Leseprobe zu

Grimm/Singraven
Digitalisierung und Arbeitsrecht
Personalarbeit 4.0 – Gestaltung – Best Practices

ISBN 978-3-504-42068-0

1. Auflage 2022, inkl. Datenbankzugriff, rd. 600 Seiten Lexikonformat, gebunden

99 €

Vorwort

Die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Arbeitswelt und das Arbeitsrecht beschäftigen die Beratungs– und Personalpraxis bereits geraume Zeit. Warum also ein weiteres Buch zum Thema?

Das Buch behandelt in 29 Kapiteln alle wichtigen Herausforderungen und Trends, die sich im Zuge der digitalen Transformation ergeben. Ausgangspunkt ist dabei immer ein Sachproblem, also eine Umsetzungs- bzw. Gestaltungsherausforderung für die betriebliche Personalpraxis, und keine Rechtsfrage.

Beantwortet werden jeweils drei Fragen: Worum geht es? Welche rechtlichen Probleme und Herausforderungen können sich ergeben? Wie können diese rechtlichen Probleme im Sinne einer Best Practice gelöst werden?

Jedes Kapitel ist als in sich geschlossener Beitrag konzipiert. Dies soll dem fachlich vorgebildeten Anwender ermöglichen, sich mit dem behandelten Thema in kurzer Zeit vertraut zu machen. Ziel der Autoren, die das Buch in gemeinsamer anwaltlicher Beratungspraxis entwickelt haben, ist die Behandlung der rechtlichen Probleme und die Bereitstellung nutzbarer Muster und passender Vorschläge für die betriebliche Praxis. Die Beiträge stellen den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur eingehend dar und ergreifen fundiert Position.

In insgesamt 7 Teilen deckt das Buch ein umfassendes Spektrum aktueller Herausforderungen einer modernen Personalarbeit ab:

– Teil 1 beschreibt gängige Modelle der Arbeitsflexibilisierung, welche durch immer mehr Unternehmen eingeführt und praktiziert werden. Hierzu gehören Home-Office und mobiles Arbeiten, Vertrauensarbeitszeit, ständige Erreichbarkeit über das Diensthandy, Desk-Sharing, Open-Spaces und Co-Working, Sabbaticals sowie agiles Arbeiten und SCRUM.

– Unternehmensübergreifende Zusammenarbeit wird durch digitale Kommunikationsmittel- und Plattformen spürbar erleichtert. Teil 2 erörtert rechtliche Herausforderungen, die sich bei der Zusammenarbeit mit Freelancern, Crowdworkern, in Matrixorganisationen und bei anderen unternehmensübergreifenden Mitarbeitereinsätzen stellen.

– Teil 3 befasst sich mit der Gestaltung digitaler Prozesse. Dargestellt werden die Anforderungen an eine gesetzeskonforme Datenschutzorganisation, eine digitale Personalaktenführung, die Implementierung neuer Software-Anwendungen sowie die Mitarbeiterüberwachung. Innovative Konzepte wie Big-Data-Screening und People Analytics sowie die Steuerung der Arbeit durch künstliche Intelligenz (KI) werden ebenfalls erläutert.

– Der Marktwert und die Bedeutung von Knowhow wachsen. Teil 4 befasst sich deshalb mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen und geistigem Eigentum.

– Teil 5 erläutert die Arbeitsschutzanforderungen an einen Bürobetrieb. Während bei der Büroarbeit schwere Arbeitsunfälle zurückgehen, kommt es immer häufiger zu psychischen Erkrankungen. Whistleblowing-Hotlines werden eingerichtet, um Mitarbeitern die Anzeige von Mängeln und Rechtsverstößen zu erleichtern.

– Die Digitalisierung steigert die Anforderungen an die Qualifikation von Mitarbeitern und provoziert einen "Kampf" um die besten Köpfe. Rechtliche Gestaltungsansätze bei der Personalentwicklung und beim Recruiting zeigt Teil 6 auf.

– Teil 7 beantwortet die wichtigsten Rechtsfragen rund um das Web 2.0. Thematisiert werden die Internetpräsenz des Unternehmens, Social Media, die Internetnutzung durch Mitarbeiter sowie BYOD.

Breiten Raum nehmen Vorschläge zur Best Practice in der konkreten betrieblichen Umsetzung ein, die die unterschiedlichen Gestaltungsoptionen je nach personalpolitischer Zielrichtung erörtern. Das war uns ein besonderes Anliegen. Zahlreiche Formulierungsvorschläge zur Gestaltung von Verträgen, Dienstanweisungen, Guidelines, Merkblättern und Checklisten sind als Muster enthalten. Sämtliche Muster können über die Datenbank des Verlags Dr. Otto Schmidt komfortabel online genutzt werden. Sämtlichen Autoren gilt unser herzlicher Dank dafür, dass sie in diesem Handbuch ihr tiefes Knowhow in dieser Form an die Leser weitergeben.

Die Zugangsdaten zu Werk und Mustern in der Datenbank befinden sich vorne im Buch. Natürlich ersetzt die Nutzung der Muster und Vorlagen nicht die individuelle Anpassung im Einzelfall und die Berücksichtigung neuer Rechtsentwicklungen. Aus diesem Grunde bleibt jeder Nutzer der Muster bei der Verwendung eigenverantwortlich und ist dazu aufgerufen, die Muster individuell zu prüfen und mit Blick auf die konkrete personalpolitische bzw. betriebliche Situation abzuändern. Herausgeber und Autoren hoffen, dafür eine praktisch verwertbare Arbeitshilfe zur Verfügung gestellt zu haben und der Zielsetzung des Werkes, über die rechtliche Darstellung hinaus konkreten Nutzen und Handlungsempfehlungen für die Betriebs- und Personalpraxis zu vermitteln, gerecht geworden zu sein.

Allen Autoren danken wir herzlich für das Engagement bei der Erstellung der Erstauflage. Wir alle danken ganz herzlich dem Verlag, besonders Frau Sonja Behrens-Khaled für die Ermöglichung des Buches und Frau Friederike Voss für die ebenso aufmerksame wie kompetente verlegerische und redaktionelle Betreuung bei der Erstellung des Buches.

Die Manuskripte wurden im Februar 2022 abgeschlossen. Für Kritik, Anregungen oder Hinweise aus dem Kreis der Nutzer sind wir sehr dankbar. Diese bitten wir an lektorat@otto-schmidt.de zu senden.

Köln, im März 2022

Detlef Grimm
Jonas Singraven

Inhaltsübersicht

Ausführliche Inhaltsverzeichnisse finden sich jeweils am Anfang der einzelnen Kapitel.

Seite

Vorwort V
Musterübersicht IX
Abkürzungsverzeichnis XI
Literaturverzeichnis XVII

1. Teil
Flexibilisierung der Arbeit

§ 1 Homeoffice und mobiles Arbeiten 1
§ 2 Desk-Sharing, Open Space und Co-Working 42
§ 3 Vertrauensarbeitszeit 57
§ 4 Ständige Erreichbarkeit 71
§ 5 Sabbaticals 98
§ 6 Agiles Arbeiten/SCRUM 113

2. Teil
Unternehmensübergreifende Zusammenarbeit und Freelancer

§ 7 Zusammenarbeit mit Selbständigen 135
§ 8 Unternehmensübergreifende Mitarbeitereinsätze 174
§ 9 Freelancer-Vermittlung durch Agenturen 197
§ 10 Crowdwork 214
§ 11 Matrixorganisationen 235

3. Teil
Digitale Prozesse und Datenschutz

§ 12 Gesetzeskonforme Datenschutzorganisation 247
§ 13 Digitale Personalakte 274
§ 14 Mitarbeiterüberwachung und interne Ermittlungen 289
§ 15 Implementierung von Softwareanwendungen 317
§ 16 Big-Data-Screening und People Analytics 336
§ 17 Arbeitsanweisungen durch künstliche Intelligenz 345

4. Teil
Schutz von Knowhow

Seite

§ 18 Schutz von Geschäftsgeheimnissen 355
§ 19 Sicherung geistigen Eigentums 375

5. Teil
Arbeitsschutz 4.0

§ 20 Arbeitsschutz im Bürobetrieb 395
§ 21 Psychische Belastungen und Krankheiten 428
§ 22 Whistleblowing 456

