

# Reformbedarf und politische Handlungsspielräume im Arbeitszeitrecht

Prof. Dr. Stefan Greiner, Bonn\*

## A. Einleitung

Wer hätte gedacht, dass das Arbeitszeitrecht einmal so in den Fokus der rechtspolitischen Aufmerksamkeit rücken würde? Lange Zeit handelte es sich um eine eher vernachlässigte Materie. Das ist eindeutig vorbei: Insbesondere die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO<sup>1</sup> und das nachfolgende Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 13.9.2022,<sup>2</sup> mit dem bereits *de lege lata* eine allgemeine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung aus dem sehr allgemein gefassten § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG abgeleitet wurde,<sup>3</sup> ziehen erhebliche Änderungen der Rechtsanwendungspraxis nach sich. Doch auch jenseits dieser rechtlichen Entwicklungen trifft das Thema der Arbeitszeit offenbar einen Nerv – vor allem vor dem Hintergrund einer Lebenswirklichkeit, die immer stärker von erwünschten oder gefürchteten Überlagerungen von Arbeit und Freizeit und einer stetigen Beschleunigung durch Digitalisierungsprozesse geprägt ist.<sup>4</sup>

Die rechtspolitischen Kontroversen sind beträchtlich: Das Spektrum diskutierter Forderungen reicht von der generellen Verkürzung der Wochenarbeitszeit auf eine Vier-Tage-Woche<sup>5</sup> bis zum Appell, Teilzeitarbeit zu erschweren,<sup>6</sup>

um den vielerorts und in vielen Branchen eklatanten Fachkräftemangel, der sich künftig weiter verschärfen wird, zu bewältigen. Die Bedeutung der auf diesem Gebiet zu treffenden Gestaltungsentscheidungen für Wirtschaft, Arbeitsmarkt und Gesellschaft kann gar nicht hoch genug eingeschätzt werden.

Das Bundesarbeitsministerium hat auf die Gestaltungsherausforderung mit einem Entwurf vom 18.4.2023 reagiert.<sup>7</sup> Nach kurzer kritischer Debatte ist der Entwurf recht schnell wieder „in der Schublade“ verschwunden – offenbar vor dem Hintergrund koalitionsärer Uneinigkeit und vieler offener Fragen. Der Beitrag beleuchtet im Folgenden (unter II.) die Kernprobleme des Entwurfs, erörtert (unter III.), welche Fragen wirklich regelungsbedürftig wären und skizziert (unter IV.) den ungenutzten Regelungsspielraum, den das europäische Arbeitszeitrecht, namentlich die RL 2003/88, den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern belässt.

## I. Kritische Betrachtung des Entwurfs v. 18.4.2023

Der Entwurf zur Arbeitszeiterfassung lässt zentrale Fragen offen und wirft neue Fragen auf: Die Grundfrage danach, was zur Arbeitszeit i.S.d. ArbZG zu rechnen ist und was nicht, bleibt unbeantwortet. Sie zu klären, ist aber Vorbedingung einer rechtssicheren Ausgestaltung der Aufzeichnungspflicht: Nur was Arbeitszeit ist, ist auch aufzuzeichnen. Die Frage stellt sich unter anderem, wo die Hinwendung zu (auch) arbeitsbezogenen Inhalten ohne Weisungssteuerung und mit „gemischter Motivlage“ erfolgt: Der Orchestermusiker, der sich nach Dienstschluss mit seinem Instrument beschäftigt, wird dies in der Regel nicht als fremdgesteuerte Arbeit, sondern als Selbstverwirklichung mit Berufsbezug verstehen. In vielen anderen kreativen, künstlerischen, akademischen Tätigkeitsfeldern, bei denen Beruf und Berufung miteinander im Einklang stehen, ist es nicht anders. Letztlich scheidet überall dort eine präzise Trennung und Erfassung von Arbeits- und sonstiger Lebenszeit logisch aus. Generell bedarf es zur Einteilung von Zeiten in die – *de lege lata* zugrunde zu legende – starre Dichotomie von Arbeits- und Ruhezeit<sup>8</sup> (vgl.

\* Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Direktor des dortigen Instituts für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit. Der Verfasser dankt Herrn Wiss. Mit. *Malcolm Brunzema* für seine Unterstützung bei Recherche und redaktioneller Bearbeitung des Beitrags.

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

<sup>2</sup> *BAG*, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

<sup>3</sup> Zum Contra-*legem*-Vorwurf: *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1 (3); *Salamon*, NJW 2023, 335 (338); kritisch auch *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52 (53).

