

# **Einführung der Gleitzeit und der elektronischen Zeiterfassung**

## **Stellungnahme**

von

**Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen**

## **A. Regelungsfragen bei der Gleitzeit**

### **I. Vorgaben:**

40 Stunden – Woche

Kernarbeitszeit von 9 bis 14 Uhr,

frühester Beginn: 7 Uhr, spätestes Ende: 20 Uhr

Wahrung des ArbZG, insbesondere des 10-Stunden-Tags

Ausgleichszeitraum von 14 Tagen

Überstunden nur aufgrund ausdrücklicher Anordnung

Dies passt nur für vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer.

Bei geringfügig Beschäftigten muss eine individuelle Abmachung getroffen werden; diese sollte bestimmte Grenzen beachten (beispielsweise nicht Montag bis Freitag je zwei Stunden).

### **II. Vollzeitbeschäftigte**

#### **1. Formulierungsvorschläge**

1. Diese Regelung gilt für alle Vollzeitbeschäftigten, die in einem Arbeitsverhältnis zum F. e. V. stehen. Ihre Wochenarbeitszeit beträgt 40 Stunden. Die Pausen nach § 4 ArbZG werden nicht eingerechnet.

2. In der Kernzeit von 9 bis 14 Uhr besteht Anwesenheitspflicht. Die Arbeitnehmer können ihren Arbeitsbeginn zwischen 7 Uhr und 9 Uhr sowie ihr Arbeitsende zwischen 14 und 20 Uhr frei wählen. Dabei ist auf die betrieblichen Notwendigkeiten Rücksicht zu nehmen. Die maximale Arbeitszeit beträgt zehn Stunden pro Tag.

3. Wird in einer Woche länger als 40 Stunden gearbeitet, so ist in der folgenden Woche eine Reduzierung der Arbeitszeit in der Weise vorzunehmen, dass sich für beide Wochen zusammengenommen wieder ein Durchschnitt von 40 Stunden ergibt.

4. Wird in einer Woche kürzer als 40 Stunden gearbeitet, so sind in der folgenden Woche so viele Zusatzstunden zu leisten, dass sich wiederum für beide Wochen ein Durchschnitt von 40

Stunden ergibt. Dies gilt nicht, wenn die kürzere Arbeitszeit lediglich eine längere Arbeitszeit in der vorangegangenen Woche ausgleichen will.

5. Der Geschäftsführer kann über die 40-Wochen-Stunden hinaus aus dringenden betrieblichen Gründen bis zu acht Überstunden pro Woche anordnen. Diese sind mit einer Frist von vier Arbeitstagen anzukündigen und bei der Entgeltabrechnung gesondert auszuweisen. Sie sind mit einem Zuschlag von 25 % zu vergüten. Der Arbeitnehmer kann stattdessen einen Freizeitausgleich verlangen, der mindestens um ein Viertel länger als die geleisteten Überstunden sein muss.

6. Ziffer 5 gilt entsprechend für Stunden, die auf Anweisung des Geschäftsführers oder mit dessen Duldung außerhalb des Gleitzeitrahmens nach Ziffer 2 geleistet werden.

7. Feiertage, Krankheits- und Urlaubstage werden mit acht Stunden berücksichtigt. Dasselbe gilt für Dienstreisetage mit einer Abwesenheit vom Arbeitsplatz, die mindestens sechs Stunden beträgt.

## **2. Begründung für die vorgeschlagenen Regelungen**

Nr. 1 enthält als wichtigste Aussage die Festlegung auf die 40-Stunden-Woche. Die durchschnittliche tarifliche Arbeitszeit liegt in Deutschland bei ca. 37,5 Stunden, die tatsächlich geleistete Arbeit (einschließlich Überstunden) liegt zwischen 42 und 43 Wochenstunden. Inwieweit eine gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien, deren Verhalten faktisch von der Arbeitnehmerseite bestimmt wird, sich damit den Vorwurf einhandelt, inkonsequent zu sein und die eigenen Leute schlechter als nach den eigenen Forderungen zu behandeln, ist eine gewerkschaftspolitische Frage, die im vorliegenden Gutachten nicht zu entscheiden ist.

