

Georg Caspers
Arbeitszeiterfassung an Hochschulen
– Anmerkung zum Beschluss des BAG vom
13.9.2022 – 1 ABR 22/21 –

I. Entscheidung des BAG

In einem aufsehenerregenden Beschluss vom 13.9.2022 hat sich das BAG auf den Standpunkt gestellt, dass der Arbeitgeber bereits nach geltendem Recht verpflichtet ist, ein System zur Erfassung der von seinen Arbeitnehmern geleisteten täglichen Arbeitszeit einzuführen, das Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeit einschließlich der Überstunden umfasst. Dies soll eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG gebieten, nach welchem der Arbeitgeber zur Planung und Durchführung der Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 ArbSchG unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten für eine geordnete Organisation zu sorgen und die erforderlichen Mittel bereitzustellen hat.¹

Nach § 3 Abs. 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen.

In dem vom BAG entschiedenen Rechtsstreit ging es um die Frage, ob dem Betriebsrat ein Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Systems zur Arbeitszeiterfassung zusteht. Dies hat das BAG mit Blick auf § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG verneint, jedoch ausgeführt, dass die bei der Erfüllung der Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG bestehenden Spielräume von den Betriebsparteien oder einer Einigungsstelle im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG durch entsprechende Regelungen auszugestalten sind, was dann auch ein entsprechendes Initiativrecht zu einer Regelung des „Wie“ der Arbeitszeiterfassung umfasst. Dieses kann der Betriebsrat

aber nicht auf eine Zeiterfassung in elektronischer Form beschränken.²

Grundlage der im Wege unionsrechtskonformer Auslegung auf die Rahmenvorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG gestützten Arbeitszeiterfassungspflicht durch das BAG ist die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO. Mit Urteil vom 14.5.2019 hat der EuGH auf Vorlage der Audiencia Nacional (Nationaler Gerichtshof, Spanien) bekanntlich entschieden, dass es mit den Art. 3, 5 und 6 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG,³ die im Lichte von Art. 31 Abs. 2 GRCh und von Art. 4 Abs. 1, 11 Abs. 3 und 16 Abs. 3 der Richtlinie 89/391/EWG⁴ auszulegen sind, unvereinbar ist, wenn die arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen eines Mitgliedstaates die Arbeitgeber nicht verpflichten, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.⁵ Da die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit der Richtlinie 2003/88/EG alle erforderlichen Maßnahmen treffen müssten, um die Beachtung der Mindestruhezeiten zu gewährleisten und jede Überschreitung der wöchentlichen Arbeitszeit zu verhindern, sei eine nationale Regelung, die keine Verpflichtung vorsehe, von einem Instrument Gebrauch zu machen, mit dem die Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden objektiv und verlässlich festgestellt werden könne, nicht geeignet, die praktische Wirksamkeit der von Art. 31 Abs. 2 GRCh und der durch die Arbeitszeitrichtlinie verliehenen Rechte sicherzustellen. Dabei gesteht der Gerichtshof den Mitgliedstaaten einen Spielraum bei der Festlegung der konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems zu.⁶

Weil der deutsche Gesetzgeber bislang untätig geblieben ist, hat sich das BAG zu der Annahme des Bestehens einer allgemeinen Arbeitszeiterfassungspflicht bereits de

1 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 42 ff.

2 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 59 ff., 66 ff.

3 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, Abl. 2003 L 299/9.

4 Richtlinie 89/391/EWG des Rates v. 12.6.1989 über die Durchfüh-

rung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, Abl. 1989 L 183/1.

5 EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO, NZA 2019, 683, insbes. Rn. 60.

6 EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO, NZA 2019, 683 Rn. 50, 63.

lege lata berufen gefühlt. Danach sind die Arbeitgeber nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit derjenigen Arbeitnehmer zu erfassen, für die der Gesetzgeber nicht auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b) dieser Richtlinie abweichende Regelung getroffen hat.⁷ Dabei anerkennt das BAG, dass die Zeiterfassung nicht zwingend auf elektronischem Wege erfolgen muss, sondern auch Aufzeichnungen in Papierform den Anforderungen genügen. Ebenso besteht die Möglichkeit, die Aufzeichnung der betreffenden Arbeitszeiten an die Arbeitnehmer zu delegieren.⁸

