Studien zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht 115

Henning Keil

Erfassung und Aufzeichnung der Arbeitszeit in der digitalen Arbeitswelt

Pflichten und Möglichkeiten in der Arbeitswelt 4.0 nach dem Urteil des EuGH vom 14.5.2019 in der Rechtssache C-55/18 (CCOO)

Nomos

Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln
Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin
Prof. Dr. Clemens Höpfner, Universität zu Köln
Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 115

Henning Keil

Erfassung und Aufzeichnung der Arbeitszeit in der digitalen Arbeitswelt

Pflichten und Möglichkeiten in der Arbeitswelt 4.0 nach dem Urteil des EuGH vom 14.5.2019 in der Rechtssache C-55/18 (CCOO)

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1365-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-1893-6 (ePDF)

1. Auflage 2023
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

„Die symbolische rechtspolitische Hauptfrage des Einstiegs in die digitale Arbeitswelt ist die Reform des Arbeitszeitrechts." Auf diese griffige Formel brachte es mein Doktorvater Prof. Dr. Ulrich Preis in seinem Festvortrag vor dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband (RdA 2019, 75). Wie Recht er damit hatte, zeigte sich wenig später im Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 14.5.2019 in der Rechtssache CCOO, welches ein breites Medienecho nach sich zog und bei Verbänden, der Politik wie auch in den Unternehmen und bei der arbeitenden Bevölkerung für erhebliche Aufmerksamkeit und Diskussionen gesorgt hat. Nach dem EuGH-Urteil CCOO sind die Arbeitgeber in den Mitgliedsstaaten zur vollständigen Erfassung der Arbeitszeit verpflichtet. Wir waren doch gerade auf dem Weg zur flexibilisierten Arbeitswelt 4.0. Sollte jetzt alles anders werden? Das Urteil hat den Finger in die Wunde eines wenig zeitgemäßen Arbeitszeitrechts gelegt. Politik und Gesetzgeber kommen hier schlecht weg, verweigerten sie doch seit jeher die nötigen Reformen, um den Anforderungen der digitalen Arbeitswelt gerecht zu werden. Es bedurfte erst einer – dogmatisch durchaus zweifelhaft begründeten – Entscheidung des BAG (Beschl. vom 13.9.2022 – 1 ABR 22/21), um den Gesetzgeber fast dreieinhalb Jahre nach dem Judikat des EuGH aus seiner Tatenlosigkeit zu erwecken und zur Reform anzutreiben. Anlass genug, der Frage der Arbeitszeiterfassung in grundsätzlicher Weise nachzugehen und Perspektiven für eine rechtliche Fortentwicklung in der digitalen Arbeitswelt aufzuzeigen. Neben der kritischen Auseinandersetzung mit der EuGH-Entscheidung waren dabei auch die Gestaltungsmöglichkeiten in der betrieblichen Praxis zu ergründen; denn letztlich findet die Umsetzung des Urteils in den Betrieben vor Ort statt. Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende März 2023 berücksichtigt. Tag der mündlichen Prüfung war der 13.6.2023. Mein besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Ulrich Preis für die vorbehaltlose Befürwortung dieses komplexen Themas und für die zügige Begutachtung. Ebenso geht mein Dank an Herrn Prof. Dr. Christian Rolfs für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens.

Köln, im Juli 2023 *Henning Keil*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 19

§ 1 Einleitung 27

I. Thematische Einführung 27

II. Problemstellung 32

III. Ziel und Gang der Untersuchung 34

§ 2 Allgemeine Grundlagen 39

I. Aufzeichnung der Arbeitszeit im rechtshistorischen Rückblick 39

1. Dokumentationspflichten vor Geltung des europäischen Arbeitszeitrechts 39
2. Entwicklung des europäischen Arbeitszeitrechts 44
3. Nationales und europäisches Arbeitszeitrecht 49

II. Rechts- und gesellschaftspolitische Bedeutung 51

1. Verbreitung der Arbeitszeiterfassung und künftige Entwicklung 52
2. Interessenlagen 54
   a) Arbeitnehmerposition 55
   b) Arbeitgeberposition 55
   c) Interessenlage bei Vertrauensarbeitszeit 57
   d) Gemeinsame Interessenlagen 58
      aa) Individualarbeitsverhältnis 58
      bb) Sozialpartner 59
3. Gesetzgeber und digitaler Wandel im Arbeitsrecht 60
4. Rechtspolitische Folgen 62

III. Rechtsquellen 64

1. Völkerrecht 64
2. Europäisches Arbeitszeitrecht 66
   a) Primärrecht 66
   b) Sekundärrecht 66
      aa) RL 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) 67

bb) RL 89/391/EWG (Arbeitsschutzrichtlinie) 67
cc) Arbeitszeitrechtliche Einzelrichtlinien/ Verordnungen 68
(1) RL 1999/63/EG (SeeleuteArbz-RL) 68
(2) Mobile Arbeitnehmer 69
(a) RL 2002/15/EG (Fahrpersonal-RL) 70
(b) RL 2000/79/EG (Luftverkehrspersonal-RL) 71
(c) RL 2014/112/EU (Binnenschiff-RL) 71
(3) RL 2005/47/EG (Eisenbahnpersonal-RL) 72
(4) RL 94/33/EG (Jugendarbeitsschutz-RL) 73
dd) Rahmenvereinbarung Telearbeit 73
3. Deutsches Arbeitszeitrecht 74
a) Arbeitszeitgesetz 75
aa) § 16 Abs. 2 ArbZG 75
bb) § 21a Abs. 7 ArbZG 76
b) Nationale Vorschriften mit unionsrechtlicher Grundlage 77
aa) § 21a ArbZG i.V.m. FPersG u. FPersV Fahrpersonalrecht (Straßenverkehr) 77
bb) § 26 Abs. 2 AEG i.V.m. § 8 EFPV Fahrpersonalrecht (Eisenbahnverkehr) 79
cc) § 18 Abs. 3 ArbZG i.V.m. § 50 Abs. 2 SeeArbG 79
dd) § 20 ArbZG i.V.m. § 55 Abs. 1 S. 5 LuftBO, § 4 Abs. 1 2. DV LuftBO 80
ee) § 21 ArbZG i.V.m. § 10 BinSchArbZV 81
ff) § 20 Abs. 3 u. 4 JArbSchG 83
c) Mindestlohnrecht 84
aa) § 17 Abs. 1 MiLoG 85
bb) Mindestlohnaufzeichnungsverordnung (MiLoAufzV) 86
cc) Mindestlohndokumentationspflichtenverordnung (MiLoDokV) 88
dd) § 17c Abs. 1 AÜG 89
ee) § 19 Abs. 1 AEntG 90
ff) § 6 Abs. 1 GSA Fleisch 90
d) Öffentlicher Dienst 93
aa) Beamte des Bundes 93
bb) Beamte der Länder 94
cc) Angestellte und Arbeiter 95

e) Ladenöffnungsgesetze der Länder 96
f) Verordnungen 97
aa) § 15 Abs. 2a ArbZG i.V.m. § 8 Offshore-ArbZV 97
bb) §§ 3.08 ff. RheinSchPersV, §§ 23.04 ff. RheinSchUO, BinSchUO 98

IV. Zwecksetzungen 98
1. Arbeits- und Gesundheitsschutz 99
2. Vergütung 101
3. Arbeitsvertrag 104
4. Mitbestimmung 106
5. Aufzeichnungen als Tatbestandsmerkmal 106
6. Prozessrecht 108
7. Öffentlich-rechtliche Zwecke der Aufsichtsbehörden 110

V. Arbeitszeit als Aufzeichnungsgegenstand und Arbeitszeitbegriff 111
1. Erfassung und Aufzeichnung als rechtstatsächlicher Vorgang 112
2. Arbeitszeitbegriff als normatives Element 113
3. Aufzeichnung der Arbeitszeit bei verschiedenen Arbeitszeitformen 114
a) Vollarbeit 115
b) Arbeitsbereitschaft 116
c) Bereitschaftsdienst 117
d) Bereitschaftszeiten (§ 9 TVöD) 119
e) Rufbereitschaft 120
f) Ständige Erreichbarkeit/Kurzzeitarbeitsaufnahme 122
g) Ruhepausen 123
h) Wegezeiten 125
i) Dienstreisen/Reisezeiten 126
j) Umkleidezeiten/Waschzeiten 129
k) Rüstzeiten, Vor- und Abschlussarbeiten 130
l) Fortbildung 131
m) Betriebsveranstaltungen 131
n) Teilnahme an Betriebsversammlung u. Betriebsratstätigkeit 132
o) Aufgedrängte Arbeitszeiten bei Freizeitarbeit 134

VI. Formelle und inhaltliche Anforderungen 135
1. Form der Aufzeichnung 135
2. Inhaltliche Bestimmtheit und Umfang des Dokumentationszeitraums 137
a) Inhaltliche Bestimmtheit 138
b) Umfang des Dokumentationszeitraums 139
c) Aufzeichnungsfrequenz und Erfüllungsfrist 140
d) Zuordnung zu bestimmten Arbeitnehmern 141
3. Verpflichteter und Verantwortlichkeit 142
a) Gesetzliche Ebene 142
b) Arbeitsvertragliche Ebene 143
4. Betroffener Personenkreis 145
5. Aufbewahrung 149
VII. Aufzeichnungsmethoden und -mittel 150
1. Konventionelle Methoden 151
a) Händische Aufzeichnungen 152
b) Maschinelle/technische Methoden 153
c) Zeugenaussagen 154
2. Elektronische und digitale Verfahren 155
a) Aufzeichnung durch hierfür gewidmete Anwendungen und Geräte 155
b) Erfassung und Auswertung bei Nutzung elektronischer/digitaler Arbeitsmittel 156
c) Erfassung durch sonstige IT-Systeme 157
d) Anforderungen an die Rekonstruktion von Arbeitszeitdaten 158
VIII. Begriffliche Abgrenzung: Erfassung, Messung, Aufzeichnung, Dokumentation 159

§ 3 Aufzeichnung der Arbeitszeit im kollektiven Arbeitsrecht 161
I. Grenzen kollektiver Rechtsetzung 161
1. Grenzen des Arbeitszeitrechts 161
2. Tarifliche Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG 163
3. Einschränkung der erzwingbaren Mitbestimmung in § 87 Abs. 1 BetrVG 164
a) Einschränkung durch Gesetz 165
b) Einschränkung durch Tarifvertrag 166

II. Aufzeichnung der Arbeitszeit im Tarifvertrag 167

III. Aufzeichnung der Arbeitszeit in der Betriebsverfassung 170

1. Mitwirkungsrechte 172
   a) Überwachungsrecht nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG 172
   b) Allgemeines Unterrichtungsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG 174
      aa) Vorlage und Zugänglichmachung von Arbeitszeitdokumentation 175
      bb) Anspruch auf Erstellung von Arbeitszeitdokumentation 177
   c) Unterrichtung nach § 90 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG (Planung technischer Anlagen) 180
   d) Unterrichtungs- und Beratungsrecht nach § 111 BetrVG (Betriebsänderungen) 182
2. Mitbestimmungs- und Initiativrechte 185
   a) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Ordnung im Betrieb) 186
   b) § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG (Verteilung der Arbeitszeit) 191
   c) § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit) 193
   d) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (Überwachung durch technische Einrichtungen) 193
      aa) Begriff der technischen Einrichtung 194
      bb) Erfassung mittels informationstechnischer Systeme 195
      cc) Eingabe manuell erhobener Daten (Excel-Entscheidung) 199
      dd) Merkmal der „Bestimmung zur Überwachung“ und objektive Eignung 206
      ee) Initiativrecht des Betriebsrats 211
   e) § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (Arbeits- und Gesundheitsschutz) 214
   f) § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (Betriebliche Lohngestaltung) 218
   g) § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG (Leistungsbezogene Entgelte) 221
   h) § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG (Ausgestaltung von mobiler Arbeit) 224

§ 4 Urteil des EuGH vom 14.5.2019 in der Rechtssache C-55/18 (CCOO) 227

I. Gegenstand der Entscheidung 228
1. Inhalt der Entscheidung 228
2. Abzuleitende Fragestellungen 234

II. Prozessuale Grundlagen 235
1. Verfahren und Entscheidungskompetenz des EuGH 236
2. Urteils- und Rechtskraftwirkung 238

III. Auslegung des Unionsrechts und richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH 239
1. Befugnis des EuGH zur Rechtsfortbildung 240
2. Rechtsfortbildung im europäischen Arbeitsrecht 241
3. Rechtsfortbildung des EuGH in der Rs. CCOO 242
a) Auslegungsgrundsatz der praktischen Wirksamkeit 243
b) Primärrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts 247
c) Fazit und Stellungnahme 248
4. Unanwendbarkeit der Entscheidung bei Rechtsfortbildung ultra vires 253

