

Zum „Wie“ der Arbeitszeiterfassung

**»Das Ob ist entschieden.
Das Wie der Arbeitszeiterfassung
liegt in den gestaltenden Händen des Gesetzgebers.«**

Inken Gallner, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts (BAG),
bei der Vorlage des BAG-Jahresberichts am 8. Februar 2023 in Erfurt

Nach dem bekannten BAG-Beschluss vom 13.09.2022 - 1 ABR 22/21 - sind die Arbeitgeber schon heute verpflichtet, „Beginn und Ende und damit die Dauer“ der täglichen Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer*innen zu erfassen. Dabei geht es dem BAG – ebenso wie schon 2019 dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) – jedoch ausschließlich um die gesetzliche, nicht aber um die – hiervon ggf. abweichende – vergütungspflichtige Arbeitszeit. Aus diesem Grund ist auch Vertrauensarbeitszeit, bei der der Arbeitgeber auf die Kontrolle der Einhaltung der Vertragsarbeitszeit verzichtet, also insbesondere betrieblich kein Arbeitszeitkonto geführt wird, weiterhin zulässig¹.

Die Erfassung der Arbeitszeit muss minutengenau erfolgen und kann nach Auffassung des BAG, der sich der Gesetzgeber mit absoluter Sicherheit anschließen wird, auch durch die Arbeitnehmer*innen selbst vorgenommen werden. Dabei bleibt der Arbeitgeber jedoch dafür verantwortlich, dass dies vollständig und wahrheitsgemäß geschieht. Er sollte daher zum einen, soweit noch nicht geschehen, den Grundsatz „Keinerlei Manipulation!“ zu einem zentralen Bestandteil der Unternehmenskultur machen. Zum anderen muss er aber auch die Aufzeichnungen der Arbeitnehmer*innen anlassbezogen – wenn z.B. offenbar ohne vorherige Abstimmung außerhalb eines betrieblich festgelegten Arbeitszeitrahmens gearbeitet worden ist – sowie generell (durch Stichproben) kontrollieren. Dadurch wird das für die Arbeitszeit-Selbsterfassung erforderliche Vertrauen in die Mitarbeiter*innen nicht etwa konterkariert, sondern vielmehr bestätigt: Der Gegenpol von Vertrauen ist schließlich nicht Kontrolle, sondern Misstrauen.

Bei der Arbeitszeiterfassung wird meines Erachtens künftig die Selbsterfassung der Arbeitszeiten durch die Arbeitnehmer*innen dominieren – aus den folgenden Gründen:

- Sie ist das potenziell genaueste Verfahren – viel genauer insbesondere als die elektronische Zeiterfassung, bei der etwa die Wegezeiten zwischen Terminal und Arbeitsplatz in aller Regel als Arbeitszeit ausgewiesen werden, was sie jedenfalls gesetzlich nicht sind, und Pausen und sonstige Abweichungen meist pauschal

¹ Siehe hierzu ausführlich meinen Text aus 2022 „Arbeitszeit-Erfassung: der aktuelle rechtliche Stand – und was jetzt in den Betrieben getan werden muss“ auf www.arbeitszeitsysteme.com unter Vertrauensarbeitszeit.

abgezogen werden, was vielfach zu Über- und/oder Untererfassungen der Arbeitszeit führt.

- Sie funktioniert auch mobil.
- Sie erlaubt bei Bedarf die Zuordnung von Arbeitszeiten zu Verwendungszwecken.
- Sie ist relativ unaufwändig.

Gesetzliche und vergütungspflichtige Arbeitszeit

Die gesetzliche Arbeitszeit ist in § 2 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) definiert als „die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen“ – was wiederum eine Definition von „Arbeit“ erfordert. Diese könnte so wie kürzlich in einem Interview von Dr. Michael Bachner (schwegler rechtsanwälte) vorgeschlagen vorgenommen werden²:

„all diejenigen Tätigkeiten eines Arbeitnehmers ..., die der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts veranlasst (oder wissentlich duldet) und die auf unmittelbare Erfüllung der jeweiligen arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht gerichtet sind“.