Dass aus dem ArbSchG eine allgemeine Pflicht zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit folgen soll, war so nicht erwartet worden. Denn bislang sieht § 16 Abs. 2 ArbZG lediglich eine Verpflichtung der Arbeitgeber vor, die über die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen und ein Verzeichnis der Arbeitnehmer zu führen, die in eine Verlängerung der Arbeitszeit gem. § 7 Abs. 7 ArbZG eingewilligt haben. Daneben existieren einige spezialgesetzliche Pflichten zur Aufzeichnung der Arbeitszeit, etwa nach § 21a Abs. 7 ArbZG sowie § 17 Abs. 1 MiLoG, § 17c Abs. 1 AÜG, § 19 Abs. 1 AEntG und § 6 Abs. 1 GSA Fleisch.⁹ Dies spricht dafür, dass es eine allgemeine Pflicht, den Beginn und das Ende der gesamten täglichen Arbeitszeit sämtlicher Arbeitnehmer aufzuzeichnen, im deutschen Arbeitsrecht nicht gibt, und von einer solchen wurde ja auch bislang gerade nicht ausgegangen. Von einem „Erfurter Kunstgriff“ ist deshalb die Rede,¹⁰ oder auch davon, das BAG habe sich „methodisch außerordentlich weit vorgewagt“.¹¹ Vereinzelt wird sogar von einer unzulässigen Rechtsfortbildung durch das BAG und damit von einem Verfassungsverstoß ausgegangen.¹²

Gänzlich fernliegend ist das Auslegungsergebnis des BAG indessen nicht, sieht doch Art. 1 Abs. 4 iVm. Abs. 2 der RL 2003/88/EG ausdrücklich vor, dass die Bestimmungen der RL 89/391/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und

des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit unbeschadet strengerer und/oder spezifischer Vorschriften in der Arbeitszeitrichtlinie auf die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten sowie die wöchentliche Höchstarbeitszeit voll Anwendung finden. Dementsprechend hat bereits der EuGH dargelegt, dass sich die von ihm angenommene Verpflichtung zur Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, auch aus der allgemeinen Verpflichtung der Mitgliedstaaten und der Arbeitgeber nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG ergibt, eine Organisation und die erforderlichen Mittel zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bereitzustellen.¹³ Diese Vorgabe des Art. 6 Abs. 1 RL 89/391/EWG wird mit dem vom BAG herangezogenen § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG umgesetzt. Der rechtsmethodische Streit um die Frage, ob die vom BAG gewählte Annahme einer Arbeitszeiterfassungspflicht im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung zulässig war oder eine unzulässige Rechtsfortbildung darstellt, kreist deshalb insbesondere um die Frage, inwieweit die vom nationalen Gesetzgeber in § 16 Abs. 2 ArbZG sowie den spezialgesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Arbeitszeiterfassungspflichten als abschließende Regelung gewollt waren.

Solange die Rechtsprechung des BAG nicht vom BVerfG kassiert wird, ist davon auszugehen, dass eine allgemeine Pflicht der Arbeitgeber existiert, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit derjenigen Arbeitnehmer aufzuzeichnen, für die der Gesetzgeber nicht auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b) der Richtlinie abweichende Regelung getroffen hat. Zwar bindet der Beschluss des BAG allein die Beteiligten des Rechtsstreits. Jedoch liegt es auf der Hand, dass die ganz überwiegende Zahl der Gerichte für Arbeitssachen und auch die Aufsichtsbehörden der Auslegung des BAG folgen werden.¹⁴ Nicht von der Aufzeichnungspflicht erfasst sind

7 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Leitsatz 1 und Rn. 56.

8 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

9 Zu den Aufzeichnungspflichten des ArbZG sowie weiterer Aufzeichnungspflichten ausführlich *Bayreuther*, NZA 2020, 1 ff.; *Baek/Deutsch/Winzer*, Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl. 2020, § 16 ArbZG Rn. 21 ff., § 21a ArbZG Rn. 33 ff.

10 *Lipinski*, BB 2022, Heft 40, I.

11 *Bayreuther*, NZA 2023, 193, 198.

12 *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1 ff., wonach es sich um ein „Musterbeispiel unzulässiger Rechtsfortbildung“ handeln soll; a.A.

Bayreuther, NZA 2023, 193, 198.

