

# ALLEN & OVERY

## Covid-19: Aktuelle Fragen zu Arbeitszeit und Arbeitszeitflexibilisierung

Markulf Behrendt (Partner, Global Head of  
Employment & Benefits)

Dr. Sebastian Schulz (Senior Associate)

Dr. Vera Luickhardt (Senior Associate)

September 2020

1. Gelten während der Corona-Pandemie Besonderheiten in Bezug auf die arbeitszeitrechtlichen Vorgaben für die Beschäftigung von Arbeitnehmern? Wie verhalten sich die Behörden aktuell dazu?
2. Wie flexibel kann die Arbeitszeit auch einseitig durch den Arbeitgeber angepasst werden? Ab wann ist die Zustimmung des Arbeitnehmers, des Betriebsrats oder der Gewerkschaft erforderlich?
3. Gibt es sonst Mitbestimmungsrechte zu beachten, wenn die betriebliche Arbeitszeit verändert werden soll?
4. Reaktionsmöglichkeiten in Bezug auf die Arbeitszeit – Wie führt der Arbeitgeber eine 4-Tage Woche ein und welche rechtlichen Probleme könnten sich hieraus ergeben?
5. Stellt die vermehrt im Home Office auftretende freiwillige Arbeit außerhalb der offiziellen Arbeitszeiten, wie z.B. E-Mails checken oder kurze Telefonate nach dem Feierabend, einen Verstoß gegen das ArbZG dar? Wie wirken sich kurzfristige Unterbrechungen der Mindestruhezeit aus?
6. Update zur Arbeitszeiterfassung – welche Anforderungen stellt der EuGH an die Arbeitszeiterfassung und besteht schon jetzt eine Umsetzungspflicht? Wenn nein, wird gleichwohl eine Umsetzung empfohlen?

# 1. Gelten während der Corona-Pandemie Besonderheiten in Bezug auf die arbeitszeitrechtlichen Vorgaben für die Beschäftigung von Arbeitnehmern? Wie verhalten sich die Behörden aktuell dazu?

- **Allgemeine Besonderheiten und Abweichungsmöglichkeiten**
  - Abweichungsmöglichkeiten z.B. bei vorübergehenden Arbeiten in Notfällen und außergewöhnlichen Fällen; Pandemien wie Corona fallen hier grundsätzlich darunter
  - Etwa bei kurzfristigen Erkrankungen oder Teil der Belegschaft kurzfristig in Quarantäne
  - Hierbei keine tarifliche Regelung oder behördliche Bewilligung erforderlich
  - Ausnahmen kraft Gesetzes, d.h. liegt ein außergewöhnlicher Fall vor, darf gearbeitet werden
  - **Praxishinweis:** Risiko falscher Einschätzung trägt Arbeitgeber; darf nicht vorhersehbar sein
  - **Problem:** Ausnahmen, die nur Einzelfälle und kurzfristige Überbrückungen regeln (Stunden/Tage)
  - Abweichungen auf Grund behördlicher Bewilligung nach § 15 ArbZG zulässig
- **Spezielle Besonderheiten zur Corona-Pandemie?**
  - Bis zum 31. Juli 2020 galt die **COVID-19-Arbeitszeitverordnung**, die mehr Flexibilität bringen sollte
  - **ABER:** relativ enge Voraussetzungen, wenig praxistauglich und ohnehin ausgelaufen
  - Aktuell keine Initiativen auf politischer Ebene geplant, hier nochmal tätig zu werden
- **Allgemeiner Praxishinweis:** Ausführliche Dokumentation der Umstände, wenn Abweichungen in Notfällen oder außergewöhnlichen Fällen erforderlich, um auf Nachfragen von Behörden reagieren zu können

## 2. Wie flexibel kann die Arbeitszeit auch einseitig durch den Arbeitgeber angepasst werden? Ab wann ist die Zustimmung des Arbeitnehmers, des Betriebsrats oder der Gewerkschaft erforderlich? (1)

