

---

## Zur Verpflichtung des Arbeitgebers, ein Zeiterfassungssystem vorzuhalten


---

# Zur Verpflichtung des Arbeitgebers, ein Zeiterfassungssystem vorzuhalten

ArbSchG § 3 Abs. 2 Nr. 1, § 5 Abs. 3 Nr. 4; ArbZG § 16 Abs. 2 Satz 1, § 17 Abs. 4; BetrVG § 76 Abs. 2 Satz 2 und 3, § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz und Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 7; RL 2003/88/EG Art. 3, Art. 5, Art. 6, Art. 17 Abs. 1; RL 89/391/EWG Art. 6 Abs. 1; GRC Art. 31 Abs. 2

## Leitsätze des Gerichts:

1. Arbeitgeber sind nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer zu erfassen, für die der Gesetzgeber nicht auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b dieser Richtlinie abweichende Regelung getroffen hat.
2. Dem Betriebsrat steht kein - über einen Einigungsstellenspruch durchsetzbares - Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Systems zu, mit dem die tägliche Arbeitszeit solcher Arbeitnehmer erfasst werden soll.

**BAG**, Beschl. v. 13.09.2022 - 1 ABR 21/22 (Vorinstanzen: LAG Hamm, Beschl. v. 27.07.2021 - 7 TaBV 79/20; ArbG Minden, Beschl. v. 15.09.2020 - 2 BV 8/20) 

## Die Problemstellung

Bereits seit einigen Jahren wird um die Frage gestritten, ob dem Betriebsrat bei der **Einführung** einer **elektronischen Zeiterfassung** im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auch ein **Initiativrecht** zusteht, er also auch gegen den Willen des Arbeitgebers die Einführung einer elektronischen Zeiterfassung verlangen kann. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besteht ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung die hier in Rede stehende Frage verneint (BAG, Beschl. v. 28.11.1989 - 1 ABR 97/88, zu einer maschinellen Zeiterfassung; ebenso LAG Niedersachsen, Beschl. v. 22.10.2013 - 1 TaBV 53/13, sowie für das Personalvertretungsrecht BVerwG, Beschl. v. 29.09.2004 - 6 P 4/04). Es hat seinerzeit ausdrücklich festgestellt: »*Das Initiativrecht des Betriebsrats hinsichtlich des Mitbestimmungstatbestandes nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat nicht zum Inhalt, dass der Betriebsrat auch die Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung verlangen kann.*« Denn dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, so das Bundesarbeitsgericht, komme nach § 87 Abs. 1 Nr. 6

BetrVG »nur« eine Abwehrfunktion gegenüber der Einführung solcher technischer Kontrolleinrichtungen zu, deren Einführung als solche nicht verboten ist und deren Anwendung unter Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer auch sinnvoll und geboten sein kann. Dem hat das Landesarbeitsgericht Hamm in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich widersprochen (LAG Hamm, Beschl. v. 27.07.2021 - 7 TaBV 79/20): *»Dem Betriebsrat steht bei der Einführung einer elektronischen Zeiterfassung ein Initiativrecht zu.«*

Im Rahmen von arbeitsgerichtlichen Verfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle haben sich das Landesarbeitsgericht München und das Landesarbeitsgericht Düsseldorf in jüngeren Entscheidungen auf den Standpunkt gestellt, dass die Frage, ob dem Betriebsrat ein Initiativrecht zur Einführung einer technischen Arbeitszeiterfassung zusteht, derzeit in Rechtsprechung und Literatur umstritten und die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1989 nicht als gefestigte gegenstehende Rechtsprechung angesehen werden kann. Somit sei es nicht ausgeschlossen, dass aus den betroffenen Mitbestimmungsrechten gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 und 7 BetrVG ein entsprechendes Initiativrecht des Betriebsrats abzuleiten ist. (LAG München, Beschl. v. 10.08.2021 - 3 TaBV 31/21; LAG Düsseldorf, Beschl. v. 24.08.2021 - 3 TaBV 29/21; ebenso bereits LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.01.2015 - 10 TaBV 1812/14 und 10 TaBV 2124/14; LAG Hamm, Beschl. v. 04.06.2019 - 7 TaBV 93/18 und v. 15.12.2020 - 7 TaBV 85/20). Anders als das Landesarbeitsgericht Hamm haben das Landesarbeitsgericht München und das Landesarbeitsgericht Düsseldorf es für möglich gehalten, dass das streitige Initiativrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG herzuleiten sein könnte. Danach besteht ein Mitbestimmungsrecht bei Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften. Es ist aber bisher ebenfalls umstritten, ob über dieses Mitbestimmungsrecht ein Initiativrecht des Betriebsrats herleitbar ist, wenn die Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung z.B. zur Vermeidung einer »Selbstausschöpfung« im Rahmen sog.

**Vertrauensarbeitszeit** für erforderlich gehalten wird (vgl. das sog. Stechuhr-Urteil des EuGH v. 14.05.2019 - C-55/18).

In dem vorliegenden Fall beabsichtigten die Arbeitgeberinnen, die eine vollstationäre Wohneinrichtung als gemeinsamen Betrieb unterhalten, die Einführung einer elektronischen Arbeitszeiterfassung. Nachdem eine Einigung mit dem Betriebsrat hierüber nicht zu erzielen war, nahm der Arbeitgeber von seinem Plan Abstand.

Der Betriebsrat war damit jedoch nicht einverstanden. Er forderte von dem Arbeitgeber nun auf eigene Initiative die Einführung einer elektronischen Arbeitszeiterfassung und rief die Einigungsstelle an. Der Arbeitgeber stimmte der Einsetzung der Einigungsstelle nicht zu und verwies darauf, dass dem Betriebsrat für das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG kein Initiativrecht zustehe. Daraufhin leitete der Betriebsrat das vorliegende Beschlussverfahren ein. Er hat die Feststellung begehrt, dass ihm ein Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems zusteht.

Das Bundesarbeitsgericht hatte somit die Rechtsfrage zu klären, ob dem Betriebsrat für das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (hier: Einführung technischer Überwachungseinrichtungen) ein Initiativrecht zusteht. Damit einhergehend hatte das Bundesarbeitsgericht die Rechtsfrage zu entscheiden, ob die Arbeitgeberinnen nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet sind, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer zu erfassen

Das Arbeitsgericht hat den Antrag des Betriebsrats auf gerichtliche Einsetzung der Einigungsstelle abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat auf die Beschwerde des Betriebsrats dem Antrag stattgegeben, da dem Betriebsrat ein Initiativrecht zustehe.

Das Bundesarbeitsgericht hat auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberinnen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Beschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des

Arbeitsgerichts zurückgewiesen. ■

## Der Fall

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob dem Betriebsrat ein Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Systems zur Arbeitszeiterfassung zusteht.

Die Arbeitgeberinnen betreiben eine vollstationäre Wohneinrichtung als gemeinsamen Betrieb. Dort ist der antragstellende Betriebsrat gebildet.

Die Betriebsparteien schlossen im Jahr 2018 eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit (»BV Clinic Planner«). Zeitgleich verhandelten sie über eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeiterfassung. Eine Einigung hierüber kam nicht zustande. Ende Mai 2018 entschieden die Arbeitgeberinnen, kein elektronisches Zeiterfassungssystem im Betrieb einzuführen.

Auf Antrag des Betriebsrats setzte das Arbeitsgericht eine Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand »Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur Einführung und Anwendung einer elektronischen Zeiterfassung« ein. Die Arbeitgeberinnen rügten deren Zuständigkeit.