6. Teil
Recruitment und Personalentwicklung

§ 23 Bewerbungsverfahren 469
§ 24 Headhunter und andere Recruitment-Berater 492
§ 25 Personalentwicklungskonzepte 504
§ 26 Personalqualifizierung durch Aus- und Weiterbildung 524

7. Teil
Social Media und Web 2.0

§ 27 Internetpräsenz und Social Media 543
§ 28 Privatnutzung des Firmeninternets 558
§ 29 Bring Your Own Device (BYOD) 568

Stichwortverzeichnis 579

Musterübersicht

M 1.1	Betriebsvereinbarung – Arbeit im Homeoffice	Rz. 1.51
M 1.2	Zusatzvereinbarung – regelmäßige Homeoffice-Arbeit	Rz. 1.54
M 1.3	Dienstanweisung – Daten- und Geschäftsgeheimnisschutz im Homeoffice	Rz. 1.57
M 1.4	Prüfbogen – Gefährdungsbeurteilung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes	Rz. 1.59
M 1.5	Merkblatt – Arbeitsschutz und Arbeitszeit im Homeoffice	Rz. 1.61
M 2.1	Betriebsvereinbarung – Desk-Sharing/Open Space	Rz. 2.56
M 3.1	Arbeitsvertragsklausel Arbeitszeit/Überstunden	Rz. 3.30
M 3.2	Arbeitsvertragsklausel Ausschlussfrist	Rz. 3.32
M 3.3	Betriebsvereinbarung Vertrauensarbeitszeit	Rz. 4.34
M 4.1	Betriebsvereinbarung zum Recht der Arbeitnehmer auf Nichterreichbarkeit	Rz. 4.75
M 4.2	Betriebsvereinbarung zur Festlegung von Erreichbarkeitszeiten	Rz. 4.77
M 5.1	Betriebsvereinbarung - Sabbatical	Rz. 5.28
M 5.2	Gehaltsverzichtsvereinbarung betr. Sabbatical	Rz. 5.34
M 6.1	Betriebsvereinbarung SCRUM	Rz. 6.32
M 6.2	Rahmenwerkvertrag zur Unterstützung eines SCRUM-Teams	Rz. 6.36
M 7.1	Bewertungsbogen Scheinselbständigkeit	Rz. 7.58
M 7.2	Beratungsvertrag mit einem Freelancer	Rz. 7.65
M 7.3	Beratungsauftrag / Anschlussvertrag mit einem Freelancer	Rz. 7.67
M 7.4	Dienstanweisung – Umgang mit selbständigen Auftragnehmern und anderen Externen	Rz. 7.73
M 7.5	Dienstanweisung externe Mitarbeiter und Leiharbeitnehmer	Rz. 7.75
M 8.1	Vertragsklausel Leistungsbeschreibung unternehmensübergreifende Zusammenarbeit	Rz. 8.44
M 8.2	Vertragsklausel Leistungsbeschreibung im Brückenkopf-Modell	Rz. 8.47
M 8.3	Rahmenvertrag Ticket-System für unternehmensübergreifende Zusammenarbeit	Rz. 8.49
M 9.1	Agenturvertrag für Beratungsprojekte mit Freelancern	Rz. 9.29
M 9.2	Agentur-Rahmenvertrag mit Freelancern: Klausel arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Forderungen	Rz. 9.31
M 9.3	Projektvertrag mit einem Freelancer auf Grundlage eines Rahmenvertrags	Rz. 9.35
M 10.1	AGB zur Nutzung einer firmeneigenen Crowdworking-Plattform	Rz. 10.36
M 10.2	Konzernbetriebsvereinbarung interne Crowdwork	Rz. 10.38
M 11.1	Festlegung von Matrixstrukturen durch Bevollmächtigung	Rz. 11.29
M 11.2	Matrixklausel für Arbeitsvertrag	Rz. 11.31
M 12.1	Vereinbarung über die gemeinsame Verantwortlichkeit gemäß Art. 26 Abs. 1 Satz 1 DSGVO – Beschäftigtendaten	Rz. 12.55
M 12.2	Datenschutzrechtliche Mitarbeiter-Information über die Verarbeitung von Beschäftigtendaten	Rz. 12.59
M 13.1	Betriebsvereinbarung zur Einführung einer digitalen Personalakte	Rz. 13.45

M 14.1	Klausel zu Leistungs- und Verhaltenskontrollen für Betriebsvereinbarung	Rz. 14.46
M 14.2	Betriebsvereinbarung zur Gründung eines Compliance-Ausschuss	Rz. 14.48
M 14.3	Amnestievereinbarung	Rz. 14.53
M 14.4	Kostenübernahmevereinbarung für Rechtsanwaltsvergütung nach Amnestievereinbarung	Rz. 14.55
M 15.1	Rahmengesamtbetriebsvereinbarung – Einführung von IT-Systemen/ IT-Lenkungsausschuss	Rz. 15.37
M 15.2	Passus für Betriebsvereinbarung – Einführung von IT-Systemen/informelle Arbeitsgruppe	Rz. 15.39
M 17.1	Dienstanweisung zu Arbeitsanweisungen durch KI	Rz. 17.22
M 18.1	Betriebsvereinbarung zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen	Rz. 18.28
M 18.2	Geheimhaltungsverpflichtungserklärung für die Teilnahme im strategischen Leitungskreis	Rz. 18.30
M 19.1	Klausel zum Arbeitnehmererfindungsrecht für Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern	Rz. 19.54
M 19.2	Klausel zu Rechten an Leistungsergebnissen – freie Mitarbeiter	Rz. 19.56
M 20.1	Übertragung von Unternehmenspflichten – Arbeitsschutz	Rz. 20.66
M 20.2	Rahmenbetriebsvereinbarung - Arbeitsschutz	Rz. 20.71
M 21.1	Einladungsschreiben betriebliches Eingliederungsmanagement	Rz. 21.44
M 21.2	Antwortformular zur Einladung zum betrieblichen Eingliederungs-management	Rz. 21.46
M 21.3	Vertraulichkeitserklärung anlässlich der Teilnahme am bEM-Verfahren	Rz. 21.48
M 23.1	Datenschutzinformation zur Verarbeitung von Bewerberdaten	Rz. 23.46
M 23.2	Compliance-Richtlinie zum Umgang mit Bewerbern	Rz. 23.49
M 24.1	Honorarklausel für Personalberatervertrag	Rz. 24.24
M 24.2	Rahmenvertrag Personalberatung- und Direktsuche (Headhunting)	Rz. 24.29
M 25.1	Regelungsabrede – Personalentwicklungskonzept	Rz. 25.34
M 25.2	Vereinbarung über befristete Beförderung auf Probe	Rz. 25.37
M 26.1	Klausel Rückzahlung von Weiterbildungskosten für Weiterbildungsvertrag	Rz. 26.45
M 27.1	Tätigkeitsvereinbarung Social-Media-Manager	Rz. 27.21
M 27.2	Mitarbeiter-Einwilligung in Veröffentlichung von Fotos und Videos	Rz. 27.23
M 27.3	Social-Media-Guideline	Rz. 27.25
M 28.1	Betriebsvereinbarung – Nutzung betrieblicher Kommunikationsmittel	Rz. 28.18
M 29.1	Betriebsvereinbarung über die dienstliche Nutzung privater Endgeräte	Rz. 29.22
M 29.2	Individualvereinbarung über die dienstliche Nutzung privater Endgeräte	Rz. 29.23

§ 3
Vertrauensarbeitszeit

I. Worum geht es? 3.1
II. Was sind die rechtlichen Herausforderungen?
1. Überblick 3.5
2. Öffentlich-rechtliche Arbeitszeitvorgaben 3.6
a) Arbeitszeiterfassung 3.8
b) Arbeitszeiteinteilung 3.12
3. Individualvertragliche Rahmenbedingungen
a) Anordnung von Vertrauensarbeitszeit 3.15
b) Missbrauchsrisiken 3.17
4. Arbeitsschutz 3.22
5. Mitbestimmung des Betriebsrates 3.23
III. Best Practice 3.25
1. Arbeitsvertragsklauseln zur Missbrauchsvermeidung 3.26
2. Betriebsvereinbarung 3.33

Literatur: *Bettinghausen*, Pauschale Abgeltung von Überstunden und das Modell der Vertrauensarbeitszeit unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung, BB 2019, 2740; *Compensis*, Vertrauensarbeitszeit – arbeitnehmerbestimmte Arbeitszeit (auch) im Arbeitgeberinteresse, NJW 2007, 3089; *Grimm/Freh*, Der EuGH und die Arbeitszeit, ArbRB 2019, 278; *Krause*, Arbeit anytime? Arbeitszeitrecht für die digitale Arbeitswelt, NZA-Beilage 2019, 86; *Maier*, Freie Arbeitszeiteinteilung von Wissensarbeitern – Selbstbestimmung oder Ausbeutung?, DB 2016, 2723; *Steffan*, Arbeitszeit(recht) auf dem Weg zu 4.0, NZA 2015, 1409; *Wiebauer*, Arbeitsschutz und Digitalisierung, NZA 2016, 1430.