<sup>4</sup> Soziologisch dazu etwa *Hirsch-Kreinsen*, Entwicklungsperspektiven digitaler Arbeit, in *Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen*, 2019 (S. 133); *Pfeiffer*, Technologische Grundlagen der Entgrenzung: Chancen und Risiken, in *Fehlzeiten-Report 2012* (S. 15); *Felstead/Henseke*, Assessing the growth of remote working and its consequences for effort, well being and work-life balance, in *New Technology, Work and Employment 2017* (S. 195); *Vöß*, Die Entgrenzung von Arbeit- und Arbeitskraft: Eine subjektorientierte Interpretation des Wandels der Arbeit, MittAB 1998, (473); monographisch *Gottschall/Vöß*, *Entgrenzung von Arbeit und Leben*, 2003.

<sup>5</sup> Vgl. etwa die Forderung der IG Metall: <https://www.igmetall.de/tarif/faq-zur-vier-tage-woche>, Abruf vom 6.11.2023.

<sup>6</sup> Dazu *Schlegel*, Akzeptanz sozialer Sicherungssysteme, Vortrag auf dem 19. Kölner Sozialrechtstag 2023; demnächst: *Greiner*, in FS *Schlegel*, 2024 (im Erscheinen).

<sup>7</sup> Abrufbar unter: [https://cdn.businessinsider.de/wp-content/uploads/2023/04/BI\\_Arbeitszeit\\_Gesetz\\_Entwurf.pdf](https://cdn.businessinsider.de/wp-content/uploads/2023/04/BI_Arbeitszeit_Gesetz_Entwurf.pdf), Abruf vom 6.11.2023.

<sup>8</sup> EUArbRKO/Gallner RL 2003/88/EG Art. 2 Rn. 6.

Art. 2 Nr. 1, 2 RL 2003/88; §§ 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 ArbZG) nach Rechtsprechung des EuGH einer wertenden „Gesamtbeurteilung aller Umstände des Einzelfalls“, sodass z. B. die Einordnung von Wegezeiten auf Dienstreisen<sup>9</sup> stark wertungs offen und einzelfallabhängig sein dürfte.<sup>10</sup> Bevor man hier eine bußgeldbewehrte Erfassungspflicht normiert, müsste man – schon aus Gründen rechtsstaatlich gebotener Rechtsklarheit und -sicherheit – zunächst als Vorfrage definieren, welche Zeiten in welcher Weise korrekt zu erfassen sind. Mit anderen Worten: Ohne klar definierten Arbeitszeitbegriff oder – zumindest – Festlegung eines Kriterienkatalogs für die durchzuführende „Gesamtbeurteilung“ steht eine Arbeitszeiterfassungspflicht auf denkbar schwachem Fundament. Der letzte Schritt wird hier gesetzgeberisch vor dem ersten gemacht.

Dass es Grenzbereiche gibt, in denen eine klare Trennung von Arbeit und Leben nicht möglich oder nicht interessengerecht ist, greift auch der Entwurf auf, indem er anerkennt, dass es Sonderbereiche gibt, in 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“ (§ 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG-E). Er benennt aber – mit beunruhigender begrifflicher Unschärfe – nur einen kleinen Ausschnitt der relevanten Bereiche („Führungskräfte, herausgehobene Experten, Wissenschaftler“, Entwurfsbegründung S. 14). Rechtsfolge soll auch dort keine Bereichsausnahme sein, sondern nur die Tarifdispositivität der Zeiterfassung. Letzteres ist hochgradig paradox: Wo Arbeits- und Lebenszeit logisch-strukturell nicht getrennt werden können und somit erstere auch nicht aufgezeichnet werden kann, bleibt für eine gestaltende Entscheidung der Tarifvertragsparteien kein Raum. Die Frage ist vielmehr schon „sachlogisch“ entschieden.

Die Regelung zur Aufzeichnungspflicht folgt im Ausgangspunkt der ausgesprochen strengen Auslegung der CCOO-Entscheidung des EuGH durch das BAG<sup>11</sup>: Demnach muss nicht nur die zugängliche Möglichkeit der Arbeitszeiterfassung<sup>12</sup> bestehen, wenn der Arbeitnehmer dies wünscht, sondern die Arbeitszeit muss bedürfnisunabhängig flächendeckend erfasst werden. Alle Einwände gegen diese Interpretation richten sich daher auch gegen den Referentenentwurf: Ob sie unionsrechtlich geboten ist, bleibt unklar, da das BAG dem EuGH keine Gelegenheit zur präzisierenden Stellungnahme gegeben hat.<sup>13</sup> Eingriffs-

tiefe und „flächendeckende“ Bürokratielast durch die umfassende Erfassungspflicht sind enorm.