§ 5 Folgen des EuGH-Urteils CCOO für EU-Recht und nationale Rechtsetzung 257

I. Auswirkungen im EU-Recht 257
1. Reformbedarf der Arbeitszeitrichtlinie 257
2. Reformbedarf im europäischen Arbeitszeitrecht 258
3. Vorschlag zur Änderung der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG 261

II. Auswirkungen im nationalen Arbeitszeitrecht 263
1. Übertragbarkeit der Entscheidung auf das deutsche Arbeitszeitrecht 263
2. Umsetzungspflicht des deutschen Gesetzgebers 266
3. Unionsrechtskonforme Auslegung nationaler Vorschriften 267
a) Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung 268
b) Öffentlich-rechtlicher Arbeitsschutz 269
aa) § 16 Abs. 2 ArbZG unionsrechtskonform auslegungsfähig? 270

bb) Alternativbetrachtung bei möglicher Auslegung von § 16 Abs. 2 ArbZG 272
cc) Maßnahmen der Aufsichtsbehörden nach § 17 Abs. 2 u. 4 ArbZG 274
dd) Arbeitsschutz nach § 3 Abs. 2 ArbSchG (BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21) 275
c) Privates Arbeitsrecht 280
d) Gestaltende Auslegung durch gerichtliche Entscheidung 281
4. Direkte Anwendung von Unionsrecht 282
a) Direktwirkung von Unionsrecht 282
b) Horizontale Drittwirkung von Unionsrecht 285
aa) Drittwirkung von Richtlinien 285
bb) Drittwirkung von EU-Grundrechten 286
cc) Drittwirkung von Art. 31 Abs. 2 GRCh 289
dd) Drittwirkung und Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit in der Rs. CCOO 292
ee) Fazit und Stellungnahme 295
ff) Alternativbetrachtung: Konkretisierung des Grundrechts aus der ArbZ-RL 298
5. Unanwendbarkeit von § 16 Abs. 2 ArbZG 303

III. Umsetzung und Fortentwicklung im nationalen Arbeitszeitrecht 304
1. Umsetzungsdefizite und Reformbedarf im deutschen Arbeitszeitrecht 305
2. Gesetzesvorhaben 308
a) Wahlarbeitszeitgesetz 308
b) Stellungnahme 309
c) Mobile Arbeit-Gesetz (MAG) 310
d) Stellungnahme 313
aa) Anwendungsbereich des § 112 GewO-E 314
bb) Aufzeichnungspflicht nach § 112 GewO-E 316
cc) Delegation an den Arbeitnehmer 318
e) Vorschlag zur Rechtsentwicklung bei mobiler Arbeit 320
3. Umsetzung im Arbeitszeitrecht 324
a) Pflicht zur vollständigen Aufzeichnung der Arbeitszeit 325
aa) Zu erfassende Zeiten 325
bb) Gesetzliche Ausgestaltung 326

cc) Vorschlag zur Neuregelung des § 16 Abs. 2 ArbZG 327
(1) Erweiterung oder Einschränkung von § 16 Abs. 2 ArbZG 328
(2) Aufzeichnungsinhalt 328
(3) Ruhepausen 330
(4) Erfüllungsfrist 331
(5) Aufzeichnungspflicht bei feststehenden Arbeitszeiten 332
(6) Delegation auf den Arbeitnehmer 333
(7) Recht auf Auskunft und Einsichtnahme 334
(8) Verarbeitung von Arbeitszeitdaten bei elektronischer Erfassung 336
dd) Änderung spezialgesetzlicher Bestimmungen 337
b) Ausgestaltung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems 340
aa) System 340
bb) Objektiv 341
cc) Verlässlich 343
dd) Zugänglich 344
ee) Form und Verfahren 345
ff) Gesetzliche Ausgestaltung 348
c) Ausnahme- und Abweichungsmöglichkeiten 349
aa) Pflicht zur flächendeckenden Aufzeichnung 350
bb) Pflicht zur Einrichtung eines Systems zur Messung der Arbeitszeit 353
(1) Unternehmensbezogene Eigenheiten 355
(2) Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs 357
4. Umsetzung im kollektiven Arbeitsrecht 359
a) Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung einer Arbeitszeiterfassung 359
aa) Initiativrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG 361
bb) Initiativrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG 369
cc) Initiativrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 u. 10 BetrVG sowie § 80 Abs. 2 BetrVG 372
b) Gesetzliche Umsetzung 374
IV. Umsetzung in der betrieblichen Praxis 378
V. Umsetzung durch die mitgliedstaatlichen Arbeitsgerichte 380

VI. Umsetzung durch die mitgliedstaatlichen Verwaltungsorgane 383

§ 6 Gestaltung in der betrieblichen Praxis 387

I. Gesetzliche Grenzen 388

II. Flexible Arbeitszeitmodelle, Arbeitszeitkonten 390

III. Gestaltung in der Arbeitswelt 4.0 392

1. Zeiterfassung in der digitalen Arbeitswelt 392
2. Delegation von Aufzeichnungspflichten 393
3. Zeiterfassung bei Vertrauensarbeitszeit 397
   a) Rechtscharakter 397
   b) Erscheinungsformen 398
   c) Vertragspflichten 399
   d) Mitbestimmungsrechte 401
   e) Folgen des EuGH-Urteils CCOO 403
   f) Fazit und Stellungnahme 407
4. Aufzeichnung mittels privater Endgeräte (BYOD) 409
5. Telearbeit, Homeoffice, mobile Arbeit 411
   a) Begriff der mobilen Arbeit 411
   b) Telearbeit, Homeoffice 412
   c) Beteiligungsrechte des Betriebsrats 414
6. Sonderfall: Heimarbeit 417

§ 7 Aufzeichnung der Arbeitszeit im Zivilprozess 423

I. Prozessgegenstand und prozessuale Rolle 423

1. Vorgerichtliche Geltendmachung 424
2. Tatsachenvortrag und Beweisfunktion 424
3. Substanziierung des Sachvortrags 426

II. Tatsachengewinnung im Prozess 429

1. Auskunftserteilung im Wege der Stufenklage 430
2. Auskunftspflicht nach Art. 15 DSGVO 431
3. Auswertung digitaler Datenquellen 434
4. Verfahrensrechtliche Beibringungspflichten 435
   a) Pflicht zur Vorlage nach §§ 421 ff. ZPO 436
   b) Anordnung der Vorlage nach § 142 ZPO 438
   c) Beibringung im Rahmen der sekundären Darlegungslast 438

III. Darlegungs- und Beweislast 440
1. Vergütungsklage bei vertraglicher Arbeitszeit 440
2. Vergütungsklage im Überstundenprozess 442
a) Umfang geleisteter Überstunden 442
b) Zurechnung an den Arbeitgeber 443
3. Vergütungsklage bei Arbeitszeitkonto 446
4. Delegation von Aufzeichnungspflichten 447
5. Vertrauensarbeitszeit 448
6. Gesetzliche Aufzeichnungspflichten 450

IV. Folgen aus dem EuGH-Urteil CCOO 453
1. Meinungsstand in der Literatur 453
2. Instanzgerichtliche Rechtsprechung 456
a) ArbG Emden 20.2.2020 – 2 Ca 94/19 456
b) ArbG Emden 24.9.2020 – 2 Ca 144/20 459
c) ArbG Emden Teilurt. 9.11.2020 – 2 Ca 399/18 461
d) LAG Niedersachsen 6.5.2021 – 5 Sa 1292/20 463
e) BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21 464
3. Fazit und Stellungnahme 465
a) Regelungskompetenz der Union nach Art. 153 Abs. 5 AEUV 466
b) Verfahrensrecht als Durchführung von Unionsrecht i.S.v. Art. 51 Abs. 1 GRCh 467
c) Anwendung des Zwei-Stufen-Modells infolge des EuGH-Urteils CCOO 470
d) Heranziehung zivilrechtlicher Generalklauseln (§§ 241 Abs. 2, 242, 618 Abs. 1 BGB) 473
e) Entwicklung des Beweisrechts nach der Entscheidung CCOO 477

§ 8 Datenschutzrechtliche Behandlung der Arbeitszeiterfassung 481

I. Rechtmäßigkeit der Arbeitszeiterfassung 481
1. Erlaubnistatbestand der Vertragserfüllung 483
2. Erlaubnistatbestand der Einwilligung 484
3. Erlaubnistatbestand der gesetzlichen Verpflichtung 485
4. Verhältnismäßigkeitsgebot 486
5. Arbeitszeiterfassung mittels biometrischer Daten 486
6. Zulässigkeit nach dem EuGH-Urteil CCOO 490

II. Datenschutzkonforme Ausgestaltung in der betrieblichen Praxis 492

§ 9 Zusammenfassung und Ausblick 495

I. Arbeitszeiterfassung nach dem EuGH-Urteil CCOO 495

1. Unionsrecht 495
2. Nationales Recht 496
3. Tarifliche Ebene 498
4. Betriebliche Ebene 499
5. Individualvertragliche Ebene 501

II. Zusammenfassung in Leitsätzen 502

Literaturverzeichnis 507

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
allgM	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
aM	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des BAG)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater (Zeitschrift)
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbSchKonG	Arbeitsschutzkontrollgesetz
ArbSch-RL	Arbeitsschutzrichtlinie
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ArbZ-RL	Arbeitszeitrichtlinie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil, außer tariflich
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für die Arbeitsrechtspraxis
ausf.	ausführlich
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AZG	Arbeitszeitgesetz (Österreich)
AZO	Arbeitszeitordnung
AZV	Arbeitszeitverordnung (Bund)
AZVO	Arbeitszeitverordnung (NRW)
AZVOFeu	Arbeitszeitverordnung Feuerwehr (NRW)
AZVOPol	Arbeitszeitverordnung Polizei (NRW)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
BAuA	Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin
BayAzV	Bayerische Arbeitszeitverordnung
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Befr-RV	Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge
Beil.	Beilage
beispw.	beispielsweise
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl. I, II	Bundesgesetzblatt (Teil I, Teil II)
BGH	Bundesgerichtshof
BinSchArbZV	Binnenschifffahrts-Arbeitszeitverordnung
BinSchUO	Binnenschiffsuntersuchungsordnung
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CCOO	Federación de Servicios des Comisiones Obreras (spanische Gewerkschaft)
CEACR	Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (ILO-Sachverständigenausschuss)
CEEP	Centre Européen de l'Enterprise Publique (europäischer Wirtschaftsverband)
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
djb	Deutscher Juristinnenbund
DJT	Deutscher Juristentag
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DVO	Durchführungsverordnung
E	Entwurf
ebd.	ebenda
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EFPV	Eisenbahn-Fahrpersonalverordnung
EG	Europäische Gemeinschaften
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EntgFG	Entgeltfortzahlungsgesetz

Entsch.	Entscheidung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ErwGr	Erwägungsgrund
ESC	Europäische Sozialcharta
ET	Estatuto de los Trabajadores (spanisches Arbeitnehmerstatut)
ETUC	European Trade Union Congress (europäischer Gewerkschaftsbund)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag)
EZB	Europäische Zentralbank
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
f. ff.	folgend(e)
Fn.	Fußnote
FPersG	Fahrpersonalgesetz
FPersV	Fahrpersonalverordnung
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt beim EuGH
GewA	Gewerbe-Archiv (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds.	grundsätzlich
ggü.	gegenüber
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GV.NRW.	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
H.	Heft

HAG	Heimarbeitsgesetz
hM	herrschende Meinung
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
ILO	International Labour Organization
i.S.d.	im Sinne der, des
IT	Informationstechnologie
i.V.m.	in Verbindung mit
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
jew.	jeweils
Jg	Jahrgang
JM	Juris Die Monatszeitschrift
JSchG	Jugendschutzgesetz
Kap.	Kapitel
KrfArbZG	Gesetz zur Regelung der Arbeitszeit von selbständigen Kraftfahrern
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
lit.	littera (Buchstabe)
LS	Leitsatz
LuftBO	Betriebsordnung für Luftfahrtgerät
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MAG	Mobile Arbeit-Gesetz
MiLoAufzV	Mindestlohnaufzeichnungsverordnung
MiLoDokV	Mindestlohndokumentationspflichtenverordnung
MiLoG	Mindestlohngesetz
MTV	Manteltarifvertrag
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(e)
NachwG	Nachweisgesetz

nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
nrkr	nicht rechtskräftig
NRW	Nordrhein-Westfalen
nv	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report
Offshore-ArbZV	Offshore-Arbeitszeitverordnung
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PC	Personal-Computer
PSPP	Public Sector Purchase Programme (Staatsanleihekaufprogramm der EZB)
PuR	Personalpraxis und Recht (Zeitschrift)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RefE	Referentenentwurf
RheinSchPersV	Schiffspersonalverordnung-Rhein
RheinSchUO	Rheinschiffs-Untersuchungsordnung
Rn.	Randnummer(n)
RGBl. I, II	Reichsgesetzblatt (Teil I, Teil II)
RL	Richtlinie
rkr	rechtskräftig
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer(n)
S.	Satz, Seite
s.	siehe
SAE	Sociedad Anónima Española (Gesellschaft spanischen Rechts)
Schrift.	Schrifttum
SeeArbG	Seearbeitsgesetz
See-ArbZNV	See-Arbeitszeitnachweisverordnung
SGB	Sozialgesetzbuch

Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt(e)
SR	Soziales Recht (Zeitschrift)
st.	ständig(e)
str.	streitig
TTDSG	Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz
TÜV	Technischer Überwachungsverein
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.	und
u.a.	unter anderem
umstr.	umstritten
unstr.	unstreitig
unzutr.	unzutreffend
UNICE	Union des Industries de la Communauté Européen (europ. Arbeitgeberverband)
Urt.	Urteil
UuA-RL	Unterrichtungs- und Anhörungsrichtlinie
v.	vom
v.a.	vor allem
verb.	verbunden(e)
vern.	verneinend
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VPN	Virtuelles Privates Netzwerk (virtual private network)
z.B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
z.T.	zum Teil

zutr.	zutreffend
zust.	zustimmend
ZPO	Zivilprozessordnung

§ 1 Einleitung

I. Thematische Einführung

Die Arbeitswelt befindet sich im größten Umbruch ihrer Geschichte.[1] Technischer Fortschritt und Digitalisierung führen in nahezu allen Lebensbereichen zu weitreichenden Änderungen, welche zunehmend auch das Wirtschafts- und Arbeitsleben erreichen.[2] Die Entwicklung wird in naher Zukunft zu erheblichen Änderungen auf dem Weg zur sog. Arbeitswelt 4.0 führen.[3] Auf Seite der Werktätigen prägend, sind neue Formen der Arbeitserbringung, welche durch die Verbreitung informationstechnischer Systeme gekennzeichnet sind.[4] Auf Unternehmensseite werden die Möglichkeiten vernetzter Märkte nicht mehr allein zur Beschaffung von Waren genutzt, sondern zunehmend auch zur Bedarfsdeckung am Dienstleistungs- und Arbeitsmarkt. Die Digitalisierung ermöglicht ihnen, andere Formen der Arbeitserbringung (Leiharbeit, Werkverträge, Crowdsourcing) zu vergleichsweise geringen Transaktionskosten am Markt einzukaufen.[5]

Auch in der betrieblichen Praxis ist das vernetzte Arbeiten unter Einsatz digitaler Arbeitsmittel in vielen Bereichen bereits Wirklichkeit. Ein wesentliches Merkmal im Arbeitsverhältnis 4.0 ist die Entgrenzung[6] von

---

1 Einen geschichtlichen Überblick von der Antike bis zur Zukunft des Arbeitsrechts in der digitalen Arbeitswelt gibt *Preis*, RdA 2019, 75.

2 *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt (2016), S. B9; über die mit der Globalisierung einsetzende „Erosion der Normalarbeitszeit" durch die Verbreitung von flexiblen Arbeitszeitmodellen bereits *Reichold*, NZA 1998, 393 f.

3 Grundlegend das Gutachten von *Krause* zum 71. DJT, Digitalisierung der Arbeitswelt (2016) sowie der Bericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft" BT-Drs. 17/12505; zum Begriff „Arbeiten 4.0" *Krause* a.a.O., S. B11 m.w.N.; zum Projekt „Arbeit 4.0" des BMAS vgl. Kramer/*Solmecke*, IT-Arbeitsrecht, Kap. A Rz. 3; einen instruktiven, praxisnahen Aufriss über die Veränderungen in Industrie und Arbeitswelt geben *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025 f.; s. auch die Praxisbeispiele bei *Preis*, SR 2017, 173 (174 f.) u. *Klebe*, NZA-Beil. 2017, 77 f.; zur Arbeitszeit *Steffan*, NZA 2015, 1409.

4 Einen Überblick neuer Arbeitsformen durch Einsatz von IT und neuen Medien am Arbeitsplatz findet sich bei Kramer/*Solmecke*, IT-Arbeitsrecht, Kap. A Rz. 6 f.

5 Zur Verschiebung früherer hierarchisch geprägter Strukturen im Arbeitsverhältnis hin zu marktwirtschaftlichen Verhältnissen *Hanau*, NJW 2016, 2613 f.

6 *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2614); *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, S. 148; zur Vereinbarkeit mit dem Arbeitszeitrecht *Arnold/Günther*, Arbeitsrecht 4.0, Kap. 3 Rz. 3 f.

Ort und Zeit der Arbeitsleistung. Die fortschreitende Vernetzung und der Gebrauch digitaler Arbeitsmittel ermöglichen dem Arbeitnehmer, seine Arbeitsleistung zunehmend unabhängig von örtlichen und zeitlichen Vorgaben erbringen zu können. Die Arbeit muss also nicht mehr zwingend im Betrieb oder zu den betriebsüblichen Arbeitszeiten erbracht werden.[7] Das eröffnet den Beteiligten Möglichkeiten, zu einer nachhaltigen Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses zu gelangen, etwa durch Vereinbarung von Homeoffice-Regelungen oder im Hinblick auf die zeitlich flexible Fertigstellung des Arbeitsergebnisses.

Die neuen Möglichkeiten bringen vielfältige Veränderungen im Grundverständnis des Arbeitsverhältnisses mit sich. Wie tiefgreifend diese Entwicklung ist, zeigt sich etwa im einsetzenden Wandel des Rollenverständnisses der Arbeitsvertragsparteien. So erleichtert die Digitalisierung über die Nutzung elektronischer Plattformen die Beschaffung von Dienstleistungen abseits des Arbeitsmarktes und hergebrachter Beschäftigungsformen. Eingekauft werden dabei sowohl Leiharbeit und Werkverträge, aber zunehmend auch Leistungen in neuartigen Formen wie Crowdworking.[8] Diesen ist gemein, dass die Leistung zwar unter den tatsächlichen Verhältnissen des klassischen Beschäftigungsverhältnisses erbracht werden soll, dabei aber nicht mehr der üblichen Risikoverteilung folgt, wonach allein der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko trägt, sondern eine Verschiebung in Richtung der Arbeitnehmerseite erfolgt. Hierdurch verändert sich die Rolle des Leistungserbringers weg vom abhängigen Arbeitnehmer und hin zum Unternehmer, der für seinen wirtschaftlichen Erfolg selber verantwortlich ist, was vor allem bei der Gruppe der Crowdworker zu beobachten ist.[9] Die Entwicklung bedingt, dass die Rollen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber und das Arbeitsverhältnis zusehends an Kontur verlieren.[10]

---

7 Zu den Konsequenzen der „Entbetrieblichung" für den sozialen Arbeitsschutz, insbes. des Arbeitszeitrechts *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2617).

8 Zur Ausgestaltung Kramer/*Solmecke*, IT-Arbeitsrecht, Teil A Rz. 19 f.; *Arnold/Günther*, Arbeitsrecht 4.0, Kap. 2 Rz. 65 f.; zur Arbeitnehmereigenschaft s. nunmehr BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

9 *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2616 f.); *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025 (1029 f.); zur zahlenmäßigen Entwicklung *Klebe*, NZA-Beil. 2017, 77 (78); wegen fehlender Eingliederung und fehlender persönlicher Abhängigkeit galten Crowdworker nach bisheriger Lesart nicht als Arbeitnehmer, anders nunmehr BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, wonach die für § 611a BGB erforderliche Gesamtwürdigung die Arbeitnehmereigenschaft begründen kann.

10 *Hanau*, NJW 2016, 2613 f. sieht das Arbeitsrecht aufgefordert, sich seines Adressatenkreises zu versichern.

Veränderungen im Rollenverständnis sind auch im Rahmen bestehender Arbeitsverhältnisse zu beobachten. So unterliegen Arbeitnehmer bei vereinbarter Vertrauensarbeitszeit im Hinblick auf die zeitliche Erbringung der Arbeitsleistung einer erhöhten Eigenverantwortung und tendieren damit ebenfalls zur Rolle des „Unternehmers im Unternehmen", wobei letztlich auch die Anforderungen an Führungskräfte steigen, die den Arbeitnehmern einerseits das nötige Vertrauen entgegenbringen, dabei aber auch klare und realistische Zielvorgaben setzen müssen.[11]

Die bereits eingetretenen wie auch anstehenden Veränderungen auf dem Weg zur digitalen Arbeitswelt können das Arbeitsrecht nicht unberührt lassen. Das betrifft nicht nur die zögerliche und chronisch rückständige[12] Gesetzgebung in diesem Rechtsgebiet; auch wesentliche Eckpfeiler hergebrachter Arbeitsrechtsdogmatik, wie z.B. der Betriebsbegriff mit dem Merkmal der Eingliederung, haben bereits an Bedeutung verloren oder sind jedenfalls in ihrer dogmatischen Einordnung unsicherer geworden.[13] Dass hier von seiten des Gesetzgebers und in der wissenschaftlichen Begleitung Diskussions- und Handlungsbedarf besteht, ist kaum umstritten.[14] Soweit versteht sich die vorliegende Arbeit auch als Beitrag auf dem Weg zu einem Arbeitsrecht 4.0.

Einer der arbeitsrechtlichen wie auch rechtspolitischen Hauptfragen auf dem Weg zur digitalen Arbeitswelt stellt die Behandlung der Arbeitszeit

---

11 *Steffan*, NZA 2015, 1409 (1413).

12 Deutlich die Kritik von *Preis*, RdA 2019, 75 (84 f.), der an das mehrfach gebrochene Versprechen des Gesetzgebers zur einheitlichen Kodifikation des Arbeitsrechts erinnert.

13 Vorausschauend bereits *Preis*, NZA 2000, 9 (12), wonach das Dogma der Betriebsbezogenheit in der modernen Arbeitswelt zu außerordentlichen, auch verfassungsrechtlichen Problemen im Arbeitsrecht führt; *ders.*, RdA 2019, 75 (86), wonach die Grundbegriffe des Arbeitnehmers und des Betriebs sich in einer digitalen Arbeitswelt zu bewähren haben, da hiervon die Anwendung des Individualarbeitsrechts und der Betriebsverfassung abhängt; zur Diversifizierung des Betriebsbegriffs und den Auswirkungen auf die Mitbestimmung *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025 (1027); zur aktuellen Diskussion s. auch *Arnold/Günther*, Arbeitsrecht 4.0, Kap. 7 Rz. 4 f.; nach *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2614) führt die Überwindung von Zeit und Raum dazu, dass der Betrieb seine maßgebliche Bedeutung als Kern der unternehmerischen Betätigung verliert.

14 Hierzu ausf. unter § 5 III. 1.; zurückhaltend zu Änderungen beim Arbeitsschutz *Wiebauer*, NZA 2016, 1430, der nur eine mäßige Deregulierung im Arbeitszeitrecht für sinnvoll hält.

dar.[15] Kaum ein Rechtsgebiet steht in der aufgezeigten Entwicklung so im Spannungsfeld zwischen den Wünschen der Arbeitsvertragsparteien nach flexibler Gestaltung, ökonomischer Machbarkeit und dem Arbeitsschutz. Zugleich ist kaum ein Rechtsgebiet so wenig auf die geänderten Verhältnisse fortentwickelt und angepasst worden.[16] Das Arbeitszeitrecht ist daher sicher das wichtigste und dringendste Feld, das angesichts der durch Vernetzung und Digitalisierung ausgelösten Veränderungen diskutiert werden muss.[17]

In diese Entwicklung hinein fällt das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 14.5.2019 in der Rechtssache CCOO,[18] welches sich mit einem bislang wenig beachteten Teilaspekt des Arbeitszeitrechts befasst, nämlich der Erfassung und Aufzeichnung der Arbeitszeit. Die Entscheidung leitet aus der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG (ArbZ-RL)[19] und der Grundrechtecharta (GRCh) der Europäischen Union die Verpflichtung zu einer grundsätzlichen und flächendeckenden Erfassung und Aufzeichnung der Arbeitszeit her. Das Postulat mag aus Sicht der betrieblichen Praxis zunächst als Selbstverständlichkeit erscheinen, steht die Arbeitszeit doch in engem Zusammenhang mit den beiderseitigen Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses. Für den Arbeitgeber ist sie wesentlicher Berechnungsfaktor für den Entgeltanspruch.[20] Auf Arbeitnehmerseite steht die Arbeitsleistung im Vordergrund, deren wesentliches Kennzeichen nicht die Erbringung einzelner Tätigkeiten oder ein bestimmter Erfolg, sondern die zeitliche Fixierung der Arbeitspflicht ist.[21]

---

15 So die These von *Preis*, RdA 2019, 75 (87), der die Reform des Arbeitszeitrechts zur symbolischen rechtspolitischen Hauptfrage des Einstieges in die digitale Arbeitswelt erhebt; *Krause*, NZA-Beil. 2017, 53 (55) erklärt das Arbeitszeitrecht zu einem der Hauptstreitfelder der neueren Debatte über digitale Arbeit; zum Arbeitsschutz s. *Kohte*, NZA 2015, 1417 (1418), der die Regulation und Gestaltung der Arbeitszeit zu den zentralen Herausforderungen des Arbeitsschutzes in der digitalen Arbeitswelt zählt.