Nr. 2 lässt beim Arbeitsbeginn wesentlich weniger Spielräume als beim Arbeitsende. Man könnte daran denken, am Morgen auch die Zeit von 6 bis 7 Uhr einzubeziehen. In dem überschaubaren Bereich des F.plans e. V. liegt es nahe, die Beschäftigten nach ihren Wünschen zu befragen. Auch ist die Kernzeit mit 5 Stunden relativ lang, was allerdings nicht zu irgendwelchen rechtlichen Bedenken führt.

Nr. 3 bestimmt einen relativ kurzen Ausgleichszeitraum. Ähnliches galt bis 1994 unter der Arbeitszeitordnung. Heute wird häufig der Wunsch nach einem Arbeitszeitkonto geäußert, das nur innerhalb eines Jahres auszugleichen ist. So ist es denkbar, dass betriebswirtschaftliche Gründe dagegensprechen, schon in der folgenden Woche einen Zeitausgleich durch Freistellung zu gewähren. Auch ist denkbar, dass der Arbeitnehmer gar nicht daran interessiert ist, schon in der Folgewoche einen Freizeitausgleich zu erhalten. In diesem Zeitraum sind beispielsweise die Kinder durch die Großmutter hervorragend versorgt; in drei Wochen steht sie jedoch nicht zur Verfügung und die erwerbstätige Mutter würde sich dann gerne auf die Kernzeit beschränken. Ob man den Ausgleichszeitraum über die zwei Wochen hinaus verlängern will, bedarf daher eingehender Überlegungen. Auch könnte eine Erkundigung bei den drei Vollzeitbeschäftigten sinnvoll sein.

Nr. 4 sieht den Ausgleich von Minusstunden schon in der folgenden Woche vor. Da die Kernzeit lediglich  $5 \text{ mal } 5 = 25$  Stunden pro Woche ausmacht, können 15 auszugleichende Stunden entstehen. Dies führt zu einer obligatorischen Folge-Woche von 55 Stunden, was das ArbZG durchaus zulässt, sofern in einem Zeitraum von sechs Monaten nicht länger als 48 Stunden im Durchschnitt gearbeitet wird. Gleichzeitig ist jedoch die Frage zu stellen, ob dies wirklich gewollt ist, weil ggf. aus persönlichen Gründen ein späteres „Nacharbeiten“ gewünscht wird.

Nr. 5 trägt dem Bedürfnis Rechnung, dass es trotz Gleitzeit ein betriebswirtschaftliches Bedürfnis geben kann, die vertragliche Arbeitszeit von 40 Stunden zu überschreiten. Die Überstunden dürfen nicht mehr als acht pro Woche betragen; sie können, müssen aber nicht durch Freizeit ausgeglichen werden. In erster Linie ist eine Vergütung samt 25 % Zuschlag vorgesehen (bisweilen sind die Zuschläge erheblich höher), eine Variante, die wohl in erster Linie gewählt wird, um die Haushaltskasse ein wenig aufzubessern. Entscheidet sich ein Arbeitnehmer für einen Freizeitausgleich, so sollte es einen „Freizeitzuschlag“ in Höhe des Überstundenzuschlags geben. Ob man dies will, bedarf wiederum der Überlegung. Es könnte eine Regelung sein, die die Offenheit gegenüber gewerkschaftlichen Vorstellungen in besonderer Weise dokumentiert.

Nr. 6 stellt die Zeit den Überstunden gleich, während der außerhalb des Gleitzeitrahmens gearbeitet wurde. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass ein Verlassen des Gleitzeitrahmens die persönlichen Dispositionen des Arbeitnehmers besonders beeinträchtigen kann.

Nr. 7 hat klarstellende Funktion. Es soll Streit darüber vermieden werden, ob an den genannten Tagen mehr oder weniger als acht Stunden gearbeitet worden wäre, hätte es z. B. keinen Urlaub oder keine Krankheit gegeben. Dasselbe gilt nach verbreiteter Tarifpraxis auch für Dienstreisetage.

### **III. Geringfügig Beschäftigte**

#### **1. Formulierungsvorschläge**

Die Lage der Arbeitszeit wird bei Beginn der Arbeit einvernehmlich festgelegt. Der einzelne Arbeitseinsatz muss mindestens vier Stunden betragen.

Änderungen der Lage der Arbeitszeit sind aus betrieblichen Gründen möglich, wobei auf die persönlichen und familiären Belange des Arbeitnehmers sowie auf ein weiteres Teilzeitarbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber Rücksicht zu nehmen ist.

Die Änderung muss dem Arbeitnehmer mindestens vier Tage im Voraus angekündigt werden.