13 EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO, NZA 2019, 683 Rn. 62.

14 Nach Kenntnis des Verfassers hat das Arbeitsministerium NRW unmittelbar nach dem Beschluss des BAG angekündigt, den Arbeitsschutzbehörden Durchführungsanweisungen dazu an die Hand zu geben, um für eine möglichst einheitliche Linie und Rechtssicherheit zu sorgen. Die Sozialpartner wurden bereits angehört. Einschränkend zu den Befugnissen der Arbeitsschutzbehörden *Bayreuther*, NZA 2023, 193, 198 f.

nach § 18 Abs. 1 ArbZG die Arbeitszeiten von leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG¹⁵ und Chefärzten sowie der Leiter von öffentlichen Dienststellen und deren Vertretern sowie von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst, die zu selbständigen Entscheidungen in Personalangelegenheiten befugt sind. Denn diese sind im Sinne von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG aus dem Anwendungsbereich des durch das ArbZG gewährleisteten Arbeitszeitschutzes ausgenommen.

II. Auswirkungen auf die Hochschulen

1. Erfasster Personenkreis

Das Arbeitszeitrecht und damit zusammenhängend die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit gilt auch an Hochschulen. Für wissenschaftliche Mitarbeiter und das nichtwissenschaftliche Personal greifen grundsätzlich die Schranken des ArbZG.¹⁶ Damit gilt gem. § 3 ArbZG eine werktägliche Arbeitszeit von höchstens acht Stunden, die auf bis zu zehn Stunden nur verlängert werden kann, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Von der in § 7 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) ArbZG den Tarifvertragsparteien eingeräumten Möglichkeit, einen anderen Ausgleichszeitraum festzulegen, wurde für den Bereich der Wissenschaft in § 40 Nr. 3 TV-L Gebrauch gemacht. Dort ist der Ausgleichszeitraum abweichend von § 3 Satz 2 ArbZG auf ein Jahr festgelegt worden. Art. 19 Abs. 2 RL 2003/88/EG lässt dies grundsätzlich zu. Neben dieser Begrenzung des zulässigen Umfangs der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit sind die Vorgaben des § 5 ArbZG zur ununterbrochenen Ruhezeit von mindestens elf Stunden sowie die in § 4 ArbZG geregelten Ruhepausen einzuhalten.

Eine Erfassung der Arbeitszeit an Hochschulen ist bislang typischerweise nur für einen Teil der Beschäftigten vorgesehen. Entsprechende mit den Personalräten abgeschlossene Dienstvereinbarungen bestehen jeden-

falls in der Regel für die in der Hochschulverwaltung beschäftigten Mitarbeiter.¹⁷ In Bereichen, in denen die Arbeitszeit bisher nicht erfasst wird, hat dies nunmehr zu geschehen, sofern man den Beschluss des BAG nicht weiter ignoriert.¹⁸ Denn Ausnahmen von den genannten Vorgaben des ArbZG und der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Arbeitszeiterfassungspflicht bestehen auch im Bereich der Hochschulen nur in engen Grenzen. Leitende Angestellte im Sinne von § 5 Abs. 3 BetrVG an privaten Hochschulen und Forschungseinrichtungen in privater Trägerschaft sowie die Leiter der Dienststellen und deren Vertreter sowie Arbeitnehmer, die zu selbständigen Entscheidungen in Personalangelegenheiten befugt sind,¹⁹ an den staatlichen Hochschulen, sind nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ArbZG aus dem Anwendungsbereich des ArbZG ausgenommen. Mit dieser Bestimmung macht der Gesetzgeber von der unionsrechtlichen Ausnahmebestimmung des Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG Gebrauch, nach dem für leitende Angestellte und sonstige Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis jedenfalls von den Art. 3 bis 6, 8 und 16 der Richtlinie, also insbesondere von den Bestimmungen über die elfstündige Ruhezeit, die Ruhepausen, die wöchentliche Mindestruhezeit von 24 Stunden sowie die wöchentliche durchschnittliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden, abgewichen werden darf. Arbeitnehmer, für die der Gesetzgeber auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b) der Richtlinie abweichende Regelung getroffen hat, hat das BAG ausdrücklich von der Arbeitszeiterfassungspflicht ausgenommen.²⁰

Gleiches gilt für Professoren, unabhängig davon, ob diese im Beamtenverhältnis oder auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags tätig sind.²¹ Denn für diese sehen die Hochschulgesetze regelmäßig vor, dass die Vorschriften über die Arbeitszeit nicht anzuwenden sind.²² Im Beamtenverhältnis tätige Professoren werden dadurch von den einschlägigen Arbeitszeitregelungen für Beamte ausgenommen. Die für Beamte vorgesehenen

15 Ebenso *Bayreuther*, NZA 2023, 193 f.; zweifelnd *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1, 5; a.A. *Löwisch*, <https://page.fachmedien.de/wordpress/rechtsboard/2022/12/09/umsetzung-der-arbeitszeiterfassungspflicht-bleibt-aufgabe-des-gesetzgebers/> (letzter Zugriff am 8.3.2023).

