unter Hinweis auf nicht frei disponible Obligationszeiten wie Schlafen, Pendeln, Nahrungsaufnahme und Hygiene von etwa 10,75 Stunden täglich SEILER, Ausschussdrucks 19(11)83 v. 21.6.2018, S. 52).

Ruhezeiten sind nicht nur ein arbeitsschutzrechtliches, sondern auch ein (gewerkschafts-)politisch besetztes Streitthema. Aus längeren Arbeitszeiten resultieren i.d.R. Bedarfe nach längeren Erholungszeiten. Und durch gekürzte Ruhezeiten können Erholungsbedarfe eben nur unzureichend gedeckt werden. Eine **Mindestruhezeit von elf Stunden** ist mit Blick darauf, dass der Tag nur 24 Stunden hat, zwingende Obligationszeiten und dem verständlichen Wunsch nach frei verfügbarer und selbstbestimmter Zeit in angemessenem Umfang (Stichwort: Zeitsouveränität) eine durchaus nachvollziehbare Größe. Dass der EuGH Ruhezeiten einen hohen Stellenwert beimisst, zeigt nicht zuletzt seine aktuelle Entscheidung zum Verhältnis von täglicher zu wöchentlicher Ruhezeit (vgl. EuGH, Urt. v. 2.3.2023 – C-477/21, NZA 2023, 349 „MÁV-START“).

## 2. Tägliche Höchstarbeitszeit (§ 3 ArbZG)

Das deutsche Arbeitszeitrecht ist seit mehr als 80 Jahren gekennzeichnet durch Normierungen der täglichen Höchstarbeitszeit (vgl. §§ 3, 7 Abs. 1 Nr. 1a und b ArbZG). Durch Untersuchungen ist bestätigt, dass das **Unfallrisiko nach sechs bis sieben Stunden**, v.a. aber nach acht Stunden exponentiell ansteigt. Arbeitszeiten von mehr als acht Stunden am Tag sind nicht nur ein Unfallrisiko. Sie erhöhen auch deutlich den **gesundheitlichen Verschleiß** der Beschäftigten und das **Eintreten vorzeitiger Erwerbsminderung und Erwerbsunfähigkeit** (vgl. KOHTE, Ausschussdrucks 19(11)83 v. 21.6.2018, S. 6).

Die **Arbeitszeit-RL** kennt – anders als § 3 ArbZG – keine tägliche Höchstarbeitszeit, sondern schreibt lediglich eine wöchentliche Höchstarbeitszeit fest, die zudem sehr flexibel ausgestaltet ist. Nach Art. 6 RL 2003/88/EG dürfen **pro Siebentageszeitraum 48 Stunden Arbeitszeit nicht überschritten** werden. Zudem lassen sich die Bezugszeiträume nach Art. 16, 22 RL 2003/88/EG noch deutlich ausweiten (vgl. GIESEN, Ausschussdrucks 19(11)83 v. 21.6.2018, S. 59), was zu deutlich erhöhter Arbeitszeitflexibilität und gesteigerter Wettbewerbsfähigkeit führt.

Bereits das Weißbuch des BMAS zum Dialogprozess „Arbeiten 4.0“ aus dem Jahr 2016 enthielt Überlegungen zu Möglichkeiten der Abweichung von der Tageshöchstarbeitszeit in Kombination mit der Öffnung der Ruhezeit zur Flexibilisierung der Arbeitszeit (vgl. BAUER/ROLL, NZA 2021, 1685 m.w.N.; vgl. [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/a883-weissbuch.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=2)). Betont wurde aber:

*„Der bestehende gesetzliche Rahmen ermöglicht bereits ein hohes Maß an Flexibilität. Sofern sich darüber hinaus mehr Gestaltungsspielräume, z.B. hinsichtlich der Tageshöchstarbeitszeiten und Ruhezeiten, als notwendig erweisen sollten, wäre die Eröffnung solcher Gestaltungsspielräume für das BMAS nur auf dem Wege ausgehandelter Flexibilitätskompromisse denkbar. Diese Kompromisse müssten bestimmte Bedingungen erfüllen. Sie müssten passgenaue Lösungen ermöglichen, ohne die Zeitsouveränität und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Eine allgemeine Öffnung des Arbeitszeitgesetzes wie eine Abkehr von der Norm des Achtstundentags zugunsten nur noch einer Wochenhöchstarbeitszeit ist aus Sicht des BMAS mit den Zielen des Arbeitsschutzes und der Zeitsouveränität nicht vereinbar.“*

