

Aufzeichnungspflichten über geleistete Arbeitsstunden – Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislastverteilung im Überstundenprozess¹

Dorothee Müller-Wenner, Dortmund

Die Verpflichtung des AG, Arbeitszeiten aufzuzeichnen, ist in einer Reihe von gesetzlichen Regelungen enthalten. Damit soll die Einhaltung öff.-rechtlicher Schutzpflichten überwacht werden. So sollen AN einerseits vor gesundheitlicher Überforderung durch Mehrarbeit (§ 16 ArbZG) geschützt und im Straßenverkehr die öff. Sicherheit durch Einhaltung von Lenk- und Ruhezeiten im Straßenverkehr (§ 21a ArbZG) gewährleistet werden. Andererseits sollen Aufzeichnungspflichten verhindern, dass Mindestentgelte unterlaufen werden (§ 19 AEntG, § 17c AÜG und § 17 MiLoG). Wegen ihres öff.-rechtl. Charakters haben nach bisher überwiegendem Verständnis gesetzliche Aufzeichnungspflichten keine Auswirkungen auf den vom AN für geleistete Arbeitsstunden geltend gemachten Vergütungsanspruch. Daran kann in Bezug auf Aufzeichnungspflichten, die der Sicherung von Mindestlöhnen dienen, nicht festgehalten werden.

I. Überblick über gesetzliche Aufzeichnungspflichten

1. ArbZG

Das ArbZG normiert Aufzeichnungspflichten in zwei Vorschriften: § 16 Abs. 2 und § 21a Abs. 7. Der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 2 ist eingeschränkt, da er AG nur verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 S. 1 ArbZG hinausgehenden Arbeitszeiten der AN aufzuzeichnen. Dies bedeutet, dass Aufzeichnungspflichten erst beginnen, sobald der AN an einem Werktag mehr als 8 Std. arbeitet. Darauf, ob Verlängerungen zulässig sind und Ausgleichszeiträume eingehalten werden, kommt es nicht an. Die Aufsichtsbehörde soll in der Lage sein, die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften zu kontrollieren, was bei Berücksichtigung vielfältiger Möglichkeiten, Arbeitszeiten etwa durch TV oder BV zu verlängern und auszugleichen, ohne Aufzeichnungen schwer möglich wäre.² Der Aufzeichnungspflicht unterliegt außerdem jede Arbeitszeit an Sonn- und Feiertagen. Dies entspricht Wortlaut und Sinn der Vorschrift. Arbeitszeit, die an Sonn- und Feiertagen geleistet wird, geht über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 S. 1 ArbZG hinaus. Der aufsichtsbehördlichen Kontrolle unterliegt auch die Einhaltung des Sonntagsarbeitsverbots.³

Eine umfassendere Aufzeichnungspflicht sieht § 21a Abs. 7 S. 1 ArbZG für die Arbeitszeit von Kraftfahrern vor. Hier muss der AG die Arbeitszeit der AN insg., also jeden Tag von Beginn bis Ende, aufzeichnen. Auf eine Überschreitung von 8 Std./Tag kommt es nicht an. Sowohl gem. § 16 Abs. 2 S. 2 als auch gem. § 21a Abs. 7 S. 2 ArbZG sind die Aufzeichnungen mind. 2 Jahre lang aufzubewahren. Besondere Vorschriften gelten in der Luft- und Schifffahrt (s. §§ 20, 18 Abs. 3 ArbZG). Behördlich geforderte Arbeitszeitaufzeichnungen sind per-

sonenbezogene Daten iSd. EU-Datenschutzrechts. Ihre Erhebungs- und Vorlagepflicht gegenüber den Arbeitsschutzbehörden erkennt der EuGH wegen ihres Zwecks an, nämlich einer besseren Anwendung der Regelungen über die Arbeitsbedingungen.⁴

2. AEntG, AÜG und MiLoG

Das AEntG sieht in § 19 Abs. 1, das MiLoG in § 17 und das AÜG in § 17c Abs. 1 unter bestimmten Voraussetzungen Aufzeichnungspflichten des AG vor. Die Vorschriften haben in Bezug auf die zu erfüllenden Pflichten identischen Wortlaut. Danach muss der AG für den jeweiligen benannten Beschäftigtenkreis Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit spätestens bis zum Ablauf des 7. auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzeichnen und diese Aufzeichnungen mind. 2 Jahre, beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt, aufbewahren.