- ❖ Der **Umfang** der Arbeitszeit kann idR **nicht einseitig** verändert werden, sondern ergibt sich aus Arbeitsvertrag/individueller Vereinbarung (**AV**), unter Beachtung ArbZG, aus etwaig anwendbaren Tarifverträgen (**TV**) und/oder Betriebsvereinbarungen (**BV**)
  - Keine Änderung des Umfangs z.B. auf „null“ mit Vergütung „null“ und ohne Kündigungsschutz
- **Änderungskündigung** (sehr strenge Anforderungen, praktisch kaum möglich)
- **Überstundenpflicht** bei Notfällen aus Treuepflicht (§ 241 Abs. 2 oder § 242 BGB (Abwendung **Gefährdungen vom Betrieb**); bei Corona denkbar, jedoch nicht automatisch; Überstunden sonst nur gemäß TV, BV und/oder AV)
- Wenig genutzt, aber per AV möglich: Vereinbarung **Mindest-/Höchstarbeitszeit** mit **Abruf** nach Bedarf (auch Kombination möglich (Arbeitszeitkorridor)), bisher Rechtsprechung, nunmehr in § 12 Abs. 2 TzBfG: Grenzen: Mindestarbeitszeit zzgl. **max. 25%** oder Höchstarbeitszeit abzgl. **max. 20%** (höhere % durch TV möglich); Ankündigungsfrist: vier Tage im Voraus; Abweichungen durch TV möglich
- ❖ Die **Lage** der Arbeitszeit kann **einseitig** nach **billigem Ermessen** per Weisungsrecht des Arbeitgebers verändert werden (§ 106 GewO)

## 2. Wie flexibel kann die Arbeitszeit auch einseitig durch den Arbeitgeber angepasst werden? Ab wann ist die Zustimmung des Arbeitnehmers, des Betriebsrats oder der Gewerkschaft erforderlich? (2)

### ❖ Besonderheiten bei **Kurzarbeit**?

- Nein, Umfang Arbeitszeit betroffen
- Formlose (Regelungs-)Abrede wahrt **Mitbestimmungsrecht** (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG), ändert Arbeitszeit aber nicht unmittelbar gegenüber Arbeitnehmern (zusätzlich AV nötig/bei Verweigerung Änderungskündigung (kaum möglich)); wirksame BV muss **mindestens** enthalten: Beginn und Dauer der Kurzarbeit, Lage und Verteilung der reduzierten Arbeitszeit, Bestimmung betroffene Arbeitnehmer (Letzteres darf nicht im Auswahlermessen des Arbeitgebers stehen)
- Einführung/vorzeitige Beendigung per **AV** nur unter Beachtung AGB-Kontrolle, u.a. Transparenz zu Umfang und Zeitraum Kurzarbeit; **Ältere** Klauseln erfüllen diese Anforderungen häufig nicht
- ✓ Sind Anforderungen nicht erfüllt, keine wirksame Reduzierung, Gefahr Nachzahlung Vergütung für „ausgefallene“ Arbeitszeit

### 3. Gibt es sonst Mitbestimmungsrechte zu beachten, wenn die betriebliche Arbeitszeit verändert werden soll?

#### Weitere Beispiele zu Mitbestimmungsrechten bei Arbeitszeit im Zusammenhang mit Corona:

- Arbeitszeit im Homeoffice (zur Reduzierung Ansteckungsgefahr) muss ggf. anders als im Betrieb erfasst werden:
  - § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – Ordnung/Verhalten der Arbeitnehmer, wenn Verhaltenspflichten über die reine Kontrolle der Arbeitszeit hinaus aufgestellt werden
  - § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – Technische Einrichtungen, z.B. anstelle Stechuhr im Betrieb eine App am Laptop im Homeoffice
- Abdeckung veränderter Erreichbarkeitszeiten mit anderer Personalstärke, neue Schichtpläne usw.:
  - § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG – Generell Arbeitszeit
- Anpassung von Gefährdungsbeurteilungen und Sicherheitsunterweisungen im Zusammenhang mit der Ableistung der Arbeitszeit im Homeoffice (fließender Übergang zwischen Arbeitszeit und privater Zeit im Homeoffice, zu wenig Pausen, Nichteinhaltung der Ruhezeit usw.):
  - § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG – Arbeitsschutz

#### 4. Reaktionsmöglichkeiten in Bezug auf die Arbeitszeit – Wie führt der Arbeitgeber eine 4-Tage Woche ein und welche rechtlichen Probleme könnten sich hieraus ergeben?

- Für tarifgebundene Arbeitgeber ginge der Weg über einen **Änderungstarifvertrag**, der die entsprechenden Regelungen trifft, etwa 4-Tage-Woche bei teilweisem und/oder befristetem Lohnausgleich
- Besteht keine tarifliche Regelung, aber ein Betriebsrat, unterliegt die Einführung einer 4-Tage-Woche seiner Mitbestimmung nach **§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG** – Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit
- Einführung durch das **Direktionsrecht** des Arbeitgebers
  - Frage, ob die Anzahl der Arbeitstage vertraglich bestimmt wurde
  - Welcher Arbeitnehmer würde sich gegen diese Anordnung zur Wehr setzen?
- Einvernehmliche Einführung durch **Änderung der Arbeitsverträge – Änderungsvertrag**
- Einführung einer 4-Tage-Woche kommt aktuell insb. in **Restrukturierungskonstellationen** in Betracht
  - Vorübergehende Reduzierung der Arbeitszeit bei teilweisem Lohnausgleich
  - Entsprechende Gestaltung von Restrukturierungsplänen kann in den Verhandlungen helfen und zur Betriebsratszustimmung beim gewünschten Abbau führen; wenn wirtschaftlich sinnvoll
- **Hinweis:** Aktuelle Diskussion noch sehr politisch und vor allem medienwirksam; mit Blick auf tarifgebundene Unternehmen besteht bei Arbeitgeberverbänden aktuell die Sorge vor Tarifflicht, wenn man bei der 4-Tage-Woche ggü. den Gewerkschaften in der Fläche einknickt

