

# Wie Unternehmen jetzt die Arbeitszeit ihrer Mitarbeitenden erfassen müssen



**Dr. Silvia Tomassone**

Seit September warteten alle gespannt, nun liegen die Entscheidungsgründe des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum Arbeitszeiterfassungsbeschluss vor. Sie liefern einige, aber nicht alle Antworten, jetzt ist der Gesetzgeber am Zug. Unternehmen müssen nichts überstürzen. Sie sollten das Projekt Arbeitszeiterfassung aber angehen.

Im September 2022 sorgte eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Beschluss v. 13.09.2022, Az.: 1 ABR 22/21) für viel Aufsehen: Unternehmen müssen ein System einführen, mit dem die täglich geleistete Arbeitszeit ihrer Mitarbeitenden erfasst werden kann, verkündeten die Erfurter Richterinnen und Richter. Zunächst lag jedoch nur die Pressemitteilung vor. Am vergangenen Samstag hat das BAG nun seine Entscheidungsgründe veröffentlicht.

Ein Betriebsrat hatte versucht, gegen den Willen des Arbeitgebers die Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems über eine Einigungsstelle zu erzwingen. Das BAG entschied: Das geht so nicht. Aber, und das kam für viele überraschend: Der Betriebsrat hätte vielleicht Erfolg gehabt, wenn er lediglich die Einführung eines Zeiterfassungssystems gefordert hätte und zwar wegen des Gesundheitsschutzes (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)); und das auch nur, weil der Gesetzgeber bislang keine konkrete gesetzliche Regelung zur Arbeitszeiterfassung geschaffen hat (vgl. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG).

Damit überholt das BAG den Gesetzgeber und hebt mahnend den Zeigefinger. Eigentlich hätte der Gesetzgeber schon längst aktiv werden müssen. Nach dem sog. Stechuhurteil des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2019 (Urt. v. 14.5.2019, Az.: C-55/18) sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Unternehmen die täglich geleistete Arbeitszeit ihrer Mitarbeitenden erfassen. Die Entscheidung des BAG war also absehbar. Auch vieles, was sich nun in den Gründen findet, war zu erwarten. Doch es gibt auch Überraschungen.

## **Muss die Arbeitszeit tatsächlich erfasst werden?**

Wie erwartet äußert sich das BAG nicht konkret zur Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung (also dem „Wie“). Das hatte Inken Gallner bereits bei der Entscheidungsverkündung verlauten lassen. Denn das ist Sache des Gesetzgebers.

Wie erwartet sind Unternehmen schon jetzt zur Arbeitszeiterfassung verpflichtet. Das BAG sagt aber etwas überraschend, dass Arbeitgeber die Arbeitszeit (Lage, Beginn, Ende, Dauer und Überstunden) auch tatsächlich erfassen müssen. Es reicht also nicht aus, bloß ein Zeiterfassungssystem bereitzustellen.

Wie erwartet muss die Arbeitszeit nicht elektronisch erfasst werden. Ob und inwieweit eine andere Form, sie zu erfassen, praktikabel ist, ist eine andere Frage.

## **Bleibt Vertrauensarbeit möglich?**

Wie erwartet bleibt die Vertrauensarbeit zulässig. Vertrauensarbeit ist das Recht der Mitarbeitenden, die Lage (also Beginn und Ende) der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit selbst zu wählen. Allerdings müssen auch bei Vertrauensarbeitszeit die Arbeitszeiten erfasst werden. Es ist zu hoffen, dass sich der Gesetzgeber an den Koalitionsvertrag erinnert und verbleibende Gestaltungsspielräume nutzt.

Wie erwartet können Unternehmen die Zeiterfassung an ihre Mitarbeitende delegieren. Wir schlagen vor, diese jedoch – wie in anderem Zusammenhang mit dem Arbeitsschutz auch – zumindest mit Hilfe von Stichproben zu kontrollieren. Denn verantwortlich für den Arbeitsschutz bleibt das Unternehmen.

