

Frank Wertheimer

Arbeitszeiterfassungspflicht an privaten Hochschulen – auch für Professorinnen und Professoren?

I. Einleitung

Seit dem Beschluss des BAG vom 13.9.2022¹, mit dem das Gericht den Standpunkt eingenommen hat, Arbeitgeber seien verpflichtet, ein System einzuführen, das Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer erfasst, ist über die weiteren Konsequenzen dieser Entscheidung viel diskutiert worden.² Klarheit besteht darüber, dass sich die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht nur auf den privatwirtschaftlichen Bereich beschränkt, auch öffentlich-rechtliche Arbeitgeber sind davon betroffen, da auch dort neben Beamten Arbeitnehmer beschäftigt werden.

Caspers hat sich in der Vorausausgabe mit der Frage befasst, welche Auswirkungen der Beschluss des BAG für die Arbeitszeiterfassung an Hochschulen hat.³ Überzeugend wurde hier dargelegt, dass sich die Zeiterfassungspflicht auf die (nichtprofessoralen) wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erstreckt, die Arbeitszeiterfassung demgegenüber aber nicht für die an den Hochschulen tätigen Professorinnen und Professoren gilt. Soweit diese in einem Beamtenverhältnis stehen, gelten ohnehin weder die Bestimmungen des Arbeitsschutz- noch des Arbeitszeitgesetzes⁴. Beamtete Professoren sind nach den einschlägigen Bestimmungen der Hochschulgesetze der Länder⁵ von den Arbeitszeitbestimmungen der Landesbeamtengesetze ausgenommen, z.T. finden sich derartige Regelungen auch in den Beamtengesetzen der Länder.⁶ Soweit Professorinnen und Professoren in privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen tätig sind, sind sie ebenfalls von den Arbeitszeitbestimmungen ausgenommen. Wenn etwa § 45 Abs. 2 S. 2 LHG BW bestimmt, dass die Vorschriften über die Arbeitszeit auf „Hochschullehrer“ nicht anzuwenden sind, meint er damit auch die nicht beamteten Hochschullehrer und nutzt für diese die Ermächtigung in § 19 ArbZG.⁷

Der Beitrag von *Caspers* konzentriert sich auf Professorinnen und Professoren, die an den staatlichen, demnach öffentlich-rechtlich verfassten, Hochschulen tätig sind. Ob die hierzu vertretene Auffassung auch für die an privaten Hochschulen tätigen Hochschullehrer gilt, wird nicht explizit untersucht. Dieser Frage nachzugehen, ist Aufgabe dieses Beitrags. Zum Zeitpunkt des Erscheinens der letzten OdW-Ausgabe, die den Beitrag von *Caspers* enthält, lag auch der Referentenentwurf (RefE) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 27.3.2023 noch nicht vor. Welche Auswirkungen dieser für die Erfassungspflicht der Arbeitszeiten von an Privathochschulen tätigen Professorinnen und Professoren hat, wird im Folgenden in den Blick genommen.

II. Arbeitszeiterfassungspflicht gem. § 16 Abs. 2 – 8 ArbZG RefE

1. Allgemeines

Das BAG hat die Zeiterfassungspflicht – durchaus überraschend – aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG abgeleitet. Der Referentenentwurf vom 27.3.2023 regelt die Thematik im Arbeitszeitgesetz, wo sie auch hingehört. Während die Entscheidung des BAG vom 13.9.2022 noch offen ließ, wie die Zeiterfassung, demnach deren Modalitäten, zu erfolgen habe, legt die Neufassung von § 16 Abs. 2 S. 1 gem. des Referentenentwurfs fest, dass Arbeitgeber verpflichtet sind, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer jeweils am Tag der Arbeitsleistung elektronisch aufzuzeichnen. Die neu hinzugefügten Absätze 3 – 8 enthalten sodann Spezifikationen, wobei Abs. 7 Nr. 3 Ausnahmen der Aufzeichnungspflicht für bestimmte Arbeitnehmer zulässt, wenn dies in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zugelassen wird.

