

Betriebs Berater

10 | 2020

M&A ... GwG ... Wegzugsbesteuerung ... Corporate Governance ... Arbeitszeiterfassung ...

2.3.2020 | 75. Jg.
Seiten 513–576

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Stefan Müller

Deutscher Public Corporate Governance-Musterkodex (D-PCGM) –
ein neuer Kompass im Gestrüpp von Legitimität und Legalität

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Stephan R. Göthel, LL.M., RA, und **Dennis Graminsky**

Trägerische Sicherheit – die Grenzen der Rechtswahl bei internationalen M&A-Verträgen | 514

Dr. Ulrike Suendorf-Bischof, RAin

Die persönliche Haftung des Geldwäschebeauftragten nach dem Geldwäschegesetz | 522

STEUERRECHT

Prof. Dr. Jan F. Bron, LL.M. oec., StB

Übermaßbesteuerung durch neue Verrechnungsbeschränkungen für Verluste aus Kapitalanlagen
(§ 20 Abs. 6 EStG) | 535

Prof. Dr. Jens Escher, LL.M., RA/StB/FAStR, und **Patrick Grzella**, RA

Aktuelles zur Wegzugsbesteuerung gem. § 6 AStG | 540

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Christopher Koch, **Melanie Großastroth**, M.Sc., und **Ann-Kristin Guth**, M.Sc.

Unabhängigkeitsanforderungen an Aufsichtsratsmitglieder nach dem neuen DCGK:
Implikationen für Unternehmen | 555

ARBEITSRECHT

Dr. Philipp Wiesenecker, RA/FAArbR

Arbeitszeiterfassung im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes | 564

Dr. Philipp Wiesenecker, RA/FAArbR

Arbeitszeiterfassung im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes

Die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit wird kommen. Seit dem Urteil des EuGH vom 14.5.2019 (C-55/18 – CCOO, BB 2019, 1978) ist die Erfassung und Messung der Arbeitszeit das Thema im Arbeitsrecht. Der EuGH hatte bekanntlich eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten festgestellt, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die von jedem Beschäftigten geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Viele fürchten einen Rückschritt zu Arbeitsrecht 1.0 oder gar eine Rückkehr zur Stechuhr, andere halten die Aufregung für unbegründet, weil sie bereits seit Jahren erfassen. Dieser Beitrag setzt sich mit dem Einfluss des BetrVG auf die Europarechtliche Vorgabe zur Arbeitszeiterfassung auseinander.

I. Einführung

Dass sich die Vorgaben ändern dürften, steht fest, wie, wird jedoch diskutiert. Das BMAS hat dazu ein Gutachten in Auftrag gegeben, das in Auszügen veröffentlicht wurde,¹ das Bundeswirtschaftsministerium hat ebenfalls die Frage nach gesetzgeberischem Handlungsbedarf begutachten lassen, das Ergebnis jedoch nicht veröffentlicht.²

Doch wie wirkt die Betriebsverfassung auf die Europarechtliche Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ein? Folgende Fragen stellen sich:

1. Hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei der Umsetzung einer Arbeitszeiterfassung – und spielt es eine Rolle, ob sich das Unternehmen darauf beschränkt, die europäischen Vorgaben (bzw. später deren gesetzliche Umsetzung) einzuführen oder ob es mehr regelt? Kann der Betriebsrat gar eine Regelung zur Zeiterfassung erzwingen, hat also ein Initiativrecht?
2. Welcher Gestaltungsspielraum besteht bei einer Betriebsvereinbarung zur Regelung der Arbeitszeiterfassung und welche Grenzen sind zu beachten? Gelten in Folge des Urteils des 5. Senats des BAG vom 26.6.2019³ strengere Maßstäbe als bisher?
3. Schließlich: Trifft die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auch den Betriebsrat?

Ausgangspunkt ist eine genauere Bestimmung der bestehenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Zusammenhang mit der Erfassung der Arbeitszeit.

II. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Implementierung einer Arbeitszeiterfassung

1. Grundlagen der Mitbestimmung zur Arbeitszeit

In Bezug auf die Arbeitszeit kommen mehrere Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in Betracht. Nicht alle sind einschlägig.

Zunächst hat der Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitzubestimmen bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen

Wochentage. Insoweit besteht zwar kein Mitbestimmungsrecht über die Dauer der Arbeitszeit, sondern „nur“ über die Lage der Arbeitszeit: Der Zweck des Mitbestimmungsrechts besteht darin, die Grenze zwischen Arbeitszeit und Freizeit zu bestimmen.⁴ Ob es aber bei der Arbeitszeiterfassung einschlägig ist, hat das BAG offen gelassen.⁵ Die Instanzrechtsprechung bejaht ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG im Zusammenhang mit der Einführung von Vertrauensarbeitszeit.⁶ In diesem Zusammenhang seien auch die Modalitäten – also auch die Frage der Zeiterfassung – mitbestimmungspflichtig.⁷ Praktisch wird das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG aber auch bei Reisezeiten auswärtiger Mitarbeiter. Während dort die „echte“ Reise – also die Zeit vom Heimatort zum Einsatzort – regelmäßig⁸ nicht als Arbeitszeit gilt und damit deren Lage nicht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmt ist, sieht dies bei der An- und Abreise des Außendienstmitarbeiters zum Einsatzort seit „Tycos“ anders aus. Der EuGH hatte entschieden,⁹ dass Servicetechniker bei der Anfahrt zum Kunden Arbeitszeit verbringen, weil sie fremdbestimmt im Firmenfahrzeug fahren, weil sie während der Fahrt erreichbar waren und ihnen die jeweiligen Kunden fest zugewiesen waren. Nach Art. 2 Nr. 1 der EG-Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG) ist „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“, Arbeitszeit. Ob die Reisezeit erfasst werden muss und der Betriebsrat hierauf zu achten hat, hängt also im Zweifel maßgeblich von der tatsächlichen Ausgestaltung der Reise ab – und kann insoweit auch vom Unternehmen gesteuert werden. Wird darauf verzichtet, auf der Reisezeit Anweisungen zu erteilen, Arbeiten vorzugeben oder Routen festzulegen, handelt es sich nicht um Arbeitszeit – Beginn der Anfahrt und Ende der Abfahrt sind dann nicht mitbestimmt.

Auch die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit ist mitbestimmungspflichtig, § 87 Abs. 1

1 Bayreuther, NZA 2020, 1.

2 Specht, Handelsblatt vom 28.1.2020, https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/arbeitszeitgesetz-opposition-wirft-altmaier-geheimniskraemerei-und-unterlassene-hilfeleistung-vor/25482800.html?ticket=ST-10127990-BqepVFwdMCZ3q6uoantx-ap5_zuletzt_abgerufen_am_23.2.2020: „Opposition wirft Altmaier Geheimniskrämerei und ‚unterlassene Hilfeleistung‘ vor“.

3 BAG, 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, BB 2019, 2683.

4 BAG, 30.6.2015 – 1 ABR 71/13.

5 BAG, 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, BB 1990, 1062, NZA 1990, 406.

6 LAG Niedersachsen, 22.10.2013 – 1 TaBV 53/13, BeckRS 2013, 74911, ein Initiativrecht des Betriebsrats auf Einführung einer digitalen Zeiterfassung ablehnend, und LAG Berlin, 29.11.2005 – 7 TaBV 1471/05, BeckRS 2009, 54792.

7 Däubler, in: Däubler u. a. (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 99. Fitting, in: Fitting u. a. (Hrsg.), BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 87, Rn. 115f; Richardi, in: ders., BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 298.

8 Ausnahmen gelten für Außendienstmitarbeiter, bei denen die gesamte Tätigkeit auf den Kundenbesuch hin ausgerichtet ist (BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 292/08, BB-Entscheidungsreport Fabritius, BB 2010, 642).

9 EuGH, 10.9.2015 – C-266/14, RIW 2016, 67 („Tycos“).

Nr. 3 BetrVG. In der betrieblichen Praxis dürfte hier die Anordnung von Überstunden im Mittelpunkt stehen – die nur dann mitbestimmungspflichtig ist, wenn sie kollektiv angeordnet wird, also nicht im bloßen Einzelfall.¹⁰ Insofern spielt das Mitbestimmungsrecht bei der Erfassung von Überstunden eine Rolle, als die Grenzen des Arbeitszeitgesetzes bei einer Regelung von Überstunden zu beachten sind.¹¹ Aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG folgt kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, soweit eine allgemeine Zeiterfassung in Rede steht. Das gilt zweifelsohne für die manuelle Zeiterfassung. Aber auch ein allgemeines Zugangssystem durch Stempeln oder Zutrittskarten ermöglicht keinen Rückschluss auf Leistung und Verhalten. Ähnlich wie bei Betriebsdaten, die Auskunft über die Fertigung eines Produkts geben können (etwa durch Messung des Materialverbrauchs), führt auch bei Zutrittsdaten erst die Verknüpfung mit leistungserheblichen Daten zur Mitbestimmung, also etwa die Verknüpfung der Zutritts- und Gehenszeit mit der vom Arbeitnehmer produzierten Arbeitsmenge.¹² Anders ist das bei Zeitstempeln, mit denen Beginn und Ende einzelner Arbeitsvorgänge bestimmt werden können und die unmittelbar Rückschlüsse auf die jeweilige Arbeitsleistung an einer Maschine ermöglichen.¹³ Keinesfalls aber hat der Betriebsrat aus § 87 Abs. 6 BetrVG ein Initiativrecht zur Einführung einer elektronischen Zeiterfassung.¹⁴ Zweck des Mitbestimmungsrechts ist die Verhinderung von Gefahren aus Überwachungsmaßnahmen, die der Betriebsrat erst schaffen würde, wenn er eine Überwachungsmaßnahme einführen könnte – zumal die Zeiterfassung als solche ohnehin keine Überwachungsmaßnahme darstellt.

Aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG folgt ein Mitbestimmungsrecht bei der Regelung über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften. Dabei ist die Aufgabe des Betriebsrats nicht, den Arbeitgeber zu überwachen. Er hat die (über § 89 BetrVG vermittelte¹⁵) Pflicht, die Einhaltung des Arbeitsschutzes sicher zu stellen, und deshalb auch ein Initiativrecht zur Einführung etwaiger arbeitsschützender Regelungen.¹⁶ Auch insoweit aber wird er die Einführung eines (technischen) Zeiterfassungssystems nicht fordern können, schon, um sich nicht mit der Wertung zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Widerspruch zu setzen. Zudem ist eine technische Einrichtung wie ein Zeiterfassungssystem gerade keine Regelung.

Auf die Tagesordnung kommen die – vermeintlichen oder tatsächlichen – Rechte des Betriebsrats häufig aber gar nicht über § 87 BetrVG, sondern über die allgemeine Überwachungsaufgabe des Betriebsrats aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 9 BetrVG, also der Überwachung der Durchführung von arbeitnehmerschützenden Gesetzen, Verordnungen und Unfallverhütungsvorschriften (Nr. 1) und der Förderung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes und des Umweltschutzes (Nr. 9). Was den Arbeitsschutz angeht, ist die durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz eingefügte Vorschrift des § 80 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG ohne eigene Bedeutung, da insoweit bereits das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 und das Mitwirkungsrecht des § 89 BetrVG greifen.¹⁷ Danach hat der Betriebsrat hinsichtlich der Einhaltung des ArbZG gem. § 89 BetrVG das Recht, aber auch die Pflicht,¹⁸ die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften zu überwachen und bei Verstößen nach Abhilfe zu suchen. Das bedeutet praktisch aber, dass es nicht nur die Rolle des Betriebsrats ist, den Arbeitgeber bei etwaigen Verstößen gegen das Arbeitszeitgesetz um Abhilfe zu ersuchen, sondern auch, bei etwaigen Verstößen der Arbeitnehmer ge-

gen ihre (oft vertraglichen) Pflichten zur Einhaltung der Arbeitszeitgesetze tätig zu werden. Der Betriebsrat ist insofern nicht (einseitig) zur Überwachung des Arbeitgebers, sondern (beidseitig) zur Überwachung der Einhaltung der Gesetze zuständig. Insofern mag zwar aus der Verpflichtung zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nicht das *Verbot* resultieren, bei massiven Verstößen des Arbeitgebers die Behörden zu informieren,¹⁹ wohl aber das *Gebot*, bei auf Verschulden der Arbeitnehmer beruhenden Verstößen für Abhilfe zu sorgen.

2. Initiativrecht zur Einführung einer Arbeitszeiterfassung aus dem Urteil des EuGH vom 14.5.2019?

Nun könnte das Urteil des EuGH vom 14.5.2019, jedenfalls wenn es die privaten Arbeitgeber verpflichten würde, dazu führen, dass der Betriebsrat ein Initiativrecht auf Einführung einer technischen Arbeitszeiterfassung hätte, das er bisher nach allgemeinen Grundsätzen nicht hätte.

Im Ergebnis ist das nicht der Fall. Jedenfalls solange keine gesetzliche Pflicht zur Einführung einer technischen Arbeitszeiterfassung besteht, hat der Betriebsrat keine Möglichkeit, im Wege eines Initiativrechts schon vorsorglich eine den Vorgaben des EuGH genügende Zeiterfassung zu erzwingen.

Das Urteil des EuGH verpflichtet unmittelbar nur die Mitgliedstaaten.²⁰ Allerdings folgert der EuGH aus Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtscharta im Urlaubs- wie im Diskriminierungsrecht eine unmittelbare Wirkung gegenüber Privaten, woraus zum Teil gefolgert wird, die Begrenzung der Höchstarbeitszeit mit der Verpflichtung auf bezahlten Jahresurlaub gleich zu stellen und also eine unmittelbare Verpflichtung des Arbeitgebers anzunehmen.²¹ Mit Blick auf den identischen Schutzzweck der Begrenzung der Höchstarbeitszeit und dem Recht auf bezahlten Jahresurlaub wäre es in der Tat „überraschend“,²² wenn der EuGH hier zweierlei Maß anwendete.

Ob die Einführung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung aber unmittelbar den Arbeitgeber verpflichtet oder doch nur den Mitglied-

10 *Fitting*, in: *Fitting u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 134; *Richardi*, in: *ders.*, *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, Rn. 339; *Klebe*, in: *Däubler u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, Rn. 121; *Kania*, in: *ErFK BetrVG*, 20. Aufl. 2020, *BetrVG* § 87, Rn. 32.

11 *Fitting*, in: *Fitting u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 145 m. w. N.

12 Ebenso *Richardi*, in: *ders.*, *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 497; a. A. *Fitting*, in: *Fitting u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 223, 244.

13 LAG Düsseldorf, 21.11.1978 – 19 TaBV 39/78, DB 1979, 459; *Fitting*, in: *Fitting u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 244; *Richardi*, in: *ders.*, *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 497.

