

EINFÜHRUNG UND SCHULUNG

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
Dr. Thilo Mahnhold, Frankfurt a.M.

Arbeitszeit Compliance – Wirtschaftsstrafrecht an der Schnittstelle zur HR Compliance (Teil 1)

Die Verfasser widmen sich aktuellen Themen und Dauerbrennern bei der Beratung von Unternehmen zur HR Compliance, die eine nicht zu unterschätzende bußgeld- und/oder strafrechtliche Komponente aufweisen und vor dem Hintergrund der Haftungsvermeidung beleuchtet werden. Der vorliegende Beitrag fasst Teil 1 der dreiteiligen WisteV Lunch Lecture Vortragsreihe – Arbeitszeit Compliance – zusammen.

A. Novelle des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG)

I. Einleitung

Die Erfassung der Arbeitszeit der Arbeitnehmer ist bislang gesetzlich in § 16 Abs. 2 ArbZG geregelt. Hiernach ist der Arbeitgeber verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit von im Durchschnitt acht Stunden täglich hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Der EuGH hat mit Urteil vom 15. Mai 2019 entschieden, dass die Mitgliedstaaten der EU „die Arbeitgeber dazu verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“.¹ Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat vor diesem Hintergrund mit Beschluss vom 13. September 2022 ausgeführt, die Arbeitgeber seien aus arbeitsschutzrechtlichen Gründen verpflichtet, „ein System einzuführen und zu verwenden, mit dem Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeiten einschließlich der Überstunden erfasst werden“.² Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat angesichts dieser beiden Entscheidungen mit einem Referentenentwurf zur Neufassung des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG-E) reagiert.³

Arbeitgeber müssen sich auf die geplanten Änderungen einstellen.

II. Referentenentwurf zu § 16 ArbZG – Kernpunkte und praktische Umsetzung

Nach dem Referentenentwurf sind insbesondere eine Neufassung von § 16 Abs. 2 ArbZG sowie neue Regelungen (§ 16 Abs. 2 – Abs. 8 ArbZG-E) vorgesehen. In den Kernpunkten geht es um die Einführung der Pflicht zur elektronischen Er-

fassung der Arbeitszeit, um die Möglichkeit der Delegation der Aufzeichnungspflichten bzw. Vertrauensarbeitszeit sowie um mögliche Ausnahmen von der Aufzeichnungspflicht.

1. Pflicht zur elektronischen Arbeitszeiterfassung, § 16 Abs. 2 ArbZG-E

Der Referentenentwurf zum ArbZG sieht die Verpflichtung zur elektronischen Arbeitszeiterfassung vor (§ 16 Abs. 2 ArbZG-E). Erfasst werden sollen dabei „Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit“. Die Pausen und deren Lage sind hier nicht ausdrücklich erwähnt und es lässt sich gut begründen, dass nach dem aktuellen Entwurf der konkrete Beginn und das konkrete Ende einer Pause nicht zu erfassen sind. Das schafft Raum für eine praktikable Ausgestaltung von Arbeitszeiterfassungssystemen. Denkbar ist bei der elektronischen Erfassung beispielsweise eine Erfassung per App, digitalen Excel- oder Word-Listen oder in elektronischen Schichtplänen. Eine spezielle Zeiterfassungssoftware wird hingegen nicht zwingend verlangt. Nicht ausreichend sind analoge Stundenzettel, auch nicht eingescannte Papierlisten. Die Aufzeichnung hat gemäß § 16 Abs. II S. 1 ArbZG-E am Tag der Arbeitsleistung zu erfolgen. Es reicht also nicht, wenn die Zeit beispielsweise jeweils am Ende der Arbeitswoche erfasst wird.

2. Was ist (einzutragende) Arbeitszeit?

Im Hinblick auf die vorgesehene umfangreiche Aufzeichnungspflicht stellt sich die Frage, welche Zeit überhaupt als „Arbeitszeit“ zu erfassen ist. Hierbei kommt es nicht auf die vergütungsrechtliche Arbeitszeit an, sondern allein auf die Arbeitszeit i.S.d. ArbZG. § 2 Abs. 1 ArbZG definiert als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Nach der Arbeitszeit-Richtlinie (RL 2003/88/EG) gibt es entweder Arbeitszeit oder Ruhezeit, keine Zwischenkategorie: Art. 2 Ziff. 1 der Arbeitszeitrichtlinie bestimmt hierzu, dass Arbeitszeit jede Zeitspanne ist, während derer ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt; gemäß Art. 2 Ziff. 2 der Richtlinie ist Ruhezeit demgegenüber jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit. Die Rechtsprechung von EuGH und BAG hat in diesem Rahmen punktuelle Konkretisierungen zu bestimmten Arbeitszeitformen vorgenommen, wobei sich abzeichnet, dass das BAG angesichts aktueller Tendenzen des EuGH den bislang zugrunde gelegten Arbeitszeitbegriff neu bestimmen muss. Inwieweit das zu abweichenden Ergebnissen führen wird, etwa bei der Einordnung von Dienstreisen, bleibt abzuwarten⁴.

¹ EuGH Urt. v. 14.05.2019 (C-55/18), Rn. 60.

² BAG Beschl. v. 13.09.2022 (1 ABR 22/21) Rn. 55.

³ ArbZG-E Stand 18.04.2023.

⁴ Vgl. etwa EuGH Urt. v. 21.02.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293; ausführlich Lunk, NZA 2022, 881 (885).

3. Arbeitszeit i.S.d. ArbZG – strittige/schwierige Abgrenzungsbereiche

a) Arbeitsunterbrechungen

In der Praxis stellt sich insbesondere die Frage, wie Arbeitsunterbrechungen zu werten sind. Speziell im Home-Office tendiert die eigentliche Arbeit mit Arbeitsunterbrechungen zu verschwimmen, indem z. B. der Arbeitnehmer Kaffee kocht, private Telefongespräche führt oder zu privaten Zwecken im Internet surft. Nach einer Ansicht ist hier von einem formalen Arbeitszeitbegriff auszugehen. Als Arbeit ist hier nach die gesamte Zeit zwischen Beginn und Ende der Tätigkeit abzüglich der Pausen i.S.v. § 4 ArbZG anzusehen⁵. Nach anderer Ansicht handelt es sich immer dann nicht um Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer nicht zur Verfügung steht und somit seine vertragsgemäße Arbeitsleistung nicht anbietet. Zeiten, während derer der Arbeitnehmer weder arbeitet noch seine Arbeitsleistung vertragsgemäß anbietet, seien keine Arbeitszeiten, und zwar auch dann nicht, wenn diese Zeiten privater Aktivitäten nicht die Voraussetzungen einer Ruhepause i.S.d. § 4 ArbZG erfüllen. Das ArbZG diene dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer, und bei privaten Aktivitäten sei die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht in Gefahr⁶.