Für eine strenge Lesart der unionsrechtlichen Vorgaben entscheidet sich auch die – tarifdispositive – Verpflichtung zur elektronischen Ausgestaltung der Zeiterfassung (§ 16 Abs. 2 ArbZG-E). Dass die tägliche Aufzeichnung tarifvertraglich durch eine wöchentliche ersetzt werden kann, dürfte dagegen hinter dem Schutzminimum zurückbleiben: Das Irrtumsrisiko steigt durch eine wöchentliche Aufzeichnung so massiv, dass man an der durch den EuGH geforderten „Objektivität“ der Zeiterfassung dann durchaus zweifeln kann.<sup>14</sup>

Der Referentenentwurf will die – auf Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerseite gleichermaßen geschätzte – „Vertrauensarbeitszeit“ weiter ermöglichen, indem die Möglichkeit der Arbeitszeiterfassung auf den Arbeitnehmer delegiert werden darf. Erforderlich seien dann freilich flankierend „geeignete“ Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers, die bedenklich unbestimmt bleiben. Zudem ist zu bedenken: Bei einer gelebten „results only“-Unternehmenskultur ohne zeitlich-örtliche Tätigkeitssteuerung handelt es sich ohnehin *de jure* um selbständige Tätigkeiten, die außerhalb des (zwingenden) Anwendungsbereichs von Arbeitszeit-RL und ArbZG liegen. Wird für sie der arbeitsrechtliche Schutz erst vertraglich konstitutiv vereinbart, bleibt dabei auch die Arbeitszeiterfassungspflicht vertraglich gestaltbar. An dieser Verbindungslinie zur Abgrenzung von Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis ändert der Entwurf nichts. Das relativiert die ansonsten erheblichen Rückwirkungen auf die Vertrauensarbeitszeit jedenfalls in bestimmten Fallgruppen. Es bleibt aber eine massive Bürokratisierung in den meisten Fallkonstellationen, die als „Vertrauensarbeitszeit“ bezeichnet werden, und bei denen es an der absoluten Steuerungsfreiheit regelmäßig fehlt.

Kein Wort verliert der Entwurf zur Zeiterfassung durch Beamte und Richter. Ob es sich z. B. bei Richtern und verbeamteten Lehrkräften tatsächlich um Ausnahmebereiche des öffentlichen Dienstes handelt, in denen die „Besonderheiten bestimmter spezifischer Tätigkeiten“ der Anwendung des Arbeitsschutzes und somit auch des Arbeitszeitrechts „zwingend entgegenstehen“ (Art. 2 Abs. 2 RL 89/391/EWG i. V. m. Art. 1 Abs. 3 RL 2003/88/EG) kann durchaus bezweifelt werden.

## II. Regelungsbedarf im Arbeitszeitrecht

Die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG stammt aus dem Jahr 2003, sie knüpft ohne größere inhaltliche Änderungen an ihre Vorgängerrichtlinie 93/104/EG an.<sup>15</sup> Die RL 93/104/EG wurde durch das mit Art. 1 des Gesetzes zur Vereinheitlichung und Flexibilisierung des Arbeitsrechts von 1994

<sup>9</sup> Hierzu mit dem Petitum einer umfassenden Einbeziehung in den Arbeitszeitbegriff: *Preis*, VSSAR 2019, 267, 276 ff.; *Preis/Schwarz*, Dienstreisen als Rechtsproblem, 2020, 38 ff., 115.

<sup>10</sup> Vgl. zur „Gesamtbeurteilung“ den Konkretisierungsversuch bei *Greiner*, EuZA 2023, 123 (139 ff.).

<sup>11</sup> Vgl. *Hanau*, RdA 2023, 115 (120, 122 f.); *BAG*, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

<sup>12</sup> Für diese Lesart insbes. *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456, 468 ff.; *Thüsing/Musiol/Peisker*, BB 2023, 1076.

<sup>13</sup> *Hanau*, RdA 2023, 115 (120); kritisch hierzu *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1 (6); a. A. *Bayreuther*, NZA 2023, 193 (197); *BAG*, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

<sup>14</sup> Vgl. bereits *Greiner/Kalle*, NZA 2023, 547 (549 f.).

<sup>15</sup> ErwG 1 ArbZ-RL; Ausführlich: *EuArbRK/Gallner* RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 19.