I. Worum geht es?

Praktiziert ein Betrieb das Modell der **Vertrauensarbeitszeit**, verzichtet der Arbeitgeber auf Arbeitszeitüberwachung und die Mitarbeiter organisieren ihre Arbeitszeiteinteilung selbst. 3.1

– Bei der **Idealform der Vertrauensarbeitszeit** würden weder Arbeitszeiten erfasst, noch Arbeitszeitkonten geführt. Der Arbeitgeber misst die Leistung seiner Mitarbeiter allein am Ergebnis und nicht mehr am Zeiteinsatz[1].

– Aufgrund rechtlicher und praktischer Hindernisse lässt sich dieses Ideal i.d.R. nur eingeschränkt verwirklichen: Verbreitet sind Modelle der Vertrauensarbeitszeit, bei denen eine **Arbeitszeiterfassung** zwar stattfindet, allerdings **auf den Arbeitnehmer** selbst delegiert wird und – genauso wie die Arbeitszeiteinteilung – durch den Arbeitgeber nicht überwacht wird[2].

– Kennzeichnendes Merkmal jedes Vertrauensarbeitszeit-Modells bleibt allerdings, dass den Mitarbeitern noch größere Freiheiten bei der Arbeitszeiteinteilung eingeräumt werden als in einem **Gleitzeitsystem**. Üblicherweise wird **keine verbindliche Kernarbeitszeit** vorgegeben, sondern die Arbeitszeiteinteilung annähernd vollständig in das Ermessen der Mitarbeiter gestellt[3].

Vertrauensarbeitszeit ist häufig Ausdruck der als **New Work** bezeichneten **Unternehmens- und Arbeitskultur**: Arbeitgeber, die Vertrauensarbeitszeit praktizieren, räumen ihren Mitarbeitern typischerweise **weitere Flexibilisierungsspielräume** ein, um eine eigenverantwortliche Arbeitsgestaltung zu 3.2

1 *Reim* in Kohte/Faber/Feldhoff, § 1 ArbZG Rz. 36; *Steffan*, NZA 2015, 1409 (1410); *Compensis*, NJW 2007, 3089 (3989 f.).
2 *Schüren* in MünchHBArbR, § 47 Rz. 23.
3 *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1039).

ermöglichen: Häufig wird Vertrauensarbeitszeit mit dem Recht der Arbeitnehmer verbunden, selbst zu entscheiden, ob sie im Betrieb erscheinen oder von zuhause aus arbeiten (vgl. zum Homeoffice § 1, Rz. 1.1 ff.)[1]. Z.T. wird auf feste Büroarbeitsplätze ganz verzichtet und eine freie Arbeitsplatzwahl in Open Spaces innerhalb der Betriebsstätte ermöglicht (vgl. zu Open Spaces § 2, Rz. 2.1 ff.).

3.3 Mit der Einführung von Vertrauensarbeitszeit verfolgen Unternehmen das Ziel, die **Motivation ihrer Mitarbeiter zu erhöhen** und eine **eigenverantwortliche Arbeitseinstellung** zu fördern[2].

3.4 Die **Mehrheit der berufstätigen** Deutschen würden es **bevorzugen, nach dem Modell der Vertrauensarbeitszeit zu arbeiten**[3]. Es gibt ihnen größere Freiheiten. Allerdings löst das Modell auch **Befürchtungen** aus: Im Vordergrund steht die Sorge, dass Vertrauensarbeitszeit die „**Selbstausbeutung**" von Arbeitnehmern fördern könnte, weil sie bei der Leistungsbewertung das Arbeitsergebnis in den Vordergrund rückt. Dieser Bewertungsansatz verbunden mit der fehlenden Überwachung von Arbeitszeit könnte – so die Befürchtung – Mitarbeiter dazu zu verleiten, verstärkt unbezahlte und heimliche Mehrarbeit zu leisten, um sich gegenüber ihren Kollegen hervorzutun oder als leistungsschwache Mitarbeiter nicht negativ aufzufallen[4]. Allerdings werden Arbeitgeber bei eigenverantwortlichen Tätigkeiten höherer Art – für die Vertrauensarbeitszeit typischerweise in Frage kommt – ohnehin nicht umhinkommen, die Mitarbeiterleistung am Erfolg zu messen. Der Erfolg ist es letztlich, auf den es bei jeder Arbeit ankommt.

II. Was sind die rechtlichen Herausforderungen?

1. Überblick

3.5 Bei der Einführung von Vertrauensarbeitszeit sind folgende **rechtliche Vorgaben** zu beachten:

- Auch wenn Vertrauensarbeitszeit angeordnet ist, muss der Arbeitgeber die **Arbeitszeit erfassen** und die Einhaltung der **öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitvorgaben** sicherstellen (dazu Rz. 3.6 ff.).
- Um Vertrauensarbeitszeit anzuordnen, braucht der Arbeitgeber keine **individualvertragliche** Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers (dazu Rz. 3.15 ff.).
- Vertrauensarbeitszeit kann psychische Belastungen nach sich ziehen, mit denen sich der Arbeitgeber **arbeitsschutzrechtlich** auseinandersetzen muss (dazu Rz. 3.22).
- Vor Anordnung von Vertrauensarbeitszeit ist ein bestehender **Betriebsrat** zwingend zu beteiligen (dazu Rz. 3.23 f.).

2. Öffentlich-rechtliche Arbeitszeitvorgaben

3.6 Die Rahmenbedingungen, unter denen Arbeitgeber Vertrauensarbeitszeit überhaupt ermöglichen dürfen, werden durch das **öffentliche Arbeitszeitrecht** vorgegeben. Lediglich leitende Angestellte i.S.d. § 5 Abs. 3 BetrVG sowie Chefärzte fallen nicht in den Anwendungsbereich des ArbZG (vgl. dort § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG). Im Übrigen müssen auch bei Führungskräften und Gutverdienern[5] die Arbeitszeiten erfasst (dazu Rz. 3.8 ff.) und die gesetzlichen Vorgaben bei der **Arbeitszeiteinteilung** beachtet werden (dazu Rz. 3.12 ff.).

1 *Arnold/Winzer* in Arnold/Günther, Kapitel 3 Rz. 48.
2 *Compensis*, NJW 2007, 3089 (3990).
3 *Bitkom*, New Work: Wie arbeitet Deutschland?, 2019, S. 15.
4 *Reim* in Kohte/Faber/Feldhoff, § 1 ArbZG Rz. 38 ff.; *Schüren* in MünchHBArbR, § 47 Rz. 28.
5 *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1434).