b) Dienstreisen

Bei Wegezeiten im Rahmen von Dienstreisen handelt es sich unstrittig dann um Arbeitszeit i.S.d. ArbZG, wenn der Arbeitnehmer während der Reise „Vollarbeit“ erbringt, indem er beispielsweise Emails beantwortet, Kundentelefonate führt, Dokumente erstellt. Reine Fahrzeiten ohne gleichzeitige inhaltliche Tätigkeit gelten hingegen nach der sog. Beanspruchungstheorie nach bisheriger Rechtsprechung des BAG jedenfalls dann nicht als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG, wenn dem Arbeitnehmer „lediglich ein Freizeitopfer“ abverlangt wird⁷. Dies kann z. B. der Fall sein bei der Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel oder wenn der Arbeitnehmer als Beifahrer im Auto mitfährt. Wie bereits erwähnt dürfte angesichts der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zu Bereitschaftsdiensten aber eine Neubestimmung des Arbeitszeitbegriffes des BAG auch im Hinblick auf Dienstreisen zu erwarten sein, wenn der EuGH auf die Erheblichkeit eines Freizeitopfers abstellt. Diese Sichtweise des EuGH machte sich das BAG bereits zum Thema Rufbereitschaft zu eigen. Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers während der Bereitschaftszeit sei dann als Arbeitszeit zu werten, wenn der Arbeitnehmer in Anbetracht der dem Arbeitnehmer eingeräumten Frist zur Aufnahme der beruflichen Tätigkeit seine privaten Aktivitäten nicht planen könne⁸. Unter Zugrundelegung dieser Kriterien muss auch bei der Beurteilung von Dienstreisen maßgebend sein, ob und für welchen Zeitraum einer Dienstreise Weisungen des Arbeitgebers beschränkt sind bzw. inwieweit der Arbeitgeber mit Weisungen rechnen muss⁹.

c) Seminare

Zur Teilnahme an Seminaren hat der EuGH am 28.10.2021 ein Urteil gefällt¹⁰. Hiernach stellt „Zeit, in der ein Arbeitnehmer eine ihm von seinem Arbeitgeber vorgeschriebene berufliche Fortbildung absolviert, die außerhalb seines ge-

wöhnlichen Arbeitsorts in den Räumlichkeiten des Fortbildungsdienstleiters stattfindet und während der er nicht seinen gewöhnlichen Aufgaben nachgeht, „Arbeitszeit“ im Sinne dieser Vorschrift dar“. Es kommt für die Unterscheidung somit maßgeblich darauf an, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Fortbildung vorschreibt.

d) Kundenveranstaltungen

Nicht erörtert ist in der Rechtsprechung bislang – soweit ersichtlich – ob und inwieweit die Teilnahme an Kundenveranstaltungen zur Arbeitszeit i.S.d. ArbZG zu rechnen ist. Hier dürfte die Lage ähnlich zu beurteilen sein wie bei der Teilnahme an Seminaren: Sofern die Teilnahme vom Arbeitgeber angeordnet ist, dürfte die hierfür aufgewendete Zeit als Arbeitszeit anzusehen sein.

4. Delegation, Vertrauensarbeitszeit, § 16 Abs. 3, 4 ArbZG-E

a) Delegation an Dritte oder Arbeitnehmer, Vertrauensarbeitszeit

Nach dem Referentenentwurf zum ArbZG soll eine Delegation der Aufzeichnung der Arbeitszeit auf Dritte bzw. die Arbeitnehmer selbst möglich sein, wobei aber der Arbeitgeber für die ordnungsgemäße Aufzeichnung verantwortlich bleibt, § 16 Abs. 3 ArbZG-E. Dabei kann eine Delegation der Aufzeichnung auf den Arbeitnehmer erfolgen und der Arbeitgeber auf die Kontrolle der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit verzichten (Vertrauensarbeitszeit¹¹).

b) Geeignete Maßnahmen, damit Verstöße bekannt werden

Der Arbeitgeber hat bei Vertrauensarbeitszeit durch „geeignete Maßnahmen“ sicherzustellen, dass ihm Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen zu Dauer und Lage der Arbeits- und Ruhezeiten bekannt werden, § 16 IV ArbZG-E. Laut Begründung zu § 16 IV ArbZG-E kann dies z. B. durch die Meldung eines elektronischen Zeiterfassungssystems erfolgen¹².

5. Öffnungsklausel für Tarifvertragsparteien, § 16 Abs. 7 ArbZG-E

a) Mögliche Abweichungen

Nach § 16 Abs. 7 ArbZG-E können in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung bestimmte Abweichungen von den Aufzeich-

⁵ Anzinger/Koberski ArbZG, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 11.

⁶ Baeck/Deutsch/Winzer ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7.

⁷ BAG Ur. v. 11.07.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155; vgl. hierzu auch Lunk NZA 2022, 881.

⁸ BAG Ur. v. 27.07.2021 – 9 AZR 448/20, NZA 2021, 1702; vgl. Lunk NZA 2022, 881 (884).

⁹ So auch Lunk NZA 2022, 881 (887).

¹⁰ EuGH Ur. v. 28.10.2021 – C-909/19, NZA 2021, 1623

¹¹ siehe Begründung zum ArbZG-E, S. 13

¹² siehe Begründung zum ArbZG-E, S. 13

nungspflichtigen zugelassen werden, nämlich: Aufzeichnung in nichtelektronischer Form (Nr. 1); Aufzeichnung an einem anderen Tag, spätestens aber bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertags (Nr. 2); Pflicht zur Aufzeichnung nicht bei Arbeitnehmern, bei denen die gesamte Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann (Nr. 3). Diese Ausnahmemöglichkeit gemäß Nr. 3 ist vorgesehen analog der Möglichkeit, welche die Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG) in ihrem Artikel 17 für „höhere“ Berufe vorsieht.

b) Problem

Als problematisch ist bei den in § 16 Abs. 7 ArbZG-E vorgesehenen Ausnahmemöglichkeiten zu erachten, dass keine generellen Ausnahmen oder Ausnahmemöglichkeiten für einen Arbeitnehmerkreis wie z. B. den der „leitenden Angestellten“ vorgesehen sind. Ferner wird kritisiert, dass von der Tariföffnungsklausel nicht erfasst sind beispielsweise nichttarifgebundene Arbeitnehmer, AT-Angestellte sowie Berufe ohne Tarifvertrag.

III. Referentenentwurf – weitere Regelungen

1. Information auf Verlangen des Arbeitnehmers, § 16 Abs. 5 ArbZG-E

Nach dem Referentenentwurf ist der Arbeitnehmer auf Verlangen in geeigneter Weise über die aufgezeichnete Arbeitszeit zu informieren, § 16 Abs. 5 ArbZG-E. Auf Wunsch ist ihm eine Kopie der Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen, § 16 Abs. 5 S. 2 ArbZG-E. Nach der Begründung zum Referentenentwurf soll es dabei erlaubt sein, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeiten selbst einsieht und die Aufzeichnungen kopiert¹³.