Der Achtstundentag als maßgebliche Errungenschaft der Gewerkschaften ist ein politisch und arbeitsmarktpolitisch stark besetztes Thema, auch ein unerwünschter Machtverlust der Gewerkschaften ggü. den Betriebsparteien dämpft Reformbestrebungen im Bereich der Arbeitszeit. Mit Blick auf den **Referentenentwurf zum ArbZG v. 18.4.2023** stellt sich die Frage, was vom Koalitionsvertrag v. 24.11.2021 und seinem Titel „Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“ bleibt, wenn man die aktuellen Reformansätze, insb. den ArbZG-E bewertet. Der vorgenannte Koalitionsvertrag formuliert in Bezug auf die Flexibilisierung der arbeitszeitrechtlichen Vorgaben wie folgt:

*„Um auf die Veränderungen in der Arbeitswelt zu reagieren und die Wünsche von Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmern und Unternehmen nach einer flexibleren Arbeitszeitgestaltung aufzugreifen, wollen wir Gewerkschaften und Arbeitgeber dabei unterstützen, flexible Arbeitszeitmodelle zu ermöglichen. Wir halten am Grundsatz des 8-Stunden-Tages im Arbeitszeitgesetz fest. Im Rahmen einer im Jahre 2022 zu treffenden, befristeten Regelung mit Evaluationsklausel werden wir es ermöglichen, dass im Rahmen von Tarifverträgen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen und in einzuhaltenden Fristen ihre Arbeitszeit flexibler gestalten können. Außerdem wollen wir eine begrenzte Möglichkeit zur Abweichung von den derzeit bestehenden Regelungen des Arbeitszeitgesetzes hinsichtlich der Tageshöchstarbeitszeit schaffen, wenn Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen, aufgrund von Tarifverträgen, dies vorsehen (Experimentierräume). Im Dialog mit den Sozialpartnern prüfen wir, welchen Anpassungsbedarf wir angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeitszeitrecht sehen. Dabei müssen flexible Arbeitszeitmodelle (z.B. Vertrauensarbeitszeit) weiterhin möglich sein.“*

Hinter einer mutigen Reform (= „mehr Fortschritt wagen“) unter Nutzung der Spielräume des europäischen Arbeitszeitrechts, der es angesichts des von den Regierungsparteien selbst formulierten Gestaltungsanspruchs einer modernen Arbeitswelt bedürfte, bleiben die derzeitigen („Reform“-)Ansätze weit zurück. Mit den beabsichtigten Änderungen sind echte Flexibilisierungen der Arbeitszeit über das bisher bereits bestehende Maß, die nicht zuletzt auch der besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf dienen und nicht nur von den Unternehmen, sondern auch von vielen Beschäftigten gewünscht werden, nicht verbunden (vgl. GRAU/KRUPPA, RdA 2022, 73, 74 f.).

GRAU/KRUPPA äußern mit Blick auf die Praxis zutreffend Kritik, dass der Koalitionsvertrag – und ihm folgend die aktuellen gesetzlichen Reformbestrebungen – bedauerlicherweise eine Regelung auf rein betrieblicher Ebene, d.h. unabhängig von einer tariflichen Regelung oder Öffnungsklausel, ausschließen und so individuellen, maßgeschneiderten Lösungen, die sich an den betrieblichen Realitäten und Erfordernissen orientieren, den Weg versperren (vgl. GRAU/KRUPPA, RdA 2022, 73, 75).