16 *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 74.

17 In Hochschulen und Forschungseinrichtungen in privater Trägerschaft findet das BetrVG Anwendung, so dass dort Betriebsvereinbarungen zu schließen sind.

18 Ein Bußgeld setzt nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 ArbSchG zumindest eine behördliche Anordnung sowie eine Zuwiderhandlung voraus, vgl. hierzu *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1, 5; die Grundlage für ein

Bußgeld gänzlich ablehnend *Bayreuther*, NZA 2023, 193, 199.

19 Dazu näher *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 78 f.

20 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Leitsatz 1 und Rn. 56.

21 *Adam*, *Forschung & Lehre* 2023, 118, 119; *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 72.

22 Vgl. z.B. § 45 Abs. 2 Satz 2 LHG BaWü; Art. 60 Abs. 1 Satz 1 BayHIG; § 102 Abs. 3 Satz 1 BerlHG; s. für den Bund auch § 50 Abs. 1 Satz 3 HRG, nach dem die Vorschriften des BRRG über die Arbeitszeit mit Ausnahme der §§ 44a und 44b auf Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nicht anzuwenden sind.

Bestimmungen über die tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit sowie die Ruhezeiten²³ gelten für diese nicht. Es ist auch nicht vorgeschrieben, für wie viele Stunden ein Professor und wann er zu arbeiten hat.²⁴ Für angestellte Professoren machen die einschlägigen Hochschulgesetze von der Öffnung des § 19 ArbZG Gebrauch,²⁵ nach dem bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben im öffentlichen Dienst, soweit keine tarifvertragliche Regelung besteht, durch die zuständige Dienstbehörde die für Beamte geltenden Bestimmungen über die Arbeitszeit auf die Arbeitnehmer übertragen werden können. Gem. § 1 Abs. 3 Buchst. a) TV-L sind Hochschullehrer aus dem Geltungsbereich des TV-L ausgenommen. Die §§ 3-13 ArbZG finden insoweit keine Anwendung.

Mit dem Recht der Professoren, die Zeit der Erfüllung ihrer Dienstaufgaben im Rahmen der selbständigen Aufgabenwahrnehmung selbst bestimmen zu können, tragen die Hochschulgesetze dem Umstand Rechnung, dass Zeitsouveränität eine wesentliche Voraussetzung für wissenschaftliches Arbeiten ist. Es geht darum, die für das wissenschaftliche Arbeiten erforderliche Kreativität zu wahren und zu fördern.²⁶ Insoweit spricht viel dafür, dass eine detaillierte Regelung der Arbeitszeit von Professoren – unbeschadet der Lehrverpflichtung – gegen Art. 5 Abs. 3 GG verstoßen würde.²⁷

Die Herausnahme der Professoren aus dem Arbeitszeitschutz ist auch nach dem Unionsrecht zulässig. So ist bereits zweifelhaft, ob sie dem für die RL 2003/88/EG maßgeblichen²⁸ unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff überhaupt unterfallen, welcher als wesentliches Merkmal voraussetzt, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.²⁹ Selbst wenn man dies aber annimmt, so ist die Herausnahme durch Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG gedeckt,³⁰ da Professoren im Sinne der Vorschrift ihre Arbeitszeit selbst festlegen können. Zwar erlaubt