14 BAG, 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, AP *BetrVG* 1972 § 87 Initiativrecht Nr. 4; nun auch *Fitting*, in: *Fitting u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 251; *Richardi*, in: *ders.*, *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 530 m. w. N.

15 Und sich auf diese Sanktion beschränkende Pflicht: Normadressat des gesetzlichen Arbeitsschutzes bleibt der Arbeitgeber, vgl. *Fitting*, in: *Fitting u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 257 m. w. N. Der Betriebsrat ist also nur mittelbar – mit der Sanktion einer Auflösung gem. § 23 Abs. 1 BetrVG bei erheblichen, groben und hartnäckigen Missachtungen – auf den Arbeitsschutz verpflichtet. Weist allerdings der Arbeitgeber wiederholt die Mitarbeiter an, die Arbeitszeiten einzuhalten, und Verstößen diese wiederholt dagegen, wird der Betriebsrat insoweit auch gegenüber den Arbeitnehmern und damit seinen Wählern tätig werden müssen, will er keine Pflichtverletzung riskieren.

16 *Fitting*, in: *Fitting u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 583 ff.; *Kania*, in: *ErFK BetrVG*, 20. Aufl. 2020, *BetrVG* § 87, Rn. 9; *Richardi*, in: *ders.*, *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, Rn. 68.

17 *Fitting*, in: *Fitting u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 89 BetrVG, Rn. 1; *Annuß*, in: *Richardi* (Hrsg.), *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 89, Rn. 1; *Kania*, in: *ErFK BetrVG*, 20. Aufl. 2020, *BetrVG* § 89, Rn. 1.

18 *Fitting*, in: *Fitting u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 89 BetrVG, Rn. 39, *Annuß*, in: *Richardi* (Hrsg.), *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 89, Rn. 42, auch zu den Rechtsfolgen bei grobem Verstoß.

19 *Fitting*, in: *Fitting u.a.* (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 89, Rn. 23; *Annuß*, in: *Richardi* (Hrsg.), *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 89, Rn. 19.

20 EuGH, 21.10.2010 – C-227/09 – *Accardo and Others*, NZA 2011, 215.

21 *Brors*, NZA 2019, 1176, 1179 m. w. N. zur Rechtspr. des EuGH. Zum Meinungsstand *Bayreuther*, NZA 2020, 1, dort Fn. 15.

22 *Brors*, a. a. O.

staat, kann in Bezug auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats dahinstehen: Er hat zwar gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die grundlegende Aufgabe, die Durchführung der dort genannten Normen zu überwachen, die sich zu Gunsten der Arbeitnehmer auswirken können – und damit auch die Einhaltung von Richterrecht und dort normierter Grundsätze.²³ Es sprengt jedoch die Grenzen des Wortlauts, wollte man auch die Grundrechtecharta als zugunsten der Arbeitnehmer „geltende Gesetze“ auslegen. Es handelt sich deshalb auch bei der Rechtsprechung des EuGH nicht um eine unmittelbare Verpflichtung des Arbeitgebers, die im Wege eines Initiativrechts gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG durchgesetzt werden kann:²⁴ Die Regelungskompetenz des Betriebsrats hat sich im Rahmen der „gesetzlichen“ Vorschriften zu bewegen, die es noch nicht gibt. Dass der EuGH – abstrakt – von einer „konkreten Gefährdungslage“ ausgeht, wenn keine Arbeitszeiterfassung vorliegt, hat mit der nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG geforderten konkreten Gefährdungslage für Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer nichts zu tun: Vielmehr muss, um ein durch die Einigungsstelle erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu begründen, von diesem (!) eine konkrete Gefahr oder zumindest Gefährdung festgestellt sein oder werden, um die Grundlage für das Tätigwerden der Einigungsstelle zu schaffen.²⁵ Nur, weil der EuGH also eine Gefährdung der Rechte der Arbeitnehmer erkennt, kann der Betriebsrat nicht die Einführung einer Arbeitszeitregelung durch Einigungsstelle und am Gesetzgeber vorbei verlangen.

3. Regelungskompetenz und Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung einer Arbeitszeiterfassung

Umgekehrt aber kann aber ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung eines technischen Systems zur Arbeitszeiterfassung auf Veranlassung des Arbeitgebers nicht mit der Begründung negiert werden, es würden nur zwingende gesetzliche Vorgaben umgesetzt.

Zwar gilt gem. § 87 Abs. 1 Hs. 1 BetrVG der Vorrang des Gesetzes. Der Betriebsrat hat danach nur mitzubestimmen, „soweit eine gesetzliche [...] Regelung nicht besteht“. Das setzt jedoch nach gefestigter Rechtsprechung des BAG eine „abschließende“ gesetzliche Regelung voraus, die die Interessen der Arbeitnehmer hinreichend schützt und keine Ausgestaltungsmöglichkeit durch die Betriebsparteien mehr übrig lässt.²⁶ Davon kann jedenfalls solange nicht die Rede sein, wie eine gesetzliche Umsetzung der Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung fehlt.

III. Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Zeiterfassung durch Betriebsvereinbarung

Soll – unbeschadet des Bestehens eines Mitbestimmungsrechts – mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung zur Erfassung der Arbeitszeit verhandelt und vereinbart werden, wirft dies die Frage nach den Grenzen der Mitbestimmung auf. Das schon deshalb, weil mit der Erfassung der Arbeitszeit regelmäßig die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Arbeitnehmer berührt werden. Zwar sind Erfassung, Verarbeitung und auch Weitergabe der Daten an Aufsichtsbehörden gerechtfertigt, der Methode der Zeiterfassung und der Verarbeitung der Daten im Übrigen sind aber nicht zuletzt durch das Gebot der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 6 Abs. 3 S. 4 DSGVO Grenzen gesetzt.²⁷

Erneut ins Augenmerk der Rechtskontrolle ist die Betriebsvereinbarung im Zusammenhang mit der Arbeitszeiterfassung gerückt, als der 5. Senat des BAG jüngst auf die Unwirksamkeit einer (Gesamt)Betriebsvereinbarung erkannt hat, weil diese den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt habe.²⁸ Sie hatte als Ausgleich für – pauschal zu Grunde gelegte – regelmäßige Mehrarbeit von Mitarbeitern einen – ebenfalls pauschal berechneten – Ausgleich durch freie Arbeitstage vorgesehen. Das führe zur Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung, weil die Voraussetzungen des Mehrarbeitsausgleichs nicht hinreichend klar bestimmt seien und der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt werde. Das BAG verweist in diesem Zusammenhang auf die Binnenschranken der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien, die gemäß § 75 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BetrVG an die Grundsätze von Recht und Billigkeit gebunden seien. Hierzu gehöre auch der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der eine Gleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Sachverhalten sicher zu stellen habe. Daran ändere auch die Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit nichts – auch Arbeitnehmer in Vertrauensarbeit hätten u.U. einen Anspruch auf Überstundenvergütung. Wenn aber das BAG die betreffende Betriebsvereinbarung gem. § 139 BGB nur für teilunwirksam befunden hat, weil der wirksame Teil eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung darstelle, gilt das für eine Betriebsvereinbarung, die eine unverhältnismäßige Zeiterfassung anordnet oder auch unzulässige Gruppen der zur Zeiterfassung verpflichteten bildet, nicht. Diese wäre in ihrem Kernbestand – der Zeiterfassung – unwirksam und hinterließe damit wohl keinen in sich mehr sinnvollen Rest. Auch deshalb ist bei der Ausgestaltung der Betriebsvereinbarung Umsicht geboten.

1. Regelungssperre des § 87 Abs. 1 Hs. 1 BetrVG in Folge der Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019

Die Regelungsmacht der Betriebsparteien bei der Arbeitszeiterfassung endet dort, wo eine zwingende gesetzliche Regelung die Materie abschließend regelt.²⁹

Wenn und soweit also eine gesetzliche Verpflichtung zur Erfassung der Arbeitszeit eingeführt wird, wird es zunächst darauf ankommen, ob diese die Zeiterfassung abschließend regelt. Das dürfte unwahrscheinlich sein – sie dürfte den Betriebsparteien wohl eher ein Gestaltungsrecht zur Regelung der Materie belassen. Selbst wenn aber eine zwingende Regelung in Geltung käme, würde damit nur das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats überlagert, also die Erzwingbarkeit der Betriebsvereinbarung zur Einführung einer Zeiterfassung ausgeschlossen. Die Zulässigkeit einer freiwilligen Betriebsvereinbarung bliebe hiervon unberührt (anders als bei dem Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3, der dann jede Regelung verböte).³⁰

23 *Fitting*, in: *Fitting* u. a. (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 80 *BetrVG*, Rn. 6f. m. w. N.; *Thüsing*, in: *Richardi* (Hrsg.), *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, *BetrVG* § 80, Rn. 9; *Kania*, in: *Erk BetrVG*, 20. Aufl. 2020, *BetrVG* § 80, Rn. 3.

24 A. A. *Brors*, a. a. O., 1179, 1180.

25 BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 25/15, BB 2017, 2616, NZA 2017, 1132 *Fitting*, in: *Fitting* u. a. (Hrsg.), *BetrVG*, 29. Aufl. 2018, § 87, Rn. 295 m. w. N.; *Kania*, in: *Erk BetrVG*, 20. Aufl. 2020, *BetrVG* § 87, Rn. 67; *Werner*, in: *BeckOK ArbR*, Stand: 1.9.2018, *BetrVG* § 87, Rn. 113.

26 BAG, 28.5.2002 – 1 ABR 37/01, BB 2003, 160 Ls, NZA 2003, 171; BAG, 22.7.2008 – 1 ABR 40/70, NZA 2008, 2520.

27 *Bayreuther*, NZA 2020, 1, 6, der von „klaren“ Grenzen spricht.

28 BAG, 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, BB 2019, 2683.

29 *Richardi*, in: *ders.*, *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 87 *BetrVG*, Rn. 146 m. w. N.

30 BAG, 31.1.1969 – 3 AZR 439/68, AP FeiertagslohnzahlungsG § 1 Nr. 26; *Richardi*, in: *ders.*, *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 87 *BetrVG* Nr. 172 m. w. N.