eingeführte ArbZG<sup>16</sup> umgesetzt.<sup>17</sup> Seither wurde das ArbZG in Teilen immer wieder an politische Veränderungen<sup>18</sup> und gelegentlich an die Rechtsprechung des EuGH<sup>19</sup> angepasst. Fast drei Dekaden sind seitdem ins Land gegangen. Die Welt hat sich radikal verändert, die Lebenswirklichkeit der Menschen wird heute wesentlich durch Digitalisierung und deutlich beschleunigte Kommunikationsprozesse geprägt. Auch hat das Bedürfnis, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf sowie die Vereinbarkeit von Beruf und Freizeit zu verbessern, heute eine ganz andere Relevanz als vor 30 Jahren. Mit der schematischen bipolaren Einteilung in Arbeitszeit und Ruhezeit liegt der Arbeitszeitrichtlinie eine Trennung zugrunde, die mit der Lebenswirklichkeit wenig zu tun hat und die nicht einmal wünschenswert ist. Dieses starre System zwingt zum „Schubladendenken“, zu Einteilungen und Kategorisierung der heute vielfältig etablierten Mischformen, die nicht sachangemessen scheinen. Schon der deutsche Umsetzungsgesetzgeber versuchte bei Schaffung des ArbZG, mit der Kategorie der Rufbereitschaft eine Zwischenkategorie anzuerkennen und rechtlich angemessen zu gestalten. Freilich ist der EuGH der dahinter stehenden Interpretation, dass Art. 2 RL 2003/88 einen definitorischen Handlungsspielraum zugunsten der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Arbeitszeitbegriff eröffnet, entgegengetreten. In jüngster Rechtsprechung erkennt der EuGH immerhin die Zwischenkategorie einer „arbeitschutzrelevanten Ruhezeit“ an, in der zwar keine arbeitszeitrechtlichen Bindungen wie in der Arbeitszeit bestehen, aber dennoch der Arbeitgeber aus seiner Schutzverantwortung nicht gänzlich entlassen ist. Im Grunde müsste der europäische Gesetzgeber diesen Weg weiter verfolgen und in einer Reform der Richtlinie 2003/88 Möglichkeiten kreieren, den vielfältigen Überlagerungsformen von Arbeit und Leben Rechnung zu tragen. Nur so ließe sich etwa das häufig praktizierte fließende Nebeneinander von Arbeit und „Carework“ im Home Office angemessen bewältigen. Die heutige Kategoriebildung ist, wenn man sie juristisch durch Aufzeichnungspflichten „scharf stellt“, bei weitem zu unflexibel.

Ein verständlich ausgestaltetes Arbeitszeitrecht sollte darüber hinaus sein Schutzzanliegen nie aus dem Blick verlieren, nämlich Gesundheit und Selbstbestimmung abhängig beschäftigter Personen wirksam zu schützen. Starre Aufzeichnungspflichten drohen demgegenüber eine mühsam errungene Arbeitszeitflexibilität und Vereinbarkeit von Arbeits- und sonstigen Lebensanforderungen zunichtezumachen; sie wirken sich geradezu autonomiemindernd aus, indem Beschäftigte in ein starres Arbeitszeitkorsett gezwängt werden, auch wenn sie dies gar nicht wollen.

Mit diesen kurzen teleologischen Überlegungen soll es hier – was die Zielrichtung denkbarer Reformen im Arbeitszeit-

recht angeht – zunächst sein Bewenden haben. Der Blick richtet sich im Folgenden auf die juristische Kernfrage, welchen Handlungsspielraum das europäische Arbeitszeitrecht den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern überhaupt belässt.

### III. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume im Arbeitszeitrecht

#### 1. Mitgliedstaatliche Flexibilität beim Arbeitszeitbegriff?

Gesetzgebung und Rechtsprechung gingen, wie schon angedeutet, lange Zeit von einer mitgliedstaatlichen Gestaltbarkeit des Arbeitszeitbegriffs aus, was sie z. B. dazu veranlasste, in Abweichung von der RL 2003/88 zwischen Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst zu unterscheiden. Ursprünglich ging das BAG<sup>20</sup> etwa auf Basis der §§ 5 Abs. 3, 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG davon aus, dass es sich bei Rufbereitschaft – abgesehen von den Zeiten, in denen der Arbeitnehmer auf den Ruf hin tätig wird – generell um Ruhezeit handelt. Dies schien von der Richtlinie gedeckt, die in ihrem Art. 2 Ziff. 1 mit dem Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten einen definitorischen Spielraum der Mitgliedstaaten schon beim Kernbegriff der Arbeitszeit suggeriert.

Dieses Vorstellungsbild wurde bekanntlich durch verschiedene Entscheidungen des EuGH widerlegt: V. a. die Entscheidungen zur Rufbereitschaft<sup>21</sup> haben verdeutlicht, dass die Definitionskompetenz, was Arbeitszeit ist und was nicht, im Ausgangspunkt auf Unionsebene, faktisch also beim EuGH, liegt: Es gibt in der Richtlinie nur die beiden Kategorien Arbeitszeit und Ruhezeit. In diese zweipolige Struktur muss man Mischformen wie die Rufbereitschaft wertend einordnen. Der Verweis auf die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten wird dabei erst jüngst durch den EuGH wieder mit Leben erfüllt: Die Zuordnung müssen demnach die mitgliedstaatlichen Gerichte durch eine „Gesamtbeurteilung aller Umstände des Einzelfalls“ leisten, was für Fälle der Rufbereitschaft ein differenziertes Bild zur Folge hat. Der EuGH gibt nicht abschließend vor, was im konkreten Fall Arbeitszeit ist, sondern ermutigt die mitgliedstaatlichen Arbeitsgerichte dazu, dies wertend zu entscheiden, etwa orientiert an Parametern wie Fremdbestimmtheit, Weisungsgebundenheit oder auch psychisch-physischer Belastung.

<sup>16</sup> BGBl. I 1994 S. 1170.