Diese Aufzeichnungspflichten gehen damit über die für Kraftfahrer in § 21a Abs. 7 ArbZG genannten hinaus, da sie ausdrücklich auch die Dauer und zudem eine Frist für die Erfüllung der Aufzeichnungspflicht benennen. Aus Angaben zu Beginn und Ende der Arbeitszeit allein ergibt sich nicht zwingend die Dauer der täglichen Arbeitszeit, da während des Tages Unterbrechungen stattfinden können. Aus der ausdrücklichen Pflicht, die Dauer der täglichen Arbeit anzugeben, ergibt sich daher mittelbar die Pflicht, auch Pausenzeiten zu dokumentieren.⁵ Im Übrigen können aus der Dauer der Tätigkeit Rückschlüsse auf die Plausibilität der übrigen Angaben gezogen werden. Die 7-Tages-Frist dient der effektiven Kontrolle und trägt dem Umstand Rechnung, dass Aufzeichnungen, je länger sie zurückliegen, desto weniger die tatsächlich geleistete Arbeitszeit wiedergeben werden.

Die Vorschriften gelten für einen begrenzten Personenkreis. Gem. § 17 Abs. 1 AÜG sind dies aufgrund der Verweisung auf § 8 Abs. 1 SGB IV zum einen die sog. geringfügig Beschäftigten (mit Ausnahme der im Haushalt Beschäftigten), zum anderen aufgrund der Verweisung auf § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes AN, die in den in dieser Vorschrift genannten Wirtschaftsbereichen beschäftigt sind. Hierbei handelt es sich z. B. um das Bau-, Gaststätten-, Speditions-, oder

¹ **Kongress 3. Campus Arbeitsrecht** Das Forum: Streitobjekt Arbeitszeit auf dem Kongress 3. Campus Arbeitsrecht am 8.3.2018 behandelt u.a. auch dieses Thema.

² ErfK/Wank § 16 ArbZG, Rn. 3; Buschmann/Ulber, ArbZG, § 16 Rn. 7, 19.

³ ErfK/Wank, aaO., Rn. 4; Buschmann/Ulber, aaO., Rn. 19; Schliemann, FA 2016, 66, 68.

⁴ Vgl. EuGH 30.5.13, C-342/12, AuR 2013, 370 zu Art. 6 RL 2003/88/EG, wonach die (unverzügliche) Vorlagepflicht von Aufzeichnungen gegenüber der Überwachungsbehörde mit der Datenschutz-RL 95/46 vereinbar ist.

⁵ Lakies, MiLoG, § 17 Rn. 4; Maschmann, NZA 2014, 929, 936; HK-MiLoG/Ramming, § 17, Rn. 9, der allerdings nur meint, die Aufzeichnung von Pausen sei »sinnvoll«.

Gebäudereinigungsgewerbe oder die Fleischwirtschaft. In Bezug auf die Beschäftigung von AN in diesen Branchen und von geringfügig Beschäftigten schätzt der Gesetzgeber die Missbrauchsanfälligkeit und Nichteinhaltung von Schutzvorschriften besonders hoch ein. Im Bereich der Leiharbeit besteht die Aufzeichnungspflicht gem. § 17c Abs. 1 iVm. § 3a AÜG, soweit vom BMAS erlassene RVO für die in Leiharbeitsverhältnissen Beschäftigten Mindeststundenentgelte vorsehen. Hiervon hat der Verordnungsgeber Gebrauch gemacht.⁶ Die Aufzeichnungspflicht gem. § 17c Abs. 1 AÜG trifft nur den Entleiher. Dies ist allein dem Umstand geschuldet, dass der Leih-AN im Betrieb des Entleihers seine Arbeit erbringt und deshalb der Entleiher eher als der Verleiher Einblick in dessen Arbeitszeiten hat. Darüber hinaus gelten jedoch für beschäftigte Leih-AN, für die nach dem MiLoG oder dem AEntG Aufzeichnungspflichten bestehen, diese gem. § 19 Abs. 1 S. 2 AEntG und § 17 Abs. 1 S. 2 MiLoG nicht nur für den Entleiher, sondern auch für den Verleiher.

Auf Grundlage der Erlaubnis in § 17 Abs. 3 MiLoG kann das BMAS als Verordnungsgeber Aufzeichnungspflichten einschränken oder erweitern. Davon hat es in der sog. Mindestlohndokumentationspflichten-VO (MiLoGDokV) Gebrauch gemacht. Darin ist etwa die Dokumentationspflicht für AN aufgehoben, die mehr als 2.958 € verdienen. Mit der 2. MiLoGDokV v. 29.7.2015⁷ wurde auf Intervention der AG der Schwellenwert auf 2.000 € reduziert, wenn AG nachweisen, dass sie Monatseinkommen in dieser Höhe tatsächlich in den letzten 12 abgerechneten Monaten gezahlt haben. Weiterhin sieht die MiLoGDokV Vereinfachungen für AN mit ausschließlich mobilen Tätigkeiten vor. Hier reicht die Aufzeichnung der Dauer der tatsächlichen täglichen Arbeitszeit, wenn diese AN keinen Vorgaben hinsichtlich Beginn und Ende der Arbeitszeit unterliegen, sondern über die Einteilung ihrer Arbeitszeit eigenverantwortlich entscheiden können.⁸