Anderes folgt aber auch nicht aus dem Urteil des EuGH vom 14.5.2019. Selbst wenn man es als unmittelbar den privaten Arbeitgeber verpflichtende Vorgabe verstehen wollte, dürfte es schon nicht die Qualität eines förmlichen oder materiellen Gesetzes haben,³¹ keinesfalls aber die Angelegenheit regeln, sondern nur Vorgaben machen.

2. Einzelne Regelungsaspekte

Wie die Regelungen einer Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeiterfassung im Einzelnen aussehen werden, wird die Praxis zeigen. Regelmäßig nach gesetzlicher Umsetzung zu regeln sein dürfte die Art und Weise der Zeiterfassung in technischer Hinsicht. Dabei sind sinnvollerweise die Vorgaben des EuGH zu beachten, die eine „Messung“ der Arbeitszeit vorgeben: Ob man dies nun eng oder weit auslegen mag: Mit einem bisher im Bereich der Vertrauensarbeitszeit üblichen Verweis auf die Aufzeichnungspflicht der Arbeitnehmer ist es dann jedenfalls nicht mehr getan.

Vielmehr wird eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeiterfassung regeln können und müssen, auf welche technische Art und Weise die Arbeit erfasst wird – wenn dies, wie wohl meist, digital geschieht. Dabei sind insbesondere Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer und die Grenzen des Datenschutzes zu beachten: Es dürfte demnach unzulässig sein, ein System der automatisierten Zustandsüberwachung, etwa mittels Erfassung und Auswertung der Iris, des Pulses oder sonstiger Messungen des körperlichen Zustands vorzuschreiben, jedenfalls, wenn das System über den reinen Zutritt zum Arbeitsplatz hinaus Daten erfasst und zur Bestimmung der Arbeitszeit verwertet.³² Ob allerdings schon eine Zeitkontrolle mittels Fingerprints unzulässig ist, weil es schonendere Mittel gibt,³³ dürfte zweifelhaft sein: Will man neben der Erfassung der Arbeitszeit den Zutritt zum Betrieb sicher regeln, wird man nicht auf Stempelkarten oder gar mechanische Erfassungsmethoden verweisen können.

IV. Arbeitszeiterfassung auch für den Betriebsrat?

Im Zuge der Regelung einer Arbeitszeiterfassung durch Betriebsvereinbarung stellt sich die Frage, ob die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auch für den Betriebsrat selbst gilt. Muss der Betriebsrat seine Arbeitszeit ebenfalls erfassen?³⁴

1. Europarechtlicher Maßstab

Das Urteil des EuGH vom 14.5.2019³⁵ spricht dafür: Wenn die von jedem Beschäftigte geleistete tägliche Arbeitszeit mittels eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems gemessen werden muss, dann gilt das im Grundsatz auch für die Arbeitszeit des Betriebsrats. Der EuGH weist auf das in Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta verbürgte Recht „eines jeden Arbeitnehmers“ hin, die täglichen Höchstarbeitszeiten zu begrenzen.³⁶ Auch die Richtlinie 2003/88 nimmt (natürlich) nicht den Betriebsrat von ihrem Anwendungsbereich aus. Das wesentliche Ziel der Richtlinie, einen wirksamen Schutz der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer sowie einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer sicherzustellen, muss insoweit auch für den Betriebsrat gelten. Er unterliegt als Arbeitnehmer – unabhängig von Amt oder Freistellung – dem Schutzzweck der Richtlinie.

2. Rechtsprechung des BAG

Das BAG hat es (freilich noch vor dem Urteil des EuGH in der Rechtssache CCOO) mit Urteil vom 18.1.2017 (7 AZR 224/15)³⁷ offen gelassen, ob die Zeit der Erbringung der Betriebsrats Tätigkeit Arbeitszeit im Sinne von § 2 Abs. 1 ArbZG ist. Jedenfalls sei die in § 5 Abs. 1 ArbZG zum Ausdruck kommende Wertung, nach der eine ununterbrochenen Ruhezeit von elf Stunden für Arbeitnehmer einzuhalten ist, bei der Beurteilung berücksichtigt werden, ob und wann es einem Betriebsratsmitglied zumutbar sei, seine Arbeit nach einer (außerhalb der Arbeitszeit liegenden) Betriebsratssitzung fortzusetzen. Die Wertung sei deshalb übertragbar, weil die Betriebsratsarbeit einen Bezug zum Arbeitsverhältnis habe, der nicht zuletzt darin zum Ausdruck komme, dass die Mitgliedschaft im Betriebsrat gem. §§ 8 Abs. 1 Nr. 1, 24 Nr. 3 BetrVG das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraussetze und die Betriebsratsaufgaben im Interesse des Betriebs und der Belegschaft wahrgenommen werden, betriebliche Belange regeln und im Übrigen auch eine Verpflichtung des Betriebsratsmitglieds zur Teilnahme bestehe.³⁸