¹ 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616

² Siehe z.B. *Schulze/Wetzel*, AiB 2022, Nr. 11, S. 47; *Spitz*, jurisPR-ITR 2/2023 Anm. 4; *Düwell*, jurisPR-ArbR 17/2023 Anm. 1; *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52-54; *Fuhlrott/Fischer*, ArbR 2023, 1-5.

³ *Caspers*, Arbeitszeiterfassung an Hochschulen – Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 -, OdW 2023, 99.

⁴ AR/Krauss, 10. Aufl. 2021, § 2 ArbZG Rn. 15.

⁵ Vgl. etwa § 45 Abs. 2 S. 2 LHG BW; § 60 Abs. 1 S. 1 BayHIG oder § 77 Abs. 1 Sächsisches HG.

⁶ Z.B. § 123 Abs. 1 S. 1 LBG NRW.

⁷ *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11, Rn. 72.

2. Erfasster Personenkreis

Wenn § 16 Abs. 2 ArbZG RefE allgemein von der „täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer“ spricht, gilt der Arbeitnehmerbegriff in § 2 Abs. 2 ArbZG, d.h. erfasst werden alle Arbeiter und Angestellten sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Auszugehen ist damit vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff in § 611a Abs. 1 BGB, wonach Arbeitnehmer alle Personen sind, die im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sind.

a) Professorinnen und Professoren

Professoren an privaten Hochschulen stehen regelmäßig in einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis, weshalb das in den Landeshochschul- oder Landesbeamten-gesetzen geregelte Privileg für Beamte, nicht unter das Arbeitszeitrecht zu fallen, für sie nicht gilt. Auch § 19 ArbZG hilft hier nicht weiter, weil es an einer hoheitlichen Tätigkeit im öffentlichen Dienst fehlt. Dass sich die Tätigkeit von Hochschullehrern an privaten Hochschulen inhaltlich nicht von der Tätigkeit eines Hochschullehrers an einer staatlichen Hochschule unterscheidet, ändert daran nichts.

Keine Verpflichtung zur Erfassung ihrer Arbeitszeit bestünde, wenn Professorinnen und Professoren an privaten Hochschulen leitende Angestellte wären, es würde dann die Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG greifen. Maßgeblich sind für den Begriff des leitenden Angestellten die Definitionen in § 5 Abs. 3 BetrVG. Ob sie erfüllt sind, lässt sich nicht pauschal beantworten, es bedarf dazu jeweils einer Einzelfallbetrachtung. Voraussetzung ist zunächst, dass ein Angestellter sowohl nach seinem Arbeitsvertrag als auch nach seiner Stellung im Unternehmen oder Betrieb leitender Angestellter ist, d.h. er muss einerseits zu den leitenden Funktionen nach Abs. 3 S. 2 Nr. 1-3 rechtlich befugt sein, andererseits muss er sie auch tatsächlich ausüben.⁸ Schließlich muss die Ausübung dieser Befugnisse einen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit ausmachen und seine Stellung im Unternehmen oder Betrieb damit prägen.⁹

Von den Kategorien des § 5 Abs. 3 BetrVG kommt für das professorale Lehrpersonal nur die Nr. 1 in Betracht, d.h. Professoren müssten zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsab-

teilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sein. An privaten Hochschulen fehlt es – wie auch an den staatlichen Hochschulen – zumeist schon an der arbeitsvertraglichen Berechtigung, Entscheidungen über Einstellung und Entlassung eigenverantwortlich treffen zu dürfen. Diese rechtliche Befugnis wird regelmäßig bei der Leitung der Personalabteilung liegen. Professoren wählen zwar die in ihren Bereichen tätigen wissenschaftlichen Mitarbeiter und idR auch die nichtwissenschaftlichen Mitarbeiter selbst aus und geben zudem den maßgeblichen Anstoß für eine Kündigung. Die Entscheidung selbst sowie der Vollzug von Einstellung und Entlassung liegt aber im Regelfall nicht in ihren Händen. Selbst dann, wenn der mit ihnen geschlossene Arbeitsvertrag diese Befugnis einräumen würde oder sie dort als leitende Angestellte bezeichnet wären, würde das noch nicht ausreichen. Die formale Befugnis des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG begründet den Status als leitender Angestellter nur, wenn sie von erheblicher unternehmerischer Bedeutung ist.¹⁰ Angenommen wird dies, wenn sich die Einstellungs- und Entlassungsberechtigung auf eine bedeutende Anzahl von Arbeitnehmern erstreckt oder einen qualitativ bedeutsamen Personenkreis erfasst.¹¹ Diese Voraussetzungen sind im Normalfall nicht erfüllt, der Status als leitender Angestellter wird im Professorenbereich eher bei Leiterinnen oder Leitern von größeren Forschungseinrichtungen anzunehmen sein.¹²

Der Referentenentwurf des Ministeriums für Arbeit und Soziales sieht für die Pflicht zur Aufzeichnung von Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit in § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG eine Ausnahme für Arbeitnehmer vor, bei denen die gesamte Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann. In der Begründung¹³ wird ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Ausnahmeregelung bei Führungskräften, herausgehobenen Experten oder Wissenschaftlern gegeben sein können, die nicht verpflichtet sind, zu festgesetzten Zeiten am Arbeitsplatz anwesend zu sein, sondern über den Umfang und die Einteilung ihrer Arbeitszeit selbst entscheiden können. Dieser Gedanke trifft auf Professorinnen und Professoren an privaten Hochschulen zu. Ebenso wie bei Hochschulleh-

⁸ Z.B. BAG v. 5.6.2014, 2 AZR 615/13, NZA 2015, 40; Löwisch/Kaiser/Kaiser, BetrVG (Bd. 1), 7. Aufl. 2017, § 5 Rn. 23 mit zahlreichen Nachweisen.

⁹ Löwisch/Kaiser/Kaiser, a.a.O., § 5 Rn. 24 mwN.

¹⁰ Vgl. BAG v. 16.4.2002, 1 ABR 23/01, BB 2002, 2387; Löwisch/Kai-

ser/Kaiser, a.a.O., § 5 Rn. 29 mwN.

¹¹ Löwisch/Kaiser/Kaiser, a.a.O., § 5 Rn. 29 und 30.

¹² Wertheimer/Meißner, a.a.O., Rn. 78.

¹³ S. 14.

rern an staatlichen Hochschulen trägt er 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.¹⁴ Gedeckt ist diese Ausnahmeregelung von Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG.¹⁵

Der Referentenentwurf verlangt allerdings, dass die Herausnahme der in § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG genannten Arbeitnehmer von der Aufzeichnungspflicht in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung (oder Dienstvereinbarung) zugelassen ist. Damit läuft die Norm für private Hochschulen ins Leere, da Tarifverträge dort bislang keine Rolle spielen. Ganz abgesehen davon würde ein Tarifvertrag für private Hochschulen vornehmlich auch die nichtwissenschaftlichen sowie die nachgeordneten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Blickfeld haben, wie dies auch im staatlichen Bereich der Fall ist. Dort sind Professoren gem. § 1 Abs. 3 lit. a) aus dem Geltungsbereich des TV-L ausgenommen.

Dass die im Referentenentwurf vorgesehene Ausnahmeregelung für die Aufzeichnungspflicht eine Regelung in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung voraussetzt, bedeutet eine weitere Privilegierung tarifgebundener Arbeitsverhältnisse. Derartige Privilegierungen findet man beispielsweise bei der Arbeitnehmerüberlassung: Tarifgebundene Arbeitgeber können die dort vorgesehene Höchstdauer der Überlassung ausdehnen, nicht tarifgebundenen Arbeitgebern ist das nur bis zur Höchstdauer von 24 Monaten gestattet und auch nur dann, wenn tariflich entsprechende Betriebs- oder Dienstvereinbarungen vorgesehen sind.¹⁶ In die gleiche Richtung geht § 9a Abs. 6 TzBfG zur sog. Brückenteilzeit, nach der durch einen Tarifvertrag der Rahmen für den Zeitraum der Arbeitszeitverringerung abweichend von § 9a Abs. 1 S. 2 TzBfG auch zuungunsten des Arbeitnehmers geregelt werden kann. Verfassungsrechtlich sind derartige Bestimmungen und damit auch die Regelung des Referentenentwurfs in § 16 Abs. 7 nicht haltbar. Versagt der Gesetzgeber den nicht tarifgebundenen Arbeitgebern eine Regelung, die er den tarifgebundenen eigens erlaubt, liegt darin eine Diskriminierung, welche der ne-