Im Bereich des AEntG ist streitig, welche Branchen bei Vorliegen eines allgemeinverbindlichen TV von der Dokumentationspflicht erfasst werden. Insoweit liegen unterschiedliche Entscheidungen des OLG Hamm⁹ und des FG Hamburg¹⁰ zu Landwirtschaft und Gartenbau vor. Das OLG Hamm meint, dass die Pflicht des § 19 Abs. 1 AEntG sich nur auf die in § 4 Abs. 1 Ziff. 1 AEntG genannte Bauwirtschaft sowie auf die in § 2a Schwarzarbeitsbekämpfungsg aufgeführten Wirtschaftsbranchen erstrecke. Dann wären Landwirtschafts- und Gartenbaubetriebe, aber auch andere Betriebe wie z. B. der Pflegebereich oder das Sicherheitsgewerbe nicht erfasst. Das FG Hamburg meint dagegen, aus der Bezugnahme in § 19 Abs. 1 AEntG auf die Rechtsverordnungen nach § 7a AEntG ergebe sich, dass die Norm auf alle Branchen anwendbar sei. Da AG bei der Verletzung von Aufzeichnungspflichten eine Ordnungswidrigkeit begehen, wäre es notwendig, diese Frage grds. zu klären

II. Art der Erfüllung der Aufzeichnungspflichten

Aufzeichnungspflichten können durch unterschiedliche technische Methoden erfüllt werden. Aufzeichnungen können handschriftlich, maschinell oder mit Hilfe von Datenverarbeitungstechniken vorgenommen werden.¹¹ Sie müssen allerdings in Form von Dateien oder Dokumenten vorhanden sein; auf Zeugenaussagen kann nicht verwiesen werden.¹² Die Aufzeichnungen müssen auch einzelnen AN zugeordnet werden können. Personenunabhängige Tätigkeitsaufzeichnungen reichen nicht.¹³

III. Entscheidungen der Arbeits- und Verwaltungsgerichte

ArbG befassen sich idR. mit Aufzeichnungspflichten, wenn der AN Vergütung von geleisteten Überstunden verlangt. Deren Geltendmachung verlangt auf der 1. Stufe der Darlegungslast den Vortrag des AN, wann er an welchen Tagen von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des AG zur Arbeit bereitgehalten hat.¹⁴ Darauf muss der AG substantiiert erwidern. Geht es um Arbeitszeiten eines Kraftfahrers, stehen dem AG als Hilfsmittel die von ihm gem. § 21a Abs. 7 S. 1 ArbZG korrekt zu erstellenden Aufzeichnungen zur Verfügung, die weiter gehend als in § 16 Abs. 2 ArbZG sämtliche Arbeitszeiten enthalten müssen.¹⁵

VerwG befassen sich mit Aufzeichnungspflichten, wenn AG sich gegen Anordnungen der Gewerbeaufsichtsämter zur Wehr setzen. So können Maßnahmen der Aufsichtsbehörden auf Grundlage des § 17 Abs. 2, Abs. 4 ArbZG erlassen werden.

Im Fall eines Einzelhandelsbetriebes verlangte das Gewerbeaufsichtsamt Auskünfte über die tatsächliche Arbeitszeit, Arbeitszeitnachweise und Stundenlisten. Infolge einer Beschwerde hatte das Amt nach einer Betriebsbesichtigung konkrete Anhaltspunkte dafür, dass Pausenzeiten nicht eingehalten worden waren. Die AG konnte keine entspr. Anordnung für Pausenzeiten vorlegen, und die AN konnten keine Auskunft darüber geben, wann sie Pausen eingelegt hatten. Das VG *Ansbach* sah die Anordnung des Gewerbeaufsichtsamtes gem. § 17 Abs. 2 ArbZG als berechtigt an, weil konkrete Anhaltspunkte für Arbeitszeitverstöße vorlagen. Es führt dazu weiter aus, dass die Frage, ob die AG den Nachweis des § 16 Abs. 2 ArbZG zu führen brauchte, erst nach Vorlage der bei der AG vorhandenen Unterlagen geklärt werden könne.¹⁶

In einer Entscheidung des *Bayerischen* VGH¹⁷ wehrte sich ein Seniorenheim gegen einen Bescheid der Regierung von Schwaben. Darin war dem Heim auferlegt worden, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass Höchstarbeitszeiten nicht über- und Mindestruhezeiten nicht unterschritten werden. Außerdem verpflichtete der Bescheid zur Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeiten nebst Pausenzeiten und zur Übersendung der Unterlagen an das Gewerbeaufsichtsamt. Diese Auflagen waren ergangen, nachdem das Amt bei einer Betriebsbesichtigung Verstöße gegen Arbeitszeitschutzvorschriften festgestellt hatte. Der VGH wies die Beschwerde des Seniorenheims gegen die Auflagen zurück. Die auferlegten Pflichten gingen zwar über die des § 16 Abs. 2 ArbZG hinaus; sie seien aber gem. § 17 Abs. 2 ArbZG erforderlich, um der Behörde zuverlässig die Nachprüfung zu ermöglichen, ob Arbeitszeitvorschriften eingehalten werden.