3. Folgerungen für die Zeiterfassung des Betriebsrats

Bei der Bewertung der Frage, ob die Zeiten der Arbeit – oder gar die der Betriebsrats Tätigkeit – auch für Betriebsräte zu erfassen sind, gelten dieselben Erwägungen und Wertungen. Sie kann nach den Vorgaben des EuGH auch nicht offen bleiben, sondern ist zu beantworten. Auch nach den Maßstäben des EuGH ist es für das Vorliegen von Arbeitszeit entscheidend, ob Arbeitnehmer ohne größere Zwänge über ihre Zeit verfügen und ihren eigenen Interessen nachgehen können.³⁹ Es ist dies derselbe Maßstab, den das BAG anlegt, wenn es die Pflicht des Betriebsrats zur Teilnahme an Betriebsratssitzungen (und der übrigen ihnen nach dem BetrVG obliegenden Aufgaben) bemüht. Neben der Verpflichtung des Betriebsrats spricht auch der Zweck der Betriebsrats Tätigkeit dafür, dass es sich um Arbeitszeit handelt: Die Tätigkeit des Betriebsrats dient dem Betrieb und den Mitarbeitern. Ganz ähnlich wie Reisezeit mag sie nicht immer unmittelbar den Betriebszwecken dienen, jedenfalls aus Sicht des Unternehmens. Sie tut es aber mittelbar, oder ist jedenfalls nicht eigennützig, sondern fremdnützig – oder sollte es jedenfalls sein.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Belastungsschutz des BetrVG. Aus §§ 37 Abs. 2 und insbesondere Abs. 3 BetrVG folgt zwar, dass Betriebsräte von ihrer beruflichen Tätigkeit zur Durchführung

31 Dazu *Richardi*, in: *Richardi* (Hrsg.), *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG, Rn. 145.

32 So auch *Bayreuther*, *NZA* 2020, 1, 6 m. w. N.

33 So der *ÖstOGH*, 20.12.2006 – 9 ObA 109/06, auf den *Bayreuther* a. a. O. verweist.

34 Ob Betriebsrats Tätigkeit Arbeitszeit ist, ist in der Literatur umstritten. Dafür *Buschmann/Ulber*, *ArbZG*, 8. Aufl. 2015, § 2, Rn. 39; *Schulze*, *ArbRAktuell* 2012, 475; *Wedde*, in: *Däubler/Klebe/Wedde* (Hrsg.), *BetrVG digital*, 15. Aufl. 2019, § 37, Rn. 42 f; dagegen *Bengelsdorf*, *AuA* 2001, 71; *Kock*, in: *BeckOK ArbR*, Stand: 1.12.2019, § 2 ArbZG, Rn. 29; *Tillmanns*, *ArbRAktuell* 2012, 475; *Söhl*, *ArbRAktuell* 2015, 570; *Thüsing*, in: *Richardi*, *BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 37 BetrVG, Rn. 13; *Schaub/Vogelsang*, *ArbR-Handbuch*, 18. Aufl. 2019, § 156, Rn. 14; *Weber*, in: *Wiese u. a.* (Hrsg.), *GK-BetrVG*, 11. Aufl. 2018, § 37, Rn. 13; *Wichert*, in: *Boecken u. a.* (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2016, § 2 ArbZG, Rn. 28; *Wiebauer*, *NZA* 2013, 540; *Kamann*, *ArbRAktuell* 2017, 133. Das muss so generell hier nicht beantwortet werden – zu entscheiden ist allerdings, ob die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auch für den Betriebsrat gilt.

35 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO, BB 2019, 1978.

36 EuGH, a. a. O. (Fn. 35).

37 BB 2017, 1533, *NZA* 2017, 791.

38 BAG, 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, BB 2019, 2683.

39 EuGH, 10.9.2015 – C-266/14, *RIW* 2016, 67 („Tyco“), Rn. 37 m. w. N.

ihrer Aufgaben im erforderlichen Umfang zu befreien sind, sowie weiter, dass Betriebsratsmitglieder für Betriebsratsstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit Anspruch auf Arbeitsbefreiung haben. Das schützt sie aber nicht davor, dass die von § 3 Abs. 1 ArbZG vorgesehene werktägliche Arbeitszeit nicht überschritten wird: Übersteigt etwa die Betriebsratsstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit – man denke an eine Einigungsstelle, die während des Wochenendes am Samstag und Sonntag tagt – die Grenzen der täglichen Arbeitszeit, kann das durch eine Befreiung von der Arbeitspflicht am Montag auch nicht kompensiert werden. Ähnliches gilt, wenn ein Betriebsrat – freigestellt oder nicht – im vollen Umfang seiner Arbeitswoche Betriebsratsaufgaben wahrnimmt: Auch dann ist der Mechanismus aus § 37 BetrVG kein Korrektiv und zieht keine Grenze, beugt also Überlastung gerade nicht vor.⁴⁰