Die vom Arbeitgeber angeordnete oder geduldete Überschreitung der vereinbarten Arbeitszeit gilt als Überstunde. Überstunden sind bei der Entgeltabrechnung gesondert auszuweisen und mit einem Zuschlag von 25 % zu vergüten. Der Arbeitnehmer kann stattdessen einen Freizeitausgleich verlangen, der um ein Viertel länger als die geleisteten Überstunden sein muss.

#### **2. Begründung für die vorgeschlagenen Regelungen**

Die Gleitzeitregelung passt ersichtlich nicht für geringfügig Beschäftigte, bei denen es um die Verteilung von sechs oder acht Wochenstunden geht.

Hier sollte die Lage der Arbeitszeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer möglichst bereits bei Begründung des Arbeitsverhältnisses festgelegt werden. Geht es um die Bewältigung eines genau definierten Arbeitspensums (jede Woche müssen X Anträge bearbeitet werden), bei dessen Abarbeitung auch keine Rückfragen bei Kollegen nötig sind, kann man die Lage der Arbeitszeit auch dem einzelnen Arbeitnehmer überlassen.

Solange kein Betriebsrat existiert, kann der Arbeitgeber die Lage der Arbeitszeit von sich aus festlegen, muss dabei jedoch die Grenzen des Direktionsrechts nach § 106 GewO beachten. Er muss nach § 106 Satz 1 GewO „billiges Ermessen“ walten lassen und beispielsweise auf Behinderungen und familiäre Pflichten Rücksicht nehmen.

Während sich die Rücksichtnahme auf Behinderungen unmittelbar aus § 106 Satz 3 GewO ergibt, folgt die Rücksichtnahme auf familiäre Pflichten aus Art. 6 Abs. 1 GG und ist ausdrücklich von der Rechtsprechung bejaht worden (BAG, Urteil v. 23.9.2004 – 6 AZR 567/03 – NZA 2005, 359 Leitsatz 1)

Das „billige Ermessen“ verlangt weiter, dass auf ein zweites Teilzeitarbeitsverhältnis

Vgl. Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl., München 2018, § 106 GewO Rn. 31

sowie auch oft solche gesundheitlichen Einschränkungen Rücksicht genommen wird, die nicht die Schwelle der Behinderung erreichen.

BAG, Urteil v. 9.4.2014 – 10 AZR 637/13 – NZA 2014, 719

Dies alles gilt auch dann, wenn keine einseitige Anordnung erfolgt, sondern das Arbeitsverhältnis auf Initiative des Arbeitgebers einvernehmlich geändert wird. Auch bei Änderungsverträgen darf keine unbillige Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB erfolgen.

S. Däubler, Der Änderungsvertrag – das vergessene Problem, in:  
Annuß/Picker/Wissmann (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Richardi, München 2007,  
S. 205, 216 f.

Im Folgenden werden einer freien Festlegung der Arbeitszeit weitere Grenzen gezogen. Ein Mindesteinsatz von vier Stunden hat den Sinn, ein Missverhältnis zwischen dem zeitlichen und finanziellen Aufwand für den Weg zur Arbeitsstelle und wieder zurück in ein akzeptables Verhältnis zu den Verdienstmöglichkeiten zu bringen. § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG lässt aus demselben Grund eine Dauer von drei Stunden als subsidiär eingreifende Regelung zu, wenn keine ausdrückliche anderweitige Regelung im Arbeitsvertrag getroffen wurde. Die weiter vorgeschlagene Ankündigungsfrist von vier Tagen entspricht der Regelung des § 12 Abs. 2 TzBfG.

Die Überstunden werden in gleicher Weise wie bei Vollzeitbeschäftigten gehandhabt. Dies ist ein Entgegenkommen gegenüber den Teilzeitkräften, die nach der Rechtsprechung Anspruch auf Überstundenvergütung erst dann haben, wenn die Normalarbeitszeit des Vollzeitbeschäftigten überschritten ist.