3.7 Verstoßen Unternehmen gegen gesetzliche Arbeitszeitvorgaben, kann die **Aufsichtsbehörde Bußgelder** verhängen (§ 22 ArbZG). Bei Verstößen gegen Anweisungen und Aufforderungen der Aufsichtsbehörde sowie gegen die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung drohen Bußgelder bis zu einer Höhe von 30.000 €. Für alle übrigen Verstöße liegt der Bußgeldrahmen bei 5.000 €. Bei fahrlässigem Handeln wird der Bußgeldrahmen halbiert (§ 17 Abs. 2 OWiG). Der Länderausschuss für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI) hat einen **offiziellen Bußgeldkatalog** veröffentlicht[1]. Z.T. können die Arbeitsschutzbehörden für jeden Arbeitstag, an dem Arbeitsschutzvorgaben missachtet werden, von einem gesonderten Verstoß ausgehen (Tatmehrheit)[2]. Einzelne Verstöße, die über einen längeren Zeitraum immer wieder begangen werden, addieren sich dann auf. Deshalb können in einem einzelnen Bescheid Bußgelder festgesetzt werden, die deutlich über den gesetzlichen Bußgeldrahmen liegen[3]. Gemäß § 9 OWiG können die Bußgelder nicht bloß gegen das Unternehmen als Rechtsträger festgesetzt werden, sondern außerdem gegen gesetzliche Vertreter[4] sowie verantwortliche Führungskräfte persönlich[5]. Werden Arbeitszeitverstöße beharrlich wiederholt oder die Gesundheit oder Arbeitskraft einzelner Arbeitnehmer durch den Verstoß gefährdet, käme sogar eine **Strafverfolgung** der verantwortlichen Führungskräfte gem. § 23 ArbZG in Betracht. Darüber hinaus können die Aufsichtsbehörden Unternehmen durch **Verwaltungsakt** die Einhaltung von Arbeitszeitvorgaben aufgeben (§ 17 Abs. 2 ArbZG). Diese Verwaltungsakte können die Aufsichtsbehörden im Wege der **Zwangsvollstreckung** durchsetzen[6] und hierbei (zusätzlich zu etwaigen Bußgeldern[7]) Zwangsgelder festsetzen.

a) Arbeitszeiterfassung

3.8 Nach § 16 Abs. 2 ArbZG ist der Arbeitgeber dazu verpflichtet, die **Mehrarbeit** (d.h. Arbeitszeiten von mehr als acht Stunden am Tag i.S.d. § 3 Satz 2 ArbZG) **sowie Sonn- und Feiertagsarbeit**[8] **aller Arbeitnehmer aufzuzeichnen** und die Nachweise mindestens zwei Jahre aufzubewahren. Diese zwingende Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung muss der Arbeitgeber auch dann beachten, wenn er ein Modell der Vertrauensarbeitszeit praktiziert[9].

3.9 Allerdings ist es rechtlich zulässig, wenn der Arbeitgeber die Pflicht zur **Arbeitszeiterfassung an den Arbeitnehmer** selbst **delegiert**[10]. Üblicherweise stellt der Arbeitgeber hierzu Zeiterfassungssoftware zur Verfügung, in welche die Arbeitnehmer ihre Arbeitszeiten selbst einpflegen. Aber auch eine Erfassung auf Stundenzetteln oder in Excel-Dokumenten käme in Betracht. Allerdings kann sich der Arbeitgeber durch diese Delegation nicht vollständig seiner originären Letztverantwortung für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitvorgaben entledigen, sondern muss sicherstellen, dass die Arbeitszeiten auch tatsächlich aufgezeichnet werden[11]. Hierzu muss der Arbeitgeber die Zeiterfassungen seiner Arbeitnehmer wenigstens **stichprobenartig kontrollieren**[12]. Z.T. werden hö-

1 *LASI*, Handlungsanleitung „Bußgeldkataloge zum Arbeitszeit-, zum Jugendarbeitsschutz- und zum Mutterschutzrecht“, LV 60 2014.
2 *LASI*, LV 60 2014, Rz. 4.3.
3 *LASI*, LV 60 2014, Rz. 5.3.
4 *LASI*, LV 60 2014, Rz. 6.1.
5 *LASI*, LV 60 2014, Rz. 6.2.
6 *Arndt-Zygar/Busch* in Kohte/Faber/Feldhoff, § 17 ArbZG Rz. 46.
7 *Arndt-Zygar/Busch* in Kohte/Faber/Feldhoff, § 17 ArbZG Rz. 47.
8 *Roloff* in ErfK, § 16 ArbZG Rz. 3; *Kohte* in Kohte/Faber/Feldhoff, § 16 ArbZG Rz. 13.
9 BAG v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, Leitsatz.
10 LAG Berlin-Brandenburg v. 3.6.2010 – 15 Sa 166/10, juris Rz. 51; *Kamann*, ArbRAktuell 2016, 75 (77); *Oberthür*, NZA 2013, 246 (246); *Mues/Müncheberg*, ArbRB 2020, 214 (217); *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7); *Schlottfeld/Hoff*, NZA 2001, 530 (532); *Günther/Böglmüller* in Arnold/Günther, Kap. 4 Rz. 94.
11 *Kohte* in Kohte/Faber/Feldhoff, § 16 ArbZG Rz. 14; *Eylert*, NZA-Beilage 2017, 95 (96).
12 *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7); *Günther/Böglmüller* in Arnold/Günther, Kap. 4 Rz. 94; *Kamann*, ArbRAktuell 2016, 75 (77).

here Kontrollanforderungen gestellt und verlangt, dass der Arbeitgeber sämtliche Arbeitszeitaufzeichnungen im Rahmen einer monatlichen Überprüfung gegenzeichnet[1]. Zu weit ginge es allerdings, vom Arbeitgeber Hausbesuche bei Arbeitnehmern zu verlangen, die im Homeoffice arbeiten[2]. Die gesetzlichen Vorgaben lassen es also nicht zu, Vertrauensarbeitszeit als eine gänzlich kontrollfreie Zeit auszugestalten. Legal kommt Vertrauensarbeitszeit in Deutschland nur als eine Arbeitszeit mit reduzierter Kontrolle in Betracht[3].

3.10 **Hinweis:**

Der EuGH sorgte mit einem Urteil vom 14.5.2019[4] für Aufsehen: Nach Ansicht des EuGH müssen alle EU-Mitgliedsstaaten Arbeitgeber dazu verpflichten, ein „**objektives, verlässliches und zugängliches System**" einzuführen, mit dem die von jedem Arbeitnehmer **geleistete tägliche Arbeitszeit** (d.h. nicht nur die Mehrarbeit) **gemessen werden kann**. Was dies genau bedeutet, stellte der EuGH nicht näher dar[5]. Insbesondere schließt der EuGH in seiner Entscheidung nicht aus, dass der Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht an die Arbeitnehmer selbst delegiert[6]. Auch nach der Entscheidung des EuGH bleibt die Delegation der Aufzeichnungspflicht voraussichtlich weiterhin zulässig.

Das EuGH-Urteil befasst sich mit der Auslegung der Richtlinie RL 2003/88/EG. Der Wortlaut des § 16 Abs. 2 ArbZG wird den strengen, durch den EuGH gestellten Anforderungen nicht gerecht, sondern verlangt lediglich, das Mehrarbeitszeiten, nicht aber sämtliche Arbeitszeiten aufgezeichnet werden. Solange die weitergehenden, durch den EuGH gestellten Anforderungen allerdings nicht in nationales Recht transformiert wurden, erlangen sie für private Arbeitgeber in Deutschland keine unmittelbare Geltung[7]. Abzuwarten bleibt, ob, wann und in welcher Form der Gesetzgeber das ArbZG in Reaktion auf die EuGH-Entscheidung anpasst. Die Regierungskoalition aus SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP hat im Koalitionsvertrag vereinbart, die bestehende Rechtslage überprüfen zu wollen und ggf. anzupassen. Vertrauensarbeitszeit möchte sie aber in jedem Fall weiter ermöglichen[8].

Bis dahin ist vorstellbar, dass Aufsichtsbehörden und Gerichte unter Eindruck der EuGH-Judikatur im Wege einer **europarechtskonformen Auslegung** strengere Anforderungen an die Sorgfaltspflicht von Arbeitgebern stellen, wenn sie von Arbeitnehmern gefertigte Arbeitszeitaufzeichnungen stichprobenhaft überprüfen[9]. Zu weit ginge es allerdings, sämtlich durch den EuGH aufgestellte Wertungen in die nationalen Rechtsvorschriften einfach „hineinzulesen" (str.)[10].

3.11 Weitergehende **Aufzeichnungspflichten** ergeben sich, wenn der Arbeitgeber

- **450-Euro-Jobber** i.S.d. § 8 SGB IV beschäftigt (§ 17 MiLoG),
- in einer **Branche nach § 2a SchwarzArbG** (§ 17 MiLoG) tätig ist oder
- **Leiharbeitnehmer** einsetzt (§ 17c AÜG).