gativen Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG zuwiderläuft.¹⁷ Dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Ausnahmeregelung in § 16 Abs. 7 des Referentenentwurfs dafür einsetzen möchte, mehr Tarifbindung zu erreichen, liegt auf der Hand.

Eine Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung bei Professoren an privaten Hochschulen begegnet im Übrigen auch im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG Bedenken.¹⁸ Auch mit Art. 3 Abs. 1 GG wäre sie nicht vereinbar, da kein sachlicher Grund ersichtlich ist, Professorinnen und Professoren an privaten Hochschulen arbeitszeitrechtlich anders zu behandeln als deren Kolleginnen und Kollegen an staatlichen Hochschulen.

Wie *Caspers*¹⁹ zuletzt aufgezeigt hat, ist die Herausnahme von Professoren aus dem Arbeitszeitschutz unionsrechtlich zulässig. Somit wäre eine Erweiterung der Bereichsausnahmen in § 18 Abs. 1 ArbZG, die das BAG in seinem Beschluss vom 13.9.2022 als zulässige Ausnahmeregelung iSd Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG sieht, auf Professorinnen und Professoren, die an privaten Hochschulen tätig sind, möglich und auch der richtige Weg. Die Ergänzung um diesen Personenkreis würde dort auch systematisch hineinpassen. Außerhalb der leitenden Angestellten nennt § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG Chefärzte. Auch wenn sie in den Krankenhäusern eine herausgehobene Funktion einnehmen, sind sie in aller Regel keine leitenden Angestellten.²⁰ Der Regelungsgehalt von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG trifft auf sie aber in gleichem Maße zu wie auf Hochschullehrer, mögen auch die Gründe, weshalb das Arbeitszeitrecht auf Chefärzte und Hochschullehrer nicht passt, unterschiedlich ausgeprägt sein.

Bedenkt man, dass aktuell an 113 Privaten Hochschulen in Deutschland über 350.000 Studierende von einer großen Anzahl an privatrechtlich angestellten Professorinnen und Professoren auf ihren akademischen Abschluss vorbereitet werden, täte der Gesetzgeber gut daran, bei der jetzt anstehenden Anpassung des Arbeitszeitgesetzes klare Verhältnisse zu schaffen und die Professoren aus dem Anwendungsbereich des Arbeitszeitschutzes herauszunehmen. Blicke es bei der Regelung im Referentenentwurf vom 27.3.2023 und einer daraus folgenden Aufzeichnungspflicht, wird eine Verfassungsbeschwerde nicht lange auf sich warten lassen. Das ist vermeidbar.

¹⁴ Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 4, Rn. 209; Caspers, OdW 2023, 102.

¹⁵ Siehe hierzu *Caspers*, a.a.O., S. 102.

¹⁶ Löwisch, BB 47.2018, Die erste Seite; ders., Diskriminierung nicht tarifgebundener Arbeitgeber im neuen AÜG, DB Rechtsboard, 15.05.2017.

¹⁷ Löwisch, a.a.O.

¹⁸ Grzeszick, in: Geis, Hochschulrecht in Bayern, 2. Aufl. 2017, Kapitel 3, Rn. 235; Caspers, OdW 2023, 102.

¹⁹ OdW 2023, 102.