6 3. VO über eine Lohnuntergrenze in der AN-Überlassung v. 31.5.2017 (Geltung bis 31.12.2019), BAnz AT 31.5.2017 V 1.

7 BAnz AT 31.7.2015 V1.

8 HK-MiLoG/Ramming, aaO., § 17 Rn. 19 ff.

9 OLG Hamm 18.10.2016, III-3 RBs 277/16, AuR 2017, 216; so auch Schliemann, FA 2016, 66, 70.

10 FG Hamburg 10.5.2017, 4 K 73/15, AuR 2017, 319, m. Anm. Müller-Wenner.

11 HK-MiLoG/Ramming, aaO., § 17 Rn. 9; Riechert/Nimmerjahn, § 17 Rn.48; Lakies, MiloG, § 17 Rn. 6.

12 Schliemann, FA 2016, 66, 67; Schmitz-Witte/Kilian, NZA 2015, 415, 416.

13 Buschmann/Ulber, aaO., § 16 Rn. 10; Schliemann, aaO.; Schmitz-Witte/Kilian, aaO., S. 416.

14 St. Rspr., vergl. BAG 21.12.2016, 5 AZR 362/16, AuR 2017, 505 m. Anm. Ulber; BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/12, AuR 2013, 415; BAG 16.5.2012, 5 AZR 347/11, AuR 2012, 408.

15 BAG 21.12.2016, aaO.

16 VG *Ansbach* 25.1.2017, AN 4 K 15.00907.

17 *Bayerischer* VGH 26.10.2011, 22 CS 11.1989.

IV. Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess

Wenn Aufzeichnungspflichten über Arbeitszeiten bestehen, stellt sich die Frage, wie sich deren Erfüllung bzw. Nichterfüllung auf die vom AG anzuerkennende Arbeitszeit auswirkt.

1. Aufzeichnungspflichten nach § 16 und § 21a ArbZG

Da die Regelungen in §§ 16, 21a ArbZG allein dem sozialen und gesundheitlichen Schutz des AN vor Überforderung dienen sollen,¹⁸ das diejenigen im Bereich des Transports (§ 21a ArbZG), Luftverkehr und Schifffahrt zusätzlich dem Schutz der Allgemeinheit, wird angenommen, dass die Vorschriften nur arbeitszeitschutzrechtliche Bedeutung hätten und für die Vergütungspflicht des AG ohne Belang seien.¹⁹

Wegen dieses vorgeblich fehlenden Zusammenhangs wird auch notierten Arbeitszeiten des AN nur eingeschränkt rechtsverbindliche Bindung für den AG beigemessen. Vom AN angefertigte Arbeitszeitaufzeichnungen sind zwar grds. geeignet, geleistete Arbeitsstunden darzulegen. Ob Mehrarbeit allerdings erforderlich war oder vom AG gebilligt worden sei, ergebe sich daraus noch nicht.²⁰ Auch AG, die ihrer Verpflichtung zur Aufzeichnung der über 8 Std. werktäglich geleisteten Std. gem. § 16 ArbZG nicht nachgekommen sind, können trotz der vom AN erstellten Aufzeichnungen Umfang der Std. und Anordnung der Mehrarbeit bestreiten. Das Gleiche gilt – wenn auch eingeschränkter – für den Bereich des Transportes. Aber auch hier verlangt die Rspr., dass der Fahrer zunächst für den Streitzeitraum angeben muss, welche Touren ihm an welchen Tagen zugewiesen worden sind und an welchen Tagen er im Rahmen dieser Touren von wann bis wann gearbeitet hat.²¹ Erst anschließend muss sich der AG auf diesen Vortrag des AN substantiiert einlassen und zu den behaupteten Arbeitsstunden Stellung nehmen. Die Aufzeichnungen, zu deren Anfertigung der AG gem. § 21a Abs. 7 ArbZG verpflichtet ist, können lediglich geeignetes Hilfsmittel bei der Rekonstruktion und Darlegung der Arbeitszeiten sein, ohne den Nachweis der Unrichtigkeit abzuschneiden. Es gelten also die vom BAG für die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess entwickelten Grundsätze: Der AN muss zum einen den Umfang der geleisteten Überstunden darstellen und im Bestreitensfalle unter Beweis stellen, zum anderen darlegen und beweisen, dass die geleisteten Stunden vom AG veranlasst oder ihm zumindest zuzurechnen sind.²²

Nur ausnahmsweise sind nach der bisherigen Rspr. des BAG Arbeitszeitaufzeichnungen als dem AG zurechenbar anzusehen. So gilt das im Arbeitszeitkonto enthaltene Saldo als vom AG zugestanden, wenn der AG Guthabenstunden in einem für den jeweiligen AN geführten Arbeitszeitkonto vorbehaltlos ausgewiesen hat.²³ Das Gleiche gilt für vom AG abgezeichnete Arbeitsaufzeichnungen des AN.²⁴ In diesem Fall ergibt sich aus den Arbeitszeitaufzeichnungen, dass sie vom AG als geleistet und erforderlich anerkannt worden sind. Denn andernfalls hätte der AG die Möglichkeit gehabt, die Gegenzeichnung zu verweigern oder mit einem entspr. Vorbehalt zu versehen.