Allerdings werden bereits bestehende Flexibilisierungsmöglichkeiten bezüglich der gesetzlich zulässigen täglichen Höchstarbeitszeit oftmals verkannt. Gemäß § 3 ArbZG gilt: Die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer darf acht Stunden nicht überschreiten. Sie kann auf bis zu zehn Stunden nur verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt 8 Stunden werktäglich nicht überschritten werden (beachte einschränkend § 207 SGB IX, zur Vorgängerregelung § 124 SGB IX BAG 21.11.2006 – 9 AZR 176/06, NZA 2007, 446). Grundlegende Erkenntnis zum richtigen Verständnis dieser gesetzlichen Regelung ist, dass die tägliche Höchstarbeitszeit streng von der wöchentlichen Höchstarbeitszeit (48 Stunden, Art. 6 RL 2003/88 EG, §§ 7 Abs. 8, 14 Abs. 3, 15 Abs. 3, 21a Abs. 4 ArbZG), zu trennen ist. Wie § 3 ArbZG bestimmt, kommt es nur auf eine durchschnittliche Arbeitszeit an, womit sich Spielräume bei der Gestaltung der Arbeitszeit ergeben. Der Grundsatz der Höchstgrenze von acht Stunden täglicher Arbeitszeit nach § 3 S. 1 ArbZG muss nicht zwingend jeden Tag eingehalten werden. Die tägliche Arbeitszeit kann unter bestimmten Vorgaben auf bis zu **zehn Stunden täglich** ausgeweitet werden. Das ist immer dann möglich, wenn in einem **Ausgleichszeitraum** von entweder **sechs Kalendermonaten** oder **innerhalb von 24 Wochen** (Wahlrecht des Arbeitgebers) im Durchschnitt **acht Stunden** Arbeitszeit werktäglich nicht überschritten werden. Der Ausgleichszeitraum von sechs Kalendermonaten beginnt immer mit dem Ersten eines Kalendermonats und endet sechs Monate später. Das ArbZG enthält keine weiteren Vorgaben. Es bestimmt nicht, dass der Ausgleichszeitraum innerhalb eines Kalenderjahres liegen muss. Um den gesetzlich normierten Durchschnitt bezogen auf den zugrunde zu legenden Ausgleichszeitraum am Ende berechnen zu können, gilt die **Basis der Sechstageswoche**, da vom Arbeitgeber alle Werktage als Arbeitstage genutzt werden können, selbst wenn die betriebliche Praxis mit einer Fünftageswoche hiervon i.d.R. abweicht. Das heißt, die Verlängerung der täglichen Arbeitszeit auf zehn Stunden ist an keine zusätzlichen Voraussetzungen geknüpft. Daher steht einer Höchstarbeitszeit pro Woche von 60 Stunden zunächst nichts entgegen (= 10 Stunden \* 6 Werktage). Da aber nach § 3 S. 2 ArbZG ein Ausgleich erfolgen muss, ist z.B. in einem gewählten Ausgleichszeitraum von 24 Wochen eine höchstzulässige Gesamtarbeitszeit von 1.152 Stunden (= 24 Wochen \* 6 Werktage \* 8 Stunden) möglich (= 48 Stunden pro Woche).

Der Arbeitgeber kann auch einen **kürzeren als den gesetzlich beschriebenen Ausgleichszeitraum** festlegen; eine solche für den Arbeitnehmer günstigere Regelung lässt das ArbZG zu (BAECK/DEUTSCH/WINZER, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 3 ArbZG, Rn. 31). Die alternativ zu wählenden Ausgleichszeiträume von sechs Kalendermonaten oder 24 Wochen dürfen im Einklang mit Art. 6 RL 2003/88 EG und § 7 ArbZG ohne tarifliche Grundlage (= tarifvertragliche Regelung oder tarifvertragliche Öffnungsklausel für eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung) jedoch nicht abweichend, verlängernd festgelegt werden. Eine solche – auch vertraglich vereinbarte – Verlängerung verstieße gegen den zwingenden § 3 ArbZG und wäre nach § 134 BGB nichtig (BAECK/DEUTSCH/WINZER, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 3 ArbZG, Rn 31).

### 3. Personeller Anwendungsbereich des ArbZG

Die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit erstreckt sich auf **alle Arbeitnehmer, die dem ArbZG unterliegen**, einschließlich „mobiler“ Arbeitnehmer sowie Arbeitnehmer im Homeoffice und in Vertrauensarbeitszeit (vgl. BAYREUTHER, NZA 2023, 193).

Nach derzeitigem Kenntnisstand verbleibt es bei der **Ausnahme leitender Angestellter** von der Pflicht zur Erfassung ihrer Arbeitszeit (§ 18 ArbZG, vgl. BAYREUTHER, NZA 2023, 193; vgl. auch HENSSLER/LUNK, NZA 2016, 1425 zur Situation de lege lata und de lege ferenda). Ausnahmeregelungen soll es nach § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG-E für Arbeitnehmer geben, „*bei denen die gesamte Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann*“. Das können **Führungskräfte** („leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis“, Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG) sein. Tarifvertragsparteien und Betriebspartner aufgrund eines Tarifvertrags sollen festlegen können, für welche Arbeitnehmer die Ausnahmeregelung zur Anwendung gelangt. Der Wortlaut des Referentenentwurfs v. 18.4.2023 übernimmt dabei die Formulierung aus Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeit-RL, die für den so definierten Personenkreis Abweichungen von der RL ausdrücklich gestattet.