## **Drohen Bußgelder und andere Nachteile?**

Wie erwartet bestehen bei Verstößen gegen die Vollerfassung der Arbeitszeit heute keine unmittelbaren Geldbuße-/Strafbarkeitsrisiken. Hierzu bedürfte es gesetzlicher Vorschriften.

Stand heute, solange der Gesetzgeber die Arbeitszeiterfassung noch nicht konkret ausgestaltet hat, kann der Betriebsrat diese als Teil des Gesundheitsschutzes auch erzwingen (sog. Initiativrecht; § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG).

Unternehmen, die die Arbeitszeit noch nicht erfassen, haben keine prozessualen Nachteile in Überstundenvergütungsprozessen zu befürchten. Insoweit bleibt es bei der Darlegungs- und Beweislast der Mitarbeitenden, die das BAG zuletzt mit Urteil vom 4. Mai 2022 (Az.: 5 AZR 359/21) bestätigt hat und die durch die die aktuelle Entscheidung nicht berührt wird.

## **Gilt das auch für Führungskräfte?**

Der Umgang mit Leitenden Angestellten (und auch Fremdgeschäftsführern) wird seit Samstag heiß diskutiert. Die einen meinen, dass auch ihre Arbeitszeit erfasst werden müsse, die anderen verneinen dies. Das BAG bleibt an dieser Stelle eindeutig zweideutig, die Ausführungen des Senats lassen sich aber im Sinne einer solchen Pflicht lesen. Denn das BAG stellt darauf ab, dass der deutsche Gesetzgeber eine Ausnahmeregelung, die für diese Gruppen von Mitarbeitenden zulässig wäre, nicht geschaffen hat.

Gegen eine solche Pflicht spricht jedoch, dass das europäische Recht eine Ausnahme zulässt. Wenn nun das Arbeitsschutzgesetz europarechtskonform ausgelegt wird, spricht auch nichts dagegen, diese Ausnahme bereits mit hineinzulesen.

## **Verträgt sich das mit dem Beschäftigtendatenschutz?**

Vernachlässigt wird in der aktuellen Diskussion der Beschäftigtendatenschutz. Dieser gilt, und zwar auch für die „analogste“ denkbare Lösung: Stundenzettel und Stift. Selbst bei nicht automatisierter Datenverarbeitung ist das Datenschutzrecht einschlägig, sobald die erhobenen Daten in einem Dateisystem gespeichert werden (sollen).

Unternehmen sind gut beraten, auf den Beschäftigtendatenschutz besonders zu achten, wenn sie nun ein System zur Arbeitszeiterfassung einführen. Aus der bisherigen Rechtsprechung lassen sich schon datenschutzrechtliche Richtlinien für die Arbeitszeiterfassung ableiten.

So darf diese nicht zur Dauerüberwachung der Mitarbeitenden führen. Auch eine Erfassung durch Nutzung biometrischer Daten ist nicht ohne weiteres möglich. Daneben müssen Unternehmen auch die Ansichten der zuständigen Datenschutzbehörden beachten. Hier zeigt sich eine gewisse Diskrepanz zwischen Datenschutz und Arbeitszeiterfassung: Einerseits sollen Unternehmen die gesamte Arbeitszeit erfassen, andererseits darf das nicht zu einer Dauerüberwachung führen. Hierfür gibt es aber praktikable Lösungen, zum Beispiel kann das Unternehmen nur zur Kontrolle Einsicht nehmen, Monatsübersichten führen oder stichprobenartig kontrollieren.

Datenschutzrechtlich relevant ist auch die Frage, wie lange die Daten gespeichert werden dürfen. Diese ist auf ein „unbedingt erforderliches Mindestmaß“ zu begrenzen. Was darunter zu verstehen ist, ist auslegungswürdig. Eine Speicherdauer von zwei Jahren erscheint – in Anlehnung an das Arbeitszeitgesetz (§ 16 Abs. 2 S. 2 ArbZG) – denkbar. Dass Arbeitsschutz und Beschäftigtendatenschutz miteinander kollidieren können, ist nicht neu. Unternehmen müssen einmal mehr die Risiken abwägen und darauf basierend eine Entscheidung treffen.