2. Aufbewahrungspflicht, § 16 Abs. 6 ArbZG-E

Den Arbeitgeber trifft für die Arbeitszeitaufzeichnungen eine Aufbewahrungspflicht von bis zu zwei Jahren, § 16 Abs. 6 ArbZG-E. Die Aufzeichnungen sind dabei in deutscher Sprache bereitzuhalten. Der Gesetzesentwurf befasst sich nicht mit etwaigen datenschutzrechtlichen Belangen und einer etwaigen hiernach erforderlichen Löschung. Gleichwohl hat der Arbeitgeber auch hier die Anforderungen der DSGVO bzw. des BDSG zu Löschkonzepten einzuhalten.

3. Umsetzungsfristen, § 16 Abs. 8 ArbZG-E

Der Referentenentwurf sieht abhängig von der Unternehmensgröße abgestufte Umsetzungsfristen vor. Die nicht elektronische Aufzeichnung ist hiernach bis zu einem Jahr nach dem Inkrafttreten des Gesetzes noch für alle Arbeitgeber möglich, bis zu zwei Jahren nach dem Inkrafttreten für Arbeitgeber mit weniger als 250 Arbeitnehmern, und bis zu fünf Jahre nach dem Inkrafttreten für Arbeitgeber mit weniger als 50 Arbeitnehmern. Bei Arbeitgebern mit bis zu zehn Arbeitnehmern soll dauerhaft die Aufzeichnung in nichtelektronischer Form ausreichen.

4. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Im Hinblick auf die elektronische Zeiterfassung der Arbeitnehmer sind Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten.

a) § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

Bei der konkreten Ausgestaltung des Zeiterfassungssystems hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, da es um eine Regelung über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften geht¹⁴.

b) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Ferner besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Denn die Pflicht zur elektronischen Arbeitszeiterfassung geht mit der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen einher, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

c) Sonstige Betriebsvereinbarungen

Allgemein kommen ferner inhaltliche Berührungspunkte mit Betriebsvereinbarungen zur Arbeitszeit, zur Arbeitszeiterfassung, zu mobilem Arbeiten sowie zu Dienstreisen in Betracht.

IV. Ordnungswidrigkeiten und Strafbarkeitsrisiken bei Verstößen gegen das ArbZG aktuell und in Zukunft

1. Gegenwärtige Rechtslage

a) Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten des § 16 ArbZG

Verstöße gegen § 3 Abs. 1 ArbZG gehen häufig mit Verstößen hinsichtlich der in § 16 ArbZG normierten Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten des Arbeitgebers einher.

Nach der derzeitigen Rechtslage ist der Arbeitgeber gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG dazu verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit von Arbeitnehmern aufzuzeichnen und ein Verzeichnis der Arbeitnehmer zu führen, die in eine Verlängerung der Arbeitszeit eingewilligt haben.¹⁵ Solche Nachweise sind mindestens zwei Jahre aufzubewahren, § 16 Abs. 2 Satz 2 ArbZG.

b) Auskunftspflichten nach § 17 ArbZG

Den Aufsichtsbehörden der Länder gegenüber ist der Arbeitgeber auskunftspflichtig. Die Aufsichtsbehörden dürfen nach § 17 Abs. 4 ArbZG die zur Kontrolle der Einhaltung der

¹³ Begründung zum Referentenentwurf Stand 18.04.2023, S. 13

¹⁴ BAG Beschl. v. 13.09.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616

¹⁵ Erbs/Kohlhaas/Häberle, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 247. EL Juni 2023, § 16 ArbZG Rn. 3 f.

Arbeitszeit Vorschriften erforderlichen Auskünfte verlangen, sie dürfen Einsicht nehmen in die Arbeitszeitchronik, in Tarifverträge und/oder Betriebs- oder Dienstvereinbarungen sowie sonstige Arbeitszeitchronik oder Geschäftsunterlagen, welche mittelbar oder unmittelbar Auskunft über die Einhaltung des ArbZG geben.

Geschäftsunterlagen können bei Prüfungen vor Ort entweder vorgelegt werden oder auf Verlangen der Aufsichtsbehörden zur Einsichtnahme an Amtsstelle einzusenden sein.

„Zur Auskunft verpflichtet sind auch Betriebsangehörige, die mit entsprechenden Leitungsaufgaben beauftragt sind und damit in eigener Verantwortung Aufgaben des Arbeitgebers nach dem ArbZG ausführen. Im Übrigen sind Arbeitnehmer nicht zur Auskunft verpflichtet.“¹⁶

Nach § 17 Abs. 6 ArbZG dürfen die zur Auskunft Verpflichteten vor dem Hintergrund der Selbstbelastungsfreiheit die Auskunft auf Fragen verweigern, mit deren wahrheitsgemäßer Beantwortung sie sich selbst der Gefahr der Strafverfolgung bzw. der Gefahr der Verfolgung wegen Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde.

Greift kein Verweigerungsgrund Verstöße gegen die Auskunftspflichten bußgeldbewehrt.

c) Ordnungswidrigkeiten nach § 22 ArbZG

Adressat der Vorschriften ist der Arbeitgeber. Handelt es sich hierbei um eine juristische Person, gelten die Verantwortlichkeiten gem. Vertretungsregelung nach § 9 Abs. 1 OWiG.¹⁷

Eine Delegation der Arbeitgeber bzw. Unternehmerpflichten hat zur Folge, dass der Beauftragte für etwaige Pflichtverletzungen einzustehen hat, § 9 Abs. 2 OWiG.¹⁸

Der Kreis der Personen, die vom Inhaber des Betriebes etc. mit seiner Vertretung beauftragt werden können, wird vom Gesetz eingeschränkt:

„Als Beauftragte kommen zum einen Personen in Betracht, die beauftragt sind, den Betrieb etc. ganz oder zum Teil zu leiten (Absatz 2 S. 1 Nr. 1) und daher Leitungsverantwortung tragen. Zum anderen ist eine Delegation an Personen zulässig, die ausdrücklich mit der eigenverantwortlichen Wahrnehmung von Inhaberaufgaben beauftragt werden (Absatz 2 S. 1 Nr. 2) und somit selbständige Einzelverantwortung tragen. Eine Überbürdung von Aufgaben an andere Personen sieht das Gesetz nicht vor. Das ist eine Konsequenz der Rechtsnatur der Organ- und Vertreterhaftung (...), die dem Willen des historischen Gesetzgebers in jeder Hinsicht entspricht (vgl. dazu Rogall, S. 157ff., 160ff. sowie → Rn. 4 ff.). Eine Pflichten- oder Aufgabenüberbürdung setzt nach Sinn und Zweck des Gesetzes voraus, dass der Beauftragte Vertretungskompetenz besitzt (Gleichwertigkeit der Pflichterfüllung) und dass über die Verteilung der Verantwortung Klarheit herrscht (Transparenz der Verantwortungsstrukturen). Beide Voraussetzungen werden in Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 in begrifflich unterschiedlicher, sachlich aber übereinstimmender Weise zum Ausdruck gebracht.“¹⁹

Der Arbeitnehmer selbst kommt weder als Täter noch als Beteiligter an einer Ordnungswidrigkeit des § 22 ArbZG in Betracht.