In dem daraufhin vom Betriebsrat eingeleiteten - vorliegenden - Beschlussverfahren hat er die Auffassung vertreten, ihm stehe ein Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Systems zur Arbeitszeiterfassung zu. Die Verwendung eines solchen Systems liege im Interesse der Arbeitnehmer, insbesondere diene es dem Gesundheitsschutz.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihm auf die Beschwerde des Betriebsrats stattgegeben. Mit ihrer Rechtsbeschwerde begehren die Arbeitgeberinnen, die erstinstanzliche Entscheidung wiederherzustellen.

## Die Entscheidung

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberinnen hat Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat der Beschwerde des Betriebsrats gegen die antragsabweisende Entscheidung des Arbeitsgerichts zu Unrecht stattgegeben. Der zulässige Feststellungsantrag ist unbegründet. Dem Betriebsrat steht das begehrte Initiativrecht nicht zu.

I. Der Antrag ist zulässig.

1. Er ist allerdings auslegungsbedürftig.

Sowohl der Wortlaut des Antrags (»initiative Einführung«) als auch die hierzu gegebene Begründung zeigen, dass der Betriebsrat nicht die Feststellung begehrt, ihm stehe ein Mitbestimmungsrecht bei einer von den Arbeitgeberinnen geplanten Nutzung eines elektronischen Systems zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit der Arbeitnehmer zu. Vielmehr möchte der Betriebsrat gerichtlich geklärt haben, dass er ein - notfalls über einen Spruch der Einigungsstelle durchsetzbares und damit gegen den Willen der Arbeitgeberinnen erzwingbares - Initiativrecht zur Einführung und Verwendung eines solchen Systems im Betrieb hat. Wie der Antrag erkennen lässt, soll sich das Initiativrecht nicht lediglich auf die Ausgestaltung - das »Wie« - einer Arbeitszeiterfassung (»elektronisch«), sondern auch darauf beziehen, dass sämtliche Arbeitszeiten der Arbeitnehmer des Betriebs - also Beginn und Ende ihrer täglichen Arbeitszeit einschließlich der Überstunden - systematisch erfasst werden. Unerheblich ist, dass der Antrag nach seiner sprachlichen Fassung auf »ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG« abstellt. Der Antragsteller kann nicht bindend vorgeben, auf der Grundlage welcher Rechtsnormen ein Antragsbegehren zu prüfen ist. Die verschiedenen Mitbestimmungstatbestände, die als rechtliche Grundlage für die erstrebte Maßnahme in Betracht kommen, führen nicht zu unterschiedlichen Verfahrensgegenständen und damit nicht zu einer objektiven

Antragshäufung. Der Einschränkung des Begehrens auf eine bestimmte Rechtsgrundlage und damit eine vom Gericht zu gebende rechtliche Begründung kommt daher keine Bedeutung zu (vgl. BAG, 11.12.2018 - 1 ABR 13/17, Rn. 30 m.w.N.).

2. Der so verstandene Antrag ist zulässig.

a) Er ist hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Maßnahme, deren Durchführung der Betriebsrat aufgrund eines Initiativrechts begehrt, ist im Antrag beschrieben. Der Begriff der »elektronischen Zeiterfassung« meint zum einen ein System, mit dem die gesamte Arbeitszeit der Arbeitnehmer erfasst werden soll. Zum anderen soll die Erfassung dieser Zeiten auf elektronischem Weg erfolgen. Deshalb genügt eine bloße Speicherung manuell eingegebener Daten nicht.

b) Der Betriebsrat hat nach § 256 Abs. 1 ZPO ein rechtliches Interesse an der erstrebten Feststellung. Die Arbeitgeberinnen stellen das von ihm reklamierte Initiativrecht in Abrede.

II. Der Antrag ist unbegründet. Dem vom Betriebsrat geltend gemachten Initiativrecht steht § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG entgegen.

1. Nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG besteht kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, soweit die betreffende Angelegenheit gesetzlich geregelt ist. Das beruht auf der Erwägung, dass der Mitbestimmungszweck nicht erreicht werden kann, wenn und soweit eine den Arbeitgeber bindende und abschließende gesetzliche Vorschrift existiert. Wird der Mitbestimmungsgegenstand durch eine solche Norm inhaltlich und abschließend geregelt, besteht für die Betriebsparteien keine Ausgestaltungsmöglichkeit. Verbleibt dem Arbeitgeber dagegen trotz bestehender normativer Regelung ein Gestaltungsspielraum, ist ein darauf bezogenes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats eröffnet (BAG, 22.07.2014 - 1 ABR 96/12, Rn. 14 m.w.N., BAGE 148, 341).

2. Der Gesetzesvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG gilt auch, soweit die in § 87 Abs. 1 BetrVG aufgeführten Mitbestimmungstatbestände dem Betriebsrat ein Initiativrecht zur Einführung oder Regelung einer betrieblichen Angelegenheit gewähren. Wenn - und soweit - für den Arbeitgeber eine bindende gesetzliche Verpflichtung zur Vornahme einer bestimmten betrieblichen Maßnahme besteht, ist kein Raum mehr für ein darauf gerichtetes Initiativrecht des Betriebsrats.

3. Danach steht dem Betriebsrat das reklamierte Initiativrecht nicht zu. Die Arbeitgeberinnen sind schon kraft Gesetzes verpflichtet, ein System einzuführen, mit dem Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeiten einschließlich der Überstunden in ihrem gemeinsamen Betrieb erfasst werden. Deshalb kann sich ein Initiativrecht des Betriebsrats - wie hier vom Antragsteller erstrebt - nicht auf die Einführung - das »Ob« - einer darauf bezogenen Zeiterfassung richten.

a) Eine entsprechende Verpflichtung der Arbeitgeberinnen ergibt sich allerdings nicht schon unmittelbar aus Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC). Zwar gehören zu den gesetzlichen Regelungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG alle zwingenden Rechtsnormen und damit auch unionsrechtliche Bestimmungen, soweit ihnen eine unmittelbare Wirkung zukommt (vgl. für nach Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV verbindlich und unmittelbar geltende Verordnungen der Europäischen Union BAG, 07.02.2012 - 1 ABR 63/10, Rn. 23 ff., BAGE 140, 343). Art. 31 Abs. 2 GRC begründet jedoch für Arbeitgeber keine unmittelbar geltende Pflicht zur Einführung eines Systems, mit dem Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeiten einschließlich der Überstunden im Betrieb erfasst werden.

aa) Nach Art. 3 und 5 der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit jedem Arbeitnehmer innerhalb eines 24-Stunden-Zeitraums eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden und innerhalb eines Siebentagezeitraums eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden zuzüglich einer täglichen Ruhezeit von elf Stunden gewährt

wird. Darüber hinaus verpflichtet Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88/EG die Mitgliedstaaten, für die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit eine - die Überstunden einschließende - Obergrenze von 48 Stunden vorzusehen.

(1) Diese Bestimmungen konkretisieren das in Art. 31 Abs. 2 GRC verbürgte Grundrecht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten und sind daher in dessen Licht auszulegen (*EuGH, 09.03.2021 - C-344/19, (Radiotelevizija Slovenija (Rufbereitschaft an einem abgelegenen Ort)) Rn. 27 m.w.N.; 09.03.2021 - C-580/19, (Stadt Offenbach am Main, (Rufbereitschaft eines Feuerwehrmanns)) Rn. 28; vgl. auch EuGH, 17.03.2021 - C-585/19, (Academia de Studii Economice din București) Rn. 36 f.*). Damit die Richtlinie ihre volle Wirksamkeit entfalten kann, gehört nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den erforderlichen Maßnahmen auch die Verpflichtung der Arbeitgeber, zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann (*EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 38 ff., 60 ff.*).