1 *Grimm/Freh*, ArbRB 2019, 278 (281); a.A. *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7).
2 So aber *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1039).
3 *Kohte* in Kohte/Faber/Feldhoff, § 16 ArbZG Rz. 15; *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (9).
4 EuGH v. 14.5.2019 – C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402, ArbRB 2019, 162 („Stechuhr-Urteil").
5 Kritisch z.B. *Grimm/Freh*, ArbRB 2019, 278 (279); eingehend hierzu *Litschen*, öAT 2021, 92.
6 *Grimm/Freh*, ArbRB 2019, 278 (280 f.); *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263 (264); zweifelnd *Kaufmann*, ArbRAktuell 2019, 277 (277).
7 *Grimm/Freh*, ArbRB 2019, 278 (279 f.).
8 S. Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Rz. 2246 ff.
9 Es ist vorstellbar, dass angesichts der durch den EuGH aufgestellten Wertungen eine bloß stichprobenhafte Überprüfung selbstgefertigter Arbeitszeitaufzeichnungen des Arbeitnehmers nicht mehr ausreicht, vgl. *Grimm/Freh*, ArbRB 2019, 278 (281).
10 *Grimm/Freh*, ArbRB 2019, 278 (279 f.); *Leist*, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1; *Sittard/Esser*, jM 2019, 284 (286); *Winzer*, ArbRAktuell 2020, 634 (634); *Ubber*, BB 2019, 1978 (1984); a.A. ArbG Emden v. 24.9.2020 – 2 Ca 144/20, ArbRB 2021, 71 (*Markowski*) = juris Rz. 60 ff.; *Ulber*, NZA 2019, 677 (680 f.); *Schrader*, NZA 2019, 1035 (1036).

In diesen Fällen muss der Arbeitgeber Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der betroffenen Arbeitnehmer spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre lang aufbewahren.

b) Arbeitszeiteinteilung

3.12 Der Arbeitgeber darf seinen Arbeitnehmern nicht unbeschränkte Freiheiten bei der **Einteilung ihrer Arbeitszeit** einräumen. Auch wenn Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit selbst einteilen, müssen sie die Vorgaben des ArbZG einhalten. Dies bedeutet:

- Der Arbeitnehmer darf **täglich nicht länger als zehn Stunden arbeiten** (§ 3 Satz 2 ArbZG).
- Innerhalb von 24 Wochen darf eine **durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 48 Stunden** nicht überschritten werden[1].
- Länger als sechs Stunden hintereinander dürfen Arbeitnehmer nicht ohne **Ruhepause** tätig sein. Bei einer Arbeitszeit von mehr als sechs bis zu neun Stunden muss der Arbeitnehmer mindestens 30 Minuten pausieren und bei längeren Arbeitszeiten mindestens 45 Minuten. Eine Pause muss mindestens 15 Minuten umfassen (§ 4 ArbZG).
- Nach jedem Arbeitstag muss der Arbeitnehmer eine **Ruhezeit von 11 Stunden** einhalten, bis er am nächsten Arbeitstag die Arbeit wieder aufnimmt (§ 5 Abs. 1 ArbZG).
- An **Sonn- und Feiertagen** darf grundsätzlich nicht gearbeitet werden (§ 9 BUrlG).

3.13 Grundsätzlich darf der Arbeitgeber seine Mitarbeiter anweisen, ihre Arbeitszeit selbst einzuteilen und dabei **selbständig** auf die Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeitvorgaben zu achten[2]. Allerdings muss er sicherstellen, dass die Arbeitnehmer seine Vorgaben auch umsetzen, indem er erfasste Arbeitszeiten zumindest stichprobenhaft **kontrolliert** und bei Arbeitszeitverstößen **aktiv eingreift**[3].

3.14 **Hinweis:**

Wird die **Arbeitszeit elektronisch erfasst**, können marktübliche Software-Produkte so eingerichtet werden, dass sie die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben **automatisch** prüfen.

3. Individualvertragliche Rahmenbedingungen

a) Anordnung von Vertrauensarbeitszeit

3.15 Die Einführung von Vertrauensarbeitszeit setzt **keine Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer** voraus. Vielmehr kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in Ausübung seines **Direktionsrechtes** (§ 106 GewO) die einseitige Anweisung erteilen, künftig seine Arbeitszeit (unter Berücksichtigung betrieblicher Erfordernisse sowie der Vorgaben des ArbZG, dazu Rz. 3.12 f.) selbst einzuteilen. Aufgrund seines Direktionsrechtes kann der Arbeitgeber ebenfalls einseitig anordnen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit selbst erfassen muss[4].

3.16 Die Anordnung von Vertrauensarbeitszeit ändert nichts am **rechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses**. Zwar gilt die freie Arbeitszeiteinteilung als typisches Kennzeichen selbständiger Tätigkei-

1 *Gragert/Katerndahl* in MünchHBArbR, § 14 Rz. 34.
2 Dies wird zu Recht für selbstverständlich gehalten. Näher problematisiert wurde diese Thematik in Literatur und Rechtsprechung bislang allerdings eher am Rande, vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 27.4.2018 – 1 Sa 361/17, juris Rz. 41; *Baeck/Deutsch/Winzer* in Baeck/Deutsch/Winzer, § 4 ArbZG Rz. 32.
3 *Wiebauer*, NZA 2016, 1430 (1433); *Schlottfeld/Hoff*, NZA 2001, 530 (532); *Krause*, NZA-Beilage 2019, 86 (89); *Baeck/Deutsch/Winzer* in Baeck/Deutsch/Winzer, § 4 ArbZG Rz. 32.
4 *Bayreuther*, NZA 2020, 1 (7).

ten. Wurde mit einem Mitarbeiter allerdings ausdrücklich ein „Arbeitsvertrag" vereinbart, findet Arbeitsrecht Anwendung. Dies kann der Arbeitgeber nicht einseitig nachträglich ändern, indem er auf Arbeitszeitvorgaben verzichtet[1].

b) Missbrauchsrisiken

3.17 Arbeitnehmer können die Spielräume, welche ihnen Vertrauensarbeitszeit einräumt, **missbrauchen**. Ein zentrales Risiko besteht darin, dass Arbeitnehmer **eigenmächtig Überstunden** leisten, obwohl keine betriebliche Notwendigkeit besteht. Einige Arbeitnehmer bauen auf diese Weise willkürlich erhebliche Arbeitszeitguthaben auf oder konfrontieren den Arbeitgeber erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit heimlich geführten Überstundenlisten, die der Arbeitgeber angeblich noch abgelten müsste. Überstunden sind auch bei vereinbarter Vertrauensarbeitszeit zu vergüten[2]. Ist die Vergütung von Überstunden nicht näher geregelt, ist gem. § 612 BGB der auch sonst übliche Stundenlohn zu leisten[3].

3.18 Der Arbeitgeber muss **Überstunden** allerdings nur dann vergüten (oder einem Arbeitszeitkonto anrechnen), wenn er sie selbst **veranlasst** hat. „Aufgedrängte" Überstunden muss er nicht bezahlen. Von einer Veranlassung der Überstunden durch den Arbeitgeber ist in folgenden Fällen auszugehen:

- Der Arbeitgeber ordnet **konkludent** Überstunden an, wenn er Arbeitnehmern Arbeit in einem Umfang zuweist, der unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nur durch die Leistung von Überstunden zu bewältigen ist[4].
- Überstunden gelten auch dann als durch den Arbeitgeber veranlasst, wenn er sie **nachträglich billigt**[5]. Davon ist auszugehen, wenn der Arbeitgeber durch den Arbeitnehmer gefertigte Arbeitszeitaufzeichnungen abzeichnet[6] oder wenn er die Überstunden als Saldo eines Arbeitszeitkontos vorbehaltlos ausweist[7]. Eine widerspruchslose Entgegennahme der vom Arbeitnehmer gefertigten Arbeitszeitaufzeichnungen reicht hingegen nicht aus[8].
- Der Arbeitgeber muss sich **Überstunden** auch dann anrechnen lassen, wenn er sie wissentlich duldet. Davon ist auszugehen, wenn er in **Kenntnis** einer Überstundenleistung diese hinnimmt und keine Vorkehrungen trifft, die Leistung von Überstunden für die Zukunft zu unterbinden[9].

Im gerichtlichen Verfahren trägt der Arbeitnehmer die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass der Arbeitgeber von ihm geleistete Überstunden **veranlasst** hatte[10].

---

1 *Arnold/Winzer* in Arnold/Günther, Kapitel 3 Rz. 50; *Maier*, DB 2016, 2723 (2723); anders als *Compensis* andeutet (vgl. NJW 2007, 3089 (3991)) findet auch kein Werkvertragsrecht im Arbeitsverhältnis Anwendung.

2 BAG v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, ArbRB 2019, 328 = juris Rz. 31.

3 BAG v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, ArbRB 2019, 328 = juris Rz. 31; BAG v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, ArbRB 2011, 361 = juris Rz. 18 ff.