Die Einwilligung eines Arbeitnehmers in einen Verstoß gegen bußgeldbewehrte Vorschriften stellt ferner keinen Rechtfertigungsgrund dar.²⁰ Es ist vielmehr so, dass Geschäftsführer und Vorstände bei Verstößen von Arbeitnehmern gegen das ArbZG haften.²¹

Die Ordnungswidrigkeiten im Einzelnen regelt § 22 ArbZG.

aa) Überschreitung der zulässigen Arbeitszeit

§ 22 Abs. 1 ArbZG bestimmt, dass ordnungswidrig handelt, wer als Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig Arbeitnehmer über die Grenzen der Arbeitszeit i.S.d. § 3 ArbZG hinaus beschäftigt, § 22 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG.

bb) Verstöße gegen Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten

Gerade weil Verstöße gegen die zulässige Arbeitszeit i. S. d. ArbZG häufig mit Verstößen gegen Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten einhergehen, sanktioniert § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG diejenigen, die Aufzeichnungen nicht oder nicht richtig erstellt²² oder diese nicht für die vorgeschriebene Dauer von zwei Jahren aufbewahrt.

„Nicht richtig‘ erstellt sind diese, wenn sie inhaltlich unrichtig sind.“²³

cc) Verstöße gegen Auskunfts-/Mitwirkungspflichten

Zudem wird sanktioniert, wer den Aufsichtsbehörden eine verlangte Auskunft nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erteilt bzw. Unterlagen nicht oder nicht vollständig vorlegt, einwendet oder Maßnahmen zur Kontrolle nicht gestattet, § 22 Abs. 1 Nr. 10 ArbZG.

d) Bemessung von Geldbußen nach § 22 ArbZG

Besteht der begründete Verdacht, dass eine Ordnungswidrigkeit nach § 22 ArbZG vorliegt, kann die zuständige Verwaltungsbehörde ein Bußgeldverfahren einleiten. Da im Ordnungswidrigkeitenrecht das Opportunitätsprinzip gilt, ist die Verwaltungsbehörde dazu unter bestimmten Voraussetzungen aber nicht verpflichtet.

¹⁶ Erbs/Kohlhaas/Häberle, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 247. EL Juni 2023, § 17 ArbZG Rn. 4

¹⁷ Erbs/Kohlhaas/Häberle, 247. EL Juni 2023, ArbZG § 22 Rn. 2.

¹⁸ Zur horizontalen und vertikalen Pflichtendelegation Dannecker NZWiSt 2012, 441, 447 f.

¹⁹ KK-OWiG/Rogall, OWiG, 5. Auflage 2018, § 9 Rn. 82.

²⁰ Erbs/Kohlhaas/Häberle, 247. EL Juni 2023, ArbZG § 22 Rn. 2 m.V.a. OLG Jena BeckRS 2010, 23535.)

²¹ Schmidt/Hofmann, Vorstandshaftung bei Verstößen von Arbeitnehmern gegen das ArbZG, StA 2021, 141.

²² Erbs/Kohlhaas/Häberle, 247. EL Juni 2023, ArbZG § 22 Rn. 15.

²³ BGBl. I S. 3.334, 3.341

Ordnungswidrigkeiten nach § 22 Abs. 1 Nr. 1, 9 und 10 ArbZG werden gemäß § 22 Abs. 2 ArbZG mit Geldbußen in Höhe von bis zu 30.000,00 € geahndet. Dieser Bußgeldrahmen gilt für vorsätzliche Verstöße gegen die vorgenannten Vorschriften. Im Falle von Fahrlässigkeit verringert sich der Bußgeldrahmen nach § 17 Abs. 2 OWiG auf die Hälfte.

Mit Umsetzung des Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz vom 22.12.2020 wurde der Bußgeldrahmen des § 22 ArbZG von zuvor 15.000,00 € auf 30.000,00 € angehoben. Dieser Bußgeldrahmen gilt seit 01.01.2021. Durch die Verdoppelung kommt es auch zu einer Verlängerung der Verjährung, da § 31 OWiG vorsieht, dass Ordnungswidrigkeiten, die im Höchstmaß mit mehr als 15.000 € sanktioniert werden, erst nach drei Jahren verjähren.

Die Länder haben in dem Länderausschluss für Arbeitssicherheit und Sicherheitstechnik²⁴ eine Übereinkunft über die Bemessung von zu verhängenden Geldbußen getroffen. Der Bußgeldkatalog des Länderausschusses sieht Regelsätze für einzelne Verstöße vor und enthält auch Hinweise für die Verwaltungsbehörden, unter welchen Voraussetzungen die Regelsätze erhöht werden können oder eine Ermäßigung angezeigt ist.

Die Erhöhung der im Bußgeldkatalog ausgewiesenen Regelsätze kommt beispielsweise in Betracht, wenn der Betroffene einer Ordnungswidrigkeit innerhalb der letzten zwei Jahre bereits einmal wegen einer gleichartigen Ordnungswidrigkeit rechtskräftig mit einer Geldbuße belegt oder von einer Verwaltungsbehörde bereits schriftlich verwarnet worden ist. Außerdem kann eine Erhöhung vorgenommen werden, wenn der Betroffene aus seiner Tat wirtschaftliche Vorteile gezogen hat. Gleiches gilt, wenn das Verhalten des Betroffenen eine besondere Gefährdung geschaffen hat.

Hingegen kann von den Regelsätzen nach unten abgewichen werden, wenn der Vorwurf, der den Betroffenen trifft, geringer erscheint als dies für durchschnittlich vorwerfbares Handeln angemessen ist. Die Ermäßigung des jeweiligen Regelsatzes kommt ebenfalls in Betracht, wenn die betroffene Person Einsicht zeigt, Wiederholungsgefahr nicht besteht und/oder die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen außergewöhnlich schlecht sind.

e) Verfall / Einziehung nach § 29a OWiG

Ein dem Täter aus einer Ordnungswidrigkeit zugeflossener Vermögensvorteil wird bereits durch eine entsprechende Bemessung der Geldbuße abgeschöpft, § 17 Abs. 4 OWiG.