(2) Das geforderte System darf sich - trotz des vom Gerichtshof verwendeten Begriffs der »Messung« - dabei nicht darauf beschränken, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit (einschließlich der Überstunden) lediglich zu »erheben«. Diese Daten müssen vielmehr auch erfasst und damit aufgezeichnet werden (*a.A. Hanau, ZFA 2020, 129, 133*). Anderenfalls wären weder die Lage der täglichen Arbeitszeit noch die Einhaltung der täglichen und der wöchentlichen Höchstarbeitszeiten innerhalb des Bezugszeitraums überprüfbar (*vgl. EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 47, 49*). Auch eine Kontrolle durch die zuständigen Behörden wäre sonst nicht gewährleistet (*vgl. EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 57*). Die Pflicht zur Einführung beschränkt sich zudem nicht darauf, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern ein solches System zur freigestellten Nutzung zur Verfügung stellt (*a.A. wohl Thüsing/Flink/Jänsch, ZFA 2019, 456, 468 ff.*). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss er hiervon auch tatsächlich Gebrauch machen (*vgl. EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 50*) und es damit verwenden (*ebenso Bayreuther, NZA 2020, 1, 7; Rieble/Vielmeier, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils v. 14.05.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht Rn. 35 ff.*).

bb) Danach begründet Art. 31 Abs. 2 GRC keine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Der Norm kommt insoweit keine Direktwirkung zu (*ebenso Fink, SAE 2021, 68, 72; Bayreuther, NZA 2020, 1, 3; ders., EuZW 2019, 446, 447; Thüsing, DB 2020, 1343, 1344 f.; Giesen, DB 2020, Nr. 20 M18 f.; Boemke jurisPR-ArbR, 24/2020, Anm. 4; Fuhlrott, NZA-RR 2020, 279; Fuhlrott/Garden, ArbRAktuell 2019, 263, 264; Methfessel/Weck, DB 2020, 1346, 1347; Wiesenecker, BB 2020, 564, 566; Reinhard, NZA 2019, 1313, 1314; Höpfner/Daum, RdA 2019, 270, 275; Sittard/Esser, jM 2019, 284, 286 f.; Baeck/Winzer/Launer, NZG 2019, 858, 859; a.A. Riegel, RdA 2021, 152, 154; Heuschmid, NJW 2019, 1853, 1854; Klein/Leist, ZESAR 2019, 365, 366; wohl auch Ulber, NZA 2019, 677, 680; Brors, NZA 2019, 1176, 1179*). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs verbürgt Art. 31 Abs. 2 GRC zwar - neben dem Recht auf bezahlten Jahresurlaub - ausdrücklich auch das Recht jedes Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit sowie auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten (*EuGH, 17.03.2021 - C-585/19, (Academia de Studii Economice din București) Rn. 36 m.w.N.; 09.03.2021 - C-344/19, (Radiotelevizija Slovenija (Rufbereitschaft an einem abgelegenen Ort)) Rn. 27; 06.11.2018 - C-684/16, (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften) Rn. 20*). Die Pflicht von Arbeitgebern, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, leitet der Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 14.05.2019 (*C-55/18, (CCOO)*) jedoch nicht unmittelbar aus den grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 31 Abs. 2 GRC ab. Vielmehr legt er lediglich die Vorgaben der Richtlinie 2003/88/EG - insbesondere deren Art. 3, 5 und 6 - in dessen Licht aus (*EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 30 f.*). Auch in der Entscheidungsformel beschränkt er sich auf die Auslegung der Richtlinie 2003/88/EG sowie der Richtlinie 89/391/EWG (Arbeitsschutzrahmenrichtlinie). Diese Beschränkung nimmt

der Gerichtshof vor, obwohl die maßgebliche Vorlagefrage auch auf die Auslegung von Art. 31 Abs. 2 GRC gerichtet war und der Generalanwalt insoweit eine unmittelbare Anwendung von Art. 31 Abs. 2 GRC in Betracht gezogen hatte (vgl. die *Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella v. 31.01.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 93 ff.*).

b) Auch § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG lässt sich keine gesetzliche Verpflichtung der Arbeitgeberinnen entnehmen, die gesamten Arbeitszeiten ihrer Beschäftigten im Betrieb zu erfassen.

aa) Die Vorschrift sieht lediglich vor, dass der Arbeitgeber die »über« die werktägliche Arbeitszeit nach § 3 Satz 1 ArbZG »hinausgehende« Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzeichnen muss. Damit verlangt sie schon nach ihrem Wortlaut keine mit einer Aufzeichnung einhergehende Erfassung sämtlicher Arbeitszeiten der Arbeitnehmer.

bb) Eine dahin gehende unionsrechtskonforme Auslegung dieser Norm scheidet aus.

(1) Um die praktische Wirksamkeit der in einer Richtlinie vorgegebenen Rechte zu gewährleisten und der sich aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ergebenden Verpflichtung nachzukommen, sind die Gerichte gehalten, die nationalen Rechtsnormen im Rahmen der anerkannten Methoden im Licht der Richtlinie auszulegen. Dabei müssen sie sämtliche nationalen Rechtsnormen berücksichtigen und die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden anwenden, um ihre Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der fraglichen Richtlinie auszurichten (vgl. etwa *EuGH, 28.04.2022 - C-44/21, (Phoenix Contact) Rn. 49; 19.04.2016 - C-441/14, (DI) Rn. 31 m.w.N.*).

(2) Den Ausführungen des Gerichtshofs in dem Urteil vom 14.05.2019 ( *C-55/18, (CCOO) Rn. 63*), wonach die Mitgliedstaaten über einen Spielraum bei der Festlegung der konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines Arbeitszeiterfassungssystems verfügen, lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen. Der Gerichtshof hat auch in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in der Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen, und ihre Pflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten obliegen (*EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 68 f.*). Soweit die sich aus den Richtlinien 2003/88/EG und 89/391/EWG ergebenden Vorgaben Spielräume bei der Ausgestaltung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung für das nationale Recht eröffnen, sind diese daher (lediglich) bei dessen richtlinienkonformer Auslegung durch die nationalen Gerichte zu beachten.

(3) Gleichwohl findet die Pflicht eines Gerichts, diejenige Auslegung des nationalen Rechts zu wählen, die dem Inhalt der Richtlinie in der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung entspricht, ihre Grenzen an dem nach der innerstaatlichen Rechtsordnung methodisch Erlaubten (*BVerfG, 17.11.2017 - 2 BvR 1131/16, Rn. 37*). Die Verpflichtung zur Verwirklichung eines Richtlinienziels darf nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts »contra legem« dienen (*EuGH, 12.05.2022 - C-426/20, (Luso Temp) Rn. 57; 15.01.2014 - C-176/12, (Association de médiation sociale) Rn. 39; BAG, 19.05.2022 - 2 AZR 424/21, Rn. 17 m.w.N.*).

(4) In Anwendung dieser Maßstäbe lässt sich § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG - ungeachtet der Frage, ob das öffentliche Arbeitszeitrecht überhaupt einer unionsrechtskonformen Interpretation zugänglich ist (insoweit kritisch *Bayreuther, NZA 2020, 1, 2 f.*) - nicht dahin auslegen, dass sämtliche Arbeitszeiten der Arbeitnehmer aufgezeichnet werden müssten (ebenso *Bayreuther, NZA a.a.O.; Thüsing/Flink/Jänsch, ZFA 2019, 456, 484; Baeck/Winzer/Launer, NZG 2019, 858, 859; Höpfner/Daum, RdA 2019, 270, 276 f.; Riegel, RdA 2021, 152, 153 f.; Sittard/Esser, jM 2019, 284, 286; a.A. Oberthür, MDR 2019, 1029, 1030; H. Hanau, BT-Ausschussdrucks. 19(11) 752, S. 73, 81*).