²⁰ BAG v. 5.5.2010, 7 ABR 97/08, AP Nr. 74 zu § 5 BetrVG 1972; LAG Nürnberg v. 24.8.2016, 2 Sa 201/16, juris; *Wertheimer/Meißner*, a.a.O., Kapitel 11, Rn. 80.

b) Wissenschaftliche und nichtwissenschaftliche Mitarbeiter

Ohne dies weiter vertiefen zu müssen, fallen die wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter privater Hochschulen unter den Arbeitnehmerbegriff von § 2 Abs. 2 ArbZG und § 611a BGB. Deren Arbeitszeit ist zukünftig ebenso zu erfassen ist wie bei den entsprechenden Mitarbeitergruppen an staatlichen Hochschulen, unabhängig davon, ob es sich um staatliche Universitäten, Hochschulen für Angewandte Wissenschaften, Pädagogische Hochschulen oder Kunst- und Musikhochschulen handelt.

c) Organmitglieder

Private Hochschulen werden in den Rechtsformen der GmbH, gGmbH, des Vereins (e. V.), der Aktiengesellschaft (AG) oder als Stiftungshochschule geführt. Deren Organe, etwa die Geschäftsführer einer GmbH, Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder die Vorstände eines Vereins sind keine Arbeitnehmer gem. § 2 Abs. 2 ArbZG, deren Arbeitszeit ist demnach nach § 16 Abs. 2 ArbZG RefE nicht zu erfassen. Dass der EuGH z.T. Richtlinien auch auf Organe einer Gesellschaft anwendet²¹, hat für den Arbeitnehmerbegriff des Arbeitszeitgesetzes keine Außenwirkungen.

d) Präsidiums- oder Rektoratsmitglieder

Ebenfalls nicht zu erfassen ist die Arbeitszeit der Präsidiums- oder Rektoratsmitglieder einer privaten Hochschule. Diese fallen als leitende Angestellte unter die Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG, auf die das Arbeitszeitgesetz insgesamt nicht anwendbar ist. Präsidiums- oder Rektoratsmitglieder einer privaten Hochschule erfüllen zunächst die allgemeinen Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 S. 2, da sie einerseits zu ihrer leitenden Funktion rechtlich befugt sind, diese andererseits auch tatsächlich ausüben. Schließlich macht die Ausübung dieser Befugnisse einen wesentlichen Teil ihrer

Tätigkeit aus und prägt ihre Stellung in der Hochschule.²² Regelmäßig einschlägig sein wird bei ihnen § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG: Leitender Angestellter ist danach, wer regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst. Voraussetzung dafür ist, dass die dem Arbeitnehmer übertragene Aufgabe ein solches Gewicht hat, dass sie sich von den Aufgaben abhebt, die eine normale Angestellten-Tätigkeit ausmacht.²³ Das ist der Fall, wenn die betreffende Person maßgeblichen Einfluss auf die wirtschaftliche, technische, kaufmännische, organisatorische oder wissenschaftliche Leitung des Unternehmens oder Betriebs hat, sich demnach in einer Schlüsselposition befindet.²⁴ In einer derartigen Verantwortung stehen die Mitglieder der Leitung einer privaten Hochschule. Eines Zugriffs auf den Hilfstatbestand des § 5 Abs. 4 BetrVG bedarf es daher nicht. Richtig dürfte es auch sein, Dekane oder Fachbereichsleiter einer privaten Hochschule unter den Anwendungsbereich des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG zu subsumieren, auf die die Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG dann ebenfalls anzuwenden ist. Auch deren Arbeitszeiten müssten somit nicht erfasst werden.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg

²¹ z.B. EuGH v. 11.11.2010, C-232/09, DB 2011, 2270 – Danosa.

²² Löwisch/Kaiser/Kaiser, § 5 Rn. 24 mwN.

²³ BAG v. 5.3.1974, 1 ABR 19/73, BB 1974, 553.

²⁴ Z.B. BAG v. 5.6.2014, 2 AZR 615/13, NZA 2015, 40; Löwisch/Kaiser/Kaiser, § 5 Rn. 36.