

03.21

Ping

Privacy in Germany

Datenschutz und Compliance

9. Jahrgang
Mai 2021
Seiten 81–124

www.PinGdigital.de

Herausgeber:

Prof. Niko Härting

Beirat:

*Dr. Stefan Brink
Dr. Niclas Krohm
Peter Schaar
Prof. Dr. Indra Spiecker
gen. Döhmman, LL. M.*

Redaktion:

*Dr. Jonas Botta
Dr. Sebastian Brüggemann, M. A.
Jun.-Prof. Dr. Sebastian J. Golla
Dr. Carlo Piltz
Sebastian Schulz*

Ständige Mitarbeiter:

*Dr. Simon Assion
Philipp Müller-Peltzer
Frederick A. Richter, LL. M.
Prof. Dr. Jan Dirk Roggenkamp
Daniel Schätzle
Ilan Selz, LL. M. (UMN)
Dr. Winfried Veil
Jan-Christoph Thode*

**PRIVACY
TOPICS**

M. Kubiciel
Ungeklärte Rechtsfragen der Sanktionierung von Unternehmen nach der DSGVO

K. H. Lincke
Die Sanktionspraxis der spanischen Datenschutzbehörde

J. C. Burgenmeister
BVerfG beseitigt die Bagatellschwelle und öffnet DSGVO-Schadensersatzklagen die Tür

P. Gola
Zum Recht und zur Pflicht der Arbeitszeitkontrolle – eine kurze Bestandsaufnahme

T. Mertens
Der Newslettervertrag

**PRIVACY
COMPLIANCE**

M. Lejeune
Datenschutzrecht der Volksrepublik China

**PRIVACY
NEWS**

INTERVIEW
mit Barbara Thiel – Weniger ist mehr – oder doch nicht?

T. Giesen
Zwischenruf – Corona-App, Empörung, politische Angsthasen und das Datenschutzrecht

F. Richter
Aus Sicht der Stiftung Datenschutz – ePrivacy, reloaded ...



PinG



Sehr geehrte Leserinnen,
sehr geehrte Leser,

es ist mir eine besondere Freude, in diesem Heft einen Beitrag „des Gola“ präsentieren zu dürfen. Im Spannungsfeld zwischen Arbeitsschutz und Datenschutz bewegt sich die **Arbeitszeiterfassung**. *Peter Gola* legt dar, weshalb die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) unzureichend sind und sich Arbeitgeber jetzt schon an den europarechtlichen Vorgaben orientieren sollten.

Bonn gegen Berlin: Von den Landgerichten der beiden Bundesstädte stammen die ersten beiden großen Entscheidungen zu DSGVO-Bußgeldern. Daher ist es einmal wieder an der Zeit, den **Sanktionen** der Aufsichtsbehörden einen Schwerpunkt zu widmen. Und es ist mir eine besondere Freude, dass wir mit *Michael Kubiciel* einen sehr geschätzten Strafrechtler gewinnen konnten, eingehend die sehr unterschiedlichen Standpunkte zu beleuchten, die die beiden Landgerichte zur Anwendbarkeit des § 30 OWiG vertreten. *Kubiciel* wäre nicht *Kubiciel*, wenn er nicht klar und mit scharfsinnigen Argumenten Position beziehen würde.

Für viel Aufsehen sorgt auch eine Entscheidung des BVerfG, die den Weg ebnet für eine EuGH-Vorlage zum Ersatz **immaterieller Schäden** bei Datenpannen. *J. Clemens Burgenmeister* kritisiert die Karlsruher Entscheidung und plädiert für Augenmaß und Verhältnismäßigkeit.

Auch in dem Interview, das *Sebastian Schulz* mit der niedersächsischen Landesbeauftragten für den Datenschutz geführt hat, geht es um Sanktionen. *Barbara Thiel* kann zu dem laufenden Verfahren gegen notebooks-billiger nur am Rande Stellung nehmen, äußert sich aber umso ausführlicher zur **Abstimmungspraxis innerhalb der Datenschutzkonferenz**. *Karl H. Lincke* rundet den Schwerpunkt ab und berichtet aus Madrid über die **Sanktionspraxis der spanischen Datenschutzbehörde** – eine ebenso strenge wie aktive Behörde im europäischen Vergleich.