(a) Einem solchen Verständnis steht schon der eindeutige Gesetzeswortlaut entgegen.

(b) Systematik und Regelungszusammenhang belegen den beschränkten Umfang der in § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG normierten Aufzeichnungspflicht.

(aa) Nach § 21a Abs. 7 Satz 1 ArbZG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitszeit der Arbeitnehmer im Straßentransport aufzuzeichnen. Diese Vorschrift im Abschnitt »Sonderregelungen« wäre nicht erforderlich gewesen, wenn davon auszugehen wäre, dass schon § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG eine derart umfassende Pflicht zur Aufzeichnung von Arbeitszeiten begründen sollte.

(bb) Vor allem § 8 Offshore-ArbZV und § 10 Abs. 1 BinSchArbZV verdeutlichen das. Nach diesen Bestimmungen hat der Arbeitgeber »abweichend von § 16 Absatz 2 (Satz 1) des Arbeitszeitgesetzes« die gesamte Arbeitszeit aufzuzeichnen. Die dortigen Formulierungen belegen, dass § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG gerade keine Pflicht zur Dokumentation der gesamten Arbeitszeit enthält.

(cc) Ein Vergleich mit anderen gesetzlichen Regelungen zur Arbeitszeitaufzeichnung unterstreicht die begrenzte Aufzeichnungspflicht nach § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG ebenfalls. So sehen § 6 Abs. 1 GSA Fleisch, § 17 Abs. 1 MiLoG, § 19 Abs. 1 AEntG und § 17c Abs. 1 AÜG ausdrücklich vor, dass Arbeitgeber und Entleiher Beginn und Ende sowie Dauer der täglichen Arbeitszeit aufzuzeichnen haben. Anders als § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG erfassen diese Normen nicht nur einen Teil der von den betreffenden (Leih-)Arbeitnehmern geleisteten Arbeitszeiten.

(c) Es ist auch nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 14.05.2019 (C-55/18, (CCOO)) eine weitergehende Reichweite hätte beimessen wollen. Während er mit Blick auf diese Entscheidung § 6 GSA Fleisch mit Wirkung zum 01.01.2021 um eine Pflicht zur elektronischen und manipulationssicheren Aufzeichnung der Arbeitszeiten ergänzt hat (sh. BT-Drucks. 19/22772, S. 7), wurde § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG nicht angepasst.

cc) Eine analoge Anwendung von § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG auf Zeiten, die vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst sind, ist ebenfalls nicht möglich.

(1) Eine Analogie setzt voraus, dass eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigt gelassene Lücke besteht und diese Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden kann. Anderenfalls könnte jedes Schweigen des Gesetzgebers - also der Normalfall eines nicht geregelten Sachverhalts - als planwidrige Lücke aufgefasst und sie durch eine Analogie von den Gerichten ausgefüllt werden (*BAG*, 17.12.2019 - 1 ABR 35/18, Rn. 41 m.w.N., *BAGE* 169, 149).

(2) Eine solche planwidrige Regelungslücke ist nicht gegeben. Das zeigt die Gesetzeshistorie. Im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme vorgeschlagen, die Worte »über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende« in § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG zu streichen. Zur Begründung verwies er darauf, dass eine effiziente Kontrolle durch die staatlichen Gewerbeaufsichtsämter nur bei einer vollständigen Aufzeichnung der Arbeitszeit möglich sei. Ein zusätzlicher Aufwand für den Arbeitgeber entstehe dadurch nicht, weil in der Regel eine Aufzeichnung für die Lohnabrechnung und aus anderen Gründen ohnehin erfolge (BT-Drucks. 12/5888, S. 37, 45). Der Vorschlag, den die Bundesregierung »im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen« wollte (vgl. BT-Drucks. 12/5888, S. 50, 54), wurde später nicht aufgegriffen. Dies lässt erkennen, dass die Aufzeichnungspflicht der Arbeitgeber nach § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG bewusst nur auf die über die werktägliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit beschränkt werden sollte.

c) Eine Pflicht zur Erfassung sämtlicher Arbeitszeiten kann auch nicht aus § 17 Abs. 4 ArbZG abgeleitet werden (*a.A. Thüsing/Flink/Jänsch, ZFA 2019, 456, 480 ff.*). Die Norm ermächtigt lediglich die Aufsichtsbehörden, die Erteilung bestimmter Informationen für die Durchführung des Arbeitszeitgesetzes und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen vom Arbeitgeber zu verlangen. Damit begründet sie allenfalls Auskunftspflichten. Zudem kann der Arbeitgeber das behördliche Auskunftsbegehren

nach § 17 Abs. 4 Satz 2 ArbZG in der zum 01.01.2021 in Kraft getretenen Fassung auch dadurch erfüllen, dass er »Geschäftsunterlagen« vorlegt, die nur »mittelbar« Auskunft über die Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes geben. Ausweislich der Gesetzesmaterialien genügen dafür auch »Stundenlohn-Abrechnungen« (vgl. BT-Drucks. 19/25141 S. 33). Dies zeigt, dass der Norm keine - auch keine indirekte - Verpflichtung zur Erfassung sämtlicher Arbeitszeiten entnommen werden kann.

d) Die Pflicht der Arbeitgeberinnen, ein System einzuführen, mit dem sämtliche Arbeitszeiten im Gemeinschaftsbetrieb erfasst werden, folgt jedoch aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG.

aa) Nach dieser Rahmenvorschrift (vgl. auch BAG, 18.03.2014 - 1 ABR 73/12, Rn. 23, BAGE 147, 306) hat 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 »geeignete Organisation« zu sorgen und die »erforderlichen Mittel« bereitzustellen. Bei unionsrechtskonformem Verständnis beinhaltet die gesetzliche Regelung auch die - grundsätzliche - Verpflichtung der Arbeitgeberinnen, ein System zur Erfassung der von ihren Arbeitnehmern geleisteten täglichen Arbeitszeit einzuführen, dass Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeit einschließlich der Überstunden umfasst.

(1) Der Wortlaut von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG steht einer solchen Auslegung nicht entgegen.

(a) Die - gesetzessprachlich weit gefasste - Verpflichtung des Arbeitgebers, für eine »geeignete Organisation« zu sorgen und die »erforderlichen Mittel« hierfür bereitzustellen, kann auch die Einführung und Verwendung eines Systems zur Erfassung der Arbeitszeiten der Arbeitnehmer umfassen. Die in der Norm verwendeten Begrifflichkeiten bieten ausreichende Möglichkeiten, um bei ihrer jeweiligen Anwendung im Einzelfall dem nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bestehenden Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der konkreten Modalitäten eines Arbeitszeiterfassungssystems Rechnung zu tragen.

(b) Es ist auch nicht methodisch ausgeschlossen anzunehmen, dass die Nutzung eines solchen Systems - wie vom Wortlaut des § 3 Abs. 2 ArbSchG gefordert - »zur Planung und Durchführung der Maßnahmen nach Absatz 1« erfolgt. Nach der sprachlichen Fassung der Norm sollen die in Nr. 1 angesprochene Organisation und die hierfür notwendigen Mittel zwar mit den Maßnahmen des Arbeitgebers verknüpft sein, die er auf der Grundlage der Generalklausel des § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG zum Zweck des Arbeitsschutzes treffen muss oder bereits getroffen hat (zum Inhalt dieser Norm etwa BAG, 07.12. 2021 - 1 ABR 25/20, Rn. 30 m.w.N.; 28.03.2017 - 1 ABR 25/15, Rn. 22, BAGE 159, 12). Aufgrund des lediglich unspezifischen und generalisierten Bezugs auf mögliche Arbeitsschutzmaßnahmen verschließt sich diese Formulierung jedoch nicht einer Auslegung dahin, dass auch solche organisatorischen Maßnahmen von Nr. 1 der Norm erfasst werden, die im Allgemeinen »zur Durchführung« des Arbeitsschutzes geeignet sind. Einem solchen Schutz dient ein System, mit dem die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer erfasst werden. Damit wird sichergestellt, dass die - den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bezweckenden - Regelungen über die Höchstarbeitszeit und die Ruhezeiten eingehalten werden.