Art. 17 Abs. 3 Buchst. c) vi) RL 2003/88/EG für Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten Abweichungen von den Art. 3 bis 5 sowie 8 und 16 der Richtlinie nur unter der Voraussetzung, dass die Tätigkeiten dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes oder der Produktion gewährleistet sein muss, und auch nur dann, wenn die betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten (Art. 17 Abs. 2 RL 2003/88/EG). Auch wird durch Art. 17 Abs. 3 Buchst. c) vi) RL 2003/88/EG nicht von der Einhaltung der durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden gem. Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG dispensiert. Eine Sperre, im Bereich von Wissenschaft und Forschung weitergehende Abweichungen nach Maßgabe des Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG vorzusehen, ist damit aber nicht verbunden. Indem der EuGH – wenn auch in einem anderen Kontext – Art. 17 Abs. 1 und 3 RL 2003/88/EG in derselben Entscheidung nacheinander prüft,³¹ macht er deutlich, dass ein Exklusivitätsverhältnis nicht besteht. Zudem muss auch Art. 17 RL 2003/88/EG im Lichte der Wissenschaftsfreiheit ausgelegt werden, die das Unionsrecht mit Art. 13 GRCh schützt. Infolge der wirksamen Herausnahme von Professoren aus dem Arbeitszeitrecht durch die Hochschulgesetze besteht nach alledem keine Pflicht, deren Arbeitszeit zu erfassen. Dies alles ist auch sachgerecht, da Professoren im Rahmen der selbständigen Aufgabenwahrnehmung auf den Schutz ihrer Gesundheit bei der individuellen Gestaltung ihrer Arbeitszeit selbst achten können.

Für das übrige wissenschaftliche Personal ist eine generelle Abweichung vom Arbeitszeitrecht nicht vorgesehen. Wissenschaftliche Angestellte werden als Arbeitnehmer von § 2 Abs. 2 ArbZG und damit von dem in den §§ 3 ff. ArbZG geregelten Arbeitszeitschutz erfasst. Die Sonderregelung des § 14 Abs. 2 Nr. 2 ArbZG, nach der

23 Vgl. z.B. § 67 LBG BaWü iVm. § 4 und §§ 7-11 der Arbeitszeit- und Urlaubsverordnung (AzUVO) BaWü; Art. 87 Abs. 1 BayBG iVm. Art. 2 und 3 der Verordnung über die Arbeitszeit für den bayerischen öffentlichen Dienst (BayAzV).

24 Grzeszick, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kapitel 3 Rn. 234.

25 Wertheimer/Meißner, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 72.

26 Detmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 4 Rn. 209; Grzeszick, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kapitel 3 Rn. 234 f.

27 Grzeszick, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kapitel 3 Rn. 235; Lecheler, PersV 1990, 299, 300 ff.; Waldeyer, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, Stand 12/2016, § 50 HRG Rn. 8; vgl. auch Epping, ZBR 1997, 383,

389; a.A. Wiedmann, in: Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2001, Rn. 1063.

28 Vgl. insoweit EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – C-428/09 – Union syndicale Solidaires Isère, Slg. 2010, I-9963 Rn. 28; Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 49 ff.

29 EuGH, Urt. v. 3.7.1986 – Rs. 66/85 – Lawrie Blum, Slg. 1986, 2121, 2139 Rn. 17; Steinmeyer, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 45 AEUV Rn. 10 ff. m.w.N.

30 Ebenso Adam, Forschung & Lehre 2023, 118, 119.

31 EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – C-428/09 – Union syndicale Solidaires Isère, Slg. 2010, I-9963 Rn. 39 ff. zum Ausschluss des Anspruchs auf eine tägliche Mindestruhezeit.

von den §§ 3 bis 5, 6 Abs. 2, 7, 11 Abs. 1 bis 3 und § 12 ArbZG bei Forschung und Lehre, bei unaufschiebbaren Vor- und Abschlussarbeiten sowie bei unaufschiebbaren Arbeiten zur Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen oder zur Behandlung und Pflege von Tieren an einzelnen Tagen abgewichen werden darf, wenn dem Arbeitgeber andere Vorkehrungen nicht zugemutet werden können, erfasst nur Ausnahmefälle. Es wird eine besondere Situation verlangt, die beispielsweise dann gegeben ist, wenn längerdauernde Versuchsreihen zu betreuen sind, Experimente wegen besonders günstiger Bedingungen nur zu bestimmten Zeiten durchgeführt werden können oder über einen vergleichsweise kurzen Zeitraum einen erhöhten Arbeitsanfall erfordern, der nur von bestimmten qualifizierten Arbeitnehmern geleistet werden kann.³² Mit der Bestimmung des § 14 Abs. 2 Nr. 2 ArbZG verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den spezifischen Belangen der Forschung und dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten.³³ Eine pauschale Freistellung von den Anforderungen des Arbeitszeitschutzes im Bereich von Forschung und Lehre wird durch sie nicht bewirkt.³⁴ Von der auf die unionsrechtskonforme Auslegung der Rahmenvorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG gestützten Arbeitszeiterfassungspflicht befreit § 14 Abs. 2 ArbZG den Arbeitgeber nicht, weil der Arbeitszeitschutz im Normalfall zu beachten ist und § 14 Abs. 3 ArbZG zudem verlangt, dass die Arbeitszeit 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von sechs Kalendermonaten oder 24 Wochen nicht überschreitet, wenn von den Befugnissen des § 14 Abs. 2 ArbZG Gebrauch gemacht wird. Dies setzt voraus, dass die Anzahl der von dem jeweiligen Arbeitnehmer geleisteten Arbeitsstunden bekannt ist.