<sup>17</sup> Schliemann ArbZG § 1 Rn. 18; vgl. auch Ausführungen zur „nationalen Regelung“ EuGH, Urt. v. 9.9.2003 Rs. C-151/02, NZA 2003, 1019 (1020).

<sup>18</sup> Baeck/Deutsch/Winzer ArbZG Einf. Rn. 6 ff.

<sup>19</sup> Baeck/Deutsch/Winzer ArbZG Einf. Rn. 10.

<sup>20</sup> So etwa BAG, Urt. v. 22.7.2010 – 6 AZR 78/09, NZA 2010, 1196 (1195 f.); BAG, Beschl. v. 18.2.2003 – 1 ABR 2/02, NZA 2003, 742; BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155 (158).

<sup>21</sup> V. a. im Jahr 2018 in der Rs. Matzak EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293.

Ganz zentral ist dabei der Fremdbestimmungsaspekt: Schon die Ausklammerung der Selbstständigen<sup>22</sup> aus dem persönlichen Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie<sup>23</sup> zeigt sehr deutlich, dass das Arbeitszeitrecht nicht generell vor „zu viel Arbeit“, insbesondere nicht vor der selbst gewählten Überlastung, schützt. Sein Fokus liegt vielmehr präzise auf der *fremdbestimmten* Überforderung durch heteronome Arbeitsvorgaben. Schon das eröffnet Abwägungsspielräume, etwa bei der freiwilligen, intrinsisch motivierten Befassung mit Arbeitsinhalten nach Feierabend, die vor allem in kreativen und akademischen Berufen sowie in Führungspositionen eine erhebliche Rolle spielt.

Das öffnet auch den Weg zu sinnvollen Ausdifferenzierungen beim Thema der Ruhezeitunterbrechung: Nimmt jemand aus ständiger Überforderung Arbeit mit nach Hause oder wird ständige Erreichbarkeit erwartet, ist dieser Fall sicher anders zu bewerten als die ganz selbstbestimmte Befassung mit Arbeitsinhalten in der Freizeit, z. B. in Kreativberufen: Der Violinistin der Berliner Philharmoniker arbeitsvertraglich zu untersagen, sich am Feierabend mit ihrem Instrument zu befassen, um die Ruhezeit zu wahren – was durchaus einige besonders strenge Kollegen postulieren –, wäre ein in keiner Weise zu rechtfertigender (Grundrechts-)Eingriff in die Sphäre autonomer Selbstbestimmung, die das Arbeitszeitrecht gerade schützen will.

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, wie mit Bagateltätigkeiten in der Freizeit umzugehen ist. In der modernen Arbeitswelt kommt es nicht selten vor, dass Arbeitnehmer auch außerhalb ihrer eigentlichen Arbeitszeiten kleinere Tätigkeiten wie etwa kurze Telefonate und das Abrufen von E-Mails ausführen. Hier stellt sich die Frage, ob es sich um Arbeitszeit handelt.<sup>24</sup> Einerseits ist der Arbeitsaufwand überschaubar und meist nicht vom Arbeitgeber durch sein Weisungsrecht erzwungen,<sup>25</sup> andererseits können auch kurzfristige Tätigkeiten die Erholung des Arbeitnehmers verhindern oder beschränken.<sup>26</sup> Der Gesetzentwurf schweigt hierzu. Dies ist aber eine Frage, die mit den zunehmenden Möglichkeiten der ständigen und kurzfristigen Kommunikation von wachsender Bedeutung sowohl für Arbeitnehmer als auch für Arbeitgeber ist. Es wäre wünschenswert, dass der Gesetzgeber die Frage, ob bzw. wann solche Bagateltätigkeiten als Arbeitszeit gelten, regelt und so klare Verhältnisse für beide Parteien des Arbeitsverhältnisses schafft.

## 2. Spielräume bei der Arbeitszeiterfassung

In der Entscheidung zur Rechtssache CCOO<sup>27</sup> hat der EuGH aus den materiell-rechtlichen Vorgaben der Richtlinie abgeleitet, dass es auch eine wirkungsvolle Möglichkeit der Arbeitszeiterfassung geben muss, um den intendierten Schutz überhaupt praktisch wirksam werden zu lassen. In seiner nachfolgenden Entscheidung vom 13.9.2022 hat das BAG bekanntlich aus den Vorgaben des EuGH gefolgert, dass schon *de lege lata* in unionsrechtskonformer Auslegung des sehr allgemeinen § 3 ArbSchG eine flächendeckende Arbeitszeiterfassung praktiziert werden muss.