§ 29a Abs. 1 OWiG setzt zur Einziehung des Wertes von Taterträgen „deshalb bei der tätergerichteten Tatertragswerteinziehung unterhalb der Schwelle der Ordnungswidrigkeit (§ 1 Abs. 1) an und lässt eine mit Geldbuße bedrohte Handlung als Anlasstat genügen. Darunter ist gem. § 1 Abs. 2 eine Tat zu verstehen, die den (objektiven und subjektiven) Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllt und rechtswidrig ist. Dabei kann es sich auch um einen Versuch handeln (Drathjer Abschöpfung S. 55; Schmidt Gewinnabschöpfung Rn 1272).“²⁵

In Fällen, in denen die Verwaltungsbehörde gegen den Täter also keine Geldbuße festsetzt, kann die Einziehung des Geldbetrages vorgenommen werden, der den Wert des aus der Tat Erlangten entspricht, § 29a Abs. 1 OWiG.²⁶

Diese Einziehung kann im sogenannten selbstständigen Verfahren nach § 29a Abs. 5 OWiG erfolgen.

Auch zu diesem Instrument enthält der Bußgeldkatalog der Länder Hinweise für die zuständigen Verwaltungsbehörden, die sehr kritisch zu sehen und in jedem Einzelfall genau zu prüfen sind.²⁷

„7. Einziehung des Wertes von Taterträgen

7.1 § 29a OWiG2 regelt, dass gegen die Betroffene oder den Betroffenen (zum Beispiel als Arbeitgeber/in) die Einziehung eines Geldbetrages bis zu der Höhe angeordnet werden kann, die dem erlangten Vermögensvorteil entspricht, wenn die oder der Betroffene durch eine mit Geldbuße bedrohte Handlung oder für sie einen Vermögensvorteil erlangt und gegen die Betroffene oder den Betroffenen wegen der begangenen Handlung eine Geldbuße nicht festgesetzt werden kann. Die Anordnung der Einziehung ist kein Bußgeld, sondern eine Maßnahme eigener Art, mit dem den betroffenen Personen der Vermögensvorteil wieder abgenommen wird. Für eine Anordnung nach § 29a OWiG reicht eine rechtswidrige Handlung, die nicht vorwerfbar begangen zu sein braucht (vergleiche § 1 Absatz 2 OWiG), aus.

7.2 Hat die oder der Betroffene durch eine mit Geldbuße bedrohten Handlung für einen anderen gehandelt (zum Beispiel der Geschäftsführer für die GmbH, die Betriebsleiterin für die Inhaberin des Betriebes) und hat dieser (GmbH, Betriebsinhaber) dadurch einen Vermögensvorteil erlangt, so kann nach § 29a Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 OWiG gegen ihn

²⁴ <https://lasi-info.com/publikationen/>; LV 60, 2. Aufl., Stand März 2020.

²⁵ KK-OWiG/Mitsch, 5. Aufl. 2018, OWiG § 29a Rn. 10.

²⁶ „Vermögensvorteile, die „durch“ Tat erlangt wurden, sind alle Werte, die unmittelbar durch die Tat geschaffen werden und dem Täter auf Grund der Tatbegehung zufließen (BGHSt 50, 299, 309; BGHSt 57, 79, 83; OLG Celle NZV 2012, 400, 401; OLG Celle NZWiSt 2012, 191, 192; AG Stuttgart NStZ 2006, 246, 247; OLG Stuttgart NStZ-RR 2003, 121; BeckOK OWiG/Meyberg Rn 41; Drathjer Abschöpfung S. 91; Göhler Rn 10; N. Nestler NZWiSt 2013, 308, 309; NK-Saliger § 73 Rn 6; Rebmann/Roth/Herrmann Rn 10; Schmidt Gewinnabschöpfung Rn 1282; Schröder GewArch 2009, 396 ff). Mittelbar mit der Tat zusammenhängende Vorteile unterliegen der Einziehung nicht (Brenner NStZ 1998, 558; Eser Sanktionen S. 292; Drathjer Abschöpfung S. 105; Fischer § 73 Rn 11; Rebmann/Roth/Herrmann Rn 10; SK-Wolters/Horn § 73 Rn 10). Als mittelbar aus der Tat erlangt ist jeder Zufluss zu betrachten, der erst durch weitere Aktionen nach Abschluss der Tat mit Hilfe des unmittelbar aus der Tat gewonnenen Gegenstands ausgelöst worden ist (Göhler Rn 8; Rebmann/Roth/Herrmann Rn 10).“, KK-OWiG/Mitsch, 5. Aufl. 2018, OWiG § 29a Rn. 33.

²⁷ Zu recht kritisch Brockhaus/Maiß, <https://www.lto.de/karriere/im-job/stories/detail/vermoegen-abschoepfung-arbeitszeit-verstoss-arbeitszeitgesetz>; instruktiv zu Fallgruppen/Fromm, Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz und Verfallsanordnungen nach § 29a OWiG, NZA 2017, 693.

(GmbH, Betriebsinhaber) die Einziehung eines Geldbetrages bis zur Höhe des Vermögensvorteils angeordnet werden, der dem Wert des Erlangten entspricht.

Ergänzend dazu kann sich nach neuer Rechtslage die Einziehung auch dann gegen die andere Person, die nicht Täter ist, richten, wenn ihr das Erlangte unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund übertragen wurde (§ 29a Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe a OWiG) oder übertragen wurde und sie erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer mit Geldbuße bedrohten Handlung herrührt (§ 29a Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe b OWiG).

Die Einziehung des Vermögensvorteils kann auch gegen den Dritten als Erben oder als Pflichtteilsberechtigten angeordnet werden. Die Drittabschöpfung scheidet nach § 29a Absatz 2 Satz 2 OWiG in Fällen des gutgläubigen Erwerbs aus.

7.3 In den Fällen der Nummern 7.1 und 7.2 kann gemäß § 29a Absatz 5 OWiG die Einziehung selbstständig angeordnet werden, wenn gegen die Betroffene oder den Betroffenen ein Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder das Bußgeldverfahren eingestellt wird.

7.4 Insbesondere im Bereich der Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz kann die Anwendung des § 29a OWiG eine Rolle spielen. Eine Erhöhung des Bußgeldes auf der Grundlage des § 17 Absatz 4 OWiG ist aufgrund des zu leistenden Ermittlungsaufwandes nur sehr schwer rechtlich haltbar durchzuführen. Gemäß § 29a Absatz 4 OWiG kann die Behörde das Erlangte sowie die abzugsfähigen Aufwendungen schätzen, was eine wesentliche Vereinfachung gegenüber dem aus § 17 OWiG resultierenden Ermittlungsprinzip bei der Gewinnabschöpfung darstellt.