Das soll nach der Rspr. des BAG jedoch nicht generell für vom AN selbst erstellte Aufzeichnungen gelten, die sich der AG nicht durch vorbehaltlose Abzeichnung zu eigen gemacht hat.²⁵ Allein die widerspruchslose Entgegennahme der Aufzeichnungen sei nicht ausreichend.²⁶ Ebenfalls reiche es nicht aus, wenn der AN sich darauf beruft, von ihm geleistete Überstunden seien zu Unrecht nicht in das vereinbarte Arbeitszeitkonto eingestellt worden. In diesem Fall habe der AG diese geleisteten Stunden weder streitlos gestellt noch seien

sie ihm zuzurechnen. Regelmäßig soll der AN auch kein Recht haben, die Abzeichnung seiner Aufzeichnungen durch den AG zu verlangen.²⁷

2. Aufzeichnungspflichten nach MiLoG, AÜG und AEntG

In der Lit. wird vertreten, dass die in MiLoG, AÜG und AEntG enthaltenen Aufzeichnungspflichten zu keiner Änderung der Darlegungs- und Beweislastverteilung geführt haben.²⁸ Die Mindestlohnvergütung werde nur für geleistete Arbeit gewährt. Verlange der AN daher Überstundenvergütung, müsse er zum einen die von ihm geleistete Arbeitsleistung darlegen und zum anderen vortragen und beweisen, dass die von ihm behauptete Überstundenleistung angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig waren.²⁹ Also nichts Neues im Überstundenprozess!

Begründet wird dies damit, dass die vom AG geschuldete Arbeitszeitdokumentation allein öff.-rechtl. Natur sei. Dies ergebe sich aus der gesetzlichen Systematik in Abschnitt 3 des MiLoG (Überschrift Kontrolle und Durchsetzung durch staatliche Behörden) und daraus, dass deren Nichtbefolgung als Ordnungswidrigkeit geahndet werde (§ 21 Abs. 1 Nr. 7 MiLoG). Die Rechtsbeziehungen zwischen AG und den mit der Kontrolle beauftragten Zollbehörden einerseits und das Verhältnis des den Mindestlohn gegenüber seinem AG geltend machenden AN andererseits seien deshalb strikt voneinander zu trennen.³⁰

Dieser Auffassung steht zum einen der verfassungsrechtliche, aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung³¹ entgegen. Damit ist nicht vereinbar, Aufzeichnungen des AG, die dieser als für sich verbindlich in Bezug auf die Erfüllung seiner öff.-rechtlichen Pflichten ansieht, in Bezug auf die zu vergütende Arbeitszeit als gänzlich irrelevant zu betrachten. Zum anderen misst die Auffassung den unterschiedlichen Schutzzwecken der Normen eine zu geringe Bedeutung zu. Während das ArbZG den AN vor Überforderung schützen soll, sollen die Regelungen im MiLoG, AÜG und AEntG die gesetzlich normierte Mindestvergütung sichern.³² Letzteren kommt also ausdrücklich eine vergütungsrechtliche Relevanz zu. Dies

¹⁸ BAG 11.10.2000, 5 AZR 122/99, AuR 2000, 428, AuR 2001, 114; Riechert/Nimmerjahn, MiLoG § 1 Rn. 48.

¹⁹ BAG 21.12.2016, 5 AZR 362/16, AuR 2017, 221; 20.4.2011, 5 AZR 200/10; 16.5.2012, 5 AZR 347/11.

²⁰ BAG 21.12.2016, 5 AZR 362/16, AuR 2017, 221; 20.4.2011, 5 AZR 200/10; 16.5.2012, 5 AZR 347/11; so ausdrücklich auch: LAG Mecklenburg-Vorpommern 10.5.2001, 1 Sa 280/00.

²¹ BAG 21.12.2016, aaO.; BAG 16.5.2012, 5 AZR 347/11, AuR 2012, 408; BAG 20.4.2011, 5 AZR 200/10, AuR 2011, 367.

²² St. Rspr.: BAG 23.9.2015, 5 AZR 767/13, AuR 2016, 123; BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/13, AuR 2013, 415, krit. dazu Müller-Wenner, AuR 2015, 4 ff.; BAG 16.5.2012, 5 AZR 347/11, aaO.

²³ BAG 23.9.2015, aaO.

²⁴ BAG 10.4.2013, 5 AZR 122/12, AuR 2013, 415; BAG 23.9.2015, aaO.

