

Kurzarbeit und Arbeitszeiterfassung – Herausforderungen für die betriebliche Praxis

Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands Hannover

Laura Dyck, Richterin und Dr. Marcel Holthusen, Richter, jeweils Arbeitsgericht Hannover

Nach fünf Jahren Pause fand am 1. Juni 2023 unter Moderation von *Prof. Roland Schwarze und Prof. Felipe Temming* die Ortstagung Hannover des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V. an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover statt.

In seiner Begrüßungsrede warf *Wilhelm Mestwerdt*, Präsident des LAG Niedersachsen, anlässlich des 75-jährigen Jubiläums der Niedersächsischen Arbeitsgerichtsbarkeit im Jahr 2021 einen Blick auf deren historische Entwicklung seit dem Zweiten Weltkrieg. Es sei sehr zu begrüßen, dass sich die Arbeitsgerichtsbarkeit in zunehmendem Maße mit dem Erbe des Nationalsozialismus auseinandersetze. Für die Arbeitsgerichtsbarkeit in Niedersachsen, die die Aufarbeitung ihrer Geschichte jüngst vorangetrieben habe, sei ein kritischer Blick in personeller Hinsicht insbesondere auf den ersten Präsidenten des LAG Niedersachsen Dr. Borrmann zu werfen. Dieser habe in seiner Dissertation bei dem führenden Militärstrafrechtler des Nationalsozialismus Prof. Dr. Erich Schwinge die Kernthese vertreten, dass Deutschland den 1. Weltkrieg vor allem deshalb verloren habe, weil die Deutsche Kriegsgerichtsbarkeit im 1. Weltkrieg nicht hart genug geurteilt und nicht schnell genug verhandelt habe; deshalb sei die Disziplin in der Truppe verloren gegangen. Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht ließen sich noch bis in die 1960er Jahre Entscheidungen ausmachen, die nach heutigen Abwägungsmaßstäben nur schwer nachvollziehbar seien. Hieraus folge der stete Auftrag an Richterinnen und Richter, sich die hohe Verantwortung des Berufes bewusst zu machen und aufmerksam dafür zu bleiben, dass Entscheidungen immer ein Produkt ihrer Zeit seien.

Dr. Kathrin Wahlmann, Justizministerin des Landes Niedersachsen, merkte im Rahmen ihres Grußwortes an, dass sie zum Arbeitsrecht aufgrund ihrer persönlichen Biografie einen besonderen Bezug aufweise. Sie hob die wertvolle Zusammenarbeit der Gerichte mit den Verbänden der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite und den stetigen Willen nach einem gesellschaftlichen Ausgleich zwischen den Sozialpartnern besonders hervor. In Bezug auf das Tagungsthema zeigte sich *Wahlmann* überzeugt, dass die gesetzliche Ausweitung der Kurzarbeit in den jüngsten Krisen entscheidend dazu beigetragen habe, Kündigungswellen und Insolvenzen abzuwenden und den Arbeitsmarkt zu stabilisieren.

I. Vortrag Prof. Markus Stoffels, Universität Heidelberg: Kurzarbeit auf arbeitsvertraglicher Grundlage?

In dieselbe Kerbe schlug bei der politischen Bewertung der Kurzarbeit zu Beginn seines Vortrags auch *Prof. Markus Stoffels*, Universität Heidelberg, der einschränkend jedoch auch auf die hohen Kosten des Kurzarbeitergeldes hinwies. Er widmete sich der Frage, auf welcher arbeitsvertraglichen Grundlage Kurzarbeit angeordnet und letztlich wieder beendet werden könne. Nach der Feststellung, dass eine einseitige Anordnung von Kurzarbeit auf Grundlage des Direktionsrechts des Arbeitgebers nicht in Betracht komme, beleuchtete *Stoffels* anhand von Beispielen aus populären Formularhandbüchern die rechtssichere Formulierung von vorsorgenden „Kurzarbeits-Klauseln“ in formularmäßigen Arbeitsverträgen.

Dabei sei stets zu prüfen, ob derartige Klauseln als Abweichung von den gesetzlichen Regelungen der §§ 611 ff. BGB und § 2 KSchG einer AGB-rechtlichen Angemessenheits- und Transparenzkontrolle standhielten. Zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung sei es aus Sicht *Stoffels* jedenfalls erforderlich, dass solche Klauseln an die Voraussetzungen zum Bezug von Kurzarbeitergeld (§§ 95 ff. SGB III) anknüpften. Nach der gesetzgeberischen Wertentscheidung stelle die Möglichkeit

der Inanspruchnahme von Kurzarbeitergeld dann jedoch im Grundsatz eine angemessene und ausreichende Kompensation für die mit der Kurzarbeit verbundenen Nachteile des Arbeitnehmers dar.