De lege ferenda bleibt die **Ausnahme leitender Angestellter, bestimmter Berufsgruppen** (u.a. insb. **Auch Anwälte**, hierzu THÜSING/ROMBEY/SCHIPPERS, NZA 2020, 480; WILLEMSEN/OBERTHÜR, NJW 2020, 1761; **Wirtschaftsprüfer** sind nach § 45 WPO ausgenommen, zur Konfliktsituation zwischen Berufsrecht und -arbeitszeitrecht vgl. die Initiativstellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht vom März 2023, Stellungnahme Nr. 14/2023 und WILLEMSEN/OBERTHÜR, NJW 2020, 1761) und von Spitzenverdienern auch mit Blick auf digitale Arbeitsplätze, Eigenverantwortung und entsprechend gewandelten Arbeitsschutz (zu Arbeitsschutz und Digitalisierung WIEBAUER, NZA 2016, 1430) sowie den Gleichbehandlungs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein ungelöstes Thema (vgl. BAECK/WINZER, NZA 2020, 96, 101), das insb. aus Wettbewerbsgründen einen gesamteuropäischen Gleichlauf im Auge haben sollte.

### 4. Abkehr vom Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit

*„Sechs Tage sollst du arbeiten, am siebenten Tage sollst du ruhen, auch in der Zeit des Pflügens und des Erntens“*  
(Lutherbibel 2017, Mose 34, 21).

Diese Vorgabe aus dem Buch Mose findet sich in ähnlicher Form in § 9 Abs. 1 ArbZG („Arbeitnehmer dürfen an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen von 0 bis 24 Uhr nicht beschäftigt werden.“; zur Verfahrensbeteiligung von Kirchen bei der Bewilligung von Sonntagsarbeit BVerwG, Urt. v. 6.5.2020 – 8 C 5/19, NVwZ 2020, 1366). Als der Bundesgesetzgeber 1994 die überholte Arbeitszeitordnung durch ein modernes ArbZG ersetzte, regelte er neben dem **grundsätzlichen Verbot der Sonntagsarbeit** in § 9 ArbZG gleich auch eine ganze Reihe von Ausnahmen, die größtenteils aus der GewO in § 10 ArbZG überführt wurden. Dessen Abs. 1 regelt Ausnahmen u.a. in Not- und Rettungsdiensten sowie bei der Feuerwehr (Nr. 1), für Freizeiteinrichtungen (Nr. 7), Rundfunk (Nr. 8) und Energieversorger (Nr. 11) oder für Sicherheits- und Reinigungsdienste (Nr. 13 und 14). Das ArbZG konkretisiert damit den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag zugunsten des Sonntags, der sich für den Gesetzgeber aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV ergibt (vgl. WIEBAUER, NVwZ 2015, 543).

Auch wenn sowohl die katholische als auch die evangelische Kirche nach wie vor jährlich in sechsstelliger Zahl Mitglieder verlieren, ist dem deutschen Arbeitszeitrecht das Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit immanent (§ 9 ArbZG, vgl. auch BVerwG, Urt. v. 26.11.2014 – 6 CN 1/13, NVwZ 2015, 590 „Ausnahme vom Sonn- und Feiertagsschutz für Callcenter, Videotheken und öffentliche Bibliotheken nicht erforderlich“).

Gerade in Bezug auf **digitale Arbeitsplätze** kann die Zulässigkeit der Aufnahme einer Beschäftigung an Sonn- oder Feiertagen Freiräume für die verbleibende Woche schaffen und ist deshalb diskussionswürdig, auch weil die RL 2033/88/EG hierzu keine Vorgaben enthält. Im Unterschied zu anderen Mitgliedstaaten der europäischen Union besteht die **Besonderheit in Deutschland** aber darin, dass die Sonn- und Feiertagsruhe durch Art. 139 WRV sowie Art. 140 GG verfassungsrechtlich geschützt und Ausdruck einer institutionellen Garantie ist (vgl. BAECK/WINZER, NZA 2020, 96, 101).