16 Zur Kritik statt aller *Jacobs*, NZA 2016, 733, *ders.*, ZfA 2019, 265 sowie *Bissels/Krings*, NJW 2016, 3418; ausf. hierzu unter § 2 II. 3. u. § 5 III. 1.

17 *Schirmer*, NZA-Beil. 2016, S. 85 (87).

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

19 Richtlinie 2003/88/EG v. 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. EU Nr. L 299, S. 9.

20 Zur Hauptleistungspflicht ErfK/*Preis*, BGB § 611a Rz. 389, zur zeitgebundenen Berechnung ebd. Rz. 390.

21 ErfK/*Preis*, BGB § 611a Rz. 641; BAG 15.5.2013 – 10 AZR 325/12 Rz. 24, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 42, NZA-RR 2014, 519.

Dass das Urteil ein derart breites Medienecho[22] hervorgerufen hat, hängt mit der vorstehend aufgezeigten Entwicklung zusammen, welche bei der Arbeitszeit auf eine höchstmögliche Flexibilisierung bis hin zur Vereinbarung reiner Vertrauensarbeitszeit zielt, wo das Arbeitsergebnis[23] in den Vordergrund rückt, während die dafür geleistete Arbeitszeit nur einen marginalen, wenn nicht gar unerheblichen Faktor darstellt, welcher eine Erfassung letztlich nicht gebietet. Dem scheint nun die Entscheidung des EuGH auf den ersten Blick die Grundlage entzogen zu haben. Entsprechend reichen die Reaktionen auf das Urteil von voller (gewerkschaftlicher) Zustimmung bis hin zu völligem Unverständnis mit Blick auf die Flexibilisierungsinteressen der Arbeitswelt 4.0.[24]

Ob das Urteil CCOO als Rückschritt auf dem Weg zur Arbeitswelt 4.0 gewertet werden muss, soll im Rahmen der Untersuchung geklärt werden. Der Verfasser vertritt die Auffassung, dass die aufgezeigte Entwicklung hin zu einer digitalisierten Arbeitswelt sich nicht wird aufhalten lassen, weshalb eine vorbehaltlose Befolgung des Urteils sich in der betrieblichen Praxis als problematisch erweisen könnte. Die Diskussion sollte sich daher darauf richten, wie die durch die Digitalisierung eröffneten Möglichkeiten auch im Arbeitsverhältnis bestmöglich zu nutzen sind.[25] Dabei darf das EuGH-Urteil als Hinweis darauf zu sehen sein, dass der im Arbeitsrecht herrschende Schutzgedanke auch in der digitalen Arbeitswelt angemessen zu berücksichtigen ist.[26] Hier sind nicht zuletzt die Parteien im Individualarbeitsverhältnis wie auch die Betriebsparteien gefordert. Somit wird es in dieser Untersuchung auch darum gehen, wie die vom EuGH aufgestellten Grundsätze sich in praxisorientierter Weise mit den Gegebenheiten der Arbeitswelt 4.0 in Einklang bringen lassen. Ein thematischer Schwerpunkt dieser Arbeit liegt damit auf Rechtsfragen, welche beim Einsatz informati-

---

22 Vgl. die Nachw. bei *Kössel*, DB 2019, 1958 (1961) u. *Sittard/Esser*, JM 2019, 284; ausf. auch zu Reaktionen aus der Politik *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (463 f.).

23 *Steffan*, NZA 2015, 1409 (1412) beschreibt dies als Wandel von der Präsenz- zur Ergebniskultur; zur vertragsrechtlichen Einordnung eines rein ergebnisorientierten Rechtsverhältnisses *Trittin*, NZA 2001, 1003.

24 S. den Überblick bei *Fuhlrott*, NZA-RR 2019, 343 u. *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456 (463 f.).

25 In diese Richtung auch *Thüsing*, SR 2016, 87 (99), der dafür plädiert, die technischen Möglichkeiten nicht zwingend als Ärgernis, sondern als Chance zu begreifen, so etwa bei der Abgrenzung zwischen dienstlicher und privater Tätigkeit.

26 Zutr. *Preis*, RdA 2019, 75 (88), wonach auch im digitalen Zeitalter der Arbeitszeitschutz gesichert werden muss.

onstechnischer Systeme im Betrieb, insbesondere bei der Nutzung IT-gestützter Arbeitsmittel entstehen.

II. Problemstellung

Anlass für diese Untersuchung ist das Urteil des EuGH vom 14.5.2019 in der Rs. CCOO,[27] wonach die Arbeitszeit flächendeckend aufzuzeichnen ist. Insoweit stellt die Behandlung des Urteils einen zentralen Gesichtspunkt dieser Arbeit dar. Die Untersuchung soll sich aber nicht auf das Urteil beschränken, sondern darüber hinausgreifen, indem die rechtlichen Folgen einer allgemeinen Aufzeichnungspflicht für die digitalisierte Arbeitswelt, etwa bei Konzepten moderner Arbeitsplatzgestaltung (z.B. Homeoffice), der Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit oder bei flexiblen Arbeitszeitmodellen, in den Blick genommen werden. Die Einführung bzw. Vereinbarung flexibler Arbeitszeitkonzepte hat in der jüngeren Vergangenheit sowohl auf Tarif- wie auf Betriebsebene erheblich an Bedeutung gewonnen. Es ist absehbar, dass sich diese Entwicklung im Zuge der Digitalisierung, nicht zuletzt befördert durch Umgestaltungen aufgrund der Corona-Pandemie, verstärkt fortsetzen wird. Hieraus erwächst nahezu zwangsläufig die Notwendigkeit, über die Positionierung der Arbeitszeiterfassung innerhalb dieser Konzepte nachzudenken und diese zur Diskussion zu stellen. Im Rahmen der Untersuchung soll so der aufgezeigten Entwicklung einer zunehmenden Verbreitung neuer Arbeitsformen und der Verbreitung digitaler Arbeitsmittel im Hinblick auf die Behandlung der Arbeitszeit Rechnung getragen werden. Dies umfasst auch die Frage, wie das Urteil in der Praxis umzusetzen ist. Auch hier sind die erweiterten Möglichkeiten der Erfassung und Auswertung durch Nutzung digitaler Arbeitsmittel in den Blick zu nehmen.

Das EuGH-Urteil CCOO hat in vielerlei Hinsicht Rechtsfragen aufgeworfen und es ist in mehrfacher Hinsicht unklar, was aus der Entscheidung abzuleiten ist.[28] Das betrifft zum einen die rechtliche Herleitung der Verpflichtung aus der ArbZ-RL und der GRCh. So lässt der EuGH letztlich offen, was aus der grundrechtlichen Verankerung der Aufzeichnungspflicht folgt.[29] Dies gilt es daher in dieser Arbeit zu untersuchen, wobei auch

27 EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683.
28 *Schiefer*, DB 2019, 114 (121); *Lunk*, AnwBl. 2020, 216 (219).
29 *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (3).

eine kritische Auseinandersetzung mit dem methodischen Vorgehen des Gerichtshofs angezeigt ist. Zum anderen ist der Frage nachzugehen, wie die Entscheidung im Gefüge europäischer und nationaler Rechtsregeln einzuordnen ist. Unklar ist zudem die konkrete Rechtswirkung des Judikats auf die Beteiligten, etwa im Hinblick auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einführung, der Ausgestaltung und den Gebrauch eines Systems zur Arbeitszeitmessung sowie etwaiger Ausnahmen.[30]

In seiner tatsächlichen Wirkung auf die Arbeitsrechtspraxis ist das Urteil ebenfalls problematisch. So ist fraglich, wieweit das Urteil bereits Handlungspflichten bei den Arbeitgebern auslöst oder die nationalen Gerichte in ihren Entscheidungen diese zur Einführung einer Zeiterfassung verpflichten können. Bei nüchterner Betrachtung steht das Judikat der Gestaltung flexibler Arbeitszeitmodelle und der Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit erst einmal entgegen. Erste Reaktionen in der Literatur gehen bereits davon aus, dass sich das Modell der Vertrauensarbeitszeit, jedenfalls in seiner jetzigen Form, mit der Entscheidung erledigt habe.[31]

Hier muss untersucht werden, wie weit die Entscheidung reicht und letztlich konkret in die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse einzugreifen vermag. Um zu erkennen, wo dies der Fall ist, bedarf es zunächst einer dedizierten Auseinandersetzung mit dem EuGH-Urteil CCOO. Dabei ist die Entscheidung zunächst europarechtlich einzuordnen, wobei möglichen Defiziten im europäischen Rechtsgefüge nachzugehen ist.

Im nachfolgenden Schritt ist der nationale Rechtsrahmen zu betrachten. Hier kommt es darauf an, ob die nationalen Vorschriften unionsrechtskonform sind und die Vorgaben aus dem Urteil ggf. unter erweiterter Auslegung vorhandener Regelungen bereits erfüllen. Soweit dies nicht der Fall ist, gilt es, den diesbezüglichen Reformbedarf im nationalen Arbeitszeitrecht zu ermitteln und Vorschläge für eine Änderung bzw. Ergänzung des Arbeitszeitrechts zur Diskussion zu stellen.

Weiterhin ist zu fragen, wie sich das Urteil auf die Beteiligten im Arbeitsverhältnis auswirkt und ob hierfür eine Änderung der Gesetzeslage erforderlich ist. Insbesondere sind dabei die durch das Urteil gezogenen

---

30 *Grimm/Freh*, ArbRB 2019, 278 (279) bezeichnen das Urteil in diesem Punkt als „bemerkenswert“ unklar.

31 *Ulber*, NZA 2019, 677 (680), ihm folgend *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1039), wonach es eine reine Vertrauensarbeitszeit in ihrer bisher praktizierten Form nicht mehr geben kann; so im Ergebnis auch *Kössel*, DB 2019, 1958 (1962); nach *Fuhlrott*, NZA-RR 2019, 343 besteht angesichts der deutlichen Vorgaben des EuGH kaum Gestaltungsspielraum; aA *Schreiner/Stephan*, DB 2023, 197 (199).

Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Behandlung im Arbeitsverhältnis auszuloten, um hieran anschließend Vorschläge zur vertraglichen Gestaltung zu erarbeiten.

Nicht zuletzt richtet sich die Betrachtung auch auf die Handlungsmöglichkeiten der Betriebsparteien. Hier ist im Lichte der geltenden Gesetzeslage und der dazu ergangenen Rechtsprechung zu untersuchen, in welchem Maße sich das Urteil auf die bestehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auswirkt. Insbesondere ist der Frage nachzugehen, ob der von der Rechtsprechung gezogene Geltungsrahmen von Initiativrechten bei Einführung des im Urteil geforderten Systems zur Aufzeichnung der Arbeitszeit erweitert werden muss.

III. Ziel und Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit soll den tatsächlichen und rechtlichen Stellenwert der Arbeitszeiterfassung in einer zunehmend flexibilisierten digitalen Arbeitswelt herausarbeiten. Auf dieser Grundlage werden sodann Perspektiven für eine rechtliche Fortentwicklung im Arbeitszeitrecht und deren Handhabung in der betrieblichen Praxis entwickelt. Nachdem der EuGH mit seinem Urteil in der Rs. CCOO eine Grundlagenentscheidung zur Arbeitszeiterfassung gefällt hat, gilt es, die hierzu im Urteil aufgestellten Anforderungen und Pflichten auf ihre Verbindlichkeit, ihre Vereinbarkeit, aber auch Tauglichkeit in der Arbeitswelt 4.0 abzugleichen. Dies bedingt, dass dort, wo gesetzgeberisches Handeln erforderlich scheint, entsprechende Regelungsvorschläge erarbeitet und zur Diskussion gestellt werden.