4 BAG v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, juris Rz. 17.

5 BAG v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, juris Rz. 19; BAG v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, ArbRB 2019, 328 = juris Rz. 44.

6 BAG v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, juris Rz. 19; LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 4.5.2021 – 5 Sa 343/20, Leitsatz 2.

7 BAG v. 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, ArbRB 2016, 72 = juris Rz. 23; LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 4.5.2021 – 5 Sa 343/20, juris Rz. 66.

8 BAG v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, juris Rz. 19; BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 319/04, juris Rz. 22; a.A. ArbG Emden v. 24.9.2020 – 2 Ca 144/20, ArbRB 2021, 71 (*Markowski*) = juris Rz. 60 ff.

9 BAG v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, juris Rz. 21; a.A. ArbG Emden v. 24.9.2020 – 2 Ca 144/20, ArbRB 2021, 71 (*Markowski*) = juris Rz. 60 ff.

10 BAG v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, juris Rz. 15; BAG v. 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, ArbRB 2016, 72 = juris Rz. 29 ff.

3.19 Fordert der Arbeitnehmer im Klagewege **Überstundenvergütung ein**, müsste er dem Gericht eigentlich **beweisen**, dass er die geltend gemachten Überstunden auch tatsächlich abgeleistet hat. Trotzdem fordern die ArbG eine solche Beweisführung nur sehr selten: Stattdessen wird der Arbeitnehmer im Rahmen einer **abgestuften Darlegungslast** privilegiert: Der Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungslast dadurch, dass er entweder vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet hat (z.B. unter Vorlage von Auszügen aus einer Zeiterfassung)[1] oder indem er auf einen durch das Zeiterfassungssystem des Arbeitgebers vorbehaltlos ausgewiesenen Konto-Saldo hinweist[2]. Im Prozess kann der Arbeitgeber den Vortrag des Arbeitnehmers nur bestreiten, indem er substantiiert darstellt, wo genau die Stunden fehlerhaft erfasst bzw. durch Freizeit an anderen Tagen abgegolten worden sind. Allerdings kennzeichnet es die Vertrauensarbeitszeit, dass der Arbeitgeber im Regelfall nicht im Einzelnen weiß, wann der Arbeitnehmer genau arbeitet. Ein Bestreiten mit Nichtwissen ist jedoch unzulässig. Lässt sich der Arbeitgeber nicht substantiiert ein, gelten die vom Arbeitnehmer vorgetragenen Arbeitsstunden als zugestanden[3].

3.20 Die Anordnung von Vertrauensarbeitszeit berührt nicht die Verpflichtung des Arbeitnehmers, Arbeitszeit im arbeitsvertraglich vereinbarten und nach Stunden bemessenen Umfang abzuleisten[4]. Wann immer Arbeitnehmer ihre Arbeitszeiten eigenverantwortlich aufzeichnen, besteht allerdings das Risiko, dass einzelne Arbeitnehmer die **Arbeitszeiterfassung manipulieren** und Zeiten eintragen, die sie nie abgeleistet haben. Im Falle von Vertrauensarbeitszeit besteht wegen der fehlenden Überwachung ein hohes Risiko, dass Arbeitnehmer mit solchen Manipulationen „durchkommen". Die vorsätzliche Manipulation von Arbeitszeitaufzeichnungen bleibt trotzdem Arbeitszeitbetrug (§ 263 StGB). Kann der Arbeitgeber den Betrug nachweisen, ist eine **fristlose Kündigung** gerechtfertigt[5]. Schon bei dringendem Tatverdacht kann eine **Verdachtskündigung** gerechtfertigt sein[6], wenn deren weitere Voraussetzungen vorliegen (dazu Rz. 14.33 ff.).

3.21 **Hinweis:**

Wenn der Arbeitgeber ein Arbeitszeitkonto einführt, auf dem Mehrarbeitsstunden ausgewiesen werden, sollte er den Umgang mit Überstunden aktiv steuern. Dies gilt auch im Falle einer Vertrauensarbeitszeit. Lässt der Arbeitgeber es hingegen zu, dass die Arbeitnehmer eigenmächtig (auch durch falsche Eintragungen) große positive Überstunden-Salden aufbauen und weist der Arbeitgeber diese Überstunden-Salden in seinem System vorbehaltlos aus, muss er sie vergüten (vgl. Rz. 3.18).

Die Verantwortung liegt bei den Führungskräften: Es ist die Aufgabe des direkten Vorgesetzten, rechtzeitig einzuschreiten, wenn die Arbeitszeitkonten einzelner Arbeitnehmer „explodieren" oder wenn ihm auffällt, dass Arbeitnehmer falsche Arbeitszeiten eintragen und dadurch Arbeitszeitbetrug begehen.

4. Arbeitsschutz

3.22 Vertrauensarbeitszeit kann **psychische Belastungen** nach sich ziehen und ist unter diesem Gesichtspunkt **arbeitsschutzrechtlich relevant**[7]. Da Vertrauensarbeitszeit bei Leistungsbewertungen die Arbeitsergebnisse in den Mittelpunkt rückt, kann sich der Leistungsdruck erhöhen. Außerdem helfen

1 BAG v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, ArbRB 2019, 328 = juris Rz. 39.
2 BAG v. 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, ArbRB 2016, 72 = juris Rz. 23.
3 BAG v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, ArbRB 2019, 328 = juris Rz. 39; BAG v. 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, ArbRB 2016, 72 = juris Rz. 23; BAG v. 18.4.2012 – 5 AZR 248/11, ArbRB 2012, 300 = juris Rz. 14; BAG v. 16.5.2012 – 5 AZR 347/11, ArbRB 2012, 301, Orientierungssatz 2.
4 BAG v. 15.5.2013 – 10 AZR 325/12, ArbRB 2013, 296 = juris Rz. 26.
5 BAG v. 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, ArbRB 2019, 100 = juris Rz. 17; BAG v. 26.9.2013 – 2 AZR 682/12, ArbRB 2014, 133 = juris Rz. 54; BAG v. 9.6.2011 – 2 AZR 381/10, ArbRB 2012, 75 = juris Rz. 14.
6 Vgl. z.B. LAG Rheinland-Pfalz v. 21.7.2020 – 8 TaBV 12/19, juris Rz. 122 ff.; Hessisches LAG v. 7.2.2014 – 3 Sa 575/13, juris Rz. 68 ff.; LAG Sachsen v. 17.12.2009 – 1 Sa 383/09, juris Rz. 56 ff.; LAG Hamm v. 3.11.2005 – 15 Sa 1060/05, juris Rz. 50.
7 *Arnold/Winzer* in Arnold/Günther, Kapitel 3 Rz. 48.

einzelnen Arbeitnehmern zwingende Arbeitszeitvorgaben bei der Alltagsstrukturierung und Selbstdisziplinierung, die mit der Einführung von Vertrauensarbeitszeit entfallen. Allerdings bietet die Vertrauensarbeitszeit zugleich erhebliche, arbeitspsychologische Vorteile: Jeder Arbeitnehmer kann die Arbeitszeitverteilung selbst an seine eigenen – auch gesundheitlichen – Bedürfnisse anpassen. Wie mit diesen Problemstellungen insgesamt umgegangen wird, muss im Rahmen einer arbeitsschutzrechtlichen **Gefährdungsbeurteilung der psychischen Belastungen** (dazu eingehend Rz. 21.10 ff.) bewertet und entschieden werden.

5. Mitbestimmung des Betriebsrates

3.23 Einführung und Ausgestaltung von Vertrauensarbeitszeit unterliegt umfassend der **Mitbestimmung des Betriebsrates**.