### VIII. Referentenentwurf – ArbZG-E

Am 19.4.2023 wurde der **Referentenentwurf zur Änderung des ArbZG v. 18.4.2023** veröffentlicht. Kritisch sei angemerkt, dass dieser innerhalb der Bundesregierung noch nicht abgestimmte Entwurf weit über das Notwendige des europäischen Rechts sowie die Vorgaben des EuGH und des BAG hinausgeht (sog. **Gold Plating**). Er zielt u.a. auf folgende, insb. in § 16 ArbZG, beabsichtigte Änderungen ab:

- **tägliche elektronische Zeiterfassung** (§ 16 Abs. 2 ArbZG-E),
- **Ausnahme von der elektronischen Erfassung** durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (§ 16 Abs. 7 Nr. 1 ArbZG-E),
- **Ausnahme von der täglichen Erfassung** durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (spätestens aber bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertags, § 16 Abs. 7 Nr. 2 ArbZG-E),
- **persönlicher Geltungsbereich** (leitende Angestellte bleiben vom Anwendungsbereich des ArbZG ausgenommen, § 18 ArbZG),
- **Ausnahme Kleinbetriebsklausel** („bis zu 10 Arbeitnehmer“, § 16 Abs. 8 S. 3 ArbZG-E),
- Möglichkeit der **Delegation der Arbeitszeiterfassung**, insb. bei Vertrauensarbeit und Mobile Work (§ 16 Abs. 3 ArbZG-E),
- **Folgen eines Verzichts der Kontrolle** durch den Arbeitgeber, **Sicherstellung durch geeignete Maßnahmen**, dass dem Arbeitgeber Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen zur Arbeitszeit bekannt werden (§ 16 Abs. 4 ArbZG-E),
- **Informations- und Nachweispflicht** (Kopie der Aufzeichnungen) auf Verlangen des Arbeitnehmers (§ 16 Abs. 3 ArbZG-E),
- **Bereithaltungspflicht** (zwei Jahre, richtig, vollständig, in der vorgeschriebenen Weise, §§ 16 Abs. 2 S. 3, Abs. 6 und 21a Abs. 7 ArbZG-E),
- **Übergangsfrist für die elektronische Zeiterfassung** (§ 16 Abs. 8 S. 1 und S. 2 ArbZG-E),
- **Sonderregelungen im Straßenverkehr** (§ 21a Abs. 7 ArbZG-E).

### IX. Erlass MAGS NRW zur Durchführung des ArbZG

Das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (MAGS NRW) hat den Bezirksregierungen Arnberg, Düsseldorf, Köln und Münster in Form eines Erlasses **Vorgaben zur Durchführung des ArbZG** gemacht (vgl. KLEINEBRINK, ArbRB-Blog v. 26.4.2023). Es handelt sich um **Handlungshilfen für die Umsetzung der Entscheidung des BAG v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21** (a.a.O.), wonach Arbeitgeber verpflichtet sind, ein System einzuführen, mit dem Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeit einschließlich der Überstunden erfasst werden können. **Der Erlass soll gelten, bis eine gesetzliche Änderung des ArbZG in Kraft tritt**. In seinem Erlass verweist das MAGS NRW auf aus seiner Sicht folgenden wesentlichen Punkte:

- In der Kontrollpraxis sind Betriebe bei Betriebsbesichtigungen darauf hinzuweisen, dass der Arbeitgeber ein System zur vollständigen Arbeitszeiterfassung vorhalten muss, das auch tatsächlich anzuwenden ist.
- Bei einer fehlenden Arbeitszeitaufzeichnung kann diese nach § 22 Abs. 2 ArbSchG angeordnet werden. Eine unmittelbare Ahndung einer fehlenden Arbeitszeitaufzeichnung ohne vorherige Anordnung kann nach derzeitiger Rechtslage nicht erfolgen.