Nicht um gesetzliche Arbeitszeit handelt es sich dann insbesondere bei „Tätigkeiten ..., die ein Arbeitnehmer außerhalb der geltenden Rahmenzeiten einer Betriebsvereinbarung leistet, ohne dass der Arbeitgeber diese Arbeiten angewiesen oder sie wissentlich geduldet hat“.

Vergütet der Arbeitgeber nun beispielsweise Pausenzeit, toleriert er Rauchen und private Smartphone-Nutzung innerhalb der vertraglichen Arbeitszeit und rechnet er Dienstreise-Tage unabhängig von der an diesen Tagen tatsächlich geleisteten Arbeitszeit pauschal z.B. mit 8h auf die Vertragsarbeitszeit an, muss es eigentlich eine „**doppelte Arbeitszeit-Buchhaltung**“ geben: Weil es dann, wenn die vergütungspflichtige mit der gesetzlichen Arbeitszeit gleichgesetzt wird, zu potenziellen Gesetzesverstößen – etwa dem Arbeiten über 10h pro Tag hinaus – kommen kann, bei denen es sich bei genauer Betrachtung gar nicht um solche handelt.

Wie doppelte Arbeitszeit-Buchhaltung vermieden werden kann

Um die dadurch verursachten Komplikationen und den damit verbundenen Aufwand zu vermeiden, sollte bei den bei flexibler Arbeitszeitgestaltung einzigen Alternativen Vertrauensarbeitszeit bzw. Arbeitszeitkonto-Führung wie folgt verfahren werden:

- Bei **Vertrauensarbeitszeit** wird betrieblich **nur die gesetzliche Arbeitszeit** erfasst, sodass die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen direkt kontrolliert werden kann.

² 7 Fragen zur Arbeitszeiterfassung, www.bund-verlag.de/betriebsrat 13.01.2023.

- Bei betrieblicher **Arbeitszeitkonto-Führung** werden **nur die auf die Vertragsarbeitszeit anzurechnenden Zeiten** erfasst. Hierin ist in der Regel die gesetzliche Arbeitszeit vollständig enthalten, weswegen bei dieser Lösung meist zugleich ein Sicherheitsabstand zu den gesetzlichen Leitplanken erzeugt wird.

Vollständig vermeiden lässt sich das Thema „doppelte Arbeitszeit-Buchhaltung“ dadurch jedoch leider nicht:

- Bei **Vertrauensarbeitszeit** können die Mitarbeiter*innen selbstverständlich für sich ein Arbeitszeitkonto führen – ausschließlich zur Selbstkontrolle; Ansprüche können sie hieraus nicht ableiten. Diesem Konto schreiben sie dann natürlich alle Zeiten gut, die der Arbeitgeber innerhalb der Vertragsarbeitszeit vergütet. Praktisch bedeutet dies, dass auch bei Vertrauensarbeitszeit stets klar geregelt sein muss, welche Zeiten neben der eigentlichen Arbeitszeit auf die Vertragsarbeitszeit angerechnet werden – und welche nicht.
Gerade hier empfiehlt sich daher auch die Festlegung eines unabhängig vom jeweiligen Arbeitsort geltenden Arbeitszeitrahmens, außerhalb dessen Arbeitszeit nur nach Abstimmung mit der Führungskraft erbracht werden darf. Dieser Arbeitszeitrahmen sollte 13h Dauer an Werktagen MO-FR nicht überschreiten³; er könnte z.B. um 07:00 beginnen, damit auch die „frühen Vögel“ unter den Mitarbeiter*innen morgens ausgeruht starten, und um 20:00 enden, damit vor dem Einschlafen ausreichend arbeitsfreie Zeit liegt. Beides ist für die langfristige Gesundheit von großer Bedeutung.
Mit einem solchen Arbeitszeitrahmen wird zugleich die – in Vertrauensarbeitszeit besonders kritische – Einhaltung der arbeitszeitgesetzlichen Bestimmungen unterstützt: Solange der*die Mitarbeiter*in nämlich hierin arbeitet, ist die Einhaltung der gesetzlichen Mindestruhezeiten (von grundsätzlich 11h und einmal in 7 Tagen 35h zwischen zwei Arbeitstagen) sichergestellt und wird die Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeiten (von grundsätzlich 10h pro Arbeitstag sowie 48h/w im Durchschnitt von grundsätzlich 6 Monaten) deutlich erschwert. Wird dann in Abstimmung mit der Führungskraft ausnahmsweise einmal außerhalb eines solchen Rahmens gearbeitet, ist die Führungskraft in entsprechend hohem Maße dafür verantwortlich, dass diese Bestimmungen beachtet werden.
- Bei **betrieblicher Arbeitszeitkonto-Führung** ist dann, wenn die Arbeitszeit-Erfassung einen Verstoß gegen eine ArbZG-Bestimmung anzeigt, stets im Einzelfall zu prüfen, ob die Überschreitung einer der Höchstarbeitszeiten bzw. die Unterschreitung einer der Mindestruhezeiten tatsächlich durch Arbeitszeit im gesetzlichen Sinne erfolgt ist. Ist dies der Fall, muss zur Vermeidung eventueller Bußgelder stets zeitnah eine nach Möglichkeit den Anforderungen von § 14 ArbZG („Außergewöhnliche Fälle“) genügende Begründung hierfür dokumentiert werden. Liegt bei Zugrundlegung der gesetzlichen Arbeitszeit kein ArbZG-Verstoß vor, muss auch hierfür eine entsprechende Begründung festgehalten werden.

³ Siehe hierzu ausführlich meinen Text aus 2014 „Flexibler 13h-Arbeitszeitrahmen: einfaches Mittel zur Vermeidung von 24/7-Erreichbarkeit“, www.arbeitszeitsysteme.com / Vertrauensarbeitszeit.

Abweichend von diesen Einzelfall-Betrachtungen muss jedoch bei Arbeitnehmer*innen, die regelmäßig deutlich über 40h/w hinaus arbeiten – weil sie höhere Vertragsarbeitszeiten haben (auch auf Grund von Arbeitsbereitschaft), in relevantem Maße Mehrarbeit leisten (vergütet oder unvergütet spielt arbeitszeitgesetzlich keine Rolle) und/oder außerhalb der Vollzeit-Vertragsarbeitszeit Bereitschaftsdienst und/oder Rufbereitschaft –, neben dem Arbeitszeitkonto ein „Arbeitszeitschutzkonto“ geführt werden, mit dem die Einhaltung der gesetzlichen Wochen-Höchst Arbeitszeit fortlaufend überprüft werden kann.

Die drei Arten vollständiger Arbeitszeit-Erfassung

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt⁴, ist es – anders als sich die eingangs zitierte Passage aus dem BAG-Beschluss lesen ließe – nicht mit der Erfassung von Beginn und Ende der Arbeitszeit getan, weil sich hieraus die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht automatisch ergibt: Schließlich gibt es Pausen, deren Mindestdauer zwar gesetzlich vorgeschrieben ist, was aber natürlich nicht bedeutet, dass diese Pausenzeit einfach als tatsächlich eingelegt angenommen werden darf, und kann es auch sonstige Arbeitsunterbrechungen geben – z.B. klassisch für Rauchen oder neuerdings für die private Smartphone-Nutzung und bei hybridem Arbeiten für den Weg zwischen Betrieb und (z.B.) Homeoffice.

Vor diesem Hintergrund ist es am einfachsten, neben Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit auch Beginn und Ende aller Pausen und sonstigen Arbeitsunterbrechungen zu erfassen⁵. Vor diesem Hintergrund kann die Dauer der Tages-Arbeitszeit dann „**indirekt**“ ermittelt werden.