Es lassen sich zwar trefflich Argumente finden, warum und inwieweit Betriebsratsarbeit sich von der Arbeitsleistung unterscheidet. Insbesondere ist das Betriebsratsamt ein Ehrenamt, § 37 Abs. 1 BetrVG – was insbesondere darin zum Ausdruck kommt, dass weder die Übernahme des Amtes noch die Art der Amtsausübung dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegen. Deshalb ist auch die zeitliche Gestaltung der Betriebsratsstätigkeit im Wesentlichen der Gestaltungsmacht des Arbeitgebers entzogen. Das spricht jedoch nicht gegen die Zuordnung der Betriebsratsstätigkeit zur Arbeitszeit.⁴¹ Schutzzweck des Arbeitszeitrechts ist es nicht, das Weisungsrecht des Arbeitgebers zu begrenzen, sondern, den Arbeitnehmer vor Überlastung zu schützen. Deshalb gilt die Begrenzung der täglichen Arbeitszeit auch, wenn der Arbeitnehmer diese eigenverantwortlich überschreitet, etwa in Form geduldeter oder erforderlicher Überstunden.

V. Fazit und Ausblick

Die Arbeitszeiterfassung ist eine Frage von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, weil sich daraus vergütungsrechtlich Ansprüche auf Überstunden, aber vor allem auch arbeitsschutzrechtlich Grenzen des Mitarbeiterinsatzes ergeben können. Unternehmen können derzeit (fast) nur abwarten, was der Gesetzgeber unternimmt. Es bleibt zu hoffen, dass er den Betriebsparteien hinreichend Regelungsräume überlässt, um es zu ermöglichen, den jeweiligen betrieblichen Besonderheiten angemessen Rechnung zu tragen.

Unternehmen können aber auch insofern abwarten, als sie wohl weder eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie zum unverzüglichen Handeln zwingt, noch der Betriebsrat eine technische Erfassung der Arbeitszeit erzwingen kann.

Wenn und sobald allerdings eine Betriebsvereinbarung zur Erfassung der Arbeitszeit eingeführt wird, dürfte sie auch für den Betriebsrat Geltung beanspruchen.

Dr. Philipp Wiesenecker ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei GvW Graf von Westphalen in Frankfurt a.M. Er berät und vertritt Unternehmen insbesondere in Kündigungsschutzverfahren, im Betriebsverfassungsrecht und bei Restrukturierungen.



40 A. A. Wiedbauer, NZA 2013, 540, 542.

41 A. A. Wiedbauer, NZA 2013, 540, 541.

BAG: Kein Urlaubsanspruch im Altersteilzeitmodell im Blockmodell während Freistellungsphase

BAG, Urteil vom 24.9.2019 – 9 AZR 481/18

ECLI:DE:BAG:2019:240919:U:9AZR481.18.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2020-568-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

LEITSÄTZE

1. Der gesetzliche Urlaubsanspruch für den Zeitraum der Altersteilzeit ist nach § 3 Abs. 1 BUrlG jahresbezogen nach der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht zu berechnen.

2. Mit der Entscheidung, das Arbeitsverhältnis als Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell fortzuführen, treffen die Arbeitsvertragsparteien eine Vereinbarung über die Verteilung der Arbeitszeit für den Gesamtzeitraum der Altersteilzeit, die den Arbeitnehmer allein in der Arbeitsphase zur Arbeitsleistung verpflichtet und ihn in der Freistellungsphase von vornherein von der Arbeitspflicht entbindet.

3. Einem Arbeitnehmer, der sich in der Freistellungsphase der Altersteilzeit befindet, steht mangels Arbeitspflicht kein gesetzlicher Anspruch auf Erholungsurlaub zu. Vollzieht sich der Wechsel von der Arbeits- zur Freistellungsphase im Verlauf des Kalenderjahres, ist der gesetzliche Urlaubsanspruch nach Zeitabschnitten entsprechend der vertraglich vorgesehenen Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht zu berechnen.

BurlG § 3 Abs. 1, 5 Abs. 1c

SACHVERHALT

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Abgeltung von Urlaub aus den Jahren 2016 und 2017.

Der am 21. März 1954 geborene Kläger war bei der Beklagten in Vollzeit mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt. Mit einem schriftlichen Altersteilzeitarbeitsvertrag vom 20. November 2014 vereinbarten die Parteien, das Arbeitsverhältnis ab dem 1. Dezember 2014 befristet bis zum 31. Juli 2017 „auf Grundlage des Altersteilzeitgesetzes“ als Altersteilzeitarbeitsverhältnis fortzuführen.

Der Altersteilzeitarbeitsvertrag regelt ua.:

„§ 3

Arbeitszeit

Die wöchentliche Arbeitszeit des Beschäftigten beträgt ab Beginn der Altersteilzeit – unter Beachtung der Bestimmungen des § 6 Abs. 2 Altersteilzeitgesetz (AtG) – die Hälfte der bisherigen individuellen wöchentlichen Arbeitszeit, das sind 20 Stunden / Woche.

Die Arbeitszeit wird so verteilt, dass sie im ersten Abschnitt des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses vom 01.12.2014 bis 31.03.2016 voll geleistet wird (Arbeitsphase) und der Beschäftigte anschließend ab dem 01.04.2016 bis zum Ende des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung freigestellt wird (Freistellungsphase).