²⁵ BAG 23.9.2015, aaO.

²⁶ BAG 10.4.2013, aaO.

²⁷ Maschmann, aaO.; Schliemann, aaO.

²⁸ Riechert/Nimmerjahn, aaO., § 1 Rn. 229 ff.; Lakies, MiLoG, § 1 Rn. 121 ff.

²⁹ Riechert/Nimmerjahn, aaO., Rn. 231 f.; Lakies, aaO., Rn. 126.

³⁰ Riechert/Nimmerjahn, aaO., Rn. 233.

³¹ BVerfG 15.12.2015, 2 BvL 1/12, AuR 2016, 127; BVerfG 15.10.2008, 1 BvR 1138706; BVerfG 23.10.2006, 2 BvR 1797/06.

³² Schliemann, FA 2016, 66.

muss sich auch in der rechtlichen Verbindlichkeit der von AG oder AN erstellten Arbeitszeitdokumentationen niederschlagen.

a) Gegenstand der Arbeitszeitdokumentation

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass den Mindestlöhne sichernden Normen ein am Normzweck orientierter vergütungsrechtlicher Arbeitszeitbegriff statt des arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeitbegriffs des ArbZG zugrunde zu legen ist.³³ Die Gegner dieser Ansicht halten auch für das MiLoG am arbeitsschutzrechtlichen Begriff des § 2 ArbZG und den unionsrechtlichen Vorgaben der Arbeitszeit-RL fest, da das MiLoG keinen eigenen Begriff der Arbeitszeit kenne.³⁴ Andererseits stellen sie teilweise wieder einschränkend fest, dass für die Bestimmung des Mindestlohns die Arbeitszeit maßgeblich sei, die der AN zur Erfüllung seiner Arbeitspflichten aufwende, und verweisen insofern auf den in der Rspr. verwendeten Begriff der »vergütungspflichtigen Arbeitszeit«.³⁵ Dieser Begriff wird in der Rspr. weit ausgelegt. Danach gehört jede vom AG verlangte Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder mit der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt, zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit. Jede vom AG veranlasste Untätigkeit, wie z. B. Bereitschaftszeiten, zählt zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit und ist mit dem Mindestlohn zu vergüten.³⁶ Auf Intensität oder Art der Tätigkeit kommt es nicht an. Aufgrund dieses weiten Verständnisses des vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriffes sind Arbeitszeiten iSd. § 2 Abs. 1 ArbZG idR. auch zu vergüten. Das gilt z. B. für Bereitschaftszeiten³⁷ oder Umkleidezeiten,³⁸ soweit letztere nicht ein eigenes Bedürfnis des AN erfüllen. Allerdings sind begrenzte Ausnahmen anerkannt. So hat das BAG bei Wegezeiten vom Betriebsitz zur Arbeitsstätte angenommen, dass diese zwar arbeitsschutzrechtlich Arbeitszeit sind, nicht aber zwingend zu vergüten seien.³⁹ Umgekehrt gibt es Zeiten, die unter arbeitsschutzrechtlichen Gesichtspunkten keine Arbeitszeit sind, deren Vergütungspflicht aber nicht ausgeschlossen ist. Dies gilt etwa für Fahrzeiten eines Beifahrers gem. § 21a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ArbZG.⁴⁰

Aufgrund des sich vom ArbZG unterscheidenden Normzwecks der MiLoG, AÜG und AEntG ist der von der Rspr. entwickelte weite vergütungsrechtliche Arbeitszeitbegriff zugrunde zu legen. Dieser knüpft im Übrigen an die bislang im Arbeitszeitrecht anerkannten Kategorien an und nimmt in vergütungsrechtlicher Hinsicht auf sie Bezug.⁴¹

Daraus ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass Gegenstand der Aufzeichnung die zu vergütenden Arbeitszeiten sind. Dann aber kann sich der AN bei der Geltendmachung von mit dem Mindestlohn zu vergütenden Überstunden auch auf die Dokumentation berufen, die der AG zur Kontrolle der Zollbehörden vorlegen und zu diesem Zweck im Betrieb aufbewahren muss. Hat der AG aufgrund behördlich festgestellter Arbeitszeiten (bspw. auch Überstunden) den Mindestlohn unterschritten, wird er gegenüber dem Vergütungsanspruch des AN nicht mit Erfolg einwenden können, dass die Arbeitszeiten nicht erbracht oder ihm nicht zugerechnet werden können.

b) An den AN delegierte Aufzeichnungen

Das Gleiche gilt für AN-Aufzeichnungen, die der AG zur Erfüllung seiner Pflichten nach dem MiLoG, AÜG und AEntG auf den AN delegiert hat. Kann im Bereich der arbeitszeitrechtlichen Dokumentationspflicht noch auf die fehlende vergütungsrechtliche Bedeutung verwiesen werden, trifft das auf die Aufzeichnungspflichten von Arbeitszeiten nicht mehr zu, die allein der Kontrolle von Mindestlöhnen dienen.

Ob öff.-rechtlich ausgestaltete Aufzeichnungspflichten überhaupt auf AN übertragen werden können, ist streitig. Die überwiegende Meinung hält eine Übertragung der Aufzeichnung zwar für zulässig;⁴² die öff.-rechtliche Verantwortung für Erstellung und Richtigkeit verbleibt jedoch beim AG, zumal dieser nach § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG alleiniger Adressat des Ordnungswidrigkeitentatbestands ist.⁴³ Andernfalls könnte dieser durch schlichtes Verschieben von Verantwortlichkeiten unterlaufen werden. Deshalb wird bspw. verlangt, dass AG die erforderlichen Aufzeichnungsmittel AN zur Verfügung stellen, sie anleiten und zumindest stichprobenartig überprüfen müssen, ob die Aufzeichnungen korrekt sind.⁴⁴ Im Fall delegierter Aufzeichnungspflichten sind daher Selbstaufzeichnungen des AN als für den AG verbindlich zu bewerten. Mit ihnen kann der AN nicht nur die von ihm geleistete Arbeit im Vergütungsprozess darlegen; sie sind dem AG auch zuzurechnen. Dies rechtfertigt sich aus der beim AG verbliebenen Verantwortung für Erstellung und Korrektheit der Arbeitszeitaufzeichnungen.

Aus dieser Verantwortung ergibt sich außerdem, dass der AG verpflichtet ist, AN-Aufzeichnungen abzuzeichnen. Seine Verantwortung muss einen sichtbaren Niederschlag finden. Der AN wird daher zumindest fordern können, dass der AG auf den Aufzeichnungen in irgendeiner Weise dokumentiert, dass dieser sich in Erfüllung seiner Pflichten die Aufzeichnungen des AN zu eigen macht.

Finden sich derartige Vermerke, z. B. Überprüfungshinweise, nicht, aber auch keine Vorbehalte oder Anmerkungen, sind dem AG die Aufzeichnungen des AN wie abgezeichnete oder in ein Arbeitszeitkonto vorbehaltlos gestellte Arbeitsstunden zuzurechnen. Denn im Bereich gesetzlicher Pflichten ist der AG nicht frei, ob er Aufzeichnungen vornimmt oder vornehmen lässt. Er muss demnach deutlich machen, mit welchen Aufzeichnungen er seine gesetzlichen Pflichten erfüllt. Er muss sich also die aufgrund einer Delegation angefertigten Aufstellungen seiner AN vorlegen lassen, sie zur Kenntnis nehmen und ggf. beanstanden. Anders als sonst kann sich der AG nicht darauf berufen, Überstunden nicht gebilligt zu haben, weil er sie nicht kenne. Denn beim Bestehen gesetzlicher Aufzeichnungspflichten ist er gehalten, die Arbeitsstunden seiner AN zur Kenntnis zu nehmen, um überprüfen zu können, ob die gesetzlichen Vorgaben eingehalten worden sind. Überträgt der AG seine Aufzeichnungspflicht, macht er damit deutlich, dass er seine Pflicht mit Hilfe der vom AN gefertigten Auf-

³³ Riechert/Nimmerjahn, aaO., § 1 Rn. 48 ff.; Thüsing/Hütter, NZA 2015, 970, 972 f., die allerdings daraus schlussfolgern wollen, dass Bereitschaftszeiten nicht mit dem Mindestlohn zu vergüten sind.

³⁴ Kocher, AuR 2015, 173; HK-MiLoG/Düwell, § 1 Rn. 43.

³⁵ Düwell, aaO., Rn. 36.

³⁶ BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15, AuR 2016, 304, 474; BAG 12.12.2012, 5 AZR 355/12, AuR 2013, 182, 1159; 19.9.2012, 5 AZR 678/11, AuR 2013, 48; BAG 20.4.2011, 5 AZR 200/10, AuR 2011, 367.

³⁷ BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15, aaO.; BAG 11.10.2017, 5 AZR 591/16.

³⁸ BAG 17.11.2015, 1 ABR 76/13.

³⁹ BAG 12.12.2012, 5 AZR 355/12.

⁴⁰ BAG 16.5.2012, 5 AZR 347/11.

⁴¹ ErfK-Franzen, § 1 MiLoG Rn. 4.

⁴² HessLAG 12.10.2011, 18 Sa 563/11; LAG Rh.-Pfalz 5.6.2013, 8 Sa 571/12; ErfK/Wank, ArbZG, § 16 Rn. 5; Schliemann, FA 2016, 66, 68; HK-MiLoG/Ramming, § 17 Rn. 10; Schlottfeld/Hoff, NZA 2001, 530, 532; Schmitz-Witte/Kilian, NZA 2015, 415, 416; Maschmann, NZA 2014, 929, 936; Didier, NZA 2007, 120, 122; Sittard/Rawe, ArbRB 2015, 80, 83; a. A. Buschmann/Ulber, ArbZG, § 16, Rn. 13 ff.; § 21a Rn. 44a.

