

Rechtliche Risiken fehlender Zeiterfassung im Gastronomiebetrieb

Leitfaden für Gastronomieinhaber: Pflichten nach SchwarzArbG, MiLoG, ArbZG und Rechtsprechung des BAG

WICHTIGER MANAGEMENT-HINWEIS: Im Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe greifen bei fehlender oder fehlerhafter Arbeitszeiterfassung signifikant schärfere Kontroll- und Sanktionsmechanismen als im allgemeinen Wirtschaftsverkehr. Die Branche ist gemäß § 2a Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG gesetzlich als besonders kontrollbedürftig eingestuft. Ein Verzicht auf Aufzeichnungen führt nicht nur zu massiven Bußgeldern, sondern gefährdet im Ernstfall die gaststättenrechtliche Zuverlässigkeit.

1. Kontrollen durch den Zoll (Finanzkontrolle Schwarzarbeit – FKS)

Das Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe unterliegt der strengen Kontrolle der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS). Gemäß **§ 17 Abs. 1 Mindestlohngesetz (MiLoG)** i. V. m. **§ 2a SchwarzArbG** ist der Arbeitgeber verpflichtet, Beginn, Ende und Gesamtdauer der täglichen Arbeitszeit aller Arbeitnehmer (einschließlich Minijobber, Aushilfen und Werkstudenten) zu erfassen.

- **Frist zur Aufzeichnung:** Die Arbeitszeiten müssen spätestens bis zum Ablauf des 7. auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertags vollständig aufgezeichnet sein (§ 17 Abs. 1 Satz 1 MiLoG).
- **Aufbewahrungspflicht:** Die Arbeitszeitznachweise sind im Inland für mindestens 2 Jahre aufzubewahren und bei Prüfungen sofort verfügbar zu halten (§ 17 Abs. 2 MiLoG).
- **Bußgeldrahmen:** Das Nichtaufzeichnen, das unvollständige Aufzeichnen sowie das verspätete oder nicht ordnungsgemäße Bereithalten stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 21 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. Abs. 3 MiLoG dar und kann mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 Euro geahndet werden.

2. Nachzahlung von Beiträgen und Mindestlohn (Phantomlohn-Falle)

Fehlt eine lückenlose und verlässliche Zeiterfassung, liegt die Schätzungsbefugnis bei den Prüfbehörden (FKS und Deutsche Rentenversicherung – DRV):

- **Schätzung des Arbeitszeitvolumens:** Prüfer rekonstruieren Arbeitsstunden anhand von Schichtplänen, Kassenjournalen (Z-Bons, Tischbuchungen), Vorbereitungs- und Schließzeiten sowie Zeugenaussagen des Personals.
- **Unterschreitung des Mindestlohns:** Werden mehr Stunden geschätzt als vertraglich vereinbart, sinkt der rechnerische Effektivlohn pro Stunde. Fällt dieser unter den gesetzlichen Mindestlohn, liegt ein bußgeldbewehrter Mindestlohnverstoß vor (Bußgeld bis zu 500.000 Euro gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 3 MiLoG).
- **Sozialversicherungsnachforderung (§ 28f i. V. m. § 14 SGB IV):** Beiträge werden nach dem Entstehungsprinzip auf den tatsächlich geschuldeten Lohn (Phantomlohn) erhoben – inklusive Säumniszuschlägen in Höhe von 1 % pro angefangenem Monat (§ 24 SGB IV).
- **Kippen von Minijobs:** Überschreitet eine geringfügig beschäftigte Kraft durch geschätzte Mehrstunden rückwirkend die monatliche Verdienstgrenze, entfällt der Minijob-Status rückwirkend.

Der Arbeitgeber haftet in der Regel allein für die nachzuentrichtenden Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge zur Gesamtsozialversicherung.

3. Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz (ArbZG)

Gegenüber den Arbeitsschutzbehörden (Gewerbeaufsicht) trägt der Arbeitgeber die Pflicht, die Einhaltung der zwingenden Schutzz Grenzen des ArbZG darzulegen und nachzuweisen:

- **Höchst arbeitszeit (§ 3 ArbZG):** Die tägliche Arbeitszeit darf 8 Stunden grundsätzlich nicht überschreiten. Eine Verlängerung auf bis zu 10 Stunden ist nur zulässig, wenn innerhalb von 6 Kalendermonaten oder 24 Wochen ein Durchschnitt von 8 Stunden Werktag nicht überschritten wird.
- **Ruhezeiten (§ 5 ArbZG):** Nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit muss eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden gewährt werden. In der Gastronomie darf die Ruhezeit nach § 5 Abs. 2 ArbZG auf bis zu 10 Stunden verkürzt werden, wenn jede Verkürzung innerhalb von 4 Wochen durch eine Verlängerung einer anderen Ruhezeit auf mindestens 12 Stunden ausgeglichen wird.
- **Ruhepausen (§ 4 ArbZG):** Arbeitnehmer müssen im Voraus feststehende Ruhepausen erhalten: mindestens 30 Minuten bei einer Arbeitszeit von 6 bis 9 Stunden, mindestens 45 Minuten bei mehr als 9 Stunden.
- **Sanktionen (§§ 22, 23 ArbZG):** Verstöße gegen Ruhepausen, Ruhezeiten oder Höchstarbeitszeiten stellen Ordnungswidrigkeiten dar (Bußgelder bis zu 30.000 Euro). Wer vorsätzlich handelt und dadurch Leben oder Gesundheit eines Arbeitnehmers gefährdet oder beharrlich Verstöße wiederholt, begeht eine Straftat (§ 23 ArbZG: Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe).