Die Untersuchung gliedert sich in drei wesentliche Teile. Neben den Grundlagen in Kapitel 2 u. 3 befassen sich die Kapitel 4 bis 6 mit dem Urteil des EuGH in der Rs. CCOO und den sich hieraus ergebenden Folgen. Kapitel 7 u. 8 widmen sich besonderen Themen der Behandlung von Aufzeichnungen der Arbeitszeit im Zivilprozess und beim Datenschutz.

Zu Beginn werden die allgemeinen Grundlagen der Erfassung und Aufzeichnung der Arbeitszeit dargestellt. In Kapitel 2 werden zunächst eine Reihe systematischer Einordnungen und Abgrenzungen vorgenommen, auf die im weiteren Verlauf der Untersuchung zurückgegriffen wird. Dem vorangestellt ist ein Blick auf den historischen und rechtspolitischen Hintergrund des Themas. Einleitend erfolgt zunächst eine Darstellung der rechtshistorischen Entwicklung, welche die Verknüpfungen von europäischem und nationalem Arbeitszeitrecht deutlich macht. Im Anschluss richtet sich

die Betrachtung auf den gesellschafts- und rechtspolitischen Hintergrund. Hier geht es darum, die unterschiedlichen Interessenlagen der Beteiligten zu beleuchten und das Thema in die allgemeine rechtspolitische Debatte zur Arbeitszeit in der digitalen Arbeitswelt einzuordnen. Dies dient dazu, eventuelle Handlungspflichten des Gesetzgebers besser einordnen und beurteilen zu können. Anschließend ist sodann – nach Rechtsquellen gegliedert – der aktuelle Rechtsstand kodifizierter Aufzeichnungspflichten wiederzugeben. Die Betrachtung richtet sich dabei sowohl auf das internationale, das europäische wie auf das nationale Recht.

Dem folgend sollen die unterschiedlichen Zwecksetzungen, die mit einer Aufzeichnung von Arbeitszeit verbunden werden, differenziert und näher dargelegt werden. Sodann ist die Arbeitszeiterfassung von ihrer Funktion und Rechtsnatur her zu betrachten. In diesem Zusammenhang ist auf den Arbeitszeitbegriff einzugehen und eine differenzierte Darlegung, welche Arbeitszeiten überhaupt konkret zu erfassen sind, vorzunehmen. Danach richtet sich die Betrachtung auf die Darstellung der inhaltlichen Anforderungen von Aufzeichnungen und der dabei zu beachtenden formellen Grundsätze. Schließlich wird auf die unterschiedlichen Aufzeichnungsmethoden eingegangen. Hier soll gezeigt werden, auf welche Weise der Arbeitgeber seine Pflicht zur Aufzeichnung insbesondere bei der Nutzung informationstechnischer Systeme und digitaler Arbeitsmittel erfüllen kann und wie eine sinnvolle systematische Einteilung der verschiedenen Formen und Methoden aussehen kann. Hierauf aufbauend soll dann klarstellend zur Begriffsbildung bei der Unterscheidung von „Messung", „Erfassung", „Aufzeichnung" und „Dokumentation" der Arbeitszeit beigetragen werden.

Kapitel 3 widmet sich den Grundlagen im kollektiven Arbeitsrecht. Hier soll gezeigt werden, welche Rolle Aufzeichnungspflichten in Tarifverträgen und im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung spielen und inwieweit sie Gegenstand tariflicher und betrieblicher Rechtsetzung sein können. Der Schwerpunkt der Betrachtung richtet sich dabei auf die betriebliche Ebene und die Frage des Bestehens von Mitbestimmungs- und Initiativrechten. Hierauf wird dann im Verlauf der Untersuchung im Zusammenhang mit der Entscheidung CCOO zurückgegriffen. Bei den Mitwirkungsrechten ist vor allem auf das Bestehen von Informationsrechten einzugehen, mittels derer die Betriebsvertretung Auskünfte zu dokumentierten Arbeitszeiten beim Arbeitgeber zu erlangen sucht.

Kapitel 4 u. 5 befassen sich mit dem Urteil des EuGH in der Rs. CCOO sowie den rechtlichen und tatsächlichen Folgen, welche von der Entschei-

dung ausgehen. Die Untersuchung richtet sich dabei auf die Folgen für das europäische wie nationale Arbeitsrecht und seine Auswirkungen auf die betriebliche Praxis.[32] In Kapitel 4 wird das Urteil zunächst inhaltlich referiert, um die daraus folgenden Fragestellungen abzuleiten. Zum besseren Verständnis der anschließenden Untersuchung werden vorab die prozessualen Grundlagen im Hinblick auf die Entscheidungskompetenz des EuGH und die Rechtswirkungen von EuGH-Urteilen erläutert. Anschließend folgt eine kritische Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen und den vom EuGH angewandten Auslegungsmethoden. Hier ist zu untersuchen, ob der Gerichtshof sich bei seiner Entscheidung innerhalb der Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung gehalten hat.

In Kapitel 5 werden die Auswirkungen des Urteils auf den bestehenden Rechtsrahmen untersucht, wobei sich die Betrachtung zunächst auf das Unionsrecht und im Anschluss auf das nationale Arbeitsrecht richtet. Im Anschluss werden Vorschläge für eine normative Weiterentwicklung erarbeitet. Abschließend wird dargelegt, wie das Urteil in der betrieblichen Praxis zu behandeln ist. Dabei wird der Blick auch auf die Umsetzungspflicht durch nationale Gerichtsbarkeit und Verwaltung geworfen.

Kapitel 6 beschäftigt sich mit den Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitsvertrags- und Betriebsparteien. Hier sollen unter Berücksichtigung der im Urteil CCOO aufgestellten Grundsätze praktische Gestaltungsmöglichkeiten zur Erfassung und Aufzeichnung der Arbeitszeit aufgezeigt werden. Dem thematischen Ansatz der Arbeit folgend, finden hier die Verhältnisse in der digitalen Arbeitswelt besondere Berücksichtigung. Dabei wird sowohl die individual- wie die kollektivrechtliche Seite betrachtet, letztere jedoch nur, soweit sie die betriebliche Ebene betrifft. Tarifvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten werden nicht behandelt, was angesichts der zurzeit (noch) geringen Verbreitung des Themas Arbeitszeiterfassung in bestehenden Tarifverträgen vertretbar erscheint.[33]

Abschließend werden in Kapitel 7 u. 8 zwei ausgesuchte Sonderthemen betrachtet, deren Behandlung aufgrund ihrer Relevanz in der betrieblichen Praxis naheliegt. Kapitel 7 beschäftigt sich mit der Rolle von Arbeitszeitaufzeichnungen im zivilgerichtlichen Verfahren. Neben der Darstellung der Bedeutung und Funktion dokumentierter Aufzeichnungen im Prozess rich-

---

32 Nicht untersucht wird, was die Entscheidung für die Beziehungen der Mitgliedstaaten untereinander bedeutet, vgl. hierzu den Beitrag von *Hahn*, ZESAR 2020, 368; zur Frage der grenzüberschreitenden Arbeitszeiterfassung *ders.*, ZESAR 2021, 119.

33 Zur Regelung von Aufzeichnungspflichten in Tarifverträgen s. unter § 3 II.

tet sich die Untersuchung vor allem auf den Vergütungs- bzw. Überstundenprozess, wobei der Schwerpunkt auf der Frage der Darlegungs- und Beweislast liegt. Dabei wird u.a. der Frage nachgegangen, wie die Entscheidung CCOO sich auf die bisher geltenden prozessualen Grundsätze auswirkt und ob durch das Urteil ggf. Änderungen veranlasst sind.

Abschließend befasst sich die Arbeit in Kapitel 8 mit der datenschutzrechtlichen Behandlung der Erfassung und Dokumentation von Arbeitszeitdaten. Eine Erörterung des Verhältnisses zum Datenschutzrecht ist zum einen im Hinblick auf die im Jahr 2018 in Kraft getretene DSGVO und der Neufassung des BDSG angezeigt, zum anderen der Tatsache geschuldet, dass ein spezifischer Beschäftigtendatenschutz im nationalen Recht nach wie vor nicht verankert ist. Die Systematik des Datenschutzrechts mit seinen enumerativen Erlaubnistatbeständen in der DSGVO lässt die Aufzeichnung der Arbeitszeit auf den ersten Blick zwar als unproblematisch erscheinen, gleichwohl lohnt es sich, die Frage der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit im Hinblick auf die praktische Umsetzung des Urteils CCOO näher zu beleuchten. Dabei wird u.a. der Frage nachgegangen, wie die im Urteil postulierte Aufzeichnungspflicht sich datenschutzrechtlich rechtfertigen lässt, solange der nationale Gesetzgeber keine Änderung der Gesetzeslage veranlasst hat.

§ 2 Allgemeine Grundlagen

In diesem Kapitel sollen zunächst die allgemeinen Grundlagen zur Erfassung und Aufzeichnung der Arbeitszeit dargelegt werden. Vorab wird ein Blick auf die historische Entwicklung von Dokumentationspflichten geworfen, wobei der Zusammenhang mit der Entwicklung des europäischen Arbeitszeitrechts besonders herauszustellen ist. Sodann ist die Relevanz von Aufzeichnungspflichten im gesellschafts- und rechtspolitischen Rahmen zu beleuchten; dies auch, um das Ausmaß eventueller Handlungspflichten des Gesetzgebers infolge der Entscheidung CCOO besser beurteilen zu können. Anschließend werden die in vielfältigen Rechtsquellen verstreuten Aufzeichnungspflichten systematisch und mit ihren beiderseitigen Bezügen zum Unionsrecht wie zum nationalen Recht dargestellt. Sodann wird auf die unterschiedlichen Zwecke eingegangen, welche der Arbeitszeiterfassung zugrunde liegen können. Im Weiteren erfolgt eine Zuordnung der Arbeitszeiterfassung in die verschiedenen Arbeitszeitformen. Abschließend sollen die formellen Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung und die unterschiedlichen Aufzeichnungsmethoden systematisiert dargelegt werden.

I. Aufzeichnung der Arbeitszeit im rechtshistorischen Rückblick

Die wesentlichen Normierungen im heutigen Arbeitszeitrecht sind durch die europäische Rechtsentwicklung beeinflusst.[34] Für die historische Betrachtung ist es daher zweckmäßig, die Entwicklungslinien vor und während Geltung des europäischen Arbeitszeitrechts getrennt zu betrachten.

1. Dokumentationspflichten vor Geltung des europäischen Arbeitszeitrechts

Gesetzliche Dokumentationspflichten zur Arbeitszeit vor Vereinheitlichung durch das europäische Arbeitszeitrecht finden sich anfangs nur vereinzelt. Soweit der Arbeitgeber dort verpflichtet war, Verzeichnisse zu führen, dienten die Vorschriften meist dem Schutz bestimmter Personengruppen,

34 Hierzu nachstehend unter § 2 I. 3.

insbesondere Jugendlichen und Kindern. So enthielt das Preußische Regulativ vom 9.3.1839[35] als erste erkennbare arbeitszeitrechtliche Regelung in § 7 die Verpflichtung, die Beschäftigung von Jugendlichen zu dokumentieren. Anzugeben waren dabei jedoch lediglich die persönlichen Daten des Jugendlichen sowie der Zeitpunkt des Eintritts in die Fabrik. Eine nahezu gleichlautende Regelung enthielt die Gewerbeordnung vom 21.6.1869,[36] wobei hier zusätzlich noch das Datum der Entlassung zu dokumentieren war. Eine Pflicht zur Aufzeichnung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit bestand aber auch hier nicht.

Eine Verpflichtung zur Erfassung der Arbeitszeit wurde erstmals durch das Arbeiterschutzgesetz vom 1.6.1891[37] normiert, wenngleich auch nur für den Fall der Sonn- und Feiertagsarbeit. Der durch das Artikelgesetz eingefügte § 105 c GewO verpflichtete Gewerbebetreibende, die Arbeiter an Sonn- und Festtagen mit bestimmten Arbeiten beschäftigen, ein Verzeichnis anzulegen, in welches für jeden Sonn- und Festtag neben der Zahl der beschäftigten Arbeiter und die Art der vorgenommenen Arbeiten auch die Dauer ihrer Beschäftigung einzutragen waren. Das Abstellen der Vorschrift auf die Anzahl der beschäftigten Arbeiter lässt darauf schließen, dass auch die Dauer der Beschäftigung letztlich nur summenmäßig zu erfassen war und daher keine Verpflichtung zur Aufzeichnung von individuellen Arbeitszeiten bestand.