- Die Einrichtung einer **elektronischen Arbeitszeiterfassung** ist nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmt[1]. Will der Arbeitgeber die Arbeitszeit in Formularen aus Papier, z.B. über Stundenzettel, erfassen, ergibt sich ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG[2].
- Zwar steht dem Betriebsrat kein förmliches **Initiativrecht** zu, mit dem er die Einführung einer Arbeitszeiterfassung verlangen kann[3]. Allerdings kann der Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG monatliche Auskunft über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit für jeden Arbeitstag verlangen[4]. Der Arbeitgeber ist dann verpflichtet, entsprechende Arbeitszeitaufzeichnungen anzufertigen, damit er den Auskunftsanspruch des Betriebsrates erfüllen kann[5]. Auf diese Weise kann der Betriebsrat den Arbeitgeber indirekt zur Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung zwingen[6]. Bei der Ausgestaltung dieses Systems bestimmt der Betriebsrat dann gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 u. Nr. 6 BetrVG mit.
- Legt der Arbeitgeber das Recht zur **Arbeitszeiteinteilung** in die Hände seiner Mitarbeiter, ist diese Organisationsentscheidung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 u. Nr. 3 BetrVG mitbestimmt[7]. Der Betriebsrat darf von seinem Mitbestimmungsrecht in der Weise Gebrauch gemachen, dass die Festlegung der Lage der Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst überlassen bleibt. Die Entscheidung, den Arbeitnehmern die Arbeitszeiteinteilung zu überlassen, stellt keinen unzulässigen Verzicht auf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats dar[8].
- Bei **Arbeitsschutzfragen** ist der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zu beteiligen. Insbesondere kann der Betriebsrat verlangen, dass psychische Belastungen der Vertrauensarbeitszeit im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung untersucht werden (dazu Rz. 3.22, eingehend Rz. 20.33 und Rz. 21.10 ff.).

3.24 Der Arbeitgeber darf es nicht dulden, dass Arbeitnehmer eigenmächtig Arbeitszeiten leisten, die mit dem Betriebsrat nicht abgestimmt sind. Der Betriebsrat hat einen **gerichtlich durchsetzbaren Anspruch** darauf, dass der Arbeitgeber das gemeinsam vereinbarte Arbeitszeitregime durchsetzt und **durch aktives Einwirken Arbeitnehmer davon abhält**, auch unbezahlte und nicht dokumentierte

1 *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263 (265); einschränkend *Wiesenecker*, BB 2020, 564 (565).
2 BAG v. 9.12.1980 – 1 ABR 1/78, Leitsatz; *Fuhlrott/Garden*, ArbRAktuell 2019, 263 (265).
3 LAG Niedersachsen v. 22.10.2013 – 1 TaBV 53/13, Leitsatz; *Wiesenecker*, BB 2020, 564 (565); a.A. LAG Hamm v. 27.7.2021 – 7 TaBV 79/20, ArbRB 2021, 303, Leitsatz.
4 BAG v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, Leitsatz.
5 BAG v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, juris Rz. 63 ff.
6 *Brors*, NZA 2019, 1176 (1178).
7 LAG Berlin v. 29.11.2005 – 7 TaBV 1471/05, juris Rz. 18 ff.; *Compensis*, NJW 2007, 3089 (3092); *Steffan*, NZA 2015, 1409 (1410); *Arnold/Winzer* in Arnold/Günther, Kapitel 3 Rz. 54.
8 BAG v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, juris Rz. 66; BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 3/88, juris Rz. 30.

Überstunden zu leisten[1]. Handelt es sich bei den eigenmächtig erbrachten Überstunden allerdings bloß um Einzelfälle, die ohne Wissen und Mitwirkung des Arbeitgebers erfolgten, kann der Betriebsrat den Arbeitgeber hierfür nicht verantwortlich machen[2].

III. Best Practice

3.25 Um Missbrauchsrisiken bei der Einführung von Vertrauensarbeitszeit zu begrenzen, kann der Arbeitgeber vorbeugende Regelungen in den **Arbeitsverträgen** seiner Mitarbeiter treffen (dazu Rz. 3.26 ff.).

Besteht ein Betriebsrat, ist die Vertrauensarbeitszeit mitbestimmt (s. bereits Rz. 3.23) und wird üblicherweise in einer **Betriebsvereinbarung** geregelt (dazu Rz. 3.33 ff.).

1. Arbeitsvertragsklauseln zur Missbrauchsvermeidung

3.26 Das Hauptrisiko bei praktizierter Vertrauensarbeitszeit besteht darin, dass Mitarbeiter ohne Abstimmung mit dem Arbeitgeber **große Mengen an Überstunden aufbauen** und – typischerweise erst nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses – deren Abgeltung fordern. Legt der Arbeitnehmer vor Gericht seine Arbeitszeiten substantiiert dar und ergeben sich hunderte von Überstunden, könnte der Arbeitgeber dies nur bestreiten, wenn er dazu in der Lage wäre, die „tatsächlichen" Arbeitszeiten konkret zu schildern. Ein Bestreiten mit Nichtwissen ist nicht möglich (vgl. Rz. 3.20). Auch der Einwand, die Überstunden wären eigenmächtig und unabgestimmt geleistet worden und müssten deshalb nicht vergütet werden, ist unsicher: Die Rechtsprechung des BAG kennt zahlreiche Fallkonstellationen, in denen sie dem Arbeitgeber trotzdem zugerechnet werden (vgl. Rz. 3.18). Instanzgerichte sind teilweise noch strenger[3].

3.27 Der Arbeitgeber kann die Vergütungsansprüche für Überstunden begrenzen, indem er **Abgeltungsklauseln** in den Arbeitsvertrag aufnimmt. Allerdings sind hierbei die Grenzen des AGB-Rechts zu beachten: Nur bei Gutverdienern kann eine **pauschale Abgeltung sämtlicher Überstunden** im Arbeitsvertrag wirksam vereinbart werden. Liegt das Einkommen eines Arbeitnehmers oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung (2022 in den alten Bundesländern: 84.600 EUR/Jahr), geht die Rechtsprechung selbst dann, wenn keine arbeitsvertragliche Regelung getroffen wurde, davon aus (§ 612 BGB), dass Überstunden nicht zu vergüten sind[4]. **Bei Normal- und Geringverdienern** kann eine **pauschale Abgeltung sämtlicher Überstunden** hingegen **nicht wirksam vereinbart** werden[5]. Selbst in einer Betriebsvereinbarung wäre eine solche Festlegung i.d.R. unzulässig[6].

3.28 Zulässig sind allerdings Klauseln, nach denen eine **konkret definierte Höchstzahl von Überstunden** mit dem Grundgehalt **abgegolten** ist. Bei solchen Klauseln kann der Arbeitnehmer bei Vertragsschluss nämlich erkennen, was ggf. „auf ihn zukommt" und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss[7]. Werden weitere Überstunden erforderlich, sind diese zu vergüten. Das BAG hält eine AGB-Klausel für zulässig, nach der bei einer 40-Stunden-Woche 20 Über-

1 BAG v. 29.4.2004 – 1 ABR 30/02, juris Rz. 118 ff.
2 BAG v. 28.7.2020 – 1 ABR 18/19, ArbRB 2020, 337 (*Hülbach*) = juris Rz. 19 ff.
3 Vgl. z.B. ArbG Emden v. 24.9.2020 – 2 Ca 144/20, ArbRB 2021, 71 (*Markowski*) = juris Rz. 60 ff.
4 BAG v. 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, ArbRB 2012, 232 = juris Rz. 21; BAG v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, ArbRB 2011, 361 = juris Rz. 17 ff.
5 BAG v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, ArbRB 2011, 361, Orientierungssatz 1; *Lunk/Leder*, NJW 2015, 3766 (3768).
6 Vgl. BAG v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, ArbRB 2019, 328 = juris Rz. 26 ff.; eingehend hierzu *Bettinghausen*, BB 2019, 2740 (2740 ff.).
7 BAG v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, ArbRB 2011, 361, Orientierungssatz 1.

stunden pro Monat mit dem Grundgehalt abgegolten sind[1]. Klauseln, nach denen deutlich mehr als 10 Prozent der Regelarbeitszeit in Form von unbezahlten Überstunden abgerufen werden könnte, gingen nach h.M. allerdings zu weit[2]. Bei Geringverdienern darf eine Abgeltungsklausel außerdem nicht dazu führen, dass ein gesetzlicher Mindestlohn oder die Grenze des sittenwidrigen Lohnwuchers unterschritten wird[3]. Voraussetzung für eine transparente Klauselgestaltung ist, dass der Arbeitsvertrag die wöchentliche Regelarbeitszeit definiert[4].