(2) Ausschlaggebend für ein solches Verständnis von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ist der in den Gesetzesmaterialien ausgedrückte Wille des Gesetzgebers. Danach sollte mit dieser nationalen Vorschrift Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG umgesetzt werden (vgl. BT-Drucks. 13/3540 S. 16). Die Norm sieht u.a. vor, dass der Arbeitgeber die für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer erforderlichen Maßnahmen einschließlich der Bereitstellung einer geeigneten Organisation und der erforderlichen Mittel trifft. Da sich § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG - dem Umsetzungswillen des Gesetzgebers entsprechend - sprachlich weitgehend an Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG orientiert, soll ihm nach den Vorstellungen des Gesetzgebers derselbe Bedeutungsgehalt wie der unionsrechtlichen Vorgabe zukommen. Sie beinhaltet nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs auch die Verpflichtung eines Arbeitgebers zur Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems für die Erfassung sämtlicher Arbeitszeiten (EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 62). Der Gerichtshof hat diese

Auslegung nicht lediglich auf Art. 3 und 5 sowie Art. 6 Buchst. b der Richtlinie 2003/88/EG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 GRC gestützt. Er hat die Verpflichtung zur Einführung und Verwendung eines entsprechenden Arbeitszeiterfassungssystems im Betrieb vielmehr auch aus der in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG verankerten allgemeinen arbeitsschutzrechtlichen Organisationspflicht des Arbeitgebers abgeleitet.

(3) Gesetzessystematische Erwägungen zwingen nicht zu der Annahme, dass eine solche unionsrechtskonforme Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG »contra legem« wäre.

(a) Der Umstand, dass die inhaltlichen Vorgaben zur Arbeitszeit im Arbeitszeitgesetz geregelt sind, lässt nicht den Schluss zu, dass sich eine Pflicht des Arbeitgebers zur systematischen Erfassung sämtlicher Arbeitszeiten nicht aus dem Arbeitsschutzgesetz ergeben könnte. Der Aspekt der Arbeitszeit, der einen nicht unbedeutenden Bestandteil des Arbeits- und Gesundheitsschutzes der Beschäftigten darstellt, ist aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsschutzgesetzes (§ 1 ArbSchG) nicht ausgenommen. § 1 Abs. 3 Satz 1 ArbSchG stellt lediglich klar, dass die sich aus dem Arbeitsschutzgesetz ergebenden Verpflichtungen des Arbeitgebers seine durch andere Rechtsvorschriften begründeten Pflichten unberührt lassen. Gerade § 5 Abs. 3 Nr. 4 ArbSchG zeigt, dass auch die Arbeitszeit als unmittelbarer Gefährdungsfaktor zum Regelungsgegenstand des Arbeitsschutzgesetzes gehört.

(b) Auch unionsrechtlich ist vorgegeben, dass das Arbeitszeit- und das Arbeitsschutzgesetz bei arbeitszeitrechtlichen Fragestellungen nebeneinander gelten. Die den beiden Gesetzen zugrunde liegenden Richtlinien 2003/88/EG und 89/391/EWG schließen einander nicht aus. Nach dem dritten Erwägungsgrund der (Arbeitszeit-)Richtlinie 2003/88/EG bleiben die Bestimmungen der (Arbeitsschutzrahmen-)Richtlinie 89/391/EWG auf die in der (Arbeitszeit-)Richtlinie 2003/88/EG geregelte Materie der Arbeitszeit - unbeschadet darin enthaltener strengerer und/oder spezifischer Vorschriften - in vollem Umfang anwendbar. Damit findet die (Arbeitsschutzrahmen-)Richtlinie 89/391/EWG auch auf die Einhaltung der Mindestruhezeiten und der wöchentlichen Höchstarbeitszeit Anwendung (vgl. *EuGH*, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO9 Rn. 61).

(c) Aus § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG, der nur eine in seinem Umfang begrenzte Aufzeichnungspflicht für Arbeitszeiten vorsieht, lassen sich ebenfalls keine hinreichenden Anhaltspunkte ableiten, die einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG entgegenstünden.

(aa) Das Arbeitszeitgesetz trat zum 01.07.1994 und damit nur wenige Monate nach der ersten Arbeitszeitrichtlinie - der Richtlinie 93/104/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 23.11.1993 - in Kraft. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens im Oktober 1993 ging der nationale Gesetzgeber davon aus, dass sich die Konzeptionen beider Normwerke entsprächen (vgl. BT-Drucks. 12/5888, S. 20). Das lässt erkennen, dass er nicht beabsichtigte, eine von den Vorgaben der - nur kurze Zeit später in Kraft tretenden - Arbeitszeitrichtlinie abweichende Regelung zu treffen. Die Modifikation der ersten Arbeitszeitrichtlinie durch die Richtlinie 2000/34/EG und die Ablösung der geänderten Richtlinie durch die Richtlinie 2003/88/EG in der Folgezeit haben daran nichts geändert. Bereits die Richtlinie 93/104/EG enthielt in ihren Art. 3 und 5 Vorgaben für die tägliche und wöchentliche Ruhezeit, die mit denen der Richtlinie 2003/88/EG wortlautidentisch waren. Der Umstand, dass der Gesetzgeber bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist der ersten Arbeitszeitrichtlinie am 23.11.1996 die damals ausschließlich eine begrenzte Aufzeichnungspflicht normierende Bestimmung des § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG nicht veränderte, spricht dafür, dass er (lediglich) annahm, die nationale Bestimmung stehe im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben.

(bb) Den Gesetzesmaterialien zu § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG und seiner Entstehungsgeschichte lässt sich ebenfalls kein klar erkennbarer Wille des Gesetzgebers entnehmen, der bei einem entsprechenden unionsrechtskonformen Verständnis des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG übergangen oder verfälscht würde (vgl. zu dieser für die richterliche Rechtsfortbildung geltenden Grenze *BVerfG*, 06.06.2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR

1375/14, Rn. 75, BVerfGE 149, 126). Soweit in der Begründung des Gesetzentwurfs vom 13.10.1993 durch die Bundesregierung ausgeführt wird, mit der Beschränkung der Nachweispflicht auf die »über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende(n) Arbeitszeiten« werde unnötiger Aufwand vermieden (BT-Drucks. 12/5888 S. 31), handelt es sich lediglich um eine konstatierende Bemerkung. Aus dem Umstand, dass die Bundesregierung danach - trotz gegenteiligen Vorschlags des Bundesrats - an dieser Begrenzung der arbeitgeberseitigen Aufzeichnungspflicht in § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG festhielt, kann angesichts der damals grundsätzlichen Annahme des Gesetzgebers, in Übereinstimmung mit der ersten Arbeitszeitrichtlinie zu handeln, nicht sein unzweifelhafter Wille abgeleitet werden, § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG - durch den er erklärtermaßen und uneingeschränkt die unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG umsetzen wollte - nicht im Sinn dieser Vorgaben verstehen zu dürfen.