Das Recht der Weimarer Republik brachte grundlegende Änderungen beim Arbeitszeitrecht und führte zunächst zu einer Rechtszersplitterung. Grundlage waren eine Reihe von Verordnungen für unterschiedliche Beschäftigungsgruppen, welche auch als Demobilmachungsverordnungen bekannt sind.[38] Während die Verordnungen vom 23.11.1918[39] für Bäckereiarbeiter und für gewerbliche Arbeiter den Arbeitgeber lediglich zum Aushang der im Betrieb geltenden Arbeitszeiten verpflichteten, enthielt die für die

35 Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1839, Nr. 2005, 156; ausf. *Düwell*, AuR 1989, 233.

36 Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245.

37 RGBl. 1891, S. 261.

38 Einzelheiten bei Hahn/Pfeiffer/*Schubert*, Arbeitszeitrecht, Einl. Rz. 13; zum Gesetzgebungsverfahren ausf. *Zmarzlik*, AuR 1963, 294 (295 f.).

39 Verordnung über die Arbeitszeit in den Bäckereien und Konditoreien, RGBl. 1918, S. 1329; Verordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter, RGBl. 1918, S. 1334.

Angestellten geltende Verordnung vom 18.3.1919[40] erstmals eine Verpflichtung zur Aufzeichnung von geleisteten Arbeitszeiten. Nach § 4 Abs. 1 der Verordnung konnte in bestimmten Fällen von den dort geregelten Arbeitszeitvorgaben und Höchstarbeitszeiten abgewichen werden, nämlich in Notfällen, bei öffentlichem Interesse und zur Verhütung des Verderbens von Waren oder des Misslingens von Arbeitserzeugnissen. Gem. § 4 Abs. 2 der Verordnung war der Arbeitgeber, der Angestellte mit Überarbeiten der bezeichneten Art beschäftigte, verpflichtet, ein Verzeichnis anzulegen, in welches er jeden Tag, an dem Überstunden geleistet worden sind, die Zahl der daran beteiligten Angestellten, die Zahl der von ihnen geleisteten Überstunden und die Art der vorgenommenen Arbeiten einzutragen hatte. Wenngleich auch hier noch keine individuellen Arbeitszeiten aufzuzeichnen waren, so lässt die normierte Aufzeichnungspflicht im Fall von Überarbeit bereits eine erste Parallele zum heute geltenden § 16 Abs. 2 ArbZG erkennen.[41]

Das spätere Arbeitszeitrecht der Weimarer Republik führte insgesamt zu einer Verschlechterung des Arbeitnehmerschutzes.[42] Das gilt auch im Hinblick auf die Dokumentations- und Aufzeichnungspflichten. Weder die Arbeitszeitverordnung vom 21.12.1923[43] noch das Arbeitszeitnotgesetz vom 14.4.1927,[44] welches die Arbeitszeitverordnung von 1923 neufasste, enthielten irgendwelche Dokumentations- oder Aufzeichnungspflichten zur Arbeitszeit.

Unter der Herrschaft des Nationalsozialismus erfolgte sodann eine grundlegende Neufassung der Arbeitszeitverordnung, welche in der Verordnung vom 26.7.1934[45] nunmehr als Arbeitszeitordnung (AZO) bekannt gemacht wurde. Die entsprechende Vorschrift in § 26 Abs. 3 AZO 1934 beschränkte sich dabei jedoch auf den Schutz von Jugendlichen und Arbeiterinnen. Sie verpflichtete den Unternehmer lediglich dazu, ein Verzeichnis der jugendlichen Arbeiter zu führen und auszuhängen unter Angabe ihrer Arbeitstage sowie Beginns und Ende ihrer Arbeitszeit sowie der Pausen.

---

40 Verordnung über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung, RGBl. 1919, S. 315

41 Zur Übernahme der Regelung aus der späteren AZO s. nachstehend unter § 2 I. 3.

42 Hahn/Pfeiffer/*Schubert*, Arbeitszeitrecht, Einl. Rz 14.

43 RGBl. I 1923, S. 1249.

44 RGBl. I 1927, S. 109.

45 Arbeitszeitordnung v. 26.7.1934, RGBl. I, S. 803, welche die Vorschriften der Arbeitszeitverordnung mit den Arbeitszeitvorschriften der Gewerbeordnung verknüpfte; zur Entwicklung seit der Weimarer Republik ausf. *Zmarzlik*, AuR 1963, 294 (295 f.).

Hiermit wurde letztlich dokumentiert, welche regelmäßig geltenden Arbeitszeiten für diese Gruppe von Beschäftigten im jeweiligen Betrieb galten. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Dokumentation individuell geleisteter Arbeitszeiten bestand hiernach nicht.

Deutlich höhere Anforderungen enthielt erst die Neufassung der AZO vom 30.4.1938,[46] welche die bestehenden Dokumentationspflichten erheblich erweiterte. So verpflichtete § 24 Abs. 1 Nr. 3 AZO den Arbeitgeber, einen Nachweis über eine abweichende Verteilung der Arbeitszeit, über Vor- und Abschlussarbeiten, über die Arbeitszeitverlängerung über der erlaubten Grenze von 30 Tagen im Jahr, an denen Mehrarbeit über die regelmäßige Arbeit hinaus angeordnet werden durfte, sowie über Arbeiten in außergewöhnlichen Fällen zu führen. In dem Nachweis waren die Lage und Dauer der Arbeitszeit und ihre Verteilung auf die Arbeitnehmer anzugeben.

Eine entsprechende Verschärfung für die Beschäftigung von Jugendlichen brachte das zeitgleich erlassene Jugendschutzgesetz,[47] welches auch umfangreiche Neuerungen und Verbesserungen zum Arbeitszeitschutz bei Jugendlichen enthielt. Neben den nahezu inhaltsgleich ausgestalteten Pflichten der AZO war der Arbeitgeber gem. § 23 Abs. 1 Nr. 5 JuSchG zusätzlich verpflichtet, ein Verzeichnis über den gesetzlich angeordneten Freizeitausgleich zu führen, welcher den Jugendlichen als Ersatz für geleistete Arbeit an Sonnabend und Sonntagsarbeit gewährt wurde. Insbesondere letztere Angaben wie aber auch die Angaben zu Mehrarbeit in Notfällen belegen, dass die Verzeichnisse nicht nur allgemeine oder zusammenfassende Angaben enthielten, sondern notwendigerweise auch eine Erfassung und Aufzeichnung der jeweils individuell geleisteten Arbeitszeiten bedingten.

Unter der Geltung des Grundgesetzes erfuhr der Jugendschutz nach langwieriger Vorbereitung[48] erst Anfang der 60er-Jahre eine grundlegende Reform.[49] Das nunmehr als Jugendarbeitsschutzgesetz[50] (JArbSchG) betitelte Gesetz enthielt in den Bestimmungen der §§ 54 ff. JArbSchG über Aushänge und Verzeichnisse aber weder Vorschriften zur Erfassung der individuellen Arbeitszeit noch zur Regelarbeitszeit. Lediglich für Famili-

46 RGBl. I 1938, S. 447.
47 RGBl. I 1938, S. 437.
48 Hierzu *Düwell*, AuR 1989, 233 (237 f.).
49 Das Gesetz gilt nach weiteren Reformen aus den Jahren 1976 (BGBl. I, S. 965) u. 1984 (BGBl. I, S. 1277) in dieser Form bis heute.
50 Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz) v. 9.8.1960, BGBl. I, S. 665.

enhaushalte und landwirtschaftliche Betriebe waren gem. § 57 JArbSchG zusätzlich Beginn und Ende der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit zu dokumentieren. In den allgemein zu führenden Verzeichnissen waren nach § 55 JArbSchG allein der Tag des Beginns der Beschäftigung sowie der gewährte Urlaub zu erfassen. Daneben waren gem. § 56 JArbSchG die zu gewährenden Freizeiten für geleistete Arbeit an Samstagsnachmittagen und Sonn- und Feiertagen zu vermerken. Gegenüber § 23 Abs. 1 Nr. 5 JSchG von 1938 waren die Aufzeichnungspflichten in der Neuregelung somit erheblich reduziert. Die Reformierung des Gesetzes im Jahr 1976 führte schließlich auch zum Wegfall der in den §§ 56 u. 57 JArbSchG normierten Pflichten. Die Reform im Jahre 1984, welche in vielerlei Hinsicht als Rückschritt und Aufweichung des Jugendschutzes aufgefasst wurde,[51] brachte diesbezüglich keine wesentlichen Änderungen.

Auch die AZO galt unter dem Grundgesetz inhaltlich unverändert weiter, fortan jedoch nicht mehr als Verordnung, sondern als Bundesgesetz.[52] Eine Ablösung der im Verlauf nur geringfügig geänderten Vorschriften der AZO erfolgte erst durch das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) im Jahre 1994. Die Nachweis- und Dokumentationspflichten des § 24 Abs. 1 Nr. 3 AZO mündeten dabei direkt in die Vorschrift des § 16 Abs. 2 ArbZG.[53]

Im historischen Rückblick lässt sich feststellen, dass gesetzliche Verpflichtungen zur Aufzeichnung der Arbeitszeit eher schwach ausgeprägt waren. Dokumentationspflichten dienten meist dem Schutz bestimmter Personengruppen wie auch in bestimmten Sondersituationen, etwa bei erhöhtem Arbeitsanfall oder bei Arbeiten an Sonn- und Feiertagen. Die Verpflichtung des Arbeitgebers beschränkte sich dabei meist auf eine zusammenfassende Dokumentation ohne individuellen Bezug zum einzelnen Arbeitsverhältnis. Teils waren sogar lediglich die allgemein im Betrieb geltenden Arbeitszeiten zu dokumentieren. Dies ist insoweit nachvollziehbar, da in der Regel feste Betriebs- und Arbeitszeiten galten, welche eine individuelle Erfassung nicht erforderten. Der Schwerpunkt der gesetzlichen Verpflichtung dürfte auch eher auf der angeordneten Aushangpflicht gele-

51 Deutliche Kritik übt *Düwell*, AuR 1989, 233 (238 f.), der auf das Vollzugsdefizit der Aufsichtsbehörden verweist, wofür er u.a. mangelnde Überwachungsmöglichkeiten infolge des Fehlens eines effizienten staatlichen Kontrollsystems verantwortlich macht.

52 S. hierzu BVerfG 20.5.1952 – 1 BvL 3/51, NJW 1952, 737; ausf. zur Fortgeltung *Zmarzlik*, AuR 1963, 294.

53 So ausdrücklich die Gesetzesbegründung zu § 16 ArbZG, BT-Drs. 12/5888, S. 31; hierzu auch nachstehend unter § 2 I. 3.

gen haben, um die Einhaltung der gesetzlichen Höchstarbeitszeiten kontrollieren zu können. Im Ergebnis entspricht die auch heute noch fehlende gesetzliche Normierung einer allgemeinen Aufzeichnungspflicht damit der rechtshistorischen Entwicklung.

2. Entwicklung des europäischen Arbeitszeitrechts

Das geltende nationale Arbeitszeitrecht mit seiner zentralen Kodifikation im ArbZG wurde in seiner Entstehung zu einem wesentlichen Teil[54] von den Vorschriften des europäischen Primär- und Sekundärrechts beeinflusst. Dabei stand das Arbeitsrecht anfangs nicht im Fokus der europäischen Integration. Vielmehr waren die Bestrebungen bei Gründung der Europäischen Gemeinschaft vorrangig auf ein Zusammenwachsen der Wirtschaft gerichtet.[55] Sowohl der Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl[56] vom 18.4.1951, die sog. Montanunion, als auch die mit den Römischen Verträgen[57] vom 25.3.1957 geschaffene Europäische Wirtschaftsgemeinschaft konzentrierten sich auf die Errichtung eines gemeinsamen Marktes und übten sich bei der Kodifizierung arbeitsrechtlicher Regelungen weitgehend in Zurückhaltung.[58] Auf der Grundlage der Römischen Verträge entwickelte sich, von spezifischen Regelungen im Straßenverkehr[59] einmal abgesehen, auch in der Folgezeit kein verbindliches System für ein europäisches Arbeitsrecht oder gar Arbeitszeitrecht.[60]

---

54 Zu weiteren nationalen Einflussfaktoren vgl. Hahn/Pfeiffer/*Schubert*, Arbeitszeitrecht, Einl. Rz. 19.

55 Preis/*Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 1.1 f.

56 Vertrag v. 18.4.1951 über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, BGBl. II 1952, S. 445; hierzu *Seifert*, AuR 2015, G9.