- Sollten bei der Überwachung Verstöße gegen die Entscheidung des BAG zur Aufzeichnungspflicht festgestellt werden, ist – unter Anwendung des Ermessensspielraums – der Arbeitgeber auf die verbindliche Dokumentationspflicht hinzuweisen oder die Dokumentationspflicht entsprechend anzuordnen. Bei Missachtung der Anordnung ist dann auch eine Ahndung der Verstöße vorzunehmen.
- Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Aufzeichnungspflicht bleibt die angekündigte Änderung des ArbZG abzuwarten. Das BAG hat keine Formvorgaben aufgestellt; d.h. bis auf Weiteres genügt für die Aufzeichnung der Arbeitszeiten neben anderen Formen („Stechuhr“, digitale Erfassung, App) zur Erfassung auch die (hand-)schriftliche Form.
- Auch ein betriebliches Arbeitszeitmodell, das Arbeitnehmern weitgehende Gestaltungsfreiheit bei der Verteilung ihrer Arbeitszeit gibt und auf eine ständige Kontrolle der Einhaltung der Vertragsarbeitszeiten bewusst verzichtet (Vertrauensarbeitszeit), ist weiterhin zulässig, solange die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten vollständig erfasst und die arbeitszeitgesetzlichen Grenzen eingehalten werden. Die Verantwortung für den Arbeitsschutz bleibt auch bei Vertrauensarbeitszeitmodellen beim Arbeitgeber, der bei Anhaltspunkten für Verstöße gegen das ArbZG wirksame Gegenmaßnahmen ergreifen muss.
- Bis zu einer Änderung des ArbZG wird davon ausgegangen, dass die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht für die in § 18 ArbZG genannten Personen, z.B. Leitende Angestellte, gilt.

#### X. Sanktionierung von Verstößen

Als Teil des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes ist die **Einhaltung der Höchstarbeitszeit und Mindestruhezeit staatlich zu überwachen** (HÖPFNER/DAUM, RdA 2019, 270, 274). Der Arbeitgeber muss der Aufsichtsbehörde des jeweiligen Bundeslandes (in NRW die Bezirksregierung) auf Verlangen jederzeit nachweisen können, dass er alle arbeitszeitrechtlichen Vorschriften einhält. Bei einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen das ArbZG drohen dem Arbeitgeber nach Schwere des Falls gem. § 22 Abs. 2 ArbZG **Bußgelder zwischen 80 € und 30.000 €**. Dabei entscheidet die zuständige Aufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Im Fall einer besonders schwerwiegenden ordnungswidrigen Handlung steht sogar eine **Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr** im Raum (§ 23 ArbZG). Ein Arbeitgeber verhält sich beispielsweise ordnungswidrig, wenn er:

- Mitarbeiter dazu anhält, die zugelassene Höchstarbeitszeit zu überschreiten,
- Pausenvorschriften ignoriert,
- Anordnungen von der zuständigen Aufsichtsbehörde nicht Folge leistet oder
- Mitarbeitern die Mindestruhezeit nicht gewährt.

Mit Blick auf die vom BAG vorgenommene Herleitung der allgemeinen Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung aus dem ArbSchG folgt, dass einem Arbeitgeber bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung nicht unmittelbar Bußgelder drohen, wenn er gegen diese Verpflichtung verstößt. Das ArbSchG normiert – ebenso wie andere Gesetze – keinen entsprechenden Bußgeldtatbestand.

Die generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nach dem ArbSchG unterliegt einem anderen Kontrollsystem als das Arbeitszeitrecht und die Aufzeichnungspflicht für Mehrarbeit. **Während der Verstoß gegen § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG nach § 22 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 ArbZG bußgeldbewehrt ist** (wie auch die speziellen Aufzeichnungspflichten, vgl. §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 GSA Fleisch, §§ 17 Abs. 1, 21 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 3 MiLoG, §§ 19 Abs. 1, 23 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 AEntG sowie § 16 Abs. 1 Nr. 17, Abs. 2, § 17c Abs. 1 AÜG), **gilt dies im Fall eines Verstoßes gegen § 3 ArbSchG nicht**. Hier ist zunächst eine **behördliche Anordnung** gem. § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ArbSchG notwendig. **Bußgeldbewehrt** ist nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a, Abs. 2 ArbSchG **erst eine Zuwiderhandlung** gegen diese Anordnung. Zum anderen schließen § 17 Abs. 1 ArbZG und § 21 ArbSchG nicht aus, dass nach jeweiligem Landesrecht unterschiedliche Behörden für die Durchsetzung des ArbZG und des ArbSchG zuständig sind. Für die Beschäftigten des Bundes hat der Bundesgesetzgeber in § 17 Abs. 3 ArbZG und § 21 Abs. 5 S. 1 ArbSchG sogar selbst



unterschiedliche Zuständigkeiten bestimmt. Die vom BAG vertretene („unionskonforme“) Auslegung hat also die – sachlich nicht zu erklärende – Konsequenz, dass unterschiedliche Behörden mit unterschiedlichen Befugnissen dafür zuständig sind, die Einhaltung der Arbeitszeiterfassungspflichten zu überwachen (HÖPFNER/SCHNECK, NZA 2021, 1, 85).