Vielfach werde, auch mit Hinweis auf das AGB-rechtliche Transparenzgebot, weiter gefordert, dass Kurzarbeits-Klauseln bestimmte Angaben (z. B. Verweis auf die Regelungen der §§ 95 ff. SGB III, Begrenzung des Umfangs der Kurzarbeit, personelle Konkretisierung, Ankündigungsfrist) enthalten müssten. Insoweit warf *Stoffels* einen besonders kritischen Blick auf ein Urteil des LAG Berlin-Brandenburg vom 7. Oktober 2010 (2 Sa 1230/10). Die dort geforderten Angaben seien AGB-rechtlich nicht zwingend geboten. Er vertrat ferner die These, auch eine Ankündigungsfrist sei nicht erforderlich. Vor dem Hintergrund typischer Sachverhaltskonstellationen und Interessenlagen sei nicht erkennbar, welchen Zweck eine Ankündigungsfrist sinnvollerweise erfüllen könne. Schließlich wies *Stoffels* mehrfach darauf hin, dass im Rahmen der späteren Einführung von Kurzarbeit in einem zweiten Schritt auch eine Ausübungskontrolle stattzufinden habe.

In der anschließenden Diskussion vertraten Teilnehmer der Ortstagung vielfach die Ansicht, ein angemessener Ausgleich der wechselseitigen Interessen verlange stets die Aufnahme einer Ankündigungsfrist in die Kurzarbeits-Klausel. Überlegenswert sei es gar, vorformulierte Kurzarbeits-Klauseln nur dann zu akzeptieren, wenn sie eine Aufstockung des Kurzarbeitergeldes durch den Arbeitgeber als Kompensation vorsähen. Schließlich betonten Teilnehmer die vorrangige Möglichkeit der Nutzung kollektivrechtlicher Gestaltungsinstrumente.

I. Vortrag Dr. Benjamin Schmidt, Richter am Bundessozialgericht: Kurzarbeit und Sozialversicherung

Im Anschluss referierte *Dr. Benjamin Schmidt*, Richter am Bundessozialgericht, zu sozialversicherungsrechtlichen Implikationen der Kurzarbeit. Er machte deutlich, dass Arbeitsrecht und Sozialrecht (auch) insoweit eng miteinander verzahnt seien. Das Hauptaugenmerk des Vortrags galt sodann den Themen „Sozialversicherung der Kurzarbeiter“ und „Kurzarbeitergeld“. Grundsätzlich bestehe während der Kurzarbeit die sozialversicherungsrechtliche Versicherungspflicht fort. Die mit der Einführung von Kurzarbeit bewirkte Reduzierung der Vergütung führe nicht zu einer Beitragsfreiheit, wie sie etwa bei geringfügigen Beschäftigungen bestehe. Allerdings ändere sich die Beitragspflicht: Während für das tatsächlich noch erzielte Bruttoarbeitsentgelt (Kurzlohn) die regulären Beiträge zu entrichten seien, seien diese bei dem ausgefallenen Arbeitsentgelt (für bestimmte Versicherungszweige) auf einen Anteil von 80 % reduziert. Diese Beiträge habe weiterhin der Arbeitgeber zu leisten. Das Kurzarbeitergeld sowie ein etwaiger Arbeitgeberzuschuss (Aufstockungsbetrag) seien dagegen beitragsfrei.

Im Hinblick auf den Umgang mit Rückforderungen von Kurzarbeitergeld sei auf die Verlautbarung des GKV-Spitzenverbandes, der DRV Bund und der Bundesagentur für Arbeit zum Thema „Versicherungs- und beitragsrechtliche Auswirkungen bei Rückforderung von Kurzarbeitergeld“ vom 14. Februar 2023 hinzuweisen. Gerade während der Corona-Pandemie sei es zu zahlreichen vorläufigen Bewilligungen von Kurzarbeitergeld gekommen, um die Wirtschaft kurzfristig zu stabilisieren. Bei (teilweiser) Rückforderung des aufgrund einer vorläufigen Bewilligung ausgezahlten Kurzarbeitergelds habe der Arbeitgeber für Entgeltabrechnungszeiträume ab dem 1. Januar 2023 eine bereits vorgekommene Beitragsabrechnung zu korrigieren.