Liest man die Entscheidung des EuGH genau, steht dort anderes: Es geht dem EuGH darum, dass die Arbeitgeber verpflichtet werden müssen, „ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“.<sup>28</sup> Nimmt man dies mit der gerade dargestellten Zielsetzung des Fremdbestimmungsschutzes zusammen, könnte man dies stimmig so lesen, dass lediglich die institutionellen Voraussetzungen dafür geschaffen werden müssen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jederzeit die Möglichkeit haben, ihre Arbeitszeit zu erfassen, wenn sie sich zum Beispiel zeitlich übermäßig in Anspruch genommen fühlen. Im Grunde würden dadurch Fremdbestimmungsschutz und individuelle Autonomie als zentrale Schutzgüter der Arbeitszeitrichtlinie bestmöglich verwirklicht; freilich bestünden Manipulations- und Umgehungsgefahren. Das BAG entscheidet sich – ohne erneute EuGH-Vorlage (was man kritisieren kann)<sup>29</sup> – für die ebenfalls denkbare, weitaus strengere Lesart. Nimmt man den EuGH beim Wort, könnte man es gesetzgeberisch bei der Verpflichtung zur Schaffung einer Aufzeichnungsinfrastruktur, verbunden mit einer jederzeit zugänglichen Nutzungsmöglichkeit, belassen, die Entscheidung hierüber aber bei den Betroffenen verorten. Ob das dann europarechtlich „hält“ müsste die künftige Spruchpraxis des EuGH erweisen.

## 3. Nichtanwendung von Teilen des Arbeitszeitrechts

Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie ermöglicht den Mitgliedstaaten, von bestimmten Vorschriften der Richtlinie abzuweichen. Dies betrifft die tägliche Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden (Art. 3), die Ruhepause bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 6 Stunden (Art. 4), die Vorgabe eines „Ruhetags“ (24-Stunden-Ruhepause) pro Woche (Art. 5), die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden (Art. 6), die zulässige Dauer der Nacharbeit (Art. 8) sowie die Regelung zu Bezugszeiträumen im Hinblick auf die einzelnen arbeitszeitrechtlichen Schutzinstrumente (Art. 16). Im Grunde ist damit nahezu der gesamte im ArbZG umgesetzte Kernbe-

<sup>22</sup> Der Begriff der Selbstständigkeit muss autonom als Begriff der Europäischen Rechtsordnung ausgelegt werden BeckOK ArbR/Kock ArbZG § 2 Rn. 31; ein Selbstständiger nach originären nationalen Recht kann dennoch unter den Arbeitnehmerbegriff der Arbeitszeit-RL fallen und ist damit in den Schutzbereich des ArbZG einzu beziehen, vgl. *EuGH*, Beschl. v. 22.4.2020 – C-692/19 Rn. 30 f.

<sup>23</sup> Vgl. *EuArbRK/Gallner* RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 3 f.; vgl. auch *EuGH*, Ur. v. 17.3.2021 – C-585/19, NZA 2021, 549 (550) Rn. 49; *EuGH*, Ur. v. 20.11.2018 – C-147/17 Rn. 35.

<sup>24</sup> Zum Streitstand: *EuArbRKo/Gallner* RL 2003/88/EG Art. 2 Rn. 19.

<sup>25</sup> *Bissels/Meyer-Michaelis*, DB 2015, 2331 (2333) geht schon von einer ungeschriebenen Erheblichkeitsschwelle *de lege lata* aus.

<sup>26</sup> *Hanau*, *EuZA* 2019, 423 (428 f.).

<sup>27</sup> *EuGH*, Ur. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683.

<sup>28</sup> *EuGH*, Ur. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Tenor.

<sup>29</sup> *Hanau*, *RdA* 2023, 115 (120).

stand des Arbeitszeitrechts abweichungsoffen ausgestaltet, wenn zwei Voraussetzungen gewahrt bleiben:

- Voraussetzung ist, dass „die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird“ – auf ein „Nicht-Können“, eine logische Unmöglichkeit der Arbeitszeitsteuerung kommt es erkennbar nicht an, sondern entscheidend ist, dass der Arbeitgeber sein Fremdsteuerungs- oder Kontrollrecht nicht nutzt – „oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann“. Nur beispielhaft („insbesondere“) nennt Art. 17 bestimmte Personengruppen: V. a. die leitenden Angestellten, sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis (wobei der Bezugspunkt dieser Befugnis offen bleibt), sowie die Arbeit im familiären und kirchlichen Kontext; beide letzteren Fallgruppen sind im Regelfall durch eine dominierende ideell-intrinsische Motivation und ein starkes Eigeninteresse/eine starke Identifikation mit den Arbeitsinhalten gekennzeichnet. Der EuGH hebt hervor, dass die *gesamte* Arbeitszeit einer Person die von Art. 17 in den Blick genommenen besonderen Merkmale aufweisen muss, um eine Abweichung zulässig zu machen.<sup>30</sup>
- Ferner müssen die „allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer“ Beachtung finden. Gerade in Abgrenzung zum Postulat „gleichwertiger“ Ausgleichsruhezeiten in Art. 17 Abs. 2 RL 2003/88 für den Fall der tarifvertraglichen Abweichung muss der Gesetzgeber beim Vorgehen nach Art. 17 Abs. 1 wohl gerade keine gleichwertigen Schutzmechanismen implementieren. Er darf nur ein elementares Mindestschutzniveau, das sich schon aus der allgemeinen Arbeitsschutzrichtlinie 89/391/EWG ergibt, nicht verletzen. Es ließe sich zum Beispiel durch die Verpflichtung zu regelmäßigen Gefährdungsbeurteilungen wohl wahren.