(d) Gleiches gilt für die nach Inkrafttreten des § 3 ArbSchG zum 21.08.1996 erlassenen Bestimmungen in § 6 Abs. 1 GSA Fleisch, § 17 Abs. 1 MiLoG, § 19 Abs. 1 AEntG und § 17c Abs. 1 AÜG. Soweit diese Vorschriften für spezifische Situationen eine den Beginn und das Ende sowie die Dauer der täglichen Arbeitszeit erfassende Aufzeichnungspflicht anordnen, lässt das nicht zwingend den Umkehrschluss zu, der Gesetzgeber habe für die Norm des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG die Grundentscheidung getroffen, sie könne - anders als von ihm hierzu ausdrücklich verlautbart - nicht im Sinn einer nach den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 89/381/EWG für alle Arbeitnehmer erforderlichen Arbeitszeiterfassung verstanden werden.

bb) Die sich danach aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ergebende Verpflichtung der Arbeitgeberinnen, ein System einzuführen und zu verwenden, mit dem Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeiten einschließlich der Überstunden erfasst werden, bezieht sich - wie für die Mitbestimmung nach § 87 BetrVG allein erheblich - auch auf alle in ihrem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

(1) Die Pflicht eines Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeiten betrifft diejenigen Arbeitnehmer, für die der nationale Gesetzgeber nicht auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG von den Vorgaben der Art. 3, 5 und 6 Buchst. b dieser Richtlinie abgewichen ist. Der Gerichtshof hat angenommen, die Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung gelte »unbeschadet von Art. 17 Abs. 1« dieser Richtlinie (vgl. EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 63). Dies bedeutet, dass sich die Arbeitszeiterfassung nicht auf Arbeitnehmer erstrecken muss, für die ein Mitgliedstaat Ausnahmen vorgesehen hat, weil die Dauer ihrer Arbeitszeit wegen besonderer Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht bemessen und/oder vorherbestimmt ist oder von den Arbeitnehmern selbst bestimmt werden kann.

(2) Diese Ausnahmen sind hier nicht gegeben. Die in den §§ 18 bis 21 ArbZG vorgesehenen Bestimmungen sind nicht einschlägig. Aus diesem Grund ist es auch nicht entscheidungserheblich, inwieweit diese Vorschriften den unionsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Weitere - nach Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG grundsätzlich mögliche - Sonderregelungen für Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber (bislang) nicht getroffen.

III. Der Antrag des Betriebsrats bleibt auch erfolglos, soweit er - als Minus zu seinem weitergehenden hauptsächlichen Begehren - die Feststellung eines Initiativrechts nach § 87 Abs. 1 BetrVG lediglich in Bezug auf die Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung im gemeinsamen Betrieb der beiden Arbeitgeberinnen begehrt.

1. Entsprechend dem Gebot der rechtsschutzgewährenden Antragsauslegung (vgl. dazu BAG, 28.07.2020 - 1 ABR 41/18, Rn. 11, BAGE 171, 340; 22.10.2019 - 1 ABR 17/18, Rn. 15) ist das Begehren des Betriebsrats dahin zu verstehen, dass er (hilfsweise) zumindest gerichtlich festgestellt wissen will, ihm stehe für die Ausgestaltung eines bei den Arbeitgeberinnen zu verwendenden Systems zur Arbeitszeiterfassung - d.h. ausschließlich beim »Wie« - ein Initiativrecht zu. Wie Antragswortlaut und -begründung zeigen, soll sich das vom Betriebsrat erstrebte Initiativrecht inhaltlich nur auf die Ausgestaltung durch ein elektronisches Zeiterfassungssystem richten.

2. Auch dieses Begehren bleibt jedoch ohne Erfolg. Zwar steht dem Betriebsrat - vorbehaltlich ggf. anderweitiger künftiger Regelungen durch den Gesetzgeber - für die Ausgestaltung des im Betrieb der Arbeitgeberinnen zu verwendenden Systems zur Erfassung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ein Initiativrecht zu (vgl. etwa für die Ausgestaltung des Klärungsprozesses nach § 84 Abs. 2 SGB IX a.F. (jetzt § 167 Abs. 2 SGB IX) BAG, 22.03.2016 - 1 ABR 14/14, Rn. 12, BAGE 154, 329). Wegen des Charakters von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG als arbeitsschutzrechtliche Rahmenvorschrift und der in diesem Zusammenhang bei ihrer Ausfüllung zu beachtenden unionsrechtlichen Vorgaben kann der Betriebsrat sein Initiativrecht allerdings nicht auf eine Zeiterfassung in elektronischer Form beschränken.

a) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hat der Betriebsrat bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen, die der Arbeitgeber aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift zu treffen hat, bei deren Gestaltung ihm aber Handlungsspielräume verbleiben. Das Mitbestimmungsrecht setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und wegen Fehlens einer zwingenden gesetzlichen Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen (BAG, 19.11.2019 - 1 ABR 22/18, Rn. 28 m.w.N., BAGE 168, 323).

b) Diese Voraussetzungen sind (zurzeit) erfüllt.

aa) Die Arbeitgeberinnen sind nach der Rahmenvorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ( vgl. dazu BAG, 18.03.2014 - 1 ABR 73/12, Rn. 23, BAGE 147, 306) verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeiten einschließlich der Überstunden der Arbeitnehmer in ihrem gemeinsamen Betrieb erfasst werden. Damit besteht für sie eine objektive gesetzliche Handlungspflicht.

bb) Deren Ausgestaltung lässt Raum für eine Mitbestimmung des Betriebsrats.

(1) Nach den Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union ist zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer ein »objektives, verlässliches und zugängliches« System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann (EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 38 ff., 60 ff.). Dabei besteht - solange vom Gesetzgeber (noch) keine konkretisierenden Regelungen getroffen wurden - ein Spielraum, in dessen Rahmen u.a. die »Form« dieses Systems festzulegen ist (EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 63). Bei ihrer Auswahl sind vor allem die Besonderheiten der jeweils betroffenen Tätigkeitsbereiche der Arbeitnehmer und die Eigenheiten des Unternehmens - insbesondere seine Größe - zu berücksichtigen. Wie der Verweis des Gerichtshofs auf die Schlussanträge des Generalanwalts erkennen lässt (EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 63; Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella v. 31.01.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 87), muss die Arbeitszeiterfassung nicht ausnahmslos und zwingend elektronisch erfolgen. Vielmehr können beispielsweise - je nach Tätigkeit und Unternehmen - Aufzeichnungen in Papierform genügen. Zudem ist es, auch wenn die Einrichtung und das Vorhalten eines solchen Systems dem Arbeitgeber obliegt, nach den unionsrechtlichen Maßgaben nicht ausgeschlossen, die Aufzeichnung der betreffenden Zeiten als solche an die Arbeitnehmer zu delegieren (vgl. auch Bayreuther, NZA 2020, 1, 6 f.; ders., Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales in Nachfolge des EuGH-Urteils v. 14.05.2019 (C-55/18) S. 38 ff.; Rieble/Vielmeier, Gutachten zur Umsetzung des EuGH-Urteils v. 14.05.2019 (C-55/18) in das deutsche Arbeitszeitrecht, Rn. 26 ff., 66 ff.; Thüsing/Flink/Jänsch, ZFA 2019, 456, 471 ff.; Höpfner/Daum, RdA 2019, 270, 277 f.; Schrader, NZA 2019, 1035, 1037). Bei der Auswahl und der näheren Ausgestaltung des jeweiligen Arbeitszeiterfassungssystems ist jedoch zu beachten, dass die Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit Zielsetzungen darstellen, die keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden dürfen (vierter Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/88/EG; EuGH, 14.05.2019 - C-55/18, (CCOO) Rn. 66 m.w.N.).