5. Stellt die vermehrt im Home Office auftretende freiwillige Arbeit außerhalb der offiziellen Arbeitszeiten (E-Mails oder kurze Telefonate nach Feierabend) einen Verstoß gegen das ArbZG dar? Wie wirken sich kurzfristige Unterbrechungen der Mindestruhezeit aus?

- Gesetzlich ist die **Erreichbarkeit nach Dienstschluss** nicht geregelt, **ArbZG** unterscheidet nicht zwischen kurzer/längerer Arbeitszeit, während/außerhalb regulärer Arbeitszeit
- Auch nach Rechtsprechung **EuGH** kommt es für Arbeitszeitbegriff nicht auf **Intensität** Arbeitsleistung an
- **Jede Zeitspanne**, in welcher der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt, ist Arbeitszeit, seien es auch nur fünf Minuten am Abend oder am Wochenende
- Jede Arbeitsleistung abends führt rechtlich zu **Unterbrechung** täglicher elfstündiger Ruhezeit
  - Nach jeder Unterbrechung **beginnt grds. wieder** neue Zeitspanne von elf Stunden vor neuem Tag
  - Streit hierzu in **Literatur**, z.B. Diskussion **Erheblichkeitsschwelle**, wonach Unterbrechung von 10 bis 15 Minuten unschädlich sein soll; (noch) keine verlässliche Hilfestellung
- **Keine** Unterbrechung Ruhezeit, wenn der Arbeitnehmer freiwillig arbeitet
  - ✓ **Keine** freiwillige Arbeit, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Arbeit **angewiesen** hat oder die Arbeit, z. B. durch weitere Verwertung / Beantwortung wissentlich **duldet**
  - ✓ Nachweisbare **Erwartungshaltung** (z.B. Mails am Abend/Wochenende lesen) dürfte ebenfalls schaden
- **Wenig praxisgerecht, rechtlich aber zu empfehlen:**
  - ✓ Ausdrücklicher und dokumentierter, ggf. sogar gegengezeichneter Hinweis des Arbeitgebers, dass Tätigkeiten nach Dienstschluss/am Wochenende nicht gewünscht sind/geduldet werden



6. Update zur Arbeitszeiterfassung – welche Anforderungen stellt der EuGH an die Arbeitszeiterfassung und besteht schon jetzt eine Umsetzungspflicht? Wenn nein, wird gleichwohl eine Umsetzung empfohlen? (1)

**EuGH (14. Mai 2019): Aus europäischer Arbeitszeitrichtlinie (RL) folgt, dass EU-Mitgliedstaaten Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches Arbeitszeiterfassungssystem einzuführen.**

- ✓ **Objektivität:** Erfassung nach objektivem Maßstab; Arbeitnehmern darf nicht Wertungsentscheidung obliegen, was als Arbeitszeit zu erfassen ist (schwierig: Außendienst, Vertrauensarbeitszeit, Mobile Working)
- ✓ **Zuverlässigkeit:** Gewährleistung, dass keine Manipulation möglich ist (keine Excel-Listen, Stundenzettel)
- ✓ **Zugänglichkeit:** Möglichkeit der Einsichtnahme für Betriebsparteien, Arbeitnehmer und Kontrollbehörden
  - RL verlangt u.a., dass Mitgliedstaaten die „**erforderlichen Maßnahmen**“ treffen, um Einhaltung RL sicherzustellen, insbesondere was Ruhezeiten und Höchstarbeitszeiten betrifft, also nicht mehr nur noch Überstunden (§ 16 Abs. 2 ArbZG), sondern vollständige Erfassung (um auch Pausen etc. zu prüfen)
  - H.M.: Urteil muss erst von Mitgliedstaaten **umgesetzt** werden (a.A. ArbG Emden v. 20. Februar 2020); bisher in Deutschland nicht erfolgt; gewisser Spielraum für konkrete Ausgestaltung und bisher nicht bekannt, inwieweit genutzt werden wird; ohne Umsetzung kann **Betriebsrat** den Arbeitgeber nicht zur Einführung einer umfassenden Arbeitszeiterfassung zwingen

6. Update zur Arbeitszeiterfassung – welche Anforderungen stellt der EuGH an die Arbeitszeiterfassung und besteht schon jetzt eine Umsetzungspflicht? Wenn nein, wird gleichwohl eine Umsetzung empfohlen? (2)

❖ **Umsetzung gleichwohl?**

✓ Nein, Nutzung Spielraum abwarten

❖ **ABER**: Empfehlung **Prüfung interne Prozesse und Gegebenheiten** („Due Diligence“)

✓ Wer erfasst aktuell was & wie?