Weiter stellte *Schmidt* die Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld nach dem SGB III sowie das Verfahren im Zusammenhang mit der Beantragung kurz dar. Hierbei wies er insbesondere auf die Problematik hin, dass der Anspruch auf Kurzarbeitergeld zwar ein Anspruch des Arbeitnehmers sei, dieser indes nur vom Arbeitgeber (bzw. der Betriebsvertretung) im Wege der Verfahrens-/Prozessstandschafft geltend gemacht werden könne. Bleibe der Arbeitgeber im Falle einer (teilweisen) Ablehnung der Gewährung von Kurzarbeitergeld untätig und erhebe keinen Widerspruch bzw. keine Klage,

könne dies immense Nachteile für den Arbeitnehmer haben. Unter Umständen könne dem Arbeitnehmer sodann ein Schadensersatzanspruch zustehen.

Abschließend veranschaulichte *Schmidt* die rechtlichen Fragestellungen und Probleme, die sich derzeit im Zusammenhang mit dem Sozialversicherungsrecht und dem Kurzarbeitergeld stellen, anhand von Beispielen aus der aktuellen Rechtsprechung.

III. Vortrag Dr. Ursula Rinck, Richterin am Bundesarbeitsgericht: Initiativrecht des Betriebsrats – Elektronische Arbeitszeiterfassung

Den zweiten inhaltlichen Schwerpunkt der Ortstagung bildete die durch die kontrovers diskutierten Entscheidungen des EuGH vom 14. Mai 2019 (C-55/18 – CCOO) und des BAG vom 13. September 2022 (1 ABR 22/21) ebenfalls hochaktuelle Thematik der Pflicht zur umfassenden Arbeitszeiterfassung.

Mit *Dr. Ursula Rinck*, Richterin am Bundesarbeitsgericht, erklärte sich eine an ebenjenem „Stechuhr-Beschluss“ als Mitglied des 1. Senats direkt beteiligte Richterin bereit, die tragenden Gründe für die Entscheidung aus erster Hand zu erläutern.

Zunächst erklärte *Rinck* dazu die bemerkenswerte prozessuale und materiell-rechtliche „Einkleidung“ der Entscheidung vom 13. September 2022: Der Betriebsrat einer vollstationären Wohneinrichtung hatte im Rahmen eines laufenden Einigungsstellenverfahrens die gerichtliche Feststellung beantragt, dass ihm hinsichtlich der initiativen Einführung einer elektronischen Zeiterfassung im Betrieb ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zustehe. Bei erster Lektüre dieses Falles hätten auch die am Verfahren beteiligten Senatsmitglieder, so der authentische Einblick der Referentin, nicht sofort erkannt, welche Sprengkraft sich hinter dieser scheinbar speziellen betriebsverfassungsrechtlichen Frage verbergen würde. Bei seiner Entscheidung habe der Senat jedoch notwendigerweise prüfen müssen, ob der fragliche Regelungsgegenstand nicht bereits abschließend gesetzlich geregelt sei. Treffe den Arbeitgeber nämlich bereits von Gesetzes wegen eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, so sei ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Hinblick auf das „Ob“ der Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems nach § 87 Abs. 1 Einleitungshalbs. BetrVG ausgeschlossen.

Anschließend zeichnete *Rinck* die Argumentation des Senates bei der Beantwortung dieser Frage akribisch nach: Eine Pflicht zur umfassenden Aufzeichnung von Arbeitszeit folge zwar weder aus Art. 31 Abs. 2 GRC (keine unmittelbare Direktwirkung) noch aus § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG (keine dahingehende Auslegung möglich), wohl aber aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG. Der EuGH habe zur Begründung seines Urteils vom 14. Mai 2019 auch Vorschriften der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie herangezogen, die im nationalen Recht unter anderem durch das ArbSchG umgesetzt würden. § 16 Abs. 2 ArbZG und andere Sondervorschriften zur Arbeitszeiterfassung stünden einer solchen Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG nach Auffassung von *Rinck* nicht entgegen. Kritikern der Entscheidung sei zwar zuzugeben, dass man die Argumentation durchaus als „methodisch ungewöhnlich“ bezeichnen könne. Vor dem Hintergrund des Herleitungsansatzes des EuGH, dem der Senat gefolgt sei, sei sie jedoch konsequent. In sachlicher Hinsicht seien Arbeitgeber verpflichtet, ein System zur Messung und Erfassung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeiten einschließlich Überstunden einzurichten und zu verwenden. Abgesehen vom Erfordernis eines „objektiven, verlässlichen und zugänglichen“ Systems enthalte die Entscheidung keine weiteren Vorgaben zur Erfüllung dieser Pflicht. Eine händische Aufzeichnung sei nach Auffassung der Referentin ebenso denkbar wie die Delegation der Aufzeichnungspflicht an die Belegschaft. Personell betreffe die Pflicht solche Arbeitnehmer, für die der nationale Gesetzgeber keine nach der Arbeitszeitrichtlinie zulässige Ausnahmeregelung getroffen habe. Letztlich sei der Beschluss aus Erfurt als Ausgangspunkt einer weitergehenden Diskussion zu begreifen, an deren Ende es am Gesetzgeber sei, die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung möglichst rechtssicher auszugestalten.