Das ArbZG setzt in § 18 Abs. 1 deutlich enger an: Es wird ein abschließender Katalog formuliert, der es im Wesentlichen bei der Wiedergabe der beispielhaft aufgeführten Fallgruppen aus Art. 17 der Richtlinie belässt. Der beispielhafte Charakter der Richtlinienbestimmung böte dagegen die Möglichkeit, umfassende Ausnahmen von Arbeitszeitgrenzen – und der korrespondierenden Pflicht zur Arbeitszeiterfassung – für vergleichbare Fallgruppen zu schaffen. Dies könnte den Weg zu einer weiterhin sehr autonomen und unbürokratischen Handhabung der Vertrauensarbeitszeit sowie der selbstbestimmten Befassung mit Arbeitsinhalten in Kreativberufen öffnen: Vergleichbar mit den benannten Fallgruppen sind Eigeninteresse und Identifikation mit den Arbeitsinhalten dabei stark; Fremdsteuerung wird nicht ausgeübt.

#### 4. Zulässige Höchstdauer der Arbeitszeit

Auch hinsichtlich der zulässigen **Höchstdauer der Arbeitszeit** schöpft das deutsche Arbeitszeitgesetz, die durch die Arbeitszeitrichtlinie eröffneten Spielräume, teils nicht aus. Unionsrechtlich ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 3, 5, 6 der Richtlinie die Vorgabe einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden, bezogen auf einen 7-Tages-Zeitraum. Nimmt man dies mit der Vorgabe einer täglichen Ruhezeit von 11 Stunden zusammen, ergäbe sich eine tägliche maximale Arbeitszeit von 13 Stunden. Wöchentlich steht dem Arbeitnehmer eine 24-stündige individuelle Ruhezeit zu.

Dieses Grundmodell unterliegt mitgliedschaftlichen Abweichungsmöglichkeiten:

- So kann insbesondere der Betrachtungszeitraum für die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden auf eine Durchschnittsbetrachtung innerhalb von vier Monaten ausgeweitet werden;
- die individuelle 24-stündige Ruhezeit könnte auch zu einer 14-tägig zu gewährenden 48-stündigen Ruhezeit kumuliert werden. Weitere Ausnahmen sind nach Art. 17 Abs. 2 für bestimmte Berufsgruppen zulässig, setzen aber im Grundsatz einen gleichwertigen Ausgleich voraus, der nur unter sehr strengen Voraussetzungen durch einen Mindestschutz ersetzt werden kann.

Das deutsche Arbeitszeitgesetz setzt dem ein deutlich starres Korsett entgegen: § 3 gibt zunächst eine tägliche Höchstarbeitszeit von grundsätzlich nicht mehr als 8 Stunden vor und bleibt damit hinter den europarechtlich möglichen 13 Stunden deutlich zurück. V. a. kulturelle Gründe sprechen für das Konzept einer kollektiven sonntäglichen Arbeitsruhe; aus dem Zusammenspiel beider Regelungen ergibt sich, dass ein werktäglicher 6-Tage-Zeitraum zur Verfügung steht. Ausnahmsweise ist nach § 3 Satz 2 eine Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit auf bis zu 10 Stunden zulässig, jedoch nur, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten (oder innerhalb von 24 Wochen) ein Ausgleich erzielt wird. Das im Übrigen sehr starre deutsche Regelungsmodell schießt hier punktuell ein ganzes Stück über den viermonatigen Ausgleichszeitraum nach Art. 16 lit. b der Richtlinie hinaus. Ob das geht, ist umstritten: Manche argumentieren damit, dass das deutsche Regelungsmodell insgesamt arbeitnehmergünstiger ist als das europäische; die wohl überwiegende Auffassung hält einen derartigen Günstigkeitsvergleich hier nicht für zulässig.

§ 7 ArbZG enthält schließlich einige kollektivvertragliche Abweichungsmöglichkeiten, die aber teilweise die Grenzen des Unionsrechts überschreiten, insbes. wenn pauschal die Kategorien Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst aus dem Arbeitszeitbegriff herausgerechnet werden.

<sup>30</sup> *EuGH*, Urt. v. 17.3.2021 – C-585/19 Rn. 62 – Academia de Studii Economice din București, NZA 2021, 549; Urt. v. 26.7.2017 – C-175/16 Rn. 31 f. – Hälvä ua, NZA 2017, 1113; Urt. v. 7.9.2006 – C-484/04 Rn. 20 – Kommission/Vereinigtes Königreich, BeckRS 2006, 70660.