Für Beamte, z.B. akademische Räte, gelten die jeweiligen Bestimmungen zur Arbeitszeit von Beamten. Inwieweit für diese aufgrund unionsrechtskonformer Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG bereits de lege lata eine Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit durch den Dienstherrn besteht, ist offen, da noch nicht feststeht, ob die Verwaltungsgerichtsbarkeit dem BAG folgt.

2. Umsetzung

Nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache CCOO müssen die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber nur verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.³⁵ Solange der Gesetzgeber keine konkretisierenden Regelungen getroffen hat, besteht auch nach Auffassung des BAG ein erheblicher Umsetzungsspielraum. So ist es nicht ausgeschlossen, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden im Rahmen eines vom Arbeitgeber eingeführten Systems vom Arbeitnehmer selbst dokumentieren zu lassen, also an diesen zu delegieren.³⁶ Auch bedarf es nicht zwingend einer elektronischen Zeiterfassung, vielmehr können – je nach Tätigkeit und Unternehmen – Aufzeichnungen in Papierform genügen.³⁷ Die Aufzeichnung der Arbeitszeit kann demnach auch in einem handschriftlichen Vermerk des Arbeitnehmers bestehen, der es dem Arbeitgeber und den Arbeitsbehörden ermöglicht, die Einhaltung der Ruhe- und Höchstarbeitszeiten stichprobenartig zu kontrollieren und der auch den Arbeitnehmer in die Lage versetzt, sein Recht auf Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeit sowie der Ruhezeiten gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen.³⁸ Eine Weisung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, seine Arbeitszeiten zu dokumentieren, kommt z.B. bei Arbeiten im Außendienst, aber auch bei flexiblen Arbeitszeitmodellen wie der Vertrauensarbeitszeit in Betracht, bei denen eine Dokumentation durch den Arbeitgeber häufig gar nicht praktikabel ist.³⁹ Darüber hinaus kann wirksam im Arbeitsvertrag vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer über seine tägliche Arbeitszeit Aufzeichnungen zu führen und diese bei dem Arbeitgeber einzureichen hat.⁴⁰

Vertrauensarbeitszeit wird gerade an den Hochschulen vielfach praktiziert. Beim Einsatz des wissenschaftlichen Personals bietet sie sich geradezu an. Bei der Vertrauensarbeitszeit hat der Mitarbeiter die Möglichkeit, die vertraglich geschuldete Arbeitsmenge innerhalb der

32 Baeck/Deutsch/Winzer, Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl. 2020, § 14 ArbZG Rn. 32; Neumann/Biebl, Arbeitszeitgesetz, 16. Aufl. 2013, § 14 ArbZG Rn. 16.

33 Vgl. BT-Drucks. 12/5888, 31 und BT-Drucks. 12/6990, 44.

34 Baeck/Deutsch/Winzer, Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl. 2020, § 14 ArbZG Rn. 31.

35 EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO, NZA 2019, 683

Rn. 60.