IV. Vortrag Prof. Felipe Temming, Universität Hannover: Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Gesetze

Mit den jüngsten Ansätzen zu einer solchen gesetzlichen Lösung setzte sich sodann *Prof. Felipe Temming* von der Universität Hannover auseinander, der dem Publikum eine erste Analyse des Referentenentwurfs des BMAS für ein Gesetz zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Gesetze vom 14. April 2023 präsentierte. Zentrale Inhalte dieses Entwurfs seien die Einführung einer Pflicht zur elektronischen Arbeitszeiterfassung für alle Arbeitnehmer, die Möglichkeit der Delegation der Aufzeichnungspflicht an Arbeitnehmer und Dritte sowie flankierende Überwachungs-, Informations- und Aufbewahrungspflichten des Arbeitgebers. Dauerhafte Ausnahmen von der Aufzeichnungspflicht seien insbesondere für Kleinunternehmen mit weniger als 10 Arbeitnehmern und Hausangestellte vorgesehen. Zudem enthalte der Entwurf Übergangsfristen, die Unternehmen abhängig von ihrer Beschäftigtenzahl weitere Zeit zur Implementierung eines elektronischen Zeiterfassungssystems einräumten. Schließlich sehe der Entwurf eine tarifliche Öffnungsklausel vor, die Abweichungen von der gesetzlichen Grundkonzeption im Hinblick auf die Form der Arbeitszeitaufzeichnung, den Zeitpunkt der Aufzeichnung und die Aufzeichnungspflicht von „autonomen“ Arbeitnehmern gestatte.

In der Bewertung des Entwurfes zeigt sich *Temming* insgesamt kritisch: Der Entwurf beantworte wichtige Fragen im Hinblick auf die Aufzeichnungspflicht nicht. Was das BMAS als „Vertrauensarbeitszeit“ verstehe, lasse sich phänomenologisch eher als Gleitzeitmodell begreifen; „Vertrauensarbeitszeit“ nach tradiertem Begriffsverständnis untersage der Gesetzesentwurf jedenfalls in seiner Grundkonzeption. Die tarifliche Öffnungsklausel erweise sich im Hinblick auf ihre unionsrechtlichen Implikationen als vorlageträchtig. Schließlich stehe zu befürchten, dass die Möglichkeit einer tariflichen Ausnahme von der Aufzeichnungspflicht für AT-Angestellte zweckwidrig als Verhandlungsmasse in Tarifverhandlungen genutzt werde. Die vorgesehene Konzeption einer exklusiven Tarifdispositivität sei aus Sicht des Referenten insgesamt unzulässig. Letztlich müssten sich die Arbeitsvertragsparteien und Sozialpartner die Frage stellen, ob sie eine solche Reform tatsächlich wollten.

In der anschließenden von *Temming* moderierten Podiumsdiskussion beschrieben *Claudia Bremser*, freigestellte Betriebsrätin bei der SIEMENS Mobility GmbH und ehrenamtliche Richterin am ArbG Braunschweig, und *Alexander Walter*, Personalleiter bei der Arnold Jäger Holding und ehrenamtlicher Richter am ArbG Hannover, anschaulich die Auswirkungen der neueren Rechtsprechung zur Arbeitszeiterfassung auf die betriebliche Praxis. Deutlich machten beide, dass der aktuelle Zustand ohne dezidierte Regelung durch den Gesetzgeber zu erheblicher Rechtsunsicherheit führe. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite hätten sich mit dieser Problematik gleichermaßen auseinanderzusetzen, jedenfalls für die Arbeitgeberseite bringe eine umfassende Aufzeichnungspflicht zudem einen erheblichen Verwaltungsmehraufwand mit sich. In der Praxis gelebte und von allen Seiten akzeptierte Arbeitszeitmodelle würden durch umfassende Aufzeichnungspflichten nunmehr in Frage gestellt. Schließlich sei – worauf im Rahmen der Publikumsdiskussion insbesondere *Prof. Rüdiger Krause* von der Universität Göttingen hinwies – zu erwarten, dass in Zukunft der Begriff der „Arbeitszeit“ verstärkt ins Zentrum der theoretischen und praktischen Diskussion rücken werde.