Alternativ hierzu kann die zwischen Arbeitsbeginn und -ende geleistete Arbeitszeit aber auch „**direkt**“ erfasst werden – wie sich dies insbesondere bei verwendungsbezogener Arbeitszeiterfassung (wenn die geleistete Arbeitszeit also z.B. auf Projekte oder Kostenstellen verteilt wird) anbietet.

Sowohl für die indirekte als auch für die direkte Arbeitszeit-Erfassung gibt es in den einschlägigen Appstores ein fast schon unüberschaubares Angebot, sodass die Erfassungs-Technik kein Problem darstellt – und schon gar nicht eine Rückkehr zur Stechuhr ansteht.

⁴ Wie Anmerkung 1.

⁵ Bei Gleitzeit mit elektronischer Zeiterfassung wird heute vielfach die jeweils gesetzlich erforderliche Mindest-Pausenzeit automatisch von der Anwesenheitszeit abgezogen. Die Erfassung der täglichen Arbeitszeit ist jedoch auf diese Weise nicht möglich – bzw. nur dann, wenn die Mitarbeiter*innen gleichzeitig verpflichtet werden, Abweichungen plus/minus von den automatisch abgezogenen Pausenzeiten minutengenau nachzumelden. Dies wiederum erforderte, dass die Mitarbeiter*innen ihre tatsächlichen Pausen und Arbeitsunterbrechungen anderweitig aufzeichnen – was nun wirklich keinerlei Sinn ergibt.

Als dritte Option der Arbeitszeit-Erfassung wird nach meiner sicheren Überzeugung auch weiterhin die sogenannte „**Negativverfassung**“ zulässig bleiben, bei der nur Abweichungen von vorgegebenen Arbeitszeit- und Pausenzeiten aufzuzeichnen sind. Dies macht in tagesflexiblen Arbeitszeitsystemen keinen Sinn, liegt allerdings sowohl in **starren** als auch in **disponierten Arbeitszeitsystemen** nahe, in denen die Mitarbeiter*innen zu bestimmten Schichten, Diensten oder Einsatzzeiten bestellt werden, innerhalb derer dann üblicherweise auch die Pausen festgelegt sind: Schon weil sich dadurch der für die Arbeitszeit-Erfassung zu treibende Aufwand deutlich reduziert.

Empfehlungen zur Arbeitszeit-Erfassung bei eigenverantwortlicher Steuerung der Arbeitszeiten

Bei eigenverantwortlicher Arbeitszeiten-Steuerung gibt es bei den im Boundary Management so genannten „Separatoren“ bzw. „Segmentierern“ – das sind die Beschäftigten, die Arbeits- und Privatleben klar trennen, was im Übrigen, kontraintuitiv, auch betrieblich vorteilhaft ist⁶ – kaum Probleme, weil diese Arbeitnehmer*innen Arbeitsbeginn und -ende schon per se klar für sich definieren und auch im Laufe des Arbeitstages tendenziell ebenso klar zwischen beiden Sphären unterscheiden, also insbesondere Pausen ganz bewusst einlegen. Schwierigkeiten gibt es diesbezüglich jedoch häufig mit den so genannten „Integrierern“, bei denen die Grenzen zwischen Arbeits- und Privatleben verfließen. Gerade bei diesen Arbeitnehmer*innen aber ist insbesondere die oben vorgeschlagene Einführung eines 13h-Arbeitszeitrahmens an Werktagen MO-FR besonders wichtig – und besonders konfliktreich, weil sie dies gern als Eingriff in ihre höchstpersönlichen Freiheitsrechte ansehen.