### XI. Fazit und Handlungsempfehlungen

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Aufzeichnung der Arbeitszeit nach der Rechtsprechung des EuGH einerseits und des BAG andererseits variiert. Während der EuGH von einer Verpflichtung der Arbeitgeber durch die Mitgliedstaaten spricht (Umsetzungsakt in Bezug auf die RL, vgl. FUHLROTT/GARDEN, ArbRAktuell 2019, 263 264), sieht der Erste Senat des BAG (13.9.2022 – 1 ABR 22/21, a.a.O.) eine unmittelbare Verpflichtung der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG in Bezug auf eine allgemeine Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit, wobei die letztgenannten Interpretation zahlreiche Fragen, Bedenken und Widersprüche, insb. mit Blick auf Art. 20 Abs. 3 GG, aufwirft.

Letztlich geht es bei der Aufzeichnung der Arbeitszeit um eine menschengerechte Gestaltung der Arbeit und die Sicherstellung eines angemessenen Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer gemäß dem Schutzniveau der genannten europäischen RL. Erst die Erfassung der Arbeitszeit erlaubt ihre Kontrolle, was eine unverzichtbare Voraussetzung einer gesetzesgerechten, guten Arbeitszeitgestaltung und der Verhinderung von Missbrauch ist.

Entsprechend sind die Mitgliedsstaaten der Union und somit auch der deutsche Gesetzgeber aufgerufen und verpflichtet, dasjenige zu unternehmen, was „erforderlich“ ist, damit den Beschäftigten der durch die Arbeitszeit-Richtlinie 2003/88/EG gewährte Schutz auch tatsächlich zukommt (vgl. BAYREUTHER, RdA 2022, 290, 293), was auch bei der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung über die Rechtsprechung des Ersten Senats v. 13.9.2022 hinaus grundlegende praktische Fragen aufwirft (vgl. etwa LAG München, Urte. v. 22.5.2023 – 4 TaBV 24/23).

Dabei gilt es, den ungeplanten, vorbeschriebenen Gegensatz zwischen deutschem und europäischem Arbeitszeitrecht aufzulösen. Flexibilisierungsbedarf und diesbezügliche gesetzliche Umsetzungsmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung sind i.S.d. Wettbewerbsfähigkeit sinnvoll und sachgerecht zu nutzen. Ein sog. Gold Plating der RL 2003/88/EG erweist sich im europäischen Vergleich als wenig hilfreich, und sinnvoll, da es zwangsläufig Flexibilisierungsmöglichkeiten die Grundlage nimmt. Mit LUCIUS ANNAEUS SENECA kann man formulieren:

*„Es ist nicht zu wenig Zeit, die wir haben, sondern es ist zu viel Zeit, die wir nicht nutzen.“*

Insbesondere darf die richtlinienkonforme Auslegung nicht zu einem Automatismus werden, der den Umsetzungsakt des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf die europäischen Richtlinien in rechtlich unzulässiger und bedenklicher Weise, wider das Gewaltenteilungsprinzip und den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut, ersetzt (vgl. HÖPFNER/SCHNECK, NZA 2023, 1; BENKERT, NJW-Spezial 2021, 690).

Es widerspricht der Binnensystematik des ArbSchG, wenn der – dies anders bewertende – Erste Senat des BAG in seinem Urte. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 eine Arbeitszeiterfassungspflicht über § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG statuiert. Diese überraschende Vorgehensweise hebt die eindeutige gesetzgeberische Begrenzung der Erfassungspflichten im ArbZG und in sonstigen, spezielleren Gesetzen aus (Stichwort: *lex specialis*) und ersetzt damit das gesetzgeberische Regelungskonzept unter Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG durch ein richterrechtlich entwickeltes Gegenmodell (vgl. HÖPFNER/SCHNECK, NZA 2023, 1, 4 f.).