✓ Welche Tätigkeiten gehören arbeitsschutzrechtlich wirklich zur Arbeitszeit?

✓ Wie soll der Umgang mit Herausforderungen wie Vertrauensarbeitszeit, Mobile Working erfolgen?

✓ Bedarf es technischer Lösungen?

✓ Datenschutz?

✓ Entwurf/Update Informationsblätter/Schulungsmaterial?

✓ Wirksames Kontroll- und Sanktionssystem?

✓ Einbindung Betriebsrat ab wann?

## Ihre Kontakte

Bei Fragen wenden Sie sich gerne jederzeit an uns oder Ihren gewohnten Ansprechpartner in unserem Employments & Benefits-Team.



### **Markulf Behrendt**

Partner, Global Head of Employment & Benefits  
Hamburg

#### **Kontaktdaten**

Tel +49 40 82221 2171  
Mobil +49 172 4108398  
markulf.behrendt@allenovery.com



### **Dr. Sebastian Schulz**

Senior Associate, Employment & Benefits  
Frankfurt

#### **Kontaktdaten**

Tel +49 69 2648 5915  
Mobil +49 172 6862873  
sebastian.schulz@allenovery.com



### **Dr. Vera Luickhardt**

Senior Associate, Employment & Benefits  
Düsseldorf

#### **Kontaktdaten**

Tel +49 211 2806 7116  
Mobil +49 172 3299624  
vera.luickhardt@allenovery.com

## Allen & Overy LLP

### Unsere Büros in Deutschland:

Düsseldorf: Dreischeibenhof 1, 40211 Düsseldorf | Tel +49 211 2806 7000 | Fax +49 211 2806 7800

Frankfurt: Bockenheimer Landstr. 2, 60306 Frankfurt am Main | Tel +49 69 2648 5000 | Fax +49 69 2648 5800

Hamburg: Kehrwieder 12, 20457 Hamburg | Tel +49 40 82 221 20 | Fax +49 40 82 221 2200

München: Maximilianstraße 35, 80539 München | Tel +49 89 71043 3000 | Fax +49 89 71043 3800

[www.allenoververy.de](http://www.allenoververy.de)

"Allen & Overy" bezieht sich auf Allen & Overy LLP bzw. ihre verbundenen Unternehmen. Die Allen & Overy LLP ist eine in England und Wales unter der Nummer OC306763 eingetragene Limited Liability Partnership englischen Rechts. Die Allen & Overy (Holdings) Limited ist eine in England und Wales unter der Nummer 07462870 eingetragene Limited Company englischen Rechts. Die Allen & Overy LLP und die Allen & Overy (Holdings) Limited sind von der Solicitors Regulation Authority of England and Wales zugelassen und unterstehen deren Aufsicht.

Jeder Hinweis auf "Partner" bezieht sich auf die Gesellschafter der Allen & Overy LLP oder die Directors der Allen & Overy (Holdings) Limited bzw. deren jeweilige Mitarbeiter oder Berater, deren Status und Qualifikationen denen eines Gesellschafters oder Directors entsprechen. Eine Liste der Gesellschafter der Allen & Overy LLP und der übrigen als Partner bezeichneten Personen sowie eine Liste der Directors der Allen & Overy (Holdings) Limited können am jeweiligen Sitz der Gesellschaft, One Bishops Square, London E1 6AD, Vereinigtes Königreich, eingesehen werden.

Die Allen & Overy LLP oder ein Mitglied des Allen & Overy-Verbundes unterhalten Büros in: Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerpen, Bangkok, Barcelona, Belfast, Bratislava, Brüssel, Budapest, Bukarest (assoziiertes Büro), Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Ho-Chi-Minh-Stadt, Hongkong, Istanbul, Jakarta (assoziiertes Büro), Johannesburg, London, Luxemburg, Madrid, Mailand, Moskau, München, New York, Paris, Peking, Perth, Prag, Rangun, Riad (assoziiertes Büro), Rom, São Paulo, Schanghai, Seoul, Singapur, Sydney, Tokio, Warschau, Washington D.C.

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und die in ihr enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.