3.29 Im Arbeitsvertrag kann der Arbeitgeber außerdem die **Bedingungen** festlegen, **unter denen der Arbeitnehmer Überstunden leisten darf**. Z.B. kann der Arbeitsvertrag vorsehen, dass Überstunden nur bei ausdrücklicher Anordnung oder Genehmigung durch den Vorgesetzten vergütet werden. Leistet der Arbeitnehmer eigenmächtig Überstunden, ohne dass diese ausdrücklich angeordnet wurden, muss der Arbeitgeber die Überstunden grundsätzlich nicht vergüten[5]. Werden die Arbeitsverhältnisse jedoch faktisch anders gelebt und nimmt der Arbeitgeber wissentlich und in großem Umfang Überstunden entgegen, die nie angeordnet wurden, wird er sie trotz abweichender arbeitsvertraglicher Regelung vergüten müssen (§ 242 BGB).

3.30 Eine Arbeitsvertragsklausel, welche die Vergütung von Überstunden weitreichend begrenzt, kann wie folgt formuliert werden:

M 3.1 Arbeitsvertragsklausel Arbeitszeit/Überstunden

§ (…) Arbeitszeit

(1) Die regelmäßige Arbeitszeit ausschließlich der Pausen beträgt 40 Stunden pro Woche. Die Verteilung der Arbeitszeit richtet sich nach den jeweiligen Vorgaben des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber kann Vertrauensarbeitszeit anordnen; soweit im Rahmen der Anordnung von Vertrauensarbeitszeit nichts anderes bestimmt wird, verteilt und dokumentiert der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit dann selbst, muss aber den betrieblichen Anforderungen sowie den gesetzlichen Vorgaben des ArbZG Rechnung tragen und von sich aus die vertraglich vereinbarte, regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit ableisten.

(2) Bei entsprechendem betrieblichem Bedarf ist der Arbeitnehmer verpflichtet, in zumutbarem Maß innerhalb des arbeitszeitrechtlich zulässigen Rahmens Überstunden (ggf. auch an Wochenenden und Feiertagen) zu leisten.

(3) Überstunden bis zu 20 Stunden pro Monat sind mit dem monatlichen Grundgehalt abgegolten[6]. Darüberhinausgehende Überstunden werden nur vergütet oder in Freizeit ausgeglichen, wenn sie ausdrücklich angeordnet oder vereinbart wurden. Der Umstand, dass der Arbeitgeber Überstunden im Rahmen der Arbeitszeiterfassung (auch im Rahmen des Saldos eines Arbeitszeitkontos) dokumentiert und ausweist, ist nicht als Genehmigung dieser Überstunden zu verstehen, sondern erfolgt unter dem Vorbehalt der nachträglichen Überprüfung, soweit hierbei nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt wird[7]. Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien eine Reduzierung der regelmäßigen Arbeitszeit nach

1 BAG v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, ArbRB 2012, 269, Leitsatz; kritisch *Preis* in Preis, II M 20 Rz. 13 f.
2 *Lunk*/*Leder*, NJW 2015, 3766 (3768); *Schramm*/*Kuhnke*, NZA 2012, 127 (128); ähnlich *Preis* in Preis, II M 20 Rz. 30; *Richter*/*Schreynemackers*, ArbRB 2019, 288 (290 f.); für eine 25-Prozent-Grenze dagegen *Bauer*/*Merten*, RdA 2012, 178 (179 f.).
3 *Preis* in Preis, II M 20 Rz. 15.
4 *Arnold*/*Winzer* in Arnold/Günther, Kapitel 3 Rz. 51.
5 *Preis* in Preis, II M 20 Rz. 17 f.; *Raif*/*Nann*, ArbRAktuell 2016, 204 (206).
6 Diese Klausel wird bei einer 40-Stunden-Woche für zulässig gehalten. Liegt die regelmäßige Wochenarbeitszeit niedriger, müssen auch die abgegoltenen Überstunden reduziert werden. Nach h.M. darf ein Volumen von 10 Prozent der regelmäßigen Wochenarbeitszeit nicht spürbar überschritten werden (vgl. Rz. 3.28).
7 Grundsätzlich darf der Arbeitnehmer die Ausweisung eines Arbeitszeitkontensaldos oder die Abzeichnung von Stundenzetteln durch Vorgesetzte als Genehmigung geleisteter Überstunden verstehen, BAG

Abs. 1, z.B. im Rahmen von Teilzeit, reduziert sich die Zahl der nach Satz 1 monatlich abgegoltenen Überstunden proportional.

Um sich zusätzlich abzusichern, empfiehlt es sich für Arbeitgeber, eine (AGB-rechtlich wirksame) **Ausschlussfrist** (auch **Verfallsklausel** genannt) in den Arbeitsvertrag auszunehmen[1]. Auf diese Weise kann der Arbeitgeber verhindern, dass Arbeitnehmer über Jahre hinweg heimlich Überstunden privat aufschreiben und den Arbeitgeber erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit ihnen konfrontieren. Die Ausschlussfrist stellt sicher, dass Ansprüche auf Überstundenvergütung verfallen, wenn sie nicht rechtzeitig geltend gemacht werden. Verfallsklauseln bewirken allerdings nicht den Verfall eines ausdrücklich ausgewiesenen positiven Saldos eines Arbeitszeitkontos[2]. Lediglich der Anspruch auf Korrektur eines ausdrücklich ausgewiesenen Kontostandes des Arbeitszeitkontos kann dem Verfall unterliegen[3]. 3.31

Die Ausschlussfrist kann z.B. **wie folgt gestaltet** werden: 3.32

M 3.2 Arbeitsvertragsklausel Ausschlussfrist

§ (…) Ausschlussfrist

(1) Alle Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, sind von den Vertragsparteien innerhalb von drei Monaten[4] nach ihrer Fälligkeit in Textform[5] geltend zu machen. Erfolgt dies nicht, verfallen diese Ansprüche.

(2) Dies gilt nicht bei unverzichtbaren Ansprüchen, z.B. auf den gesetzlichen Mindestlohn[6], bei Ansprüchen wegen Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie bei vorsätzlichen[7] Pflichtverletzungen.

2. Betriebsvereinbarung

Besteht ein Betriebsrat, unterliegt Vertrauensarbeitszeit der Mitbestimmung. In einer **Betriebsvereinbarung** kann vereinbart werden, dass die Arbeitszeiteinteilung den Arbeitnehmern selbst überlassen bleibt[8]. Auch die Arbeitszeiterfassung muss mit dem Betriebsrat geregelt werden (vgl. Rz. 3.23). 3.33

v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12, juris Rz. 19; BAG v. 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, ArbRB 2016, 72 = juris Rz. 23. Diesen Grundsatz soll die Klausel abbedingen. Ob dies AGB-rechtlich möglich ist, wurde durch das BAG bislang nicht entschieden und ist deshalb sehr unsicher.

1 *Raif/Nann*, ArbRAktuell 2016, 204 (206).

2 BAG v. 20.11.2019 – 5 AZR 578/18, ArbRB 2020, 102 (*Hülbach*) = juris Rz. 25; BAG v. 20.6.2018 – 5 AZR 262/17, ArbRB 2018, 363 = juris Rz. 39.

3 BAG v. 31.7.2014 – 6 AZR 759/12, juris Rz. 29 ff.

4 Kürzere Ausschlussfristen als drei Monate können nicht in AGB, sondern allenfalls in Tarifverträgen vereinbart werden, BAG v. 28.9.2005 – 5 AZR 52/05, ArbRB 2006, 70, Leitsätze.

5 Wegen § 309 Nr. 13 lit. b BGB darf Schriftform nicht verlangt werden.

6 Unverzichtbare Ansprüche insbesondere auf den gesetzlichen Mindestlohn müssen von der Ausschlussfrist ausgenommen werden, sonst ist diese unwirksam; BAG v. 24.8.2016 – 5 AZR 703/15, ArbRB 2017, 4 = juris Rz. 22; BAG v. 22.10.2019 – 9 AZR 532/18, ArbRB 2020, 136 (*Hülbach*) = juris Rz. 39.

7 Fälle der Vorsatzhaftung dürfen nicht Gegenstand der Ausschlussfrist sein, grundlegend BAG v. 28.9.2005 – 5 AZR 52/05, ArbRB 2006, 70 = juris Rz. 20. Dass die Ausschlussfrist nicht für vorsätzliche Ansprüche auf Schadensersatz gilt, muss in der Vertragsklausel ausdrücklich klargestellt werden, BAG v. 26.11.2020 – 8 AZR 58/20, ArbRB 2021, 132 (*Hülbach*), Leitsatz 1; BAG v. 9.3.2021 – 9 AZR 323/20, juris Rz. 14 ff.

8 BAG v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, juris Rz. 66; BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 3/88, juris Rz. 30.