Beispiel 6: Ein landwirtschaftlicher Betrieb beschäftigt mehrere hundert Saisonarbeitskräfte. Bei einer Kontrolle werden Arbeitszeitchecklisten von 35 Mitarbeitern stichprobenartig ausgewertet. Dabei konnte eine Vielzahl von Verstößen gegen die höchstzulässige tägliche Arbeitszeit aufgedeckt werden. Der Betrieb hat in dem Jahr, in das die Verstöße fielen, einen nicht unerheblichen Gewinn erwirtschaftet. Da ein Gewinn erwirtschaftet wurde, ist davon auszugehen, dass der Betrieb seine Kosten (Sach- und Personalkosten) im Wirtschaftsjahr voll gedeckt hatte. Für die Schätzung des Einziehungsbetrages können aufgrund der schwierigen Ermittlung die Sachkosten außen vorgelassen werden. Als Berechnungsgröße für die Ermittlung des Gewinns können aber die Personalkosten herangezogen werden. Der tarifliche Mindestlohn lag bei 6,05 €/Stunde, so dass zuzüglich der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung, Steuern und Beiträge zur Berufsgenossenschaft von einem Betrag von 10,00 € je Arbeitsstunde ausgegangen werden kann. Der Einziehungsbetrag ergibt sich aus der Anzahl der Überschreitungen in Stunden und dem ermittelten Betrag je Arbeitsstunde und beträgt 50.000 €.

Beispiel 7: In einem bundesweit tätigen Fachhandelsbetrieb werden in zwei Filialen bei einer durchgehenden Öffnungszeit von 10 Stunden pro Tag nur jeweils eine 14 Mitarbeiterin bzw. ein Mitarbeiter eingesetzt. Den Beschäftigten ist es nicht möglich, die gesetzlich vorgeschriebene Pause von 45 Minu-

ten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden einzulegen. Die Firma hat im Geschäftsjahr einen Gewinn ausgewiesen. Die Firma legt dar, dass über einen Zeitraum von 4 bzw. 6 Monaten auf eine tägliche Öffnung über die Mittagsstunden nicht verzichtet werden kann. In Bezug auf die sich aus der täglichen Öffnungszeit der Filiale von 10 Stunden von Montag bis Donnerstag und 9 Stunden am Freitag errechneten Gesamtöffnungszeit von 2.157 Stunden in den beanstandeten Zeiträumen ergibt sich eine fehlende Pausenzeit von 7,15 %. Die Betroffene erzielte im betreffenden Jahr und Geschäftsbereich einen Umsatz von 1.000 Mio. €, der von 5.500 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern erwirtschaftet wurde. Pro Mitarbeiterin und Mitarbeiter errechnet sich deshalb ein Umsatz von 181.818 €. Der auf den Zeitraum mit Verstößen entfallende Umsatz errechnet sich bei beiden Filialen zusammen auf 151.515 €. Hierauf wird der Satz der fehlenden Pausenzeiten von 7,15 % in Ansatz gebracht, so dass sich ein rechnerischer Einziehungsbetrag von 10.835 € ergibt.

7.5. Nach § 29a Absatz 3 OWiG sind bei der Bestimmung des Wertes des Erlangten Gegenleistungen oder sonstige Aufwendungen der Täterin oder des Täters abzuziehen. § 29a Absatz 3 Satz 2 OWiG schränkt den Abzug von Aufwendungen der Täterin oder des Täters dergestalt ein, dass alles außer Betracht zu bleiben hat, was für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung aufgewendet oder eingesetzt werden darf. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass nur solche Gegenleistungen oder Aufwendungen der Täterin oder des Täters abzugsfähig sind, die von ihr/ihm nicht verboten investiert wurden.²⁸

Es ist nach § 29a Abs. 4 OWiG möglich, das aus der Tat Erlangte wertmäßig zu schätzen.

Der Vorteil einer solchen Verfahrensbeendigung liegt darin, dass Verfalls Entscheidungen nach § 29a OWiG nicht in das Gewerbezentralregister oder andere Register einzutragen sind, sodass Nachteile im Wettbewerb vermieden werden können. Außerdem können Verfallsbeträge vom Unternehmen – anders als Geldbußen – als Betriebsausgaben abgesetzt werden.

e) Haftung wegen Aufsichts- und Organisationspflichtverletzung

Neben der Verfolgung wegen Ordnungswidrigkeiten nach § 22 ArbZG drohen auch Bußgeldverfahren nach § 130 OWiG wegen der Verletzung der Organisations- und Aufsichtspflicht durch den Arbeitgeber. Die Übertragung von Pflichten entbindet den Arbeitgeber nicht von der Einrichtung wirksamer Kontrollmaßnahmen und der Überwachung (§ 130 OWiG) derjenigen, auf die etwaige Verpflichtungen delegiert sind.

²⁸ <https://lasi-info.com/publikationen>, LV 60, 2. Aufl., Stand März 2020, S. 12 ff.

Das Höchstmaß der Geldbuße für die Ordnungswidrigkeit einer Aufsichtspflichtverletzung richtet sich nach dem Höchstmaß der Geldbuße für die von dem Beauftragten begangene Ordnungswidrigkeit (§ 130 OWiG).

Verwirklichen Leitungspersonen i.S.d. § 30 Abs.1 OWiG die einschlägigen Bußgeld- oder gar Straftatbestände, droht des Weiteren eine Verbandsgeldbuße.

2. Referentenentwurf zu § 22 ArbZG

Mit den laut Referentenentwurf geplanten Änderungen zum ArbZG gehen Ausweitungen des Bußgeldtatbestandes in § 22 ArbZG-E einher.

Die erweiterten Aufzeichnungs- und Auskunftspflichten der §§ 16, 17 ArbZG-E finden sich spiegelbildlich als sanktionierbare Verstöße in § 22 ArbZG-E wieder:

„(1) Ordnungswidrig handelt, wer als Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig

[...]

9. entgegen § 16 Absatz 2 Aufzeichnungen nicht oder nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig erstellt oder nicht, nicht vollständig oder nicht mindestens zwei Jahre aufbewahrt oder entgegen § 16 Absatz 6 Aufzeichnungen nicht, nicht vollständig oder nicht für die vorgeschriebene Dauer bereithält,

10. entgegen § 16 Absatz 5 nicht über die aufgezeichnete Arbeitszeit informiert oder keine Kopie zur Verfügung stellt oder

11. entgegen § 17 Abs. 4 eine Auskunft nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erteilt, Unterlagen nicht oder nicht vollständig vorlegt oder nicht einsendet oder entgegen § 17 Abs. 5 Satz 2 eine Maßnahme nicht gestattet.“

Nach den zurzeit vorliegenden Materialien sollen die Verstöße gegen Aufzeichnungspflichten, Aufbewahrungspflichten bzw. Auskunftspflichten weiterhin mit Geldbußen von bis zu 30.000,00 € geahndet werden können, ebenso der Verstoß gegen die Beschäftigung über die zulässige Arbeitszeit hinaus, § 22 Abs. 2 ArbZG-E.

3. Regulatorischer Kontext

Die Vorschriften des ArbZG sind angesichts der signifikanten Risiken einer bußgeldrechtlichen oder – im schlimmsten Falle – gar strafrechtlichen Haftung²⁹ von Unternehmens Verantwortlichen in regulatorischen Kontext zu sehen.