36 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

37 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

38 Thüsing/Flink/Jänsch, ZFA 2019, 456, 472.

39 Reinhard, NZA 2019, 1313, 1315 f., 1318; Thüsing/Flink/Jänsch, ZFA 2019, 456, 472.

40 BAG, Urt. v. 18.4.2012 – 5 AZR 248/11, NZA 2012, 998 Rn. 17.

durch das Arbeitszeitrecht gezogenen Grenzen nach seinen Präferenzen selbst zu organisieren. Der Arbeitgeber verzichtet auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und vertraut darauf, dass der betreffende Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht unter Einhaltung der Arbeitszeitvorgaben auch ohne Kontrolle erfüllt.⁴¹ Die Verpflichtung des Arbeitnehmers, Arbeitszeit in einem nach Stunden bemessenen Umfang abzuleisten, entfällt durch eine solche Vereinbarung nicht.⁴² Auch entbindet sie den Arbeitgeber nicht von der Einhaltung des ArbZG.⁴³ Unter diesen Voraussetzungen bleibt Vertrauensarbeitszeit nach dem Beschluss des BAG zur Arbeitszeiterfassung weiterhin möglich.⁴⁴ Wird die Dokumentation der eigenen Arbeitszeit an den Arbeitnehmer delegiert, darf davon ausgegangen werden, dass sich der Arbeitnehmer an eine entsprechende Weisung des Arbeitgebers hält. Bestehen im Einzelfall Anhaltspunkte, dass der Arbeitnehmer die zulässige Höchstarbeitszeit überschreitet, die Mindestruhezeit nicht beachtet oder bei der Arbeitszeitdokumentation manipuliert, muss der Arbeitgeber einschreiten.⁴⁵

Die Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung unterliegt für die Personalkategorien, die an den staatlichen Hochschulen vom jeweils einschlägigen Personalvertretungsrecht und im Bereich der Hochschulen in privater Trägerschaft vom BetrVG erfasst werden, der Mitbestimmung der Personal- bzw. Betriebsräte.⁴⁶ Für von der Arbeitszeiterfassungspflicht erfasste Arbeitsverhältnisse im Anwendungsbereich des BetrVG hat dies das BAG für das Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG über den Arbeits- und Gesundheitsschutz klar ausgesprochen. Solange und soweit der Gesetzgeber den ihm zustehenden Spielraum bei der Ausgestaltung der unionsrechtlichen Arbeitszeiterfassungspflicht nicht ausgeübt habe, könnten die Betriebsparteien und – im Fall ihrer fehlenden Einigung – die Einigungsstelle nach Maßgabe des § 87 Abs. 2 BetrVG entsprechende Regelungen treffen. Ihnen komme insbesondere ein Gestaltungsspielraum dahingehend zu, in welcher Art und

Weise – ggfs. differenziert nach der Art der von den Arbeitnehmern ausgeübten Tätigkeiten – die Erfassung von Beginn und Ende der Arbeitszeit im Betrieb zu erfolgen habe.⁴⁷

Im Personalvertretungsrecht kommt es darauf an, in welchem Umfang das einschlägige Personalvertretungsgesetz das wissenschaftliche Personal der Mitbestimmung unterstellt. Während beispielsweise Art. 4 Abs. 4 Buchst. a) BayPVG akademische Räte und Oberräte nach Art. 73 Abs. 3 BayHIG schon nicht zu den Beschäftigten im Sinne des BayPVG zählt, weshalb der Personalrat für sie auch keine Mitbestimmungsrechte ausüben kann, sind sonstige Beschäftigte mit vorwiegend wissenschaftlicher oder künstlerischer Tätigkeit sowie wissenschaftliche und künstlerische Mitarbeiter und Lehrkräfte für besondere Aufgaben gem. Art. 78 Abs. 1 Nr. 6 BayPVG lediglich von bestimmten, ausdrücklich genannten Beteiligungsrechten der Personalvertretung ausgenommen. Der in Art. 75 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 BayPVG geregelte Mitbestimmungstatbestand über Maßnahmen zur Verhütung von Dienst- und Arbeitsunfällen und sonstigen Gesundheitsschädigungen zählt nicht dazu.⁴⁸ Es ist auch nicht davon auszugehen, dass die Freiheit von Forschung und Lehre zu Einschränkungen der Mitbestimmung bei der Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung führt. Zwar sind Einschränkungen von Beteiligungsrechten durchaus anerkannt, wenn eine Entscheidung oder Maßnahme unmittelbar Fragen der Forschung und Lehre berührt, wie dies z.B. bei der Anordnung von Überstunden zum Abschluss einer Versuchsreihe in Betracht kommen kann. Das Mitbestimmungsrecht wird dann auf eine bloße Anhörung und Erörterung reduziert.⁴⁹ Dass eine Erfassung der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden, mit der die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über die tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit sowie die Ruhezeiten zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer sichergestellt werden soll, unmittelbar Fragen von Forschung und Lehre berührt,

41 Zum Begriff der Vertrauensarbeitszeit BAG, Urt. v. 24.5.2012 – 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223 Rn. 34; BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295 Rn. 31; BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, NZA 2019, 1361 Rn. 30; *Schüren*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl. 2021, § 47 Rn. 23 ff.; *Vogelsang*, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 160 Rn. 33 ff.