Vor diesem Hintergrund sollten die Beschäftigten, die ihre Arbeitszeiten eigenverantwortlich steuern und daher grundsätzlich auch jederzeit beliebig unterbrechen können, ihre Arbeitszeit per App selbst erfassen – auch im Betrieb, um unabhängig vom Arbeitsort für alle gleiche Verhältnisse zu schaffen: Sonst würden ja eventuell im Betrieb die Anwesenheitszeit und mobil die Arbeitszeit gemessen werden. Während Beginn und Ende der Arbeitszeit jedenfalls dann leicht erfasst werden können, wenn man sich vornimmt, davor und danach nicht zu arbeiten (und dazu am besten das Diensthandy ausschaltet), braucht es hinsichtlich der Pausen und

⁶ Vgl. Heike Bruch, Hybrid-Work-Kultur: zwischen Sinngemeinschaft und Caring, in: personalmagazin 06.22, S. 44ff.; hieraus (S. 49): „Da die Mehrheit der Mitarbeitenden Separatoren sind und vor allem bei jüngeren Generationen die Präferenz sich abzugrenzen sprunghaft zunimmt, sollten Unternehmen die Fähigkeit im ganzen Unternehmen fördern und dies auch kulturell verankern. ... Unternehmen, in denen Mitarbeitende eine hohe Boundary-Management-Kompetenz haben, (sind) deutlich häufiger erfolgreich (71 Prozent der Unternehmen versus 36 Prozent der Unternehmen mit geringer Boundary-Management-Kompetenz), denn sie haben viel häufiger eine sehr engagierte Belegschaft (80 Prozent versus 20 Prozent der Unternehmen) und sie befinden sich nur selten in der Beschleunigungsfalle (7 Prozent versus 40 Prozent der Unternehmen ohne Boundary-Management-Kompetenz).“

Arbeitsunterbrechungen betriebliche Konventionen, an die sich dann alle Beschäftigten zu halten haben. Hierfür möchte ich einige Vorschläge unterbreiten:

- **Pausen** sollten nicht am Arbeitsplatz verbracht werden dürfen, weil hier die Gefahr von schlechter Pausen-Qualität bis hin zum Abbruch (durch dienstliche Anrufe und Emails, Kolleg*innen mit dienstlichem Anliegen und/oder Kunden) groß ist. Mindestens sind die gesetzlichen Pausen einzuhalten, deren Dauer bei mehr als 6h bis 9h Tages-Arbeitszeit insgesamt mindestens (!) 30min und bei mehr als 9h Tages-Arbeitszeit insgesamt mindestens (!) 45min beträgt, wobei die einzelne Pause mindestens 15min dauern muss; dabei darf maximal 6h ohne gesetzliche Pause gearbeitet werden. Damit gibt es bei „normal“ langen Tages-Arbeitszeiten dann, wenn man zwecks Minimierung der arbeitsgebundenen Zeit das gesetzliche Minimum nicht überschreiten will, nur die beiden Alternativen „eine 30min-Pause“ bzw. „zwei 15min-Pausen“.

Was der*die Arbeitnehmer*in dann in seinen*ihrer Pausen macht, ist ihm*ihr überlassen – weswegen es arbeitszeitschutzrechtlich auch kein Problem darstellt, wenn in der Kantine auch über dienstliche Themen gesprochen wird. „Arbeits-Essen“ dagegen sind Arbeitszeit und nicht als Pausen zu werten, weil hierbei von vornherein klar ist, dass die Arbeit im Vordergrund steht. In solchen Fällen muss die gesetzliche Pausenzeit dann zu einem anderen gesetzlich passenden Zeitpunkt eingelegt werden.

- **Längere sonstige Arbeitsunterbrechungen** – etwa für Rauchen, Social Media und private Internetnutzung – sind zu buchen, was per App auch am betrieblichen Arbeitsplatz sehr bequem möglich ist, während sie bei direkter Arbeitszeit-Erfassung einfach nicht berücksichtigt werden.
- **Kurze sonstige Arbeitsunterbrechungen** sollten zur Vermeidung von Aufwand und im Sinne eines „Gebens und Nehmens“ ebenso wenig erfasst werden wie kurze Unterbrechungen der Ruhezeit außerhalb der Arbeitszeit – etwa zur Absprache dienstlicher Termine („Deal“). Vom Gesetzgeber würde ich mir angesichts der geteilten Meinungen in der juristischen Fachliteratur hinsichtlich solcher geringfügigen Ruhezeit-Unterbrechungen eine entsprechende Klarstellung wünschen.