Mit der Novellierung des Nachweisgesetzes (NachwG) im Sommer 2022 rückt die Verpflichtung des Arbeitgebers stärker in den Fokus, die wesentlichen Arbeitsbedingungen schriftlich niederzulegen, wozu gem. § 2 NachwG auch die vereinbarte Arbeitszeit, Ruhepausen, Handhabung von Überstunden, Zuschlägen etc. gehören. Solche Dokumentation ist dem Arbeitnehmer sehr zeitnah zum Vertragsschluss auszuhandigen.

Außerdem bestehen bereits nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) und dem Arbeitnehmerentendegesetz (AEntG) Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten in Bezug auf den Beginn, das Ende und die Dauer der täglichen Arbeitszeit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Diese Vorschriften sehen derzeit eine Aufzeichnungspflicht bis zum Ablauf des 7. auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages vor. Der Referentenentwurf des BMAS gibt keinen Aufschluss darüber, dass oder ob die Vorschriften in diesem Punkt angepasst werden sollen.

Auch Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften sind bußgeldbewehrt: § 21 Abs. 3 MiLoG sanktioniert z. B. Verstöße gegen Aufzeichnungspflichten mit bis zu 30.000,00 €, ebenso § 23 Abs. 3 AEntG.

B. Arbeitszeit-Compliance

I. Pflicht/Obliegenheit zur Arbeitszeit-Compliance

Den Arbeitgeber treffen allgemein Pflichten und Obliegenheiten zur Arbeitszeit-Compliance.

1. BAG v. 06.05.2003 (1 ABR 13/02)

Das BAG hat bereits mit Beschluss vom 6. Mai 2003 betont, dass der Arbeitgeber seinen Betrieb so zu organisieren hat, dass er die Durchführung der geltenden Gesetze selbst gewährleisten kann³⁰. Insbesondere hat der Arbeitgeber seinen Betrieb so zu organisieren, dass die gesetzlichen und tariflichen Höchstarbeitsgrenzen eingehalten werden. Das BAG argumentiert dabei, dass dies von § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG vorausgesetzt werde³¹.

2. Allgemeine Compliance-Pflichten

Allgemeine Compliance-Pflichten werden ferner aus § 91 AktG, § 130 OWiG abgeleitet.

3. Haftungsprävention

Dem Arbeitgeber drohen gemäß § 22 ArbZG Geldbußen bei Verstößen gegen das ArbZG. Hier zeigt sich, dass Haftungsprävention einen wichtigen Aspekt der arbeitszeitrechtlichen Compliance darstellt.

²⁹ § 23 ArbZG: „(1) Wer eine der in § 22 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 5 bis 7 bezeichneten Handlungen 1. vorsätzlich begeht und dadurch Gesundheit oder Arbeitskraft eines Arbeitnehmers gefährdet oder 2. beharrlich wiederholt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Wer in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 die Gefahr fahrlässig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.“ Dazu Schröder, Und täglich grüßt die Arbeitszeit – auch als Strafbarkeitsrisiko!?, ArbRAktuell 2016, 177.

³⁰ BAG Beschl. v. 06.05.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348

³¹ BAG a.a.O. S. 1352

II. Assessment

1. Analyse vorhandener Zeiterfassungssysteme

Der Arbeitgeber muss bei der Analyse der bislang vorhandenen Zeiterfassungssysteme überprüfen, ob sämtliche relevanten Arbeitnehmergruppen erfasst sind. Ferner sollte er überprüfen, ob die ggf. vorhandenen Zeiterfassungssysteme die arbeitsschutzrechtlich relevante Arbeitszeit i.S.d. ArbZG oder – wie bislang häufig der Fall – die vergütungsrechtliche Arbeitszeit erfassen. Für die Arbeitszeit-Compliance ist primär die Arbeitszeit i.S.d. ArbZG maßgeblich. Für die Praxis stellt sich die Frage, wie die beiden abweichenden Definitionen der Arbeitszeit in ein pragmatisches System integriert werden können. Die größte Herausforderung sind diesbezüglich Dienstreisen, an der sich die abweichenden Arbeitszeitbegriffe besonders augenfällig nachvollziehen lassen.

2. Analyse vorhandener Betriebsvereinbarungen/Richtlinien

Der Arbeitgeber muss – unter Einbindung des Betriebsrats – etwaig bestehende Betriebsvereinbarungen mit potentiellen Berührungspunkten analysieren und ggf. anpassen. Zu denken ist hier insbesondere an Betriebsvereinbarungen betreffend Arbeitszeit, Arbeitszeiterfassung, mobiles Arbeiten sowie Dienstreisen. Entsprechend sind hierzu bestehende Richtlinien zu überprüfen.

3. Meldestelle gemäß HinSchG

Im Hinblick auf die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Schutzvorschriften ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich des neuen Hinweisgeberschutzgesetzes (HinSchG) eröffnet ist. Jeder Arbeitgeber mit mehr als 50 Beschäftigten hat eine Meldestelle nach den Vorgaben des HinSchG einzurichten. Es ist zu erwarten, dass die Meldestelle in der Praxis auch für Verstöße gegen das ArbZG relevant werden wird.

III. Elemente einer Compliance-Strategie

1. „Redesign“ des Zeiterfassungssystems

Wie bereits ausgeführt, sind die häufig am vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff ausgerichteten Zeiterfassungssysteme auf ihren arbeitsschutzrechtlichen Zweck auszurichten.

2. Prozessbeschreibung

Im Falle einer Delegation der Zeiterfassungsaufgaben sind die Verantwortlichkeiten innerhalb des Compliance-Managements zu klären, insbesondere betreffend das Monitoring und Unterrichtungspflichten im Falle von Arbeitszeitverstößen. Dabei sollten die Berichtswege klargestellt werden.

3. Unterrichtung

Der Arbeitnehmer sollte die Belegschaft über die Pflicht zur Zeiterfassung unterrichten. Dies ergibt sich aus den Erläuterungen zum Referentenentwurf, wonach die Arbeitsschutz-

behörde bei einer Überprüfung auch berücksichtigen soll, ob der Arbeitgeber die Aufzeichnenden ordnungsgemäß über die Erfassungspflicht informiert hat³². Der Arbeitgeber kann hierzu eine Betriebsvereinbarung abschließen bzw. Richtlinien vorsehen, wie die Arbeitnehmer über die Pflicht zur Zeiterfassung unterrichtet werden. Es kommen auch betriebsinterne Schulungen in Betracht.

4. Dokumentation

Der Arbeitgeber muss die Aufzeichnungen bis zu zwei Jahre aufbewahren (§ 16 Abs. 6 ArbZG-E). Die Aufbewahrung muss dabei im Inland erfolgen, auf Verlangen der Aufsichtsbehörde am Ort der Beschäftigung (§ 16 Abs. 6 ArbZG-E). Dem Arbeitgeber ist ferner die Dokumentation über die erfolgten Schulungen anzuraten. Auch „Reviews“ sowie etwaige Sanktionierungen im Falle von erfolgten Arbeitszeitverstößen sollten dokumentiert werden.