4. Zivilrechtliche Beweislast bei Überstundenklagen

Mit dem Grundsatzbeschluss des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Beschluss vom 13.09.2022 – Az. 1 ABR 22/21) auf Basis des EuGH-Urteils (Rs. C-55/18 „CCOO“) ist die Pflicht zur Einführung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Arbeitszeiterfassungssystems für alle Arbeitgeber unmittelbar verbindlich.

PROZESSUALES RISIKO: Macht ein gekündigter oder ausscheidender Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht Überstundenvergütung geltend und führt der Arbeitgeber kein ordnungsgemäßes Zeiterfassungssystem, kann der Arbeitgeber den substantiierten Vortrag des Arbeitnehmers in der Praxis kaum entkräften. Die Arbeitsgerichte legen im Streitfall regelmäßig die Aufzeichnungen oder Schätzungen des Mitarbeiters zugrunde, wenn der Arbeitgeber keine objektiven Gegennachweise vorlegen kann.

5. Gewerberechtliche Zuverlässigkeit und Konzession

Verstöße gegen die Aufzeichnungs- und Mindestlohnspflichten verbleiben nicht im arbeitsrechtlichen Raum:

- **Eintragung ins Gewerbezentralregister:** Rechtskräftige Bußgeldbescheide ab 200 Euro wegen Verstößen gegen das MiLoG oder SchwarzArbG werden in das Gewerbezentralregister eingetragen (§ 149 Abs. 2 GewO).
- **Widerruf der Gaststättenerlaubnis (§ 4 i. V. m. § 15 GastG):** Wiederholte oder erhebliche Gesetzesverstöße begründen den Wegfall der persönlichen und gewerberechtlichen Zuverlässigkeit. Die zuständige Ordnungsbehörde kann die Gaststättenkonzession widerrufen.

- **Ausschluss von öffentlichen Vergaben (§ 19 MiLoG):** Bei Geldbußen ab 2.500 Euro erfolgt ein zwingender Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsaufträge für eine angemessene Zeit.

6. Übersicht: Sanktionen und Rechtsgrundlagen auf einen Blick

Tatbestand / Rechtsbereich	Rechtsgrundlage	Zuständige Behörde	Rechtsfolge / Sanktion
Fehlende/verspätete Zeiterfassung	§ 17 Abs. 1 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 8 MiLoG	Zoll (FKS)	Bußgeld bis zu 30.000 €
Unterschreitung Mindestlohn durch Mehrarbeit	§ 20 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG	Zoll (FKS)	Bußgeld bis zu 500.000 € zzgl. Lohnnachzahlung
Verstoß gegen Pausen / Ruhezeiten	§§ 3–5 i.V.m. § 22 ArbZG	Gewerbeaufsicht / Regierungspräsidium	Bußgeld bis zu 30.000 €
Vorsätzliche Gefährdung von Mitarbeitern	§ 23 ArbZG	Staatsanwaltschaft / Strafgerichte	Freiheitsstrafe bis 1 Jahr oder Geldstrafe
Vorenthalten von Beiträgen (Phantomlohn)	§ 266a StGB / § 28f SGB IV	DRV / Zoll / Staatsanwaltschaft	Rückwirkende SV-Nachzahlung + Säumniszuschläge + Freiheitsstrafe

7. Handlungsempfehlung für den Gastronomiealltag

Um sich rechtssicher gegen Beanstandungen durch FKS, DRV und Gerichte aufzustellen, sollten folgende Mindeststandards umgehend etabliert werden:

- **Objektive Erfassung etablieren:** Einsatz eines digitalen Kassensystems mit Stempelfunktion, einer App oder eines manipulationssicheren digitalen Zeiterfassungsterminals im Betrieb.
- **Reale Arbeitszeiten erfassen:** Aufzeichnung von tatsächlichem Beginn und tatsächlichem Ende (nicht nur geplante Soll-Schichten aus dem Dienstplan).
- **Pausenregelung dokumentieren:** Klare Definition und revisionssichere Erfassung der tatsächlichen Pausenzeiten (§ 4 ArbZG) anstelle von pauschalen Pausenabzügen ohne tatsächliche Arbeitsunterbrechung.
- **Wöchentliche Frist einhalten:** Sämtliche Aufzeichnungen müssen spätestens am 7. Kalendertag nach dem Einsatztag abgeschlossen und festgeschrieben sein.
- **Minijob-Abrechnung abgleichen:** Monatlicher Abgleich zwischen aufgezeichneten Stunden und dem Mindestlohn-Grenzbetrag zur Vermeidung rückwirkender Sozialversicherungspflicht.