S. die Nachweise bei Linck, in: Schaub (Begr), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl.,  
München 2017, § 43 Rn. 43

Die Existenz zahlreicher geringfügig Beschäftigter könnte zu der Kritik führen, es stehe einer gewerkschaftsnahen Einrichtung schlecht an, von einem solchen Beschäftigungsverhältnis Gebrauch zu machen, das keinen Sozialversicherungsschutz bietet. Dem kann durch eine großzügige Überstundenregelung entgegen gewirkt werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass bezahlte Überstunden nur in jenen Fällen von Interesse sind, in denen die Einkommensgrenze von 450 Euro pro Monat nicht ausgeschöpft ist. Wer dagegen 450 Euro verdient, käme durch die zusätzliche Überstundenvergütung in den Anwendungsbereich des Sozialversicherungsrechts, was in aller Regel jedenfalls von Arbeitgeberseite her nicht gewünscht ist.

## **B. Zeiterfassung**

### **I. Die eingesetzte Technik**

Zeiterfassung erfolgt üblicherweise auf elektronischem Wege, indem man z. B. beim Betreten und beim Verlassen des Gebäudes eine Karte in einen Schlitz steckt oder einen Chip in die Nähe eines „Lesegeräts“ hält. Daneben gibt es auch biometrische Formen. Die Fingerabdrücke aller Beschäftigten werden gespeichert; Zutritt bekommt nur derjenige, der einen Finger auf ein Glas legt, wo die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung mit einem gespeicherten Fingerabdruck festgestellt wird. Daneben stehen weitere Formen wie die Abgleichung der Iris oder die Stimmerkennung.

Durch ihren Art. 9 Abs. 1 hat die Datenschutz-Grundverordnung (= DSGVO) biometrische Daten in den Kreis der „sensitiven“ Daten aufgenommen, die ähnlich wie Gesundheitsdaten oder die Zugehörigkeit zu einer Rasse einen besonderen Schutz genießen. Dies heißt nicht, dass ihre Erfassung generell unzulässig wäre, wie nicht zuletzt Art. 9 Abs. 2 DSGVO und insbesondere § 26 Abs. 3 BDSG-neu deutlich macht. Bei der Abwägung zwischen den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmerinteressen muss sich der Arbeitgeber aber auf ein besonders gravierendes Interesse stützen können, wenn er diese Art von Daten erheben will.

Der besondere Schutz biometrischer Daten hat seine Ursache darin, dass ihre Erfassung erhebliche Risiken birgt. Nicht nur, dass in vielen Fällen eine „Gesichtskontrolle ohne Wissen des Betroffenen“ erfolgen kann – viel wichtiger ist die Dauerhaftigkeit der erhobenen Daten. Da sie den betroffenen Menschen ein Leben lang charakterisieren, kann auf sie noch nach 30 oder 50 Jahre zurückgegriffen werden. In vielen Fällen ergeben sich außerdem sog. überschießende Informationen: Dem Gesichtsausdruck und der Stimme können der körperliche Zustand wie auch die psychische Verfassung zu entnehmen sein. Von daher hatten solchen Daten schon immer einen hochsensiblen Charakter.

Näher 18. Tätigkeitsbericht des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten, S. 3, 17 ff.

Soweit es um das Arbeitsverhältnis geht, ist im Einzelfall immer zu prüfen, ob ein so weitgehender Eingriff in die Persönlichkeitssphäre wie eine Erfassung biometrischer Daten wirklich erforderlich ist oder nicht. Dies lässt sich am ehesten beim Zugang zu einem

Hochsicherheitstrakt (Kernkraftwerk, Forschungs- und Entwicklungszentrum) rechtfertigen, nicht aber für andere Zwecke, denen ein geringerer Eigenwert zukommt. So ist man sich etwa in der Literatur einig, dass die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitszeit den Einsatz biometrischer Erkennungsmittel nicht rechtfertigen kann.

Hornung, AuR 2007, 401; Däubler, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2017, Rn. 289. Zustimmend der Sächsische Landesbeauftragte für den Datenschutz, RDV 2014, 88

Im Folgenden wird deshalb davon ausgegangen, dass eine elektronische Zeiterfassung stattfinden wird.