## Was sollten Unternehmen jetzt tun?

Der Fingerzeig war deutlich. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) wird wahrscheinlich Anfang 2023 einen Gesetzentwurf zur Regelung der Arbeitszeiterfassung vorlegen. Das BAG verpflichtet Unternehmen aber schon jetzt dazu, die täglich geleistete Arbeitszeit zu erfassen, auch wenn es sich zum „Wie“ bedeckt hält. Bis der Gesetzgeber das „Wie“ konkretisiert, ist es nicht nötig, überstürzt zu handeln. Doch Unternehmen sollten aktiv werden.

Sie sollten sich, sofern das nicht bereits etablierte Praxis ist, mit der Arbeitszeiterfassung beschäftigen. Unternehmen sollten eine Bestandsaufnahme machen und sich die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes noch einmal vergegenwärtigen. Sie sollten analysieren, wie Ruhe-, Pausen- und Höchstarbeitszeiten sowie Arbeitsverbote an Sonn- und Feiertagen im Unternehmen gelebt werden.

Unternehmen sollten die „risikoanfälligen“ Fälle feststellen und klären, ob und inwieweit es typische Problemkonstellationen für Arbeitszeitverstöße gibt. Dabei sollten sie etwa mobile Arbeit, Mitarbeitende mit Kindern, Homeoffice sowie den Außendienst näher betrachten. Unternehmen sollten prüfen, ob und wenn ja welche Maßnahmen bestehen, um Arbeitszeitverstöße zu verhindern. Auch sollte gecheckt werden, ob für etwaige behördliche Kontrollen auch ausreichend dokumentiert wird.

Noch offene Fragen zum Thema Arbeitszeit (z.B. Wege- bzw. Reisezeiten, Ende des Arbeitstages, Auslandseinsätze) sollten geklärt werden.

Wichtig ist es auch, frühzeitig mit Betriebsräten, Führungskräften und Mitarbeitenden zu kommunizieren. Im Unternehmen sollte Klarheit herrschen, was erwartet wird und was Arbeitszeit ist. Ggfs. helfen maßgeschneiderte FAQ für Führungskräfte und Mitarbeitende dabei, dieses Verständnis im Unternehmen zu schaffen.

Vorhandene Arbeitszeitsysteme sollten auf Übereinstimmung mit Vorgaben von BAG, EuGH und Beschäftigtendatenschutz überprüft werden.

Unternehmen sollten schon jetzt – falls noch nicht vorhanden – die Einführung eines Zeiterfassungssystems planen und dabei die Vorgaben von BAG, EuGH und dem Beschäftigtendatenschutz im Blick haben. Das Ganze sollten die Betriebe angehen wie jedes andere Projekt auch, also mit Tests, Piloten und Rollouts für verschiedene Abteilungen/Mitarbeitendengruppen. Am Ende muss die gewählte Lösung zum Unternehmen passen.

„Schnell mal eine App“ einzuführen ist keine Lösung. Das kann erhebliche nachteilige Folgen haben, nicht nur wegen des Beschäftigtendatenschutzes, sondern auch wegen etwaiger Wettbewerbsnachteile oder des Betriebsklimas.

Parallel: Ein Auge sollte stets auf die Aktivitäten des Gesetzgebers gerichtet sein.

Es ist jetzt Sache des Gesetzgebers, eine Lösung zu schaffen, die nicht über die europäischen Vorgaben hinausgeht und Deutschland zukunftsfähig macht.

---

#### **SUGGESTED CITATION**

Tomassone, Silvia, Wie Unternehmen jetzt die Arbeitszeit ihrer Mitarbeitenden erfassen müssen, libra-rechtsbriefing, 6.12.2022,  
<https://www.libra-rechtsbriefing.de/L/bag-zur-arbeitszeiterfassung/>

---