57 Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.3.1957, BGBl. II, S. 766.

58 Zu den Hintergründen vgl. Preis/*Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 1.2.

59 Die VO (EWG) 544/69 über die Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr, ABl. Nr. L 77/49 v. 29.3.1969, als der erste sozialpolitische Rechtsakt der Gemeinschaft überhaupt enthielt in Art. 14 für das Fahrpersonal Vorschriften über die verpflichtende Führung von Kontrollbüchern, in denen Arbeits- und Ruhezeiten einzutragen waren, sowie in Art. 16 den Auftrag an den Rat zur Festlegung von technischen Merkmalen für mechanische Kontrollgeräte, welche an die Stelle der Kontrollbücher treten.

60 Preis/*Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 1.5; zum vergleichsweise geringen Stellenwert der Arbeitnehmerrechte in den Anfangsjahren der Gemeinschaft *Seifert*, AuR 2015, G9.

Das änderte sich erst in den 70er-Jahren nach dem Beitritt Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs, in denen sozialdemokratische Kräfte die Regierung stellten. Als Reaktion auf die Pariser Gipfelkonferenz vom 19./20.10.1972 legte die Kommission im Jahr 1974 ein sozialpolitisches Aktionsprogramm vor, welches eine Reihe von Initiativen zum Arbeitsrecht enthielt und in dessen Folge eine Anzahl bedeutsamer Richtlinien erlassen wurde.[61] Regelungen zum Arbeitszeitrecht und zum Gesundheitsschutz fanden sich dort aber noch nicht.[62]

Diese erfolgten erstmals auf der Grundlage des Art. 118a EWGV (später Art. 137 EGV, jetzt Art. 153 AEUV), der durch die Einheitliche Europäische Akte[63] (EEA) vom 28.2.1986 in den EWG-Vertrag eingefügt wurde und eine Kompetenz der Gemeinschaft zum Erlass von Richtlinien zur Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer schuf. Mit dieser Zielsetzung ging die Kommission dazu über, die politischen Vorhaben im Arbeitszeitrecht auf den Gesundheitsschutz anstatt wie bisher auf die Beschäftigungspolitik zu stützen.[64] Auf dieser Grundlage wurde sodann die Arbeitsschutzrichtlinie 89/391/EWG[65] und hierauf aufbauend im Jahre 1993 schließlich die Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG[66] verabschiedet, welche das europäische Arbeitszeitrecht konkretisierte.

Weder die ArbSch-RL 89/391/EWG noch die ArbZ-RL 93/104/EG enthielten jedoch eigene Bestimmungen zur Aufzeichnung der Arbeitszeit. Erst die ArbZ-RL 2003/88/EG,[67] welche die Richtlinie von 1993 aktualisierte,[68]

---

61 Einzelheiten bei Preis/*Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 1.5 f.; zur arbeitsmarktpolitischen Zielsetzung *Ulber*, ebd. Rz. 7.7.

62 Zu den rechtspolitischen Hindernissen der diskutierten Neugestaltung der Arbeitszeit s. Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.7 f.

63 ABl. Nr. L 169 v. 29.6.1987, S. 1; zur Bedeutung der EEA Preis/*Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 1.7 f. sowie *Ulber*, ebd. Rz. 7.11. f.

64 Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.12.

65 Richtlinie 89/391/EWG v. 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. Nr. L 183 v. 29.6.1989, S. 1.

66 Richtlinie v. 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitsplatzgestaltung (93/104/EG), ABl. Nr. L 307 v. 13.12.1993, S. 18; zur Entstehungsgeschichte im Einzelnen Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.15 f.

67 Richtlinie v. 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (2003/88/EG), ABl. Nr. L 299 v. 18.11.2003, S. 9.

68 Die Aktualisierung der Richtlinie war aufgrund verschiedener Änderungen im Zusammenhang mit der Aufhebung der Bereichsausnahmen für bestimmte Berufsgruppen durch die Richtlinie 2000/34/EG notwendig geworden; vgl. Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.25 f.

enthält in Art. 22 Abs. 1 ArbZ-RL eine entsprechende Regelung in Bezug auf die in Art. 6 ArbZ-RL festgeschriebene wöchentliche Höchstarbeitszeit. Danach ist ein Mitgliedstaat von der Anwendung der Vorschrift freigestellt, wenn er die allgemeinen Grundsätze des Gesundheitsschutzes einhält und mit den erforderlichen Maßnahmen dafür sorgt, dass der Arbeitgeber aktuelle Listen über alle Arbeitnehmer führt, die eine solche Arbeit leisten (Art. 22 Abs. 1 Buchst. c ArbZ-RL) und diese Listen den zuständigen Behörden zur Verfügung gestellt werden (Art. 22 Abs. 1 Buchst. d ArbZ-RL).

Die Systematik des Anwendungsbereichs der ArbZ-RL hat nach deren Erlass zu einer Reihe von speziellen Richtlinien für bestimmte Tätigkeiten und Berufsgruppen geführt. Grund war, dass die ursprüngliche ArbZ-RL 93/104/EG eine Reihe von Tätigkeiten vom Geltungsbereich ausnahm, das Unionsrecht sich aber im Laufe der Zeit schrittweise auf diese Bereiche ausgedehnt hatte. Dies hat zur Entstehung einer Reihe von Richtlinien geführt, welche die Arbeitszeit für bestimmte Sektoren eigenständig regeln.[69] Vom Anwendungsbereich ausgenommen waren gem. Art. 1 Abs. 3 ArbZ-RL 93/104/EG namentlich der Straßen-, Luft-, See- und Schienenverkehr, die Binnenschifffahrt, die Seefischerei, andere Tätigkeiten auf See sowie die Tätigkeiten von Ärzten in der Ausbildung.

Mit der Änderung durch die ArbZ-RL 2000/34/EG, welche die ArbZ-RL 93/104/EG reformierte, wurden diese Einschränkungen mit Ausnahme der Berufsgruppe der Seeleute beseitigt.[70] Die Änderung ermöglichte zudem den Erlass spezifischer EU-Regelungen zur Arbeitszeitgestaltung für bestimmte Beschäftigungen und berufliche Tätigkeiten, indem Art. 14 ArbZ-RL solchen Spezialregelungen den Vorrang einräumte. Die meisten Richtlinien enthalten daher auch besondere Regelungen bei der Erfassung und Aufzeichnung der Arbeitszeit.[71]

Sieht man von der Verabschiedung der Grundrechtecharta (GRCh) einmal ab, erfolgten neben der ArbZ-RL auf europäischer Ebene keine weiteren Entwicklungsschritte im Arbeitszeitrecht. Weder der Vertrag von Maastricht 1992 noch der Vertrag von Amsterdam 1997 brachten wesentliche Änderungen im europäischen Arbeitsrecht. Letzterer führte zwar den

69 *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG Einf. Rz. 27 f.; zu den einzelnen Richtlinien s. § 2 III. 2. b); zur Umsetzung im nationalen Recht s. unter § 2 III. 3. b).

70 Zu den weiterhin bestehenden spezifischen Ausnahmen für bestimmte Arbeitnehmergruppen wie insbesondere den mobilen Arbeitnehmern gem. Art. 20 ArbZ-RL *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG Einf. Rz. 27 f.

71 Hierzu im Einzelnen unter § 2 III. 2. b).

Titel „Beschäftigung" in den EG-Vertrag (jetzt Art. 145-150 AEUV) ein, die Vorschriften dienten aber zuvorderst der Abstimmung der mitgliedstaatlichen Beschäftigungspolitiken und brachten keine zusätzlichen Kompetenzen für die Gemeinschaft. Auch der Vertrag von Nizza im Jahre 2001 hielt keine bedeutsamen Änderungen im Bereich der europäischen Sozial- und Beschäftigungspolitik bereit. Nicht zuletzt blieben auch die steten, bereits im Jahr 2003 einsetzenden Bemühungen der Union zur Reformierung der ArbZ-RL ohne Erfolg.[72]

Im Bereich des Primärrechts bedeutsam für das europäische Arbeits- und Sozialrecht sind die sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer. Das Ziel der EEA, bis spätestens Ende 1992 schrittweise den Binnenmarkt zu verwirklichen, wurde im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts u.a. durch die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer begleitet, die aber zunächst unverbindlich blieb. Auf dem Gipfel von Nizza wurde am 7.12.2000 vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission die vom Grundrechtskonvent ausgearbeitete Charta der Grundrechte der Europäischen Union proklamiert,[73] allerdings ohne deren Status verbindlich festzulegen.[74] Erst der Vertrag von Lissabon im Jahr 2007 erhob die Grundrechtecharta[75] (GRCh) einschließlich der in ihr enthaltenen sozialen Grundrechte, in Art. 6 Abs. 1 EUV[76] zum verbindlichen Teil des europäischen Rechts und stellte sie so mit den europäischen Verträgen auf eine Stufe.

In dem mit „Solidarität" überschriebenen Titel IV enthält die Grundrechtecharta in den Artikeln 27 ff. GRCh die für Arbeitnehmer geltenden Grundrechte. Für das Arbeitszeitrecht relevant ist insbesondere Art. 31 Abs. 2 GRCh, der das Recht jedes Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit sowie auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten festlegt. Die Vorschrift steht in engem Zusammenhang mit der Gewährleistung in

---

72 Anlass der Reformbestrebungen war die Behandlung des Bereitschaftsdienstes infolge des Urteils des EuGH in der Rs. C-151/02 (Jaeger) im Jahre 2003; vgl. hierzu *Schlegel*, NZA 2014, 16 (17); Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.338 f.; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, § 17 Rz. 10 f. sowie *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG Einf. Rz. 32 f.

73 ABl. Nr. C 364 v. 18.12.2000, S. 3; zum historischen Hintergrund vgl. Preis/*Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 1.14 m.w.N.

74 Die Entscheidung darüber blieb dem sog. Post-Nizza-Prozess vorbehalten; s. hierzu die „Erklärung zur Zukunft der Union", ABl. Nr. C 80 v. 10.3.2001, S. 85.

75 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 326/02 v. 26.10.2012, S. 391 (konsolidierte Fassung 2012).

76 ABl. Nr. C 306 v. 17.12.2007, S. 13.

Art. 31 Abs. 1 GRCh, der u.a. ein Recht auf gesunde Arbeitsbedingungen gewährleistet. Die Vorschrift ist ein echtes Grundrecht und kein bloßer Grundsatz i.S.d. Art. 52 Abs. 5 GRCh.[77]

Eine ausdrückliche Regelung zur Arbeitszeiterfassung enthält der Wortlaut der GRCh nicht. Gleichwohl leitet der EuGH in der Rs. CCOO aus Art. 31 Abs. 2 GRCh eine Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung ab, um den dort niedergelegten Grundrechten und deren sekundärrechtlichen Umsetzung in den einschlägigen Richtlinien ausreichend Geltung zu verschaffen.[78] Formal gesehen steht dies im Einklang mit den Anwendungsgrundsätzen in Art. 51 Abs. 1 GRCh, wonach die Mitgliedstaaten die Gewährleistungen der GRCh bei der Durchführung von Unionsrecht zu beachten haben. Entsprechend gilt dies auch bei der Auslegung arbeitszeitrechtlicher Vorschriften.[79]

Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die GRCh in ihrer Entstehungsgeschichte dem Erlass der ArbZ-RL nachfolgte, wobei die Richtlinie bereits dedizierte Gewährleistungen zu Ruhezeiten und zur Begrenzung der Höchstarbeitszeit enthielt. Es liegt auf der Hand, dass Art. 31 Abs. 2 GRCh unter maßgeblicher Berücksichtigung der ArbZ-RL entwickelt wurde,[80] was den Gewährleistungsgehalt im Verhältnis zur Richtlinie allerdings infrage stellt. Auf der anderen Seite steht die Annahme, dass die entsprechenden Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie anlässlich der Schaffung der GRCh auf die Ebene des Primärrechts „hochgezont" werden sollten.[81]

---

77 Zur Bedeutung für das unionale und nationale Arbeitsrecht vgl. Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.38 f.; *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG Einf. Rz. 21a jew. m.w.N.; zum Urlaubsanspruch des Art. 31 Abs. 2 GRCh als Recht von herausgehobener Bedeutung *Schlachter*, ZESAR 2019, 53 (5); zum Grundrechtscharakter *Seifert*, EuZA 2013, 299 (309).

78 EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO) Rz. 30-33, 56, 60, NZA 2019, 683 (684, 686) wie auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Pitruzzella* v. 29.1.2019, ECLI:EU:C:2019:87, S. 8 Rz. 36 f.; vgl. im Übrigen unter § 4 I. 1.