## **II. Formulierungsvorschlag**

1. Die Arbeitszeit wird mittels eines elektronischen Systems erfasst. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, beim Betreten und Verlassen des Gebäudes die ihm überlassene Karte/den ihm überlassenen Chip zu benutzen, um Beginn und Ende der Arbeit zu dokumentieren.
2. Vergisst der Arbeitnehmer, sich in der vorgesehenen Weise an- oder abzumelden, so muss er auf andere Weise belegen, wann er gearbeitet hat.
3. Die in § 4 ArbZG vorgesehenen Pausen werden von den Anwesenheitszeiten abgezogen. Soweit sich ein Arbeitnehmer während der für ihn geltenden Arbeitszeit abmeldet, liegt von da an Nicht-Arbeit vor; ihre Bezahlung richtet sich nach § 616 BGB und nach allgemeinen Grundsätzen.
4. Die elektronisch erfassten Kommens- und Gehenszeiten müssen spätestens nach einem Jahr gelöscht werden, es sei denn, es wäre eine Verwaltungsverfahren oder ein gerichtliches Verfahren anhängig, bei denen sie von Bedeutung sein könnten..
5. Eine Verwendung für andere Zwecke als die Einhaltung der Arbeitszeit ist ausgeschlossen.

### III. Begründung

Die Einrichtung eines Zeiterfassungssystems als solchen schafft nicht automatisch eine Pflicht des Arbeitnehmers, diese auch zu benutzen. Vielmehr muss eine entsprechende Pflicht ausdrücklich festgeschrieben werden. Dies tut Nr. 1.

Der Fall, dass versehentlich nicht ein- oder nicht ausgestempelt wird, kommt in der Praxis durchaus vor. Manche Betriebsvereinbarungen sehen in solchen Fällen eine schlichte verbale „Nachmeldung“ durch den Arbeitnehmer vor („Ich war um 7:30 Uhr da!“). Dieser Weg wird hier in Nr. 2 nicht eingeschlagen; vielmehr muss in anderer Weise bewiesen werden, dass effektiv gearbeitet wurde. Geeignet sind etwa Aussagen von Arbeitskollegen und Arbeiten, die weiterentwickelt oder abgeschlossen wurden. Im vorliegenden Zusammenhang kommen abgearbeitete Anträge in Betracht.

Ein- und Ausstempeln für die Pausen kann zu Auseinandersetzungen führen („Pause blieb hinter der gesetzlich vorgeschriebenen Länge zurück“). Deshalb wird lediglich ein pauschaler Abzug von der Anwesenheitszeit vorgenommen. Wer tagsüber ausstempelt, gibt damit zu erkennen, dass er seine Arbeit beendet hat. Dies kann wie im Falle des § 616 BGB ohne Auswirkung auf die Vergütung bleiben (Beispiel: Notwendiger Arztbesuch während der Kernarbeitszeit), aber auch zu einem Abzug führen (Beispiel: Gang zum Friseur).

Die Daten über die Kommens- und Gehenszeiten dienen der Arbeitszeitkontrolle. Soweit sie ihren Zweck erreicht haben, müssen sie nach Art. 17 DSGVO gelöscht werden. Wann dies genau der Fall ist, kann Anlass zu Auseinandersetzungen sein. Deshalb wird in Nr. 4 eine Jahresfrist vorgeschlagen: Später als nach einem Jahr ist die Einhaltung und die korrekte Erfassung von Arbeitszeiten ohne Interesse; die Daten müssen deshalb gelöscht werden. Eine Ausnahme gilt dann, wenn wegen potentieller Verstöße gegen Arbeitszeitrecht ein Verwaltungsverfahren (etwa bei der Gewerbeaufsicht) oder eine gerichtliche Auseinandersetzung anhängig ist.

Nr. 5 verdeutlicht den Grundsatz der Zweckbindung. Seine normative Grundlage findet er heute in Art. 5 Abs. 1 Buchstabe b DSGVO, wo es heißt:

„Personenbezogene Daten müssen für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden.“

### **C) Abschlussbemerkungen**

Die Formulierungsvorschläge zur Arbeitszeit und die zu ihrer Erfassung sollten in einem Dokument zusammengefasst werden. Sobald Klarheit über den genauen Inhalt besteht, kann ein Papier entworfen werden, das für die Arbeitnehmer bestimmt ist.

Eine so ausdifferenzierte Ordnung, wie sie hier aufgrund der Vorgaben skizziert wurde, ist in Kleinbetrieben mit 3 Vollzeitkräften und 8 geringfügig Beschäftigten recht ungewöhnlich. Sollten insbesondere die drei Vollzeitkräfte mit der Regelung nicht einverstanden sein, ist mit der Wahl eines Betriebsrats zu rechnen. Dies liegt in Frankfurt näher als in einer niedersächsischen oder einer schwäbischen Kleinstadt. Das hätte dann zahlreiche Verhandlungsrunden zur Folge, die Geld und Zeit in Anspruch nehmen würden.