Dieter Giesen ist einer der meinungsstärksten Protagonisten der Datenschutz-Community. Er nimmt kein Blatt vor den Mund, schreibt klardeutsch und ist Widerspruch gewöhnt. Wenn *Giesen* in diesem Heft die **Freiwilligkeit der Corona-Warn-App** kritisiert, die er für einen schweren Fehler der Corona-Politik hält, ist dies ein wertvoller Denkanstoß, der nicht allen gefallen wird.

Mathias Lejeune wagt einen Blick in die **Volksrepublik China** und den Entwurf eines „Personal Information Protection Laws“, der kürzlich veröffentlicht wurde. Angesichts der Größe des Landes und der wachsenden Bedeutung der chinesischen Digitalwirtschaft verdient die Gesetzeslage in China deutlich mehr Aufmerksamkeit als in früheren Zeiten.

Newsletter und die wettbewerbs- und datenschutzrechtlichen Fragen rund um den Newsletterversand kennen wir alle. Nur wenig liest man jedoch über **Newsletterverträge**. Zeit für einen ausführlichen Überblick, den wir *Timon Mertens* verdanken.

Aus **Verbrauchersicht** beleuchtet *Heiko Dünkel* äußerst kurzweilig eine bunte Palette aktueller Datenschutzthemen. Und aus Sicht der **Stiftung Datenschutz** kommentiert *Frederick Richter* den Verfahrensstand der never-ending Story der europäischen ePrivacy-Verordnung, mit der sich auch *Philipp Müller-Peltzer* und *Ilan Leonard Selz* – nebst vielem anderen – in ihren **Schlaglichtern** befassen.

Einen guten Frühling wünscht

Ihr Niko Härting
Für Redaktion und Verlag

Inhalt

EDITORIAL

PRIVACY TOPICS

- Prof. Dr. Dr. h. c. Michael Kubiciel*
Ungeklärte Rechtsfragen der Sanktionierung von Unternehmen nach der DSGVO _____ 81
- Karl H. Lincke*
Die Sanktionspraxis der spanischen Datenschutzbehörde –
Verfahren und Bußgeldbemessung in der Praxis und Vorgehensweise als Verantwortlicher _____ 86
- J. Clemens Burgenmeister, LL.B.*
BVerfG beseitigt die Bagatellschwelle und öffnet DSGVO-Schadensersatzklagen die Tür –
Wird der Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO zum Strafschadensersatz? _____ 89

PRIVACY NEWS

- INTERVIEW mit Barbara Thiel,
Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen.
Weniger ist mehr – oder doch nicht? _____ 93
- Dr. Thomas Giesen*
Zwischenruf
Corona-App, Empörung, politische Angsthasen und das Datenschutzrecht –
Bemerkungen über eine „kritische Masse“ im Rechtsstaat _____ 96

PRIVACY TOPICS

- Prof. Peter Gola*
Zum Recht und zur Pflicht der Arbeitszeitkontrolle –
eine kurze Bestandsaufnahme _____ 99

PRIVACY NEWS

- Frederick Richter, LL.M.*
Aus Sicht der Stiftung Datenschutz –
ePrivacy, reloaded ... _____ 104
- Philipp Müller-Peltzer / Ilan Leonard Selz*
Schlaglichter (Rechtsprechung und Verfahren) _____ 106

PRIVACY COMPLIANCE

- Dr. Mathias Lejeune*
Datenschutzrecht der Volksrepublik China _____ 109

PRIVACY TOPICS

- Timon Mertens*
Der Newslettervertrag –
Die datenschutz- und vertragsrechtliche Einordnung von Newslettern und
der damit verbundenen Verarbeitung personenbezogener Daten _____ 115

PRIVACY NEWS

- Heiko Dünkel*
Aus Verbrauchersicht
Die Mutter aller DSGVO-Fragen _____ 123



J. Clemens Burgenmeister, LL.B. ist Rechtsanwalt in eigener Kanzlei und betreut nationale sowie internationale Mandanten umfassend in den Bereichen IP/IT und Datenschutzrecht.

BVerfG beseitigt die Bagatellschwelle und öffnet DSGVO-Schadensersatzklagen die Tür

Wird der Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO zum Strafschadensersatz?

J. Clemens Burgenmeister, LL.B.

Mit dem nachfolgenden Beitrag soll eine Einordnung des immateriellen Schadensersatzanspruchs nach Art. 82 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und den möglichen Konsequenzen aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 14. Januar 2021 (Az.: 1 BvR 2853/19) gegeben werden.¹ Kommt es zu einer Ausweitung des immateriellen Schadensersatzanspruchs nach Art. 82 DSGVO ohne jede Erheblichkeitsschwelle im Schadensbegriff, ist eine weitere Beschleunigung des Trends zu DSGVO-Schadensersatzklagen zu befürchten. Für die Praxis kann sich daraus ein erhebliches, kaum absehbares Risiko entwickeln. Wie der immaterielle Schadensersatzanspruch des Art. 82 DSGVO in das Haftungs- und Sanktionsregime der DSGVO einzuordnen ist und ob eine schrankenlose Ausweitung gar zu einer Art Strafschadensersatz führen könnte, ist Gegenstand der Betrachtung.

I. Ausgangslage – Entscheidungsgang und Feststellungen des BVerfG

Gegenstand des Verfahrens war eine an die berufliche E-Mail-Adresse des Betroffenen geschickte Werbemail des Verantwortlichen. Zwischen den Parteien blieb streitig, ob der Betroffene in die Übersendung von Werbe-Emails eingewilligt hatte. Vor dem AG Coburg machte der Betroffene, nach vorheriger Abmahnung des Verantwortlichen, Unterlassungsansprüche und „Schmerzensgeld“ (sic!) nach Art. 82 DSGVO geltend. Während er mit seinem Unterlassungsbegehren Erfolg hatte, wurde der „Schmerzensgeldanspruch“ zurückgewiesen. Nach Auffassung des AG Coburg konnte nicht von einer Erheblichkeit des Eingriffs ausgegangen werden.² Allerdings verzichtete das AG Coburg darauf, als letztinstanzliches Gericht, die als auslegungsbedürftig erkannte Frage zum immateriellen Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorzulegen. Dagegen hat sich der Betroffene mit seiner Verfassungsbeschwerde gewehrt, da er von einer Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 Vertrag über die Ausfüh-

rungsweise der Europäischen Union (AEUV) ausging. Die Rechtsverletzung ergibt sich aus Art. 101 Abs. 2 S. 2 Grundgesetz (GG), § 93a Abs. 2 lit. b.) Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGGG).³

Diese Auffassung hat das BVerfG in seinem Beschluss vollumfänglich bestätigt und die Sache an das AG Coburg, einschließlich des abgewiesenen Vorlagebeschlusses, zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.⁴ In seiner Begründung führt das BVerfG – noch vollkommen zu Recht und zutreffend – aus, dass das AG Coburg die zu klärende Frage, ob dem Kläger wegen ungewollt an seine geschäftliche Email-Adresse zugesandte Werbemail ein „Schmerzensgeldanspruch“ nach Art. 82 DSGVO auch ohne konkreten Schaden zustehen kann, dem EuGH zur Vorabentscheidung hätte vorlegen müssen.⁵ Auch wenn sich das BVerfG, aufgrund seiner Verfahrensrolle, primär mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des gesetzlichen Richters nach Art. 101

¹ BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021, Az.: 2853/19.

² AG Coburg, Urt. v. 27.09.2019, Az.: 28 C 7/19.

³ BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021, Az.: 2853/19, Rn. 7.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021, Az.: 2853/19.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021, Az.: 2853/19, Rz. 21f.

Abs. 1 S. 2 GG befasst und sichergestellt hat, lassen sich dem Beschluss klare Tendenzen hinsichtlich der materiell-rechtlichen Bewertung des immateriellen Schadensersatzanspruchs nach Art. 82 DSGVO entnehmen.

Zunächst hat das BVerfG deutlich gemacht, dass, auch nach eigener Rechtsprechung, die nationalen Gerichte zur Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV von Amts wegen verpflichtet seien.⁶ Es bestätigt zudem die Rechtsprechung des EuGH, nach der eine Vorlagepflicht durch das letztinstanzliche, nationale Gericht nur dann entfällt, wenn die gemeinschaftsrechtliche Frage nicht entscheidungserheblich oder bereits durch den EuGH ausgelegt ist (*acte éclairé*) oder keine Zweifel an der richtigen Anwendung des Unionsrechts bestehen.⁷

Aus datenschutzrechtlicher Sicht sind die Ausführungen zur Frage zur Reichweite des immateriellen Schadensersatzes von hoher Relevanz. Denn das BVerfG führt aus, dass die Vorlagepflicht insbesondere dann besteht, „wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts gegenüber der vom [letztinstanzlichen] Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind“⁸. Dann weist das BVerfG noch ausdrücklich darauf hin, dass ErwG. 146 S. 3 DSGVO eine weite Auslegung des Schadensbegriffes nach Art. 82 DSGVO verlange.⁹ Dies entspreche auch der vorherrschenden Literaturmeinung, welche ein weites Verständnis des Schadensbegriffes nach Art. 82 DSGVO annehme.¹⁰ Da Art. 82 DSGVO ausdrücklich immaterielle Schäden einbeziehe, gelte dies umso mehr. Noch deutlicher wird das BVerfG dann in den folgenden Ausführungen. Es stellt fest, dass die durch das AG Coburg vorgenommene Auslegung des Schadensbegriffes und die Ablehnung des Anspruchs, gestützt auf das Merkmal der fehlenden Erheblichkeit, weder durch die Norm noch Literatur oder Rechtsprechung des EuGH gestützt werde. Daher sei eine verfassungsrechtlich relevante, fehlerhafte Auslegung anzunehmen.¹¹

Dem Beschluss des BVerfG lässt sich mithin eine klare, materiell-rechtliche Tendenz zur Auslegung und zum Umfang des immateriellen Schadensbegriffes nach Art. 82 DSGVO entnehmen. Denn bei genauerer Betrachtung kommt das BVerfG im Ergebnis zu der Feststellung, dass es (1.) für die Anwendbarkeit des immateriellen Schadensbegriffes gemäß Art. 82 DSGVO keines feststellbaren Schadens bedarf, (2.) eine Erheblichkeitsschwelle abzulehnen sei und (3.) darauf gestützte Schadensersatzansprüche weit gefasst werden müssten. Es bleibt natürlich abzuwarten, zu welchem Ergebnis der EuGH kommen wird. Gleichwohl geht von der Entscheidung des BVerfG eine Indizwirkung dahingehend aus, dass der immaterielle Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO zu einer Art Strafschadensersatz wird, welchen Betroffene gegebenenfalls als Vehikel zur Durchsetzung eigentlich sachfremder Interessen im Rahmen einer (bestehenden) Auseinandersetzung verwenden könnten. Ob und inwieweit dies ein realistisches Szenario darstellt, setzt eine sorgfältige Einordnung und Auslegung des immateriellen Schadensersatzanspruchs nach Art. 82 DSGVO voraus.

6 BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021, Az.: 2853/19, Rz. 13; BVerfGE, 82 159, 192f.; BVerfGE 128, 157, 187; BVerfGE 129, 78, 105.

7 StRsp. EuGH, C-283/81, EU:C:1982:335, Rn. 21; C-461/03, EU:C:2005:743, Rn. 16; BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021, Az.: 2853/19, Rn. 14; BVerfGE 82, 159, 193; 147, 364, 378 f. Rn. 37.

8 BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021, Az.: 2853/19, Rn. 19; BVerfGK 10, 19, 29.

9 BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021, Az.: 2853/19, Rn. 23.

10 BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021, Az.: 2853/19.; Gola/Piltz, in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 12 f.; Quaa, in: BeckOK Datenschutzrecht, 34. Ed., 11/2020, Art. 82 Rn. 11 f.

11 BVerfG, Beschl. v. 14.01.2021, Az.: 2853/19, Rn. 25.

II. Immaterieller Schadensbegriff nach Art. 82 DSGVO

1. Konzeption und Grundsätze zum (immateriellen) Schadensersatz im deutschen Recht

Im deutschen Schadensersatzsystem wird primär von einem materiellen oder jedenfalls wertmäßig feststellbaren Schaden ausgegangen. Ein Schaden wird, gemäß gängiger Definition, als Einbuße oder Beeinträchtigung von Rechtsgütern aufgrund eines bestimmten Ereignisses angesehen.¹² Während materielle Schäden (Vermögensschäden) nach § 249 BGB immer ersatzfähig sind, ist dies bei immateriellen Schäden gem. § 253 BGB nur dann der Fall, wenn dies gesetzlich ausdrücklich normiert ist. Der Grund hierfür liegt darin, dass nach dem Schadensersatzrecht regelmäßig nur das Wertinteresse nach § 251 BGB von Relevanz sein soll, nicht aber das Affektionsinteresse. Da sich das Wertinteresse nach dem Verkehrswert bemisst und der subjektive Wert, den das verletzte Rechtsgut für den Geschädigten haben mag, nicht monetarisiert werden kann, soll der immaterielle Schadensersatzanspruch die Ausnahme bilden. Den wohl wichtigsten und verständlichsten Anwendungsfall immaterieller Schadensersatzansprüche, bildet der Schmerzensgeldanspruch nach § 253 Abs. 2 BGB. Bei dessen Einordnung ist aber zu berücksichtigen, dass es zwar an einem monetär klar zu beziffernden Schaden fehlen mag, gleichwohl ist eine offensichtlich feststellbare Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung an den Rechtsgütern des Geschädigten eingetreten. Anders dagegen läge die Sache dagegen bei einer schrankenlosen Anwendung immaterieller Schadensersatzansprüche nach Art. 82 DSGVO, sofern dieser allein durch einen Verordnungsverstoß begründet werden sollte, ohne dabei eine Erheblichkeit vorauszusetzen.

Zwar ist in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung eine Kommerzialisierung und Ersatz von Nichtvermögensschäden als Ausnahmefall anerkannt. Allerdings nur in klar festgelegten Grenzen. Beispielsweise hat der Bundesgerichtshof immaterielle Schäden wegen „Nutzungsentgang“ und „vertanem Urlaub“ als Fälle immaterieller Schäden bestätigt.¹³ Auch der EuGH erkennt den Ersatz des immateriellen Schadens wegen entgangener Urlaubsfreuden an.¹⁴

In Art. 82 DSGVO ist eine Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens grundsätzlich vorgesehen. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 253 Abs. 1 BGB sind damit zunächst einmal begründet. Gleichwohl bleibt die Frage, welchen Umfang der immaterielle Schadensbegriff nach Art. 82 DSGVO hat und wie dieser in das allgemeine Schadensrecht sowie das Haftungsregime der DSGVO einzuordnen ist.

2. Immaterieller Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO a) Begriff des immateriellen Schadens

Um zu einer harmonisierten Auslegung des Begriffs „immaterieller Schaden“ i. S. d. Art. 82 DSGVO zu kommen, ist eine klare Definition des Tatbestands erforderlich. Allerdings lässt sich weder dem allgemeinen Unionsrecht, noch den Erwägungsgründen zur DSGVO oder der Regelung in Art. 82 DSGVO selbst, eine Definition des immateriellen Schadens entnehmen.¹⁵ Trotzdem gibt die

12 Grünberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, Vorb v § 249 Rn. 9.

13 BGH; NJW 1956, 1234; BGHZ 40, 345, BGHZ 45, 212; BGHZ 63, 98.

14 EuGH, Urt. v. 12.03.2002, Rs. C-168/00.

15 Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2019, Rn. 27; Boehm, in: Simitris/Hornung/Specker, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 82 Rn. 12.

PRIVACY TOPICS



Prof. Peter Gola lehrte an der Verwaltungsfachhochschule in Wiesbaden und ist Ehrenvorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit. Er ist Herausgeber bzw. Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Datenschutzrecht.

Zum Recht und zur Pflicht der Arbeitszeitkontrolle – eine kurze Bestandsaufnahme

Prof. Peter Gola

Wird die von den Beschäftigten erbrachte Arbeitszeit und die Einhaltung der vorgeschriebenen Pausen kontrolliert, so kann dies sowohl im Interesse des Arbeitgebers als auch dem der Beschäftigten liegen. Es geht zum einen um die Erfüllung der geschuldeten Arbeitspflicht und zum anderen um die Einhaltung von zu Gunsten der Beschäftigten bestehenden Schutzregelungen.¹ Der Kontrolle der Einhaltung dieser Schutzregeln dienen u. a. die Dokumentationspflichten des § 16 Abs. 2 ArbZG. Die Regelungen des ArbZG entsprechen jedoch nicht mehr dem Europäischen Recht und bedürfen der Anpassung.

A. Die Befugnis des Arbeitgebers zur Kontrolle der Arbeitszeiten nach § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG

Das Arbeitszeitgesetz und weitere spezielle „Arbeitszeitkontrollnormen“ verpflichten den Arbeitgeber zwar zur Dokumentation der von den Beschäftigten bereitgestellten Arbeitszeit, treffen aber keine Aussage zur Art und Weise dieser Dokumentation. Die Entscheidung über das Verfahren hat somit unter den Aspekten der Erforderlich- und Verhältnismäßigkeit gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG zu erfolgen. Demzufolge ist ein auf biometrischen Daten basierendes Zeiterfassungssystem in aller Regel nicht erforderlich im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b DS-GVO, § 26 Abs. 3 BDSG.²

Gleiches gilt, wenn die Entlohnung auf Grund der geleisteten Arbeitsstunden erfolgt und die Aufzeichnung der Feststellung des Vergütungsanspruchs dient. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG berechtigt den Arbeitgeber darüber hinaus, die Gesamtarbeitszeit bzw. Fehlzeiten eines Beschäftigten, die Dauer auswärtiger Termine, die Überstunden etc. zu erfassen, wenn und solange dies z.B. zur Leistungsbeurteilung, der Bewertung des Arbeitsplatzes oder der Personalplanung bzw. Personaleinsatzplanung (z.B. Urlaubszeiten, Feiertagsregelung) erforderlich ist.

B. Die Arbeitszeiterfassungsnormen

§ 16 Abs. 2 ArbZG verpflichtet den Arbeitgeber, die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 S. 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen und ein Verzeichnis der Arbeitnehmer zu führen, die in eine Verlängerung der Arbeitszeit gemäß § 7 Abs. 7 ArbZG eingewilligt haben. Das ArbZG bestimmt für Arbeitsverhältnisse in Deutschland im Grundsatz einen Acht-Stunden-Tag an sechs Werktagen pro Woche. Gestaltet sich die Arbeitszeit in diesem Rahmen, besteht keine Aufzeichnungspflicht. Aufzeichnungen haben jedoch zu erfolgen, wenn die werktägliche Arbeitszeit im zulässigen Rahmen, d.h. auf bis zu zehn Stunden verlängert wird, wobei die Verlängerung innerhalb von sechs Kalendermonaten oder 24 Wochen wieder auf durchschnittlich acht Stunden ausgeglichen werden muss (§ 3 ArbZG). Nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit ist eine ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden zu gewähren (§ 5 Abs. 1 ArbZG).

Weitere diesbezügliche Aufzeichnungspflichten enthält das MiLoG³ (§ 17 Abs. 1 S. 1). Es verpflichtet den Arbeitgeber u.a. zur Erfassung der Arbeitszeit geringfügig Beschäftigter (§ 8 Abs. 1 SGB IV).⁴

³ Vgl. *Gola/Jaspers*, Mindestlohnkontrolle durch den Arbeitgeber, RDV 2015, 13; *Franck/Kraus*, Datenschutzrechtliche Aspekte des Mindestlohngesetzes, DB 2015, 1285.

⁴ Vgl. bei *Seifert* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO Rn. 128.

¹ *Seifert* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht, DS-GVO Art. 88 Rn.127 mit Nw.

² LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 04.06.2020 – 10 Sa2130/19.

Aufzeichnungspflichten bestehen des Weiteren bei Vereinbarungen über mit Nacharbeit oder Freistellung auszugleichende Arbeitszeitguthaben auf Arbeitszeitkonten (§ 7b Nr. 2 SGB IV) oder von Wertguthaben, die in Arbeitsentgelt umgerechnet werden. Das angesparte Arbeitsentgelt wird für eine spätere mittel- oder längerfristige Freistellung von der Arbeitsleistung gemäß den gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Anspruchsgrundlagen verwendet. Beide Regelungen bedürfen als grundlegendes Element flexibler Arbeitszeitgestaltung zwangsläufig der Arbeitszeiterfassung (§§ 7 bis 7f SGB IV). Das Arbeitszeitkonto hält fest, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht nach § 611 Abs. 1 BGB erbracht hat oder aufgrund eines Entgeltfortzahlungstatbestands nicht erbringen musste⁵ und deshalb Vergütung beanspruchen kann, bzw. in welchem Umfang er noch Arbeitsleistung für die vereinbarte Vergütung erbringen muss. Begehrt der Arbeitnehmer die Abgeltung eines Zeitguthabens, macht er den Vergütungsanspruch für vorgeleistete Arbeit geltend.⁶

Die noch darzustellende (geplante) Zeiterfassung mobiler Arbeitszeit in § 111 GewO bzw. § 16 ArbZG berührt diese speziellen Arbeitszeitaufzeichnungspflichten nicht, d. h. sie sind unabhängig vom ArbZG zu erfüllen und werden unabhängig voneinander kontrolliert. Dessen ungeachtet kann ein Arbeitgeber in der Praxis eine Aufzeichnung führen, die den Vorgaben der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen insgesamt genügt.

C. Arbeitsaufzeichnung contra Vertrauensarbeit

Auch wenn der Arbeitgeber an der Kontrolle der Arbeitszeit kein betriebliches Interesse hat und ggf. auf das Prinzip der „Vertrauensarbeit“ setzen möchte, bleiben die Aufzeichnungspflichten zur Kontrolle der täglichen Arbeitszeit als Schutzpflicht gegenüber den Beschäftigten verpflichtend. Das BAG⁷ hatte bereits 2003 im Hinblick auf die der Mitarbeitervertretung übertragene Schutzfunktion unkontrollierte Arbeitszeiten nicht akzeptiert. Vielmehr habe der Arbeitgeber dem Betriebsrat zur Wahrnehmung seiner Pflicht zur Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Ruhezeiten und der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit Kenntnis von Design und Inhalt der täglichen und vom Umfang der tatsächlichen

Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer auszulegende Richtlinie 2003/88/EG“ eine umfassende Arbeitszeitdokumentation verpflichtend. Die Dokumentation muss objektiv, verlässlich und zugänglich sein, d. h. in einem objektiven, gegen Manipulation geschützten und dem Betroffenen transparenten Verfahren geschehen.⁹

Die sich aus der genannten Normenkette ergebende Verpflichtung zur Schaffung „eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems zur Arbeitszeiterfassung“ besteht nach überwiegender Ansicht zunächst für die EU-Mitgliedstaaten.¹⁰ Dies ist jedenfalls die Rechtslage, wenn man dem Urteil des EuGH vom 14. Mai 2019, d. h. der GRCh im Allgemeinen¹¹ als auch des Art. 31 Abs. 2 GRCh – soweit die Arbeits- und Ruhezeit betroffen ist – im Besonderen¹² keine unmittelbare Drittwirkung, d. h. keine unmittelbaren Auswirkungen auf die aktuelle Rechtslage in Deutschland zuschreibt und auch eine unionsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts ablehnt.¹³ Dessen ungeachtet bleibt der vom EuGH postulierte Handlungsauftrag zu erfüllen, da die dargestellten Dokumentationspflichten des ArbZG nach überwiegender Auffassung den Vorgaben des Gerichts nicht genügen.¹⁴ Dem Bundesgesetzgeber obliegt es demgemäß – wenn auch ggf. nur zur Klärstellung – das deutsche Recht den europarechtlichen Vorgaben anzupassen.¹⁵

Daran ändern die Auffassungen nichts, nach denen das EU-Recht bereits jetzt für den einzelnen Arbeitgeber als vertragliche Nebenpflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB bzw. bei einer europarechtskonformen Auslegung schlussendlich gemäß § 618 Abs. 1 BGB gelte. Das ArbG Emden¹⁶ hat im vergangenen Jahr – soweit ersichtlich – als bisher einziges Gericht in Deutschland die unmittelbare Wirkung des EU-Rechts bejaht. Und das bereits zweimal, jeweils jedoch ohne sich mit der im Schrifttum überwiegend vertretenen Ansicht auseinanderzusetzen, dass sich aus dem Urteil des EuGH gegenwärtig noch keine unmittelbaren Pflichten (und damit bei einer Nicht-Umsetzung auch noch keine unmittelbaren

⁹ Vgl. z.B. Hüpers/Reese, Vollständige Arbeitszeiterfassung für jeden Arbeitnehmer – Was bedeutet die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union für wert? RdA 2020, 53; Steinhilber/Steinrück/Benkert, Der



Jetzt gratis testen

2 Ausgaben inkl. 4 Wochen
Testzugang zum eJournal

 **Gratis testen** 