5. Monitoring

Der Arbeitgeber ist gehalten, die Einhaltung der Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes einschließlich der Aufzeichnungsfrist jedenfalls stichprobenartig zu prüfen. Bei Vertrauensarbeitszeit hat der Arbeitgeber darüber hinaus durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass Arbeitszeitverstöße bekannt werden (§ 16 Abs. 4 ArbZG-E). Als geeignete Maßnahme kommt z. B. in Betracht, dass durch ein elektronisches Zeiterfassungssystem bei einem Verstoß eine entsprechende Meldung gemacht wird³³. Ein „Review“-Prozess kann den Maßnahmenkatalog des Arbeitgebers zur Überprüfung der Einhaltung der Arbeitszeiten flankieren.

6. „Sanktionierung“

Wie generell für effektive Compliance geboten, müssen Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz abgestellt werden. Das führt letztlich dahin, dass bei Verstößen arbeitsrechtliche Maßnahmen ergriffen werden sollten. Das gilt sowohl für den jeweiligen Arbeitnehmer als auch für den Vorgesetzten, wenn er seinen Überwachungspflichten nicht oder nur unzureichend nachkommt. Je nach Einzelfall ist an Ermahnungen, Abmahnungen oder – jedenfalls im Wiederholungsfalle – auch an Kündigungen zu denken.

C. Ausblick

Unverkennbar stärkt der Gesetzgeber weiter die Rechte von Arbeitnehmern, welche die wesentlichen Vertragsbedingungen kennen sollen und entsprechende Auskünfte auch zu Fragen der Arbeitszeitdokumentation haben sollen.

Aus dem Arbeitsschutzgedanken entwickeln sich zahlreiche Pflichten des Arbeitgebers, deren Verletzung aktuell und in der Zukunft jedenfalls zu Bußgeldern in erheblicher Höhe,

³² Begründung zum ArbZG-E Stand 18.04.2023, S. 13

³³ Begründung zum ArbZG-E Stand 18.04.2023, S. 13

ggf. sogar zur Strafbarkeit nach § 23 ArbZG führen können. Beachtlich sind die Haftungsrisiken nach §§ 130, 30 OWiG sowie die signifikanten außerstrafrechtlichen Konsequenzen von Zuwiderhandlungen durch Eintragung rechtskräftiger Entscheidungen in die einschlägigen Register. Wettbewerbsnachteile können erheblich sein.

Die Vermeidung straf- und bußgeldrechtlicher Haftung setzt eine konsequente Arbeitszeit Compliance voraus.

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Scheinselbständigkeit bzw. illegale Arbeitnehmerüberlassung – intendierte Umgehung der Sozialversicherungspflicht durch „Ein-Personen-Gesellschaften“?

Anmerkung zu BSG Urteil vom 20.7.2023 – B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R und B 12 BA 4/22 R

I. Vorspann

In der Ausgabe 3/2017 dieses Journals hat sich die Verfasserin anlässlich der AÜG-Novelle 2017 mit Fragen des Fremdpersonaleinsatzes auseinandergesetzt und zugleich das Urteil des BAG vom 17.1.2017 – 9 AZR 76/16¹, besprochen.

Das Urteil des 9. Senats des BAG vom 17.1.2017 betraf die sog. „Selbstüberlassung“ eines Alleingeschäfters und alleinigen Geschäftsführers eines Verleihunternehmens – hier einer GmbH. Der 9. Senat des BAG hatte über folgenden Sachverhalt entschieden:

„Ein Kameramann war bei einer Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts als freier Mitarbeiter im Einsatz. Bei der Rundfunkanstalt gab es nach internen Vorgaben eine Beschränkung der Beauftragung freier Mitarbeiter auf höchstens 60 Tage im Kalenderjahr.

Der frühere Produktionschef der Auftraggeberin erklärte dem freien Mitarbeiter, umfangreichere Einsätze seien möglich, wenn er über ein Verleihunternehmen mit Erlaubnis nach § 1 AÜG entliehen werden könne. Vor diesem Hintergrund gründete der (vormals) freie Mitarbeiter die T. GmbH, welche auch eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erhielt. Zwischen ihm als Alleingeschäfters und alleinigem Geschäftsführer und der T. GmbH bestand kein Arbeitsverhältnis.

Die T. GmbH beschäftigte aber Arbeitnehmer, welche sie auch verlieh; in geringem Umfang u.a. an besagte Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts. Zwischen dieser – der späteren Beklagten – und der T. GmbH wurde eine Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung von Produktionspersonal und ggf. Sachmitteln getroffen. Die T. GmbH versicherte darin, über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 AÜG zu verfügen. Die T. GmbH verpflichtete sich zudem, nur solche Arbeitnehmer zu überlassen, die zu ihr mindestens für die Dauer der Überlassung in einem Arbeitsverhältnis stehen. Auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarung erfolgten entsprechende Personalabrufe und -einsätze. Mit wenigen Ausnahmen wurde überwiegend der Alleingeschäfters und alleinige Geschäftsführer der T. GmbH – der spätere Kläger – bei der Beklagten eingesetzt. 2014 erhob dieser Klage zum ArbG Kiel und begehrte die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und der Beklagten.

Er sei, so der Kläger, im Umfang einer Vollzeitkraft als Kameramann zu beschäftigen. ‚Der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten könne nicht entgegengehalten werden, dass er im Rahmen einer erlaubten Arbeitnehmerüberlassung tätig geworden sei. Als Alleingeschäfters und Geschäftsführer der T. GmbH sei er nicht deren Arbeitnehmer gewesen und könne dementsprechend auch nicht als solcher an die Beklagte verliehen worden sein.‘ Der Kläger trug vor, weisungsabhängig und in den Betrieb der Beklagten voll integriert gewesen zu sein.“²

Das ArbG Kiel wies die Klage seinerzeit als unbegründet ab. Das erstinstanzliche Urteil wurde auf die Berufung des Klägers vom LAG Schleswig-Holstein jedoch kassiert. Die Beklagte war verurteilt worden, den Kläger als Kameramann in Vollzeit zu beschäftigen. Kurz gefasst mit folgender Begründung:

„Zwischen den Parteien sei ein Arbeitsverhältnis in Vollzeit begründet worden. Das AÜG finde aus Rechtsgründen keine Anwendung, da Voraussetzung sei, dass die zur Arbeitsleistung überlassene Person Arbeitnehmer des Verleihers ist. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen.

¹ ZIP 2017, 836 = NJW 2017, 2058; weitere Besprechungen u.a. von Winzer, Arbeitnehmerstatus eines GmbH-Geschäftsführers und Arbeitnehmerüberlassung, ArbRAktuell 2017, 223; EWiR 2017, 381 m. Anm. Dr. Reinhold Mauer; GmbHR 2017, 748 m. Anm. Claudia Kothe-Heggemann.

² Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98 f.