



Sachstand

Vergütung der Mitglieder des Betriebsrats bei Kurzarbeit

Vergütung der Mitglieder des Betriebsrats bei Kurzarbeit

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 - 059/20
Abschluss der Arbeit: 30. Juli 2020
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Sozialversicherungsrechtlicher Anspruch auf Kurzarbeitergeld	4
2.1.	Allgemeine Leistungsvoraussetzungen	4
2.2.	Nicht freigestellte Mitglieder des Betriebsrats	5
2.3.	Freigestellte Mitglieder des Betriebsrats	5
2.4.	Betriebsvereinbarungen	6
3.	Arbeitsrechtlicher Vergütungsanspruch	6
3.1.	Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	7
3.2.	Auffassungen in der Literatur	8
4.	Fazit	9

1. Einleitung

Im Zuge der aktuellen COVID-19-Pandemie und der in diesem Zusammenhang verhängten staatlichen Maßnahmen gab es in vielen Betrieben erheblichen Arbeitsausfall, sodass Kurzarbeit eingeführt wurde. Zahlreiche Arbeitnehmer waren bei vollständigem Arbeitsausfall von „Kurzarbeit Null“ betroffen. Während der Kurzarbeit zahlt die Bundesagentur für Arbeit Kurzarbeitergeld, das den Entgeltausfall aufgrund des vorübergehenden Arbeitsausfalls ausgleichen soll.

Betriebsräte bleiben selbstverständlich auch in Zeiten von Kurzarbeit im Amt, und zwar auch, wenn im ganzen Betrieb wegen der Kurzarbeit überhaupt nicht mehr gearbeitet wird. Die Organe der Betriebsverfassung sind auch während der Phase der Kurzarbeit nicht suspendiert.¹ Die Betriebsratsmitglieder haben vielmehr weiterhin wichtige Aufgaben wahrzunehmen. Es stellt sich insofern die Frage, wie sie während der Kurzarbeit vergütet werden.

2. Sozialversicherungsrechtlicher Anspruch auf Kurzarbeitergeld

2.1. Allgemeine Leistungsvoraussetzungen

Kurzarbeit kann bei vorübergehendem erheblichem, konjunkturbedingtem Arbeitsausfall vom Arbeitgeber mit seinen Beschäftigten individuell vereinbart oder aufgrund eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung einseitig angeordnet werden. Anspruch auf Kurzarbeitergeld als „Versicherungsleistung bei (vorübergehender) Teilarbeitslosigkeit“² haben Arbeitnehmer nach § 95 Satz 1 Nr. 1-4 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung (SGB III), wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt (§ 96 SGB III) sowie die betrieblichen Voraussetzungen (§ 97 SGB III) und die persönlichen Voraussetzungen (§ 98 SGB III) erfüllt sind und der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist. Auch Betriebsratsmitglieder können als Arbeitnehmer anspruchsberechtigt sein, wenn die Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind.

1 Windhorst, Julia / Lange, Jakob T., Betriebsvereinbarungen zur Kurzarbeit - Was können Betriebe vereinbaren, was kann durchgesetzt werden?, in: Helm/Bundschuh/Wulff (Hrsg.), Arbeitsrechtliche Beratungspraxis in Krisenzeiten - Aktuelle Fragestellungen in der Pandemie, 1. Auflage 2020, Rn. 133.

2 Bieback in: BeckOK Sozialrecht, 57. Edition, Stand: 1. Juni 2020, § 95 SGB III, Rn. 1.

2.2. Nicht freigestellte Mitglieder des Betriebsrats

Nach den fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit (BA) zum Kurzarbeitergeld ist die Gewährung von Kurzarbeitergeld für Mitglieder einer Betriebsvertretung, die von ihrer betrieblichen Tätigkeit nicht freigestellt sind, grundsätzlich zulässig.³ Soweit sie regulär in den Betriebsablauf integriert sind, können sie von Arbeitsausfall im Sinne der §§ 95, 96 SGB III mit entsprechendem Entgeltausfall betroffen sein und mithin wie die anderen Beschäftigten des Betriebes Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben.

Mitglieder des Betriebsrats sind allerdings nach § 37 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Daraus ergibt sich nach den fachlichen Weisungen der BA, denen im Schrifttum nicht widersprochen wird, dass für Arbeitszeiten als Betriebsrat grundsätzlich kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht, auch wenn die übrige Belegschaft kurzarbeitet.⁴ Denn der Arbeitsausfall nach §§ 95, 96 SGB III, für den Kurzarbeitergeld erbracht wird, erfasst nicht die Betriebsratsarbeit.⁵

2.3. Freigestellte Mitglieder des Betriebsrats

„Gegenstand der Tätigkeit nach § 38 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) von der betrieblichen Arbeit freigestellter Betriebsratsmitglieder sind allein die betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben.“⁶ Demgemäß ist nach den fachlichen Weisungen Kurzarbeitergeld der BA für die Frage, ob ein freigestelltes Betriebsratsmitglied einen Arbeitsausfall im Sinne der §§ 95 und 96 SGB III erleidet, allein auf die Tätigkeit als Mitglied des Betriebsrats abzustellen. Ob und in welchem Umfang ein freigestellter Betriebsrat von einem Arbeitsausfall und entsprechenden Entgeltausfall betroffen sei und dafür Kurzarbeitergeld beziehen könne, lasse sich nur auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten im Betrieb feststellen. Allerdings spreche „viel dafür, dass bei Kurzarbeit im Betrieb die Aufgaben des Betriebsrats eher zu- als abnehmen, weil Zeiten der Kurzarbeit

3 BA: Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug), Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III, §§ 95-100 und 103-109 SGB III, gültig ab 20. Dezember 2018 fortlaufend, Rn. 95.21, S. 11, abrufbar im Internetportal der BA: https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba013530.pdf, zuletzt abgerufen am 30. Juni 2020.