(2) Solange (und soweit) der Gesetzgeber den ihm zustehenden Spielraum bei der Ausgestaltung der unionsrechtlichen Arbeitszeiterfassungspflicht (vgl. auch *Bayreuther*, NZA 2020, 1, 3; *Baeck/Winzer/Launer*, NZG 2019, 858, 859 f.) nicht ausgeübt hat, können die Betriebsparteien und - im Fall ihrer fehlenden Einigung - die Einigungsstelle nach Maßgabe des § 87 Abs. 2 BetrVG entsprechende Regelungen treffen. Ihnen kommt insbesondere ein Gestaltungsspielraum dahin gehend zu, in welcher Art und Weise - ggf. differenziert nach der Art der von den Arbeitnehmern ausgeübten Tätigkeiten - die Erfassung von Beginn und Ende der Arbeitszeit im Betrieb zu erfolgen hat.

c) Da sich die aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG folgende Pflicht der Arbeitgeberinnen, ein System zur Erfassung von Beginn und Ende der Arbeitszeit im Gemeinschaftsbetrieb zu etablieren, nicht zwingend auf eine Zeiterfassung in elektronischer Form bezieht, kann sich auch das dem Betriebsrat bei der Ausgestaltung eines solchen Zeiterfassungssystems zustehende Initiativrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nicht lediglich hierauf beschränken. Das geben Inhalt und Zweck dieses Mitbestimmungstatbestands vor.

aa) § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG regelt die mitzubestimmende Angelegenheit in gegenständlicher Hinsicht nicht unmittelbar selbst, sondern knüpft an das Vorhandensein einer ausfüllungsbedürftigen - dem Arbeitsschutz der Arbeitnehmer dienenden - Vorschrift an. Eine solche Rahmenvorschrift zeichnet sich dadurch aus, dass sie zwar Maßnahmen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer erfordert, sie aber nicht selbst im Einzelnen benennt, sondern dem Arbeitgeber lediglich ein zu erreichendes Schutzziel vorgibt (vgl. BAG, 18.03.2014 - 1 ABR 73/12, Rn. 18, BAGE 147, 306). Nach der gesetzlichen Konzeption besteht ein Mitbestimmungsrecht, wenn den Arbeitgeber eine sich aus der Rahmenvorschrift ergebende Handlungspflicht trifft. Anknüpfungspunkt für die Beteiligung des Betriebsrats bildet dann der für den Arbeitgeber bestehende Spielraum bei der Umsetzung bzw. der Erfüllung seiner gesetzlichen Handlungspflicht. Gerade weil zwingende gesetzliche Vorgaben fehlen, muss eine »Regelung« auf betrieblicher Ebene erfolgen, um den von der ausfüllungsbedürftigen Vorschrift beabsichtigten Arbeits- und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu erreichen (vgl. BAG, 28.03.2017 - 1 ABR 25/15, Rn. 18, BAGE 159, 12; 11.02.2014 - 1 ABR 72/12, Rn. 14). Zweck des in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG vorgesehenen Mitbestimmungsrechts ist es, im Interesse der betroffenen Beschäftigten durch die gleichberechtigte Mitsprache des Betriebsrats bei der Ausfüllung vorhandener Handlungsspielräume des Arbeitgebers bei betrieblichen Maßnahmen eine möglichst effiziente Umsetzung des gesetzlichen Arbeitsschutzes im Betrieb zu gewährleisten (BAG, 30.09.2014 - 1 ABR 106/12, Rn. 13 m.w.N.).

bb) Dieses Ziel kann nicht erreicht werden, wenn der Gegenstand der zu regelnden Angelegenheit entgegen den Vorgaben der jeweiligen Rahmenvorschrift zu eng gefasst wird. Der Regelungsgegenstand eines vom Betriebsrat reklamierten Initiativrechts muss - für den Fall, dass die Betriebsparteien hierüber keine Einigung erzielen - auch den Gegenstand einer nach § 76 Abs. 2 Satz 2 und 3 BetrVG i.V.m. § 100 ArbGG errichteten Einigungsstelle bilden können. Wird der Regelungsauftrag einer solchen Einigungsstelle zu weitgehend beschränkt, besteht die Gefahr, dass sie die dem Arbeitgeber obliegende Handlungspflicht inhaltlich nicht ausgestalten kann, weil ihr durch die Begrenzung des Regelungsauftrags der gesetzlich vorgesehene Gestaltungsspielraum - teilweise - genommen wird. Dies hätte zur Folge, dass eine effiziente Umsetzung des gesetzlichen Arbeitsschutzes im Betrieb nicht gewährleistet wäre. Aus diesem Grund muss der Regelungsauftrag einer Einigungsstelle zur Ausgestaltung einer arbeitsschutzrechtlichen Handlungspflicht des Arbeitgebers - und damit auch der Inhalt des dem Betriebsrat insoweit zustehenden Initiativrechts - dem jeweiligen Inhalt der Verpflichtung und dem in diesem Zusammenhang bestehenden Gestaltungsspielraum entsprechen.

cc) Diese Vorgaben sind hier nicht gewahrt. Eine Beschränkung der zu regelnden betrieblichen Angelegenheit auf eine bestimmte Form der Zeiterfassung (»elektronisch«) für alle Arbeitnehmer hätte zur Folge, dass eine mit einem entsprechenden Regelungsauftrag ausgestattete Einigungsstelle nur über diese Form der Arbeitszeiterfassung im Betrieb befinden könnte. Da eine solche Art der Ausgestaltung

unionsrechtlich jedoch nicht zwingend vorgegeben ist, bestünde die Gefahr, dass die Einigungsstelle ggf. keinen (umfassenden) inhaltlichen Spruch über die Ausgestaltung der den beiden Arbeitgeberinnen obliegenden Pflicht zur Verwendung eines Arbeitszeiterfassungssystems für alle Arbeitnehmer ihres Gemeinschaftsbetriebs treffen könnte. Damit könnte sie entgegen den Vorgaben des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG die regelungspflichtige Angelegenheit nicht oder zumindest nicht abschließend ausgestalten.

d) Schon wegen dieser mitbestimmungsrechtlichen Besonderheiten kann der Betriebsrat sein - hilfsweise geltend gemachtes - Initiativrecht auf (bloße) Ausgestaltung der den Arbeitgeberinnen zum Zweck des Arbeitsschutzes obliegenden Verpflichtung aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG zur (ausschließlichen) Erfassung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer auch nicht auf § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG stützen.

IV. Der Senat muss kein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Abs. 3 AEUV an den Gerichtshof der Europäischen Union richten. Das Verfahren wirft mit Blick auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung keine entscheidungserhebliche unionsrechtliche Rechtsfrage auf, die nicht bereits durch die Entscheidung des Gerichtshofs vom 14.05.2019 (C-55/18, (CCOO)) hinreichend geklärt wäre. Auch in Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung des Mitbestimmungsverfahrens bedarf es keiner Vorlage. Art. 11 der Richtlinie 89/391/EWG verweist insoweit auf die nationalen Rechtsvorschriften, ohne konkrete Vorgaben für die Beteiligung im Einzelfall zu machen (vgl. BAG, 08.11.2011 - 1 ABR 42/10, Rn. 25).

## ■ Der Praxishinweis

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts stößt im Hinblick auf deren Begründung auf Bedenken.

Die Grundsatzentscheidung des BAG dürfte weitreichende Folgen für die Praxis haben. Bisher waren Arbeitgeber nach dem Arbeitszeitgesetz (ArbZG) nur verpflichtet, Überstunden und Sonntagsarbeit zu dokumentieren, nicht aber die gesamte Arbeitszeit der Arbeitnehmer.

Sofern bereits eine umfassende elektronische Zeiterfassung im Betrieb besteht, dürfte das Urteil des BAG von geringerem Interesse sein. Sofern im Betrieb aber (insbesondere für Mitarbeiter, die im Homeoffice oder mobil arbeiten) **flexible Arbeitszeitmodelle** wie **Vertrauensarbeitszeit** gelten, besteht Handlungsbedarf.