Exkurs Dienstreise-Zeiten

Ein besonderes Thema stellt die Behandlung von **Dienstreise-Zeiten** dar, während derer sich der*die Arbeitnehmer*in also aus dienstlichem Grund zwischen Arbeits-Orten bewegt, ohne dass dies zu seiner*ihrer Hauptleistungspflicht (z.B. als Außendienstler*in) gehört⁷. Arbeitszeitschutzrechtlich zählt hiervon nach herrschender Meinung nur die Zeit als Arbeitszeit, während derer der*die Beschäftigte arbeitet (z.B. in der Bahn am Laptop) oder auf ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers (!) ein Kfz

⁷ Siehe hierzu ausführlich Stefan Lunk, Die arbeitszeitrechtliche Behandlung von Dienstreisen, in: NZA 2022, S. 881ff.

führt; nur diese Zeiten sind daher **bei Vertrauensarbeitszeit** aufzuzeichnen und ggf. durch die gesetzlich vorgeschriebenen Pausen zu unterbrechen. Wird dagegen ein **Arbeitszeitkonto** geführt, ist daneben ggf. auch sonstige auf die Vertragsarbeitszeit angerechnete Dienstreise-Zeit zu erfassen. Kommt es hierdurch zu Verstößen gegen gesetzliche Arbeitszeit-Bestimmungen, ist hierfür – siehe schon weiter oben – eine entsprechende Erläuterung zu dokumentieren, die diese Verstöße heilt.

Fazit

1. Die Arbeitszeit der Arbeitnehmer*innen muss schon heute minutengenau erfasst werden, wobei das Bundesarbeitsgericht jedoch nur auf die gesetzliche Arbeitszeit abstellt. Vertrauensarbeitszeit, bei der der Arbeitgeber auf die Kontrolle der Einhaltung der Vertragsarbeitszeit verzichtet, bleibt daher unter der Bedingung der Erfassung der gesetzlichen Arbeitszeit zulässig.
2. Künftig wird die Arbeitszeit vorwiegend durch die Arbeitnehmer*innen selbst erfasst werden, wobei der Arbeitgeber dafür verantwortlich bleibt, dass diese Aufzeichnungen vollständig und wahrheitsgemäß sind.
3. Bei Vertrauensarbeitszeit sollte betrieblich nur die gesetzliche Arbeitszeit erfasst werden, bei Arbeitszeitkonto-Führung nur die zu vergütende Arbeitszeit. Dennoch muss auch bei Vertrauensarbeitszeit klar geregelt sein, welche Zeiten auf die Vertragsarbeitszeit angerechnet werden, damit die Arbeitnehmer*innen auf Wunsch für sich ein Arbeitszeitkonto führen können, und kann auch bei betrieblicher Arbeitszeitkonto-Führung der Rückgriff auf die gesetzliche Arbeitszeit erforderlich sein.
4. Die Arbeitszeit-Aufzeichnung wird künftig entweder **indirekt** erfolgen – mittels Erfassung von Beginn und Ende der Arbeitszeit sowie sämtlicher Pausen und nicht nur geringfügiger Arbeitsunterbrechungen –, **direkt** – wenn neben Beginn und Ende der Arbeitszeit deren Dauer erfasst wird – oder **negativ**, was aber nur bei vorgegebenen Arbeits- und Pausenzeiten Sinn macht (etwa in starren Arbeitssystemen und im Schichtbetrieb): Hier werden nur Abweichungen von diesen Vorgaben erfasst.
5. Geringfügige Unterbrechungen der Arbeitszeit sollten ebenso wenig registriert werden wie geringfügige Unterbrechungen der Ruhezeit.