42 BAG, Urt. v. 15.5.2013 – 10 AZR 325/12, NZA-RR 2014, 519 Rn. 26; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 279; *Vogelsang*, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 160 Rn. 34.

43 *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 279; *Reinhard*, NZA 2019, 1313, 1318.

44 *Bayreuther*, NZA 2023, 193, 195; *Kleinebrink/Schomburg*,

DB 2023, 77; *Schreiner/Stephan*, DB 2023, 197, 199.

45 *Caspers*, ZFA 2022, 488, 508; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456, 472.

46 Allgemein zur Vertretung der in der Wissenschaft Beschäftigten durch Personalräte *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 364 ff., 373.

47 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 66.

48 Vgl. z.B. für Baden-Württemberg §§ 99 Abs. 2 Nr. 1, 74 Abs. 2 Nr. 7 PVG BaWü.

49 *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 378 und Rn. 389 ff. zum Tendenzschutz in der Betriebsverfassung.

erscheint mir aber fernliegend zu sein. Auf der anderen Seite ist – wie schon ausgeführt – offen, ob die Verwaltungsgerichte der Rechtsprechung des BAG zur Arbeitszeiterfassungspflicht überhaupt folgen werden.

III. Ausblick

Die Umsetzung der aus dem Unionsrecht abgeleiteten Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ist Aufgabe des Gesetzgebers. Daran hat der Beschluss des BAG vom 13.9.2022 nichts geändert.⁵⁰ Im Koalitionsvertrag vom 7.12.2021 hat sich die „Ampelkoalition“ zum Thema Arbeitszeit u.a. vorgenommen, im Dialog mit den Sozialpartnern zu prüfen, welchen Anpassungsbedarf sie angesichts der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitszeitrecht sieht. „Dabei müssen flexible Arbeitszeitmodelle (z.B. Vertrauensarbeitszeit) weiterhin möglich sein.“⁵¹ Die „Ampelkoalition“ sollte dies zum Anlass einer umfassenden Überarbeitung des ArbZG nehmen, die den Anforderungen der digitalen Arbeitswelt, die auch an Hochschulen in erheblichem und zunehmendem Maße existiert, sowie den unionsrechtlichen Vorgaben und Spielräumen, die die

Arbeitszeitrichtlinie für eine Flexibilisierung der Arbeitszeit lässt, besser Rechnung trägt. Beispielsweise sollte die Begrenzung der täglichen Arbeitszeit nach § 3 ArbZG zu Gunsten einer Regelung über die wöchentliche Höchstarbeitszeit aufgegeben werden.⁵² Für Arbeitnehmer ist die Arbeitszeiterfassungspflicht richtigerweise im ArbZG und nicht im ArbSchG zu regeln. Zur Umsetzung der Vorgaben des EuGH zur Erfassung der Arbeitszeit von Beamten sind schließlich neben dem Bund vor allem die Länder aufgerufen. Eine Dokumentation der geleisteten Arbeitszeit durch die Beschäftigten selbst sollte auch weiterhin möglich sein. Auch sollte auf die gesetzgeberische Vorgabe einer elektronischen Arbeitszeiterfassung verzichtet werden, um eine möglichst einheitliche, einfache und praktikable Lösung für sämtliche Arbeitsverhältnisse sicherzustellen.

Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (FAU).

50 Löwisch, <https://page.fachmedien.de/wordpress/rechtsboard/2022/12/09/umsetzung-der-arbeitszeiterfassungspflicht-bleibt-aufgabe-des-gesetzgebers/> (letzter Zugriff am 8.3.2023).

51 Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP v. 7.12.2021, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/>

service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800, S. 68 (letzter Zugriff am 8.3.2023).

52 Statt vieler Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1028; Jacobs, in: FS Plagemann, 2020, 651, 655 ff.; ders., NZA 2016, 733, 736; Steffan, NZA 2015, 1409, 1415.