Bereits im Sommer 2019 hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem sog. Stechuhr-Urteil (EuGH, Urt. v. 14.05.2019 - C-55/18) festgestellt, dass Unternehmen nach EU-Recht die Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer komplett zu erfassen hätten - egal, ob diese im Büro, im Außendienst oder von zu Hause aus arbeiten. Tragendes Argument für den EuGH war hierbei, dass nur so sichergestellt werden könne, dass sich ein Arbeitgeber an die Vorschriften hält, die die Arbeitnehmer schützen sollen.

Damit hat der EuGH sehr konkret Fragen zur Arbeitszeiterfassung aufgeworfen, die der deutsche Gesetzgeber bisher nur unzureichend geregelt hat. Zu einer europarechtskonformen Anpassung des deutschen Arbeitszeitrechts, wonach eine Erfassung nur für solche Stunden erforderlich ist, die über acht Stunden am Werktag hinausgehen (§ 16 Abs. 2 ArbZG), ist es jedenfalls bisher nicht gekommen. Damit blieb es für die Betriebe zunächst bei dieser deutschen Gesetzesregelung.

Dem kam nun das Bundesarbeitsgericht zuvor. Seiner Auffassung nach ist der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG auch in Deutschland bereits verpflichtet, ein System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann. Tatsächlich findet sich der Begriff **Zeiterfassung** aber in dieser Vorschrift nicht. Dennoch liest das BAG bei unionsrechtskonformer Auslegung aus dieser Vorschrift die gesetzliche Verpflichtung der Arbeitgeber, die Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer zu erfassen.

Diese Herleitung wirft jedoch eine Vielzahl von Folgefragen auf, die auch mit der vorliegenden Entscheidungsbegründung offenbleiben. Denn anders als das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) gilt das

Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) auch für Leitende Angestellte und Pflegedirektoren/innen. Folgt man der Argumentation des BAG, wäre selbst hier eine Zeiterfassung gesetzlich vorgeschrieben.

Darüber hinaus ist noch völlig offen, ob und wo das Bundesarbeitsgericht Grenzen hinsichtlich der Arbeitszeiterfassung zieht. Mit Blick auf den Wortlaut des vom Ersten Senat bemühten § 3 Abs. 2 ArbSchG, der von den »erforderlichen Mitteln« spricht, lässt sich eine allgemeine und unterschiedslos geltende Arbeitszeiterfassung jedenfalls kaum überzeugend begründen. Offen ist zudem, ob die Zeiterfassung in einer bestimmten Form erfolgen muss. Der EuGH hatte es in der einschlägigen Entscheidung dem Arbeitgeber überlassen, wie dieser die Zeiterfassung ausgestaltet, sofern eine objektive und verlässliche Feststellung der geleisteten Arbeitszeit möglich sei.

Aus diesseitiger Sicht bleibt daher der Gesetzgeber dringend aufgerufen, diese Fragen durch eine klare gesetzliche Regelung zu beantworten.

Bis dahin kann den Betreibern von Krankenhäusern sowie stationären und ambulanten Pflegeeinrichtungen nur dringend geraten werden, Arbeitszeitmodelle nicht ohne die entsprechende Zeiterfassung voranzutreiben. Denn erkennt man - wie nun das BAG - die Pflicht zur umfassenden Zeiterfassung an, so sind gelebte und alltägliche Modelle ohne Erfassung rechtswidrig. Selbst wenn Arbeitnehmer dies im laufenden Arbeitsverhältnis hinnehmen, dürfte sich die Position des Arbeitgebers in Streitfällen erheblich verschlechtern. So hat das BAG bereits 2012 für Überstundenprozesse von Berufskraftfahrern, für die eine besondere gesetzliche Pflicht zur Arbeitszeiterfassung besteht, Beweiserleichterungen anerkannt (BAG, Urt. v. 16.05.2012 - 5 AZR 347/11). Hier genügen Arbeitnehmer ihrer Darlegungslast bereits mit dem Vortrag, an welchen Tagen welche Tour wann begonnen und wann beendet wurde. Es sei dann Sache des Arbeitgebers, dies unter Auswertung seiner Aufzeichnungen - wenn er diese denn zur Verfügung hat - zu widerlegen.

Zur Frage des **Rechts des Betriebsrats** ist auf Folgendes hinzuweisen:

Die Entscheidung des BAG fügt sich hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Frage des Initiativrechts in die bisherige Rechtsprechung ein: Solange der Arbeitgeber einer gesetzlichen Verpflichtung unterliegt, verbleibt logischerweise kein Raum für ein Initiativrecht des Betriebsrats im Zusammenhang mit Mitbestimmungsrechten.

Für Betriebsräte und Arbeitnehmer stellt die Entscheidung des BAG, auch wenn der am Verfahren beteiligte Betriebsrat unterlegen ist, dennoch eine Verbesserung ihrer Rechtsposition bei der Zeiterfassung dar, die sich auch über das Arbeitsschutzrecht hinaus auswirken wird. Nur soweit auf Betriebsratsseite die Hoffnung bestanden haben sollte, dass die Zeiterfassung auch elektronisch verlangt werden kann, ist dem nicht so. Auch der EuGH hat bekanntlich keine bestimmte Form der Zeiterfassung vorgegeben. Zudem dürfte das BAG auch einigen Bestrebungen auf Betriebsratsseite einen Riegel vorgeschoben haben, die sich ein allgemeines Initiativrecht zur Einführung aller möglichen technischen Einrichtungen vorgestellt haben.

Die Arbeitgeber müssen jedoch nach wie vor davon ausgehen, dass sie bei diesem Thema vom Betriebsrat aufgefordert werden, ihn im Rahmen der Ausgestaltung der Zeiterfassung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitbestimmen zu lassen. Dazu kann sehr wohl auch das »Wie« der Zeiterfassung und damit die Frage nach der elektronischen Zeiterfassung gehören. Das BAG hat bereits zum Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu Beginn und Ende der Arbeitszeit Folgendes festgestellt:

*»Die Einigungsstelle war für die Festlegung, ob und auf welche Weise die täglichen Arbeitszeiten der Arbeitnehmer erfasst werden, zuständig. Die dafür erforderliche Regelungskompetenz folgt aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Wird die tägliche Arbeitszeit durch eine technische Kontrolleinrichtung aufgezeichnet, ist das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG einschlägig, wenn die maschinelle Arbeitszeiterfassung dazu bestimmt ist, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.«*

Legt man dies zugrunde, besteht, nachdem die Zeiterfassung selbst bereits von Gesetzes wegen

verpflichtend ist, dass »Wie« aber nicht vorgegeben ist, für die Ausgestaltung und damit auch die Form der Zeiterfassung ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Im Ergebnis kann der Betriebsrat damit ggf. sehr wohl zumindest die Forderung nach einer elektronischen Zeiterfassung aufstellen.

**Fazit:**

Zusammenfassend ist dem vom BAG gefundenen Ergebnis hinsichtlich des nicht bestehenden Initiativrechts des Betriebsrats zuzustimmen. Nicht zu überzeugen vermag jedoch die Anerkennung einer gesetzlichen Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Aus diesseitiger Sicht dürfte es zumindest unglücklich sein, dass das BAG nicht das Tätigwerden des Gesetzgebers in diesem für das Arbeitszeitrecht und Arbeitsschutzrecht so bedeutsamen Themenkomplex abgewartet hat. ■

*(Bearbeiter RA Prof. Robert Roßbruch)*

**Anm. d. Schriftl.:** Es ist beabsichtigt, zu der vorliegenden Entscheidung in einer der nächsten Ausgaben der PflegeRecht ein Essay zu veröffentlichen.