## 5. Großes Opt-Out?

Geradezu erstaunliche<sup>31</sup> Rechtsmacht gibt den Mitgliedstaaten schließlich Art. 22 der Richtlinie, der es ermöglicht, Arbeitnehmer sogar vom Kernelement unionalen Arbeitzeitschutzes, der wöchentlichen Höchstarbeitszeit, freizustellen, wenn die Freiwilligkeit dieser Entscheidung sichergestellt wird. So plausibel dieser Gedanke – v. a. im Hinblick auf die Intention des Fremdbestimmungsschutzes – auch ist, so groß scheint auch hier das Problem, die Freiwilligkeit wirksam zu sichern. Und: Auch hier wäre ein Schutzminimum sicherzustellen, ggf. orientiert am Gesundheitsschutz von leitenden Angestellten, wie ihn das BAG bereits in einer frühen Entscheidung zu Recht für unerlässlich gehalten hat. Dies gebietet schon Art. 31 Abs. 2 EuGRCh der Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten zu europäischen Grundrechten erhebt.<sup>32</sup>

## V. Fazit

Das Thema Arbeitszeit hat eine große rechtliche und gesellschaftliche Spannbreite, es ist nicht eindimensional, sondern berührt viele – fast möchte man sagen: arbeitskulturelle – Belange und das soziale Miteinander in unserer Gesellschaft. Gibt es wirklich den scharfen Gegensatz von Arbeit und Leben, den Arbeitszeitrichtlinie und -gesetz gedanklich voraussetzen, und den zu manifestieren, zu dokumentieren eine strikte Pflicht zur Arbeitszeiterfassung zwingt? Die Lebenswirklichkeit lehrt, dass dies – zum Glück – nicht so ist:

Schon die Vereinbarkeit von Familie und Beruf braucht ein kooperatives Miteinander, Vertrauen und wechselseitige Bereitschaft zu flexibler Rücksichtnahme. Im Home-Office oder im Modell der Vertrauensarbeitszeit ist gerade erst ein Nebeneinander, ein Überlappen von „privat“ und „dienstlich“ erreicht worden, das von den Betroffenen oft als vorteilhaft und bewahrenswert empfunden wird. Bei zu starrer Ausgestaltung des Arbeitszeitrechts droht ein Rückfall: Arbeit und Privatbelange müssten strikt getrennt werden. Selbst die Entgegennahme eines privaten Telefonats, eines Pakets oder die nebenbei laufende Kinderbetreuung drohen zur Pflichtverletzung und zum Arbeitszeitbetrug zu werden, würde das staatliche Recht künstliche Trennungen beider Sphären und deren exakte Dokumentation erzwingen.

Auch das soziale Miteinander in den Betrieben ist letztlich darauf angewiesen, dass ohne bürokratischen Aufwand auch das persönliche Gespräch, die Kaffee- oder Rauchpause möglich sind. Erzwingt man Sphärentrennungen drohen der persönliche, private Plausch oder die Raucherpause ohne „Ausstechen“ zum Arbeitszeitbetrug zu wer-

den. Bislang funktioniert dieses wichtige soziale Miteinander in den Betrieben in den allermeisten Fällen sehr gut, weil typische Abweichungen und Arbeitsunterbrechungen stillschweigend toleriert werden, wenn es ein „Geben und Nehmen“ an Flexibilität ist.

Bei starren Begrenzungen drohen arbeitsrechtliche Konfliktverschärfungen. Das gut Gemeinte bewirkt dann das Gegenteil: Unternehmen würden ggf. strikt auf die bislang vielfach unterbliebene Abgrenzung von Pausenzeiten achten, ein bislang sinnvoll und reibungslos praktiziertes Nebeneinander von Privatbelangen und Arbeit würde rechtlich verunmöglicht. Die Streitfälle in den Betrieben nähmen massiv zu.

Der Gesetzgeber sollte dies im Blick haben, wenn er das wichtige Thema einer verbesserten Arbeitszeitregulierung und -erfassung angeht. Es gilt, einerseits wirksamen Gesundheits- und Fremdbestimmungsschutz dort zu gewährleisten, wo reale Gefahren für diese Güter durch fremdbestimmte Überforderung drohen. Andererseits muss man eine zu starke Verrechtlichung und schematische Bürokratisierung vermeiden: Sie erzwingt künstliche Trennungen von Arbeit und Leben gerade dort, wo sie z. B. im Interesse einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf gerade erst mühsam überwunden wurden. Hier gilt es, das Ausmaß von wünschenswerter Freiheit und notwendiger Regulierung klug auszutarieren. Das Unionsrecht gibt dazu vielfältige Möglichkeiten.

<sup>31</sup> Vgl. EUArbRKO/Gallner Art 22 Rn. 1: „eine der umstrittensten Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie“.

<sup>32</sup> Zum Verhältnis zum Sekundärrecht und Bindung des deutschen Gesetzgebers siehe: EUArbRKO/Gallner RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 31, 37 ff.