4 BA: Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Fn. 3), Rn. 95.21, S. 12; Mutschler in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, Sozialgesetzbuch III, 6. Auflage 2017, § 95, Rn. 22; Windhorst/Lange (Fn. 1), Rn. 135.

5 Bieback in: Gagel/Bieback, SGB II / SGB III, 77. Ergänzungslieferung März 2020, § 95, Rn. 210.

6 BA: Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Fn. 3), Rn. 95.21, S. 11.

für den Betrieb kritische Zeiten sind.“⁷ Damit dürfte die Annahme eines Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall und damit ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld für freigestellte Betriebsratsmitglieder grundsätzlich nur ausnahmsweise in Betracht kommen.

2.4. Betriebsvereinbarungen

Die Einführung von Kurzarbeit unterliegt in Betrieben mit Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG der Mitbestimmung. Nach Auskunft der BA wird dazu in der Regel eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen. Betriebsratsmitglieder können hier ausdrücklich berücksichtigt werden. Nur wenn Betriebsratsmitglieder hier durch eine entsprechende Regelung eingeschlossen seien, komme für sie Kurzarbeit in Betracht.⁸ „Soweit Arbeitgeber und Betriebsrat in der Betriebsvereinbarung über die Kurzarbeit gleichzeitig Regelungen über die Kurzarbeit von Betriebsratsmitgliedern treffen, hat die BA diese Regelung grundsätzlich als sachgerecht zu akzeptieren, es sei denn, sie erscheine willkürlich und mit dem sonstigen wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall im Betrieb nicht vereinbar zu sein.“⁹ Soweit jedoch während der Kurzarbeit eine Erhöhung der Arbeitszeit vereinbart wird, liegt nach Auskunft der BA ein vermeidbarer Arbeitsausfall vor, für den kein Kurzarbeitergeld gezahlt wird.¹⁰

Die Betriebsparteien können allerdings in der Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit auch teilweise oder voll freigestellte Betriebsratsmitglieder vorsorglich von der Reduzierung der Arbeitszeit ausnehmen, sodass sie ihre volle Vergütung behalten. Soweit sie während der Kurzarbeit entsprechend ihrer vertraglichen Arbeitszeit in Anspruch genommen werden, liegt darin auch keine nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässige Begünstigung.¹¹

3. Arbeitsrechtlicher Vergütungsanspruch

Fraglich ist, ob Mitgliedern des Betriebsrats während der Kurzarbeit neben dem Kurzarbeitergeld Entgeltansprüche gegen den Arbeitgeber zustehen bzw. in welcher Höhe sie zu vergüten sind, soweit ein Kurzarbeitergeldanspruch zu verneinen ist.

7 BA: Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Fn. 3), Rn. 95.21, S. 12; Windhorst/Lange (Fn. 1), Rn. 135.

8 E-Mail-Antwort der BA vom 26. Juni 2020 auf Anfrage des Fachbereichs.

9 Bieback in: Gagel/Bieback, SGB II / SGB III, 77. Ergänzungslieferung März 2020, § 95, Rn. 209.

10 E-Mail-Antwort der BA vom 26. Juni 2020 auf Anfrage des Fachbereichs.

11 Windhorst/Lange (Fn.1, Rn. 136); Däubler, Wolfgang, Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Krise, 2020, Rn. 18. (zit. nach Windthorst/Lange).

Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt nach § 37 Abs. 1 BetrVG als unentgeltliches Ehrenamt. Verboten ist damit die Gewährung eines unmittelbaren oder mittelbaren Entgelts für die Betriebsratstätigkeit.¹²

Betriebsratsmitglieder haben Anspruch auf Vergütung nach § 611a Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) in Verbindung mit § 37 Abs. 2 BetrVG, aus dem sich ergibt, dass sie aufgrund ihres betriebsverfassungsrechtlichen Mandats keine Entgelt Nachteile erleiden dürfen. Es gilt das sogenannte Lohnausfallprinzip.¹³

3.1. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Der Entgeltanspruch eines Mitglieds des Betriebsrats ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BA) aufgrund des Lohnausfallprinzips allerdings auf den Teil des Entgelts begrenzt, den er ohne die Wahrnehmung des Mandats erzielt hätte.¹⁴ Zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt gehören danach auch die anfallenden Entgeltersatzleistungen. Bei Kurzarbeit Null reduziert sich die Vergütung der einzelnen Betriebsratsmitglieder wie die der übrigen Beschäftigten auf null; daneben beziehen sie Kurzarbeitergeld. Darüber hinausgehende Entgeