

Auswirkungen des Beschlusses des BAG vom 13.09.2022 zur Zeiterfassungspflicht der Arbeitgeber für die Praxis



Dr. Markus Kelber
Tel. 040/22664-162
kelber@zenk.com

Das BAG hat mit der vorstehenden Entscheidung klargestellt, dass die Arbeitgeber gemäß § 3 Abs. 2 Ziffer 2 ArbSchG Vorkehrungen zur Erfüllung der Grundpflichten des § 3 Abs. 1 ArbSchG treffen müssen. Diese Vorkehrungen bedeuten im Hinblick auf arbeitszeitrechtlichen Arbeitnehmerschutz, dass eine **durchgehende Dokumentation aller Arbeitszeiten der Beschäftigten erforderlich** ist. So hatte der EuGH bereits 2019 im sogenannten Stechuhr-Urteil erkannt. Unter Bezugnahme hierauf entschied das Bundesarbeitsgericht, dass nur dann ausreichender arbeitszeitrechtlicher Arbeitnehmerschutz gewährleistet werden kann, wenn die diesbezügliche Datenbasis lückenlos und vollständig erhalten sei. Nur dann könne überprüft und gegebenenfalls nachjustiert werden, wenn der Arbeitgeber Arbeitszeitschutzbestimmungen nicht ausreichend einhalte.

In der Praxis wird nun vor allem die altbekannte Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichem Arbeitszeitrecht und privatem Arbeitszeitrecht (Pflicht zur Arbeitsleistung und der entsprechenden Vergütung) nachvollzogen werden müssen. Die nachstehenden Ausführungen dienen einem ersten Überblick:

1. Öffentlich-rechtliches Arbeitszeitsystem

Öffentliches Arbeitszeitrecht beschäftigt sich mit **Arbeitnehmerschutz**. Hier ist geregelt, unter welchem Arbeitszeitregime Arbeitnehmer von Arbeitgebern beschäftigt werden dürfen, um den **Gesundheitsschutz** zu wahren. Es handelt sich hierbei öffentliches Recht. Dieses ist nicht durch die Arbeitsvertragsparteien disponibel und in der Regel **bußgeldrechtlich sanktioniert**. Die Grundpflichten des öffentlichen Arbeitszeitrechts sind verkürzt:

- die Grenzen der werktäglichen Höchstarbeitszeit,
- die Erforderlichkeit der in der Arbeitszeit liegenden Ruhepausen,
- die Ruhezeitdauer zwischen den werktäglichen Arbeitszeiten,
- der Sonn- und Feiertagsarbeitsschutz sowie
- die wöchentliche Höchstarbeitszeit.

National ist dies im deutschen Arbeitszeitgesetz (ArbZG) geregelt, europäisch in der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG. Die Richtlinie richtet sich an die Mitgliedsstaaten, die Entsprechendes umsetzen müssen. Das Arbeitszeitgesetz gilt unmittelbar für Arbeitgeber mit Beschäftigten in Deutschland.

>>

<<

Bereits 2019 hat der EuGH (im schon erwähnten „Stechuhr-Urteil“) entschieden, dass die Arbeitszeitrichtlinie so auszulegen sei, dass die Arbeitgeber zur Einrichtung eines Systems, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, verpflichtet sind. Ohne diese systematische Feststellung und Dokumentation der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit könne der aus der Arbeitszeitrichtlinie stammende Arbeitnehmerschutz nicht gewährleistet werden. Die Arbeitgeber sind also verpflichtet, die Arbeitszeit vollständig zu dokumentieren.

Im Anschluss an diese Entscheidung war (und ist bis heute) umstritten, ob diese Aussage unmittelbar für alle Arbeitsverhältnisse gilt oder nach wie vor durch den nationalen Gesetzgeber erst in nationales Recht umgesetzt werden muss. Der nationale Gesetzgeber ist seit Verkündung dieses Urteils jedenfalls aufgerufen, die Vorgaben entsprechend umzusetzen. Derzeitige Bemühungen sind im Bundesarbeitsministerium erkennbar.

Das Bundesarbeitsgericht hat nun im September 2022 klargestellt, dass die vollständige Dokumentation der Arbeitszeiten Ausdruck einer entsprechenden „Vorkehrung“ im Sinne des § 3 Abs. 2 Ziffer 2 ArbSchG sei und damit auch klargestellt, dass für die Verpflichtung zur vollständigen und systematischen Dokumentation aller Arbeitszeiten nicht mehr auf die nationale Umsetzung gewartet werden muss.

Dies bedeutet, da ist man sich – soweit ersichtlich – in der Fachwelt einig, dass die Arbeitgeber bei richtlinienkonformer Auslegung des Arbeitsschutzgesetzes schon immer verpflichtet waren, die Arbeitszeiten ihrer Beschäftigten vollständig und systematisch zu erfassen. Das BAG hat kein Recht gesetzt, sondern ein bestehendes Recht festgestellt.

a) Anwendungsbereich

Zunächst stellt sich die Frage, für welche **Beschäftigtengruppe** diese Aussage Anwendung findet. Nach einem sehr jungen Aufsatz von Pellenz/Schwartzter, ArbRAktuell, 2022, 496 soweit ersichtlich der erste Fachaufsatz zu den Auswirkungen des Beschlusses in der Praxis, sind hiervon alle Arbeitnehmer, sowie die zur **Berufsausbildung Beschäftigten, Praktikanten und Volontäre** sowie arbeitnehmerähnliche Personen fasst. Es sei, so diese Autoren, jedoch *„unklar, ob die vom BAG angenommene Pflicht zur Zeit-*

>>

<<

*erfassung auf **leitende Angestellte**, auf die die Regelungen des ArbZG nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG nicht anwendbar sind, gelten soll. Hierfür spricht, dass das ArbSchG grundsätzlich auch für diesen Personenkreis Anwendung findet.“*

Unseres Erachtens stellt sich diese Frage nicht als unklar dar, sondern muss klar bejaht werden. Neben den leitenden Angestellten sind unseres Erachtens auch – in der Praxis bislang nicht diskutiert – die **Fremdgeschäftsführer** Beschäftigte im Sinne des Arbeitsschutzgesetzes und im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie, da sie unter den europäischen Arbeitnehmerbegriff fallen (Gallner in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, RL 2003/88/EG, Art 1 Rn. 56). Diese sind auch nicht über die Ausnahme des Art 17 herausgenommen (Gallner a.a.O. Art. 17 Rn. 3).

Das materielle Arbeitszeitrecht ist damit auch auf Fremdgeschäftsführer und leitende Angestellte anzuwenden. Damit ist auch die entsprechende Dokumentation erforderlich.

b) Arbeitszeitbegriff

Die nächste Frage, die sich hierbei stellt, ist, **was Arbeitszeit im Sinne des öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitbegriffes ist**. Hier geht es um **Belastung** (Gesundheitsschutz) und nicht um Vergütung. Das bedeutet, die Frage muss grundsätzlich mit dem vorstehenden Verständnis ausgelegt werden. Wann immer Arbeitnehmer belastet sind, handelt es sich um öffentlich-rechtliche Arbeitszeit. Der Arbeitnehmer, der beispielsweise im Rahmen einer Dienstreise ein Fahrzeug steuert, arbeitet in diesem Sinne, der Beifahrer hingegen nicht. Der Arbeitnehmer, der öffentlichen Personenverkehr nutzt, arbeitet in diesem Sinne in der Regel nicht, es sei denn, während der Fahrt erbringt er volle Arbeitsleistung wie Telefonieren, Aktenstudium etc. Außerordentlich streitig sind Kurzeinsätze, das **Kurztelefonat** während der Ruhezeit bzw. das **spätabendliche E-Mail checken**. Hierzu wird vertreten, dass dies kompromisslos Arbeitszeit sei und damit die Ruhezeit unterbreche und von dem Ende dieser Kurzeinsätze eine neue Ruhezeit zu laufen beginnen. Andere Auffassungen wollen Erheblichkeitsschwellen überschritten sehen, ohne dies näher begründen zu können und die Schwellen näher definieren zu können (5 min, bis 15 min.). Rechtsprechung gibt es, soweit ersichtlich, hierzu noch nicht.

>>

<<

c) Wer muss dokumentieren?

Eine weitere Frage ist, wer dokumentieren muss. Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich hierbei um eine **öffentlich-rechtliche Unternehmerpflicht**. Dies bedeutet, der Arbeitgeber ist verantwortlich für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Unternehmerpflicht. Er kann diese Verantwortung delegieren, mit der Folge, dass der Delegationsempfänger nicht nur die Dokumentation erledigen muss, sondern auch dafür die bußgeldrechtliche Verantwortung trägt.

aa) Delegation der Unternehmerpflicht

Die Delegation unternehmerischer Pflichten ist ein weites Feld und setzt zumindest voraus, dass der Delegationsempfänger **sorgsam ausgewählt** ist (also geeignet) und eine **ausdrückliche Delegation** erfolgt. Zudem muss dem Delegationsempfänger ein **Organisationsrahmen** an die Hand gegeben werden, mithilfe dessen er die unternehmerische Pflicht auch eigenständig umsetzen kann und der Arbeitgeber muss eine **Restüberwachung** durch stichprobenartige Kontrolle nachweisen. Nicht zuletzt muss der Arbeitnehmer als Delegationsempfänger die **Delegation auch annehmen**.

bb) Weisung zur Dokumentation

Der Arbeitgeber kann aber auch nur die Umsetzung dieser Verantwortung, in diesem Falle die Arbeitszeitdokumentation selbst, anweisen und die Verantwortung weiterhin selbst tragen. Diese Weisung an Arbeitnehmer wird grundsätzlich wirksam und im Rahmen des billigen Ermessens sein, die Verantwortung für die Richtigkeit trägt aber weiterhin der Arbeitgeber.

d) Auf welche Weise muss dokumentiert und wie lange aufbewahrt werden?

Noch weitgehend ungeklärt ist, wie die Arbeitszeit dokumentiert und wie lange und auch auf welche Weise diese Dokumentation aufbewahrt werden muss. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes ist noch nicht schriftlich begründet, sodass allgemein betont wird, man müsse die für November erwartete Begründung abwarten, um hier nähere Aussagen treffen zu können.

>>

<<

e) Sanktionen

Im Hinblick auf Sanktionen ist festzustellen, dass Bußgeldtatbestände per se derzeit nur in Bezug auf die Dokumentationspflicht des § 16 Abs. 2 ArbZG bestehen. Dies ist die Dokumentation der Arbeitsstunden, die werktäglich über 8 Stunden hinausgehen und maximal 10 Stunden erreichen dürfen. Die Dokumentationspflicht, die sich aus der richtlinienkonformen Auslegung des Arbeitsschutzgesetzes ergibt, ist nicht per se bußgeldbewehrt. Es kann allerdings eine Bußgeldsituation eintreten, nämlich dann, wenn die Behörde gemäß § 22 Abs. 3 ArbSchG im Einzelfall nach einer Prüfung gewisse Maßnahmen anordnet, also insbesondere Dokumentationspflichten, und der Arbeitgeber diese Anordnung trotz ihrer Vollziehbarkeit nicht umsetzt. Dann, aber auch nur dann, handelt er ordnungswidrig im Sinne des § 25 Abs. 1 Ziffer 2b ArbSchG.

Ohne eine solche behördliche Anordnung muss der Arbeitgeber gegenwärtig also keine Bußgelder im Falle der unrichtigen oder gänzlich unterlassenen Dokumentation der Arbeitszeiten befürchten.

2. Privates Arbeitszeitrecht (Verpflichtung zur Arbeit sowie Vergütung)

Das private Arbeitszeitrecht wird durch das europäische Arbeitszeitrecht in keiner Weise tangiert. Hierfür fehlt jede Regelungskompetenz. In einer sehr jungen Entscheidung vom 04.05.2022 – 5 AZR 359/21 stellte das Bundesarbeitsgericht zum Stechuhr-Urteil des EuGH klar:

„Das Judikat bezieht sich auf Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, die den Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer gewährleisten sollen. Grundlage der Entscheidung des EuGH war die Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GRCh. Diese beziehen sich grundsätzlich nicht auf das Vergütungsrecht. Daher ergibt sich aus der Pflicht zur umfassenden Arbeitszeiterfassung auch keine Auswirkung auf die im deutschen Recht entwickelten Grundsätze bezüglich der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungen.“ „Dahinstehen kann, ob und inwieweit nach dieser Rechtsprechung eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung unmittelbar aus Art. 31 Abs. 2 GRCh i.V.m. Vorschriften der RL 2003/88/EG folgt und nationale Vorschriften, die bisher kein System zur Messung aller Arbeitszeiten vorsehen, unangewendet bleiben müssen oder ob die unions-

>>

<<

rechtlichen Vorgaben wegen des Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten erst der Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber bedürfen (...), denn die Verpflichtung zur Arbeitszeitmessung hat keine Auswirkungen auf die in ständiger Rechtsprechung angewandten Grundsätze der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess. Dem steht entgegen, dass zwischen arbeitsschutzrechtlicher und vergütungsrechtlicher Einordnung als Arbeitszeit zu unterscheiden ist und unionsrechtliche Regelungen aus der Arbeitszeitchlinie grundsätzlich keine Anwendung auf die Vergütung von Arbeitnehmern finden.“

Bezüglich sämtlicher Fragen der Arbeitspflicht und der Vergütung bleibt es beim deutschen Regelungssystem:

a) Verpflichtung zur Arbeitsleistung

aa) Vertraglich geschuldete Arbeitszeit

Der Arbeitnehmer ist ohne weiteres verpflichtet, innerhalb der vertraglich vereinbarten (meist wöchentlichen) Regelarbeitszeit Arbeitsleistung zu erbringen. Ist bestimmt, dass beispielsweise regelmäßig eine bestimmte wöchentliche Arbeitszeit zu erbringen ist, so kann der Arbeitgeber mal mehr, mal weniger anweisen, die Bestimmung der Lage der Arbeitszeit steht grundsätzlich im Direktionsrecht des Arbeitgebers.

bb) Überstunden

Eine Überstunde bzw. Mehrarbeit ist grundsätzlich nur dann geschuldet, wenn sich der Mitarbeiter vertraglich verpflichtet hat, im Falle der Erforderlichkeit über die vertragliche Arbeitszeit hinaus Mehrarbeit zu leisten. Eine Ausnahme findet sich nur dann, wenn Notarbeiten erforderlich sind, um Schaden vom Arbeitgeber abzuwenden. Für diesen Fall muss der Arbeitnehmer auch Arbeitsleistung erbringen, wenn er sich nicht vertraglich zu Mehrarbeit verpflichtet hat.

cc) Dienstreisezeit

Eine Dienstreise ist vertraglich nur dann geschuldet, wenn dies ausdrücklich vereinbart worden ist oder wenn sich aus Position

>>

<<

und Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen ergibt, dass üblicherweise Reisezeiten erforderlich sind.

dd) Erreichbarkeit

Die (ständige) Erreichbarkeit des Arbeitnehmers ist nicht geschuldet. Hier wird differenziert zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft. Im Einzelnen wird hier eine vertragliche Regelung notwendig sein.

ee) Kurzeinsätze

Außerordentlich streitig sind Kurzeinsätze in der grundsätzlichen Ruhezeit, wie das kurzfristige Telefonieren oder das Checken von E-Mails. Verpflichtet ist der Arbeitnehmer hierzu grundsätzlich nur dann, wenn er sich vertraglich auch entsprechend gebunden hat.

b) Vergütungsrecht**aa) Vertraglich geschuldete Regelarbeitszeit**

Völlig unbestritten ist, dass die vertraglich geschuldete Arbeitszeit entsprechend der vertraglichen Vereinbarungen vergütungspflichtig ist. Der Arbeitnehmer muss hier im Regelfall nicht im Einzelnen darlegen, wann und ob er diese Arbeitszeit tatsächlich erbracht hat.

bb) Überstunden

Überstundenvergütung ist grundsätzlich vergütungspflichtig nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes, jedoch in einem gewissen Umfang vertraglich gestaltbar. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes ist eine pauschale Überstundenabgeltung mit der Festvergütung zumindest ein Verstoß gegen das Transparenzgebot, da der Arbeitnehmer nicht wisse „was auf ihn zukommt“ (BAG, Urt. v. 17.08.2011 – 5 AZR 406/10). Daher sind derartige Klauseln unwirksam und es bleibt beim Grundsatz der vollständigen Vergütungspflicht. Eine transparente Klausel, die beispielsweise vorsieht, dass mit der Festvergütung eine bestimmte Anzahl von Mehrarbeit (etwa bis zu 25% der Regelarbeitszeit) im Monat abgegolten ist, ist wirksam und führt dazu, dass erst ab deren Überschreitung

>>

<<

Überstundenvergütung beansprucht werden kann. Eine Ausnahme von den vorstehenden Überlegungen besteht dann, wenn es keine Überstundenvergütungserwartung gibt. Das Bundesarbeitsgericht meint, dass bei Diensten höherer Art keine Vergütungserwartung bestehen kann, soweit über die vertraglich geschuldete Arbeitszeit hinaus Arbeitsleistung erbracht werde (vgl. BAG NZA 2012, 145 (148); NZA 2011, 1335; NZA 2012, 861; ErfK/Preis, § 612 BGB Rn. 18). Das Regel-Ausnahme-Prinzip dreht sich hier um: Nur dann, wenn Dienste höherer Art ausdrücklich auch bezogen auf Mehrarbeit vergütungspflichtig vereinbart worden sind, kann der Arbeitnehmer, der Dienste höherer Art leistet, Überstundenvergütung fordern. Insbesondere liegen Dienste höherer Art dann vor, wenn der Arbeitnehmer jenseits der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung verdient oder die Tätigkeit ein überdurchschnittliches Maß an Fachkenntnissen, Kunstfertigkeit oder wissenschaftlicher Bildung, d. h. eine hohe geistige Fantasie oder Flexibilität voraussetzt.

cc) Dienstreisezeit

Bereits vor einiger Zeit brach das Bundesarbeitsgericht (BAG vom 17.10.2018 – 5 AZR 553/17) mit dem Grundsatz, dass Dienstreisezeiten nicht per se vergütungspflichtig seien. Auch hier drehte sich der Grundsatz um. Ohne eine besondere Regelung sei auch die Dienstreisezeit eine Zeit, die für den Arbeitgeber durch den Arbeitnehmer aufgewendet werde und damit vergütungspflichtig sei. Es sei allerdings vertraglich gestaltbar, hier andere Vergütungssätze zu vereinbaren, meist also niedrigere, die für die reine Reisezeit (ohne gleichzeitig Vollarbeit zu leisten) zu vergüten sein. Haben die Partei derartiges nicht geregelt, wird im Zweifel der gleiche Vergütungssatz geschuldet.

dd) Erreichbarkeit und Kurzeinsätze

Für die Erreichbarkeit außerhalb der Arbeitszeit werden, soweit sie in der Praxis üblich sind, differenziert nach Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft besondere Vergütungen, die deutlich herabgesetzt sind, vergütet. Eine generelle Aussage, ob Bereitschaftszeit

>>

<<

oder Rufbereitschaft im Grundsatz vergütungspflichtig ist, gibt es unseres Erachtens derzeit noch nicht.

Ebenfalls noch ohne Linie in der Rechtsprechung sind Fragen der Vergütung von Kurzeinsätzen. In aller Regel werden diese Kurzeinsätze in der Praxis weder dokumentiert noch hinsichtlich ihrer Vergütung gefordert, da es sich eben um Kurzeinsätze handelt, die von Arbeitnehmern bislang nicht vergütungsrechtlich geltend gemacht werden.

IMPRESSUM

Copyright © ZENK Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Weiterverbreitung der Inhalte nur unter Angabe der Quelle.
Alle Rechte vorbehalten. www.zenk.com

Verantwortlich: Markus Kelber

ZENK | HAMBURG
Neuer Wall 25 / Schleusenbrücke 1
20354 Hamburg
Tel +49 40 22664-0
Fax +49 40 2201805
hamburg@zenk.com

ZENK | BERLIN
Reinhardtstraße 29
10117 Berlin
Tel +49 30 247574-0
Fax +49 30 2424555
berlin@zenk.com