79 Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.40 m.w.N. mit dem Hinweis auf die Tendenz zur extensiven Auslegung der Schutzvorschriften.

80 Hierauf hat der EuGH zuletzt verschiedentlich hingewiesen; vgl. die Nachw. bei Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.39 Fn. 66.

81 Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.39.; grundlegend hierzu die Kritik von *Wank*, RdA 2020, 1 (4).

3. Nationales und europäisches Arbeitszeitrecht

Die Umsetzung der ArbZ-RL 93/104/EG erfolgte in Deutschland durch das Arbeitszeitgesetz[82] (ArbZG) vom 6.6.1994 und damit rechtzeitig vor Ablauf der in Art. 18 Abs. 1 Buchst. a RL 93/104/EG genannten Umsetzungsfrist am 23.11.1996. Die spätere RL 2003/88/EG sah dagegen keine weitere Umsetzungsfrist mehr vor. Neben der Umsetzung der ArbZ-RL wurden schließlich auch die für bestimmte Berufsgruppen und Tätigkeitsbereiche bestimmten Richtlinien in nationales Recht umgesetzt.[83]

Auch wenn das ArbZG, welches die bis dahin bestehende AZO von 1938 ablöste, aus einer Mehrzahl von Gründen[84] geschaffen wurde, folgte es in seiner Konzeption doch im Wesentlichen der ArbZ-RL, Mindestvorschriften zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft festzulegen, von denen die Sozialpartner auf nationaler Ebene unter bestimmten Voraussetzungen abweichende Vereinbarungen treffen können.[85]

Die Vorschrift des § 16 Abs. 2 ArbZG, nur die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 S. 1 ArbZG hinausgehenden Arbeitszeiten aufzuzeichnen, entspricht dabei nur zum Teil der Regelung in der früheren AZO. Die Vorschrift übernimmt hier lediglich die Regelung des § 24 Abs. 1 Nr. 3 AZO, während die weitergehenden Aufzeichnungspflichten der AZO entfielen. Laut Gesetzesbegründung sollte durch die Beschränkung der Nachweispflicht unnötiger Aufwand vermieden werden.[86] Auch der Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung rechtfertigte die Verkürzung entsprechend. Bei der Aufzeichnungspflicht, so der Ausschussbericht, sei sicherzustellen, dass keine doppelte Belastung entstehe. Wo aufgrund per-

82 BGBl. I 1994, S. 1170; die späteren Änderungen durch das Arbeitsmarktreformgesetz zum 1.1.2004, BGBl. I 2003, S. 3002 haben für die Aufzeichnungspflicht keine wesentlichen Änderungen gebracht.

83 Vgl. hierzu Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.62, 7.65 f. (Seefahrt), ebd. Rz. 7.73 (Binnenschifffahrt), ebd. Rz. 7.80 (Straßenverkehr), ebd. Rz. 7.82 (Flugpersonal) sowie ebd. Rz. 7.91 (Jugendschutz); zu den einzelnen Richtlinien und den korrespondierenden nationalen Bestimmungen zur Aufzeichnung der Arbeitszeit s. unter § 2 III. 2. b) u. § 2 III. 3 b).

84 Gründe waren u.a. Mängel der AZO, der Auftrag an den gesamtdeutschen Gesetzgeber im Einigungsvertrag zur Neuregelung des Arbeitszeitrechts sowie die Rspr. des BVerfG; vgl. auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 12/5888, S. 19 sowie *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG Einf. Rz. 11. f.

85 Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 12/5888, S. 20.

86 BT-Drs. 12/5888, S. 31.

sonalrechtlicher Vorschriften bereits die Pflicht zur Aufzeichnung bestehe, wäre eine zusätzliche Aufzeichnungspflicht nur überflüssiger Verwaltungsaufwand.[87] Der Bundesrat hatte dagegen vorgeschlagen, die Passage „über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende" zu streichen.[88] Eine effiziente Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden, so die Begründung, werde nur über eine vollständige Aufzeichnung der Arbeitszeit ermöglicht. Der Vorschlag wurde von der Bundesregierung im weiteren Gesetzgebungsverfahren zwar geprüft,[89] letztlich jedoch nicht ins Gesetz übernommen.

Die Beschränkung der Aufzeichnungspflicht steht auch im Kontrast zum abgelehnten Gesetzesentwurf der SPD, der eine Aufzeichnung der regelmäßigen Arbeitszeiten vorsah. Gemäß § 19 des Entwurfs hatte der Arbeitgeber die Arbeitszeiten aufzuzeichnen, soweit dies für die Kontrolle des Gesetzes erforderlich ist.[90] Ausweislich der Entwurfsbegründung waren hiermit alle Arbeitszeiten gemeint. Es heißt dort wörtlich:

> *Über alle Arbeitszeiten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hat die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber Aufzeichnungen zu führen, damit im Interesse der Beschäftigten wie aber auch der staatlichen Überwachung eine Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeitbestimmungen möglich ist.*[91]

Gemessen an den Maßstäben, welche der EuGH zur Aufzeichnungspflicht in der Rs. CCOO anlegt, entsprachen der Vorschlag des Bundesrates wie auch der SPD-Entwurf eher einer richtliniengetreuen Umsetzung als das ArbZG in seiner jetzigen Fassung. In der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH hätte § 16 Abs. 2 ArbZG nicht in dieser Weise erlassen werden dürfen,[92] da eine unionswidrige Umsetzung auch schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist unzulässig ist.[93] Ebenfalls nicht umgesetzt wurde ein

87 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung v. 8.3.1994, BT-Drs. 12/6990, S. 38.
88 Stellungnahme des Bundesrates BT-Drs. 12/5888, S. 37 (45).
89 Vgl. die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates BT-Drs. 12/5888, S. 50 (54).
90 BT-Drs. 12/5282, S. 7.
91 BT-Drs. 12/5282, S. 15.
92 *Riegel*, RdA 2021, 152 (153).
93 Die Vorwirkung leitet sich aus dem Loyalitätsgrundsatz des Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. mit Art. 288 Abs. 3 AEUV ab und verpflichtet die Mitgliedstaaten, auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist keine Vorschriften zu erlassen, welche das Richtlinienziel infrage stellen, vgl. Preis/*Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 1.115.

Vorschlag der Thüringer Aufsichtsbehörden anlässlich der Überarbeitung des ArbZG im Rahmen des Arbeitsmarktreformgesetzes 2004, der vorsah, § 16 Abs. 2 ArbZG zu einer umfassenden Aufzeichnungspflicht zu erweitern.[94] Die Verstöße des Gesetzgebers gegen die Pflicht zur richtliniengetreuen Umsetzung bei der Aufzeichnungspflicht reihen sich damit zu den weiteren, offen kritisierten Verstößen bei der Richtlinienumsetzung.[95]

II. Rechts- und gesellschaftspolitische Bedeutung

Fragen der Arbeitszeit waren zu jeder Zeit umstritten und Gegenstand vielfältiger rechts- und gesellschaftspolitischer Debatten.[96] So spiegelt sich auch und gerade im Arbeitszeitrecht die grundsätzliche Wirtschaftsentwicklung wider.[97] In den Jahrzehnten vor der Jahrtausendwende beherrschte im Wesentlichen die Auseinandersetzung um die Verkürzung der Wochenarbeitszeit die Diskussion, welche nach Erreichen gewerkschaftlicher Zielmarken im Bereich zwischen 35 und 40 Wochenstunden aber weitgehend zur Ruhe gekommen ist. Die vergangenen Jahrzehnte hingegen wurden durch den technischen Fortschritt[98] bestimmt, der die Etablierung flexibler Arbeitszeitkonzepte befördert hat.[99]

In diese Entwicklung hinein fällt nunmehr das Urteil des EuGH in der Rs. CCOO,[100] welches im Ergebnis eine vollständige Dokumentation der geleisteten Arbeitszeiten anordnet und damit die Diskussion zur Zukunfts-

94 S. hierzu *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (277) m.w.N.

95 Deutlich die Kritik zu weiteren Umsetzungsverstößen Preis/Sagan/*Ulber*, Europäisches Arbeitsrecht, Rz. 7.345.

96 *Krause*, NZA-Beil. 2019, 86.

97 Hahn/Pfeiffer/*Schubert*, Arbeitszeitrecht, Einl. Rz. 20, der im Arbeitszeitrecht ein gutes Barometer für die grundsätzliche Wirtschaftsentwicklung sieht.

98 Zur technischen Entwicklung hin zu einer durchgängig vernetzten Digitalisierung des Wertschöpfungszusammenhangs und deren Bedeutung für die Arbeitsorganisation *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt (2016), S. B11 f.

99 Die Entwicklung zum orts- und zeitunabhängigen Arbeiten seit der Jahrtausendwende beschreibt *Steffan*, NZA 2015, 1409 (1410 f.); zu den gesellschaftspolitischen Forderungen der Tarifpartner vgl. Hahn/Pfeiffer/Schubert/*Jerschel*, Arbeitszeitrecht, ArbZG § 3 Rz. 6; zu den Forderungen der Arbeitgeberseite nach Flexibilisierung des nationalen Arbeitszeitrechts unter Nutzung der Vorgaben des europäischen Arbeitszeitrechts *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt (2016), S. B40.

100 EuGH 14.05.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683.

fähigkeit des nationalen Arbeitszeitrechts erneut belebt hat.[101] Mit dem Urteil ist die ohnehin notwendige Reform des Arbeitszeitrechts also um eine Herausforderung reicher geworden. Bevor auf die rechtspolitische Situation eingegangen wird, sollen zunächst die gesellschaftspolitischen Bedingungen und Interessenlagen der Beteiligten beleuchtet werden.

1. Verbreitung der Arbeitszeiterfassung und künftige Entwicklung

Zur Bestimmung der rechts- und gesellschaftspolitischen Bedeutung des Themas Arbeitszeiterfassung müsste zunächst bekannt sein, in welchem Maße die Arbeitszeiten tatsächlich aufgezeichnet werden bzw. wieweit auf eine solche Aufzeichnung in der Praxis verzichtet wird. Hier setzt dann die Frage an, in welchem Grad eine Aufzeichnung aktuell und in Zukunft als gesellschaftspolitisch notwendig oder entbehrlich zu bewerten ist.

Hinweise im Schrifttum[102] oder hierauf bezogene Erhebungen und Studien finden sich nur vereinzelt. Nach dem Ergebnis der ver.di-Studie „Arbeitszeit und Belastung"[103] für das Jahr 2014/15 erfolgt in Betrieben des Dienstleistungssektors in 37,7 % der Fälle eine maschinelle bzw. elektronische Zeiterfassung. Eine Arbeitszeiterfassung durch den Vorgesetzten findet mit 11,7 % hingegen eher selten statt. In 27,8 % der Fälle erfassen die Beschäftigten die Zeit selbst, während bei 22,7 % der befragten Beschäftigten überhaupt keine Arbeitszeiterfassung stattfindet.[104] Weitere Erhebungen enthalten die regelmäßigen Arbeitszeitbefragungen der BAuA für die Jahre 2015 und 2019.[105] Auch hier wurde danach gefragt, ob die eigene Arbeitszeit betrieblich erfasst, selbst dokumentiert oder nicht erfasst wird. Im Ergebnis stellt die Studie dabei für das Jahr 2019 keine wesentlichen Änderungen gegenüber der Erhebung aus 2015 fest. Danach wird die Arbeitszeit von knapp der Hälfte der Beschäftigten betrieblich erfasst (48 %). Am häufigs-

101 Zum Diskussionsstand s. unter § 5 III. 1.; zu den Reaktionen auf das Urteil s. die Nachw. bei *Kössel*, DB 2019, 1958 (1961) u. *Sittard/Esser*, JM 2019, 284.

102 Nach *Eylert*, NZA-Beil. 2017, 95 (98) werden in 47 % die Arbeitszeiten durch betriebliche Systeme erfasst, in 32 % erfassen die Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit selbst (ohne Nachw.).

103 ver.di Studie „Arbeitszeit und Belastung" – Eine Sonderauswertung auf Basis des DGB-Index Gute Arbeit 2014/15 für den Dienstleistungssektor.

104 ver.di Studie „Arbeitszeit und Belastung" – Eine Sonderauswertung auf Basis des DGB-Index Gute Arbeit 2014/15 für den Dienstleistungssektor, S. 22.

105 S. den zusammenfassenden Bericht BAuA-Arbeitszeitbefragung: Vergleich 2015-2017-2019, S. 36; hierzu auch *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 (274).