⁴³ Schliemann, aaO., S. 68; Maschmann, aaO.; Schmitz-Witte/Kilian, aaO.; ErfK/Wank, ArbZG, § 16 Rn. 5; HK-MiLoG/Ramming, § 17 Rn. 10; Schoof, AiB 2011, 721, 725; a. A. Sittard/Rawe, ArbRB 3/2015, 80, 83.

⁴⁴ Ramming, aaO.; Schlottfeld/Hoff, aaO.; Maschmann, aaO.

zeichnungen erfüllen will. Mangels eigener Aufzeichnungen muss er sie dann auch als für sich verbindliche vergütungspflichtige Arbeitszeit anerkennen. Eine andere Sichtweise würde gegen den aus § 242 BGB folgenden Grundsatz des *venire contra factum proprium* verstoßen.

Es kann auch nicht vom AN verlangt werden, vorzutragen und nachzuweisen, wann sein AG vom Umfang der geleisteten Stunden Kenntnis genommen hat. Der AG ist von sich aus verpflichtet, sich diese Kenntnis zu verschaffen, um ggf. Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die Leistung von Überstunden zukünftig unterlassen wird, damit das Risiko einer Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns beseitigt wird. Denn wird im Rahmen gesetzlicher Aufzeichnungspflichten auch bei Delegation eine Kontrolle des AG für erforderlich gehalten, bedeutet dies nichts anderes, als dass der AG die Aufzeichnungen seines Mitarbeiters auf Richtigkeit überprüfen muss. Beanstandet er sie nicht, ist zu unterstellen, dass er diese Prüfung durchgeführt hat.

Auch im Bereich der Überwachungspflichten des BR gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG im Zusammenhang mit den im Betrieb geltenden Arbeitszeitregelungen ist anerkannt, dass der AG dem Auskunftsanspruch über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie über eine Über- und Unterschreitung der regelmäßigen betrieblichen wöchentlichen Arbeitszeit nicht entgegenhalten kann, dass er die Arbeitszeiten seiner Mitarbeiter nicht kenne.⁴⁵ Dem AG ist auch der Einwand verwehrt, dass ihm keine entspr. Unterlagen zur Verfügung stünden. Das BAG betont vielmehr, dass der Verzicht auf die Erhebung von Arbeitszeitdaten der AN keine zu respektierende Ausübung der betrieblichen Ordnung und Leitungsmacht des AG sei. Der AG habe seinen Betrieb so zu organisieren, dass die gesetzlichen bzw. tariflichen oder betrieblichen Höchst-arbeitszeitgrenzen eingehalten werden. Er muss Arbeitszeiten also zur Kenntnis nehmen, um ggf. auch korrigierend eingreifen zu können. Mit welchen geeigneten Mitteln der AG dieser Obliegenheit nachkommt, ist ihm überlassen, nicht aber die

Entscheidung, auf die Kenntnisnahme der tatsächlichen Arbeitszeiten seiner Beschäftigten bewusst zu verzichten.⁴⁶

Unterlässt der AG die ihm vorgeschriebene notwendige Kontrolle der Arbeitszeit, kann ihm das vergütungsrechtlich nicht zum Vorteil gereichen. Im Falle eines Verstoßes gegen § 3 ArbZG hat das BAG entsprechend entschieden und dem AN, der über die gesetzlichen Arbeitszeitgrenzen hinaus gearbeitet hatte, den Vergütungsanspruch für die über die zulässigen zeitlichen Höchstgrenzen erbrachten Arbeitsleistungen nicht versagt.⁴⁷ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass Vergütungsansprüche zur Vermeidung unerwünschter und unzulässiger Mehrarbeit beizutragen geeignet sind. Entspr. Überlegungen gelten auch für den gesetzlichen Mindestlohn. Auch hier soll der AG nicht davon profitieren, dass er Arbeitszeiten seiner AN hinnimmt, deren Vergütung mit dem Mindestlohn aber ablehnt.

V. Fazit

Überträgt der AG seine Aufzeichnungspflichten gem. § 19 AEntG, § 17c AÜG und § 17 MiLoG auf den AN, sind die Arbeitszeitaufzeichnungen des AN dem AG regelmäßig zuzurechnen. Die von der Rspr. entwickelten Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislastverteilung im Überstundenprozess bedürfen in diesem Fall der Modifikation iS. einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast zu Gunsten des AN.

⁴⁵ BAG 6.5.2003, 1 ABR 13/02, AuR 2004, 70; s. dazu ausf. Siebens, AiB 12/2015, 43.

⁴⁶ BAG 6.5.2003, aaO.

⁴⁷ BAG 24.8.2016, 5 AZR 129/16, AuR 2017, 83; so auch LAG Thüringen 19.3.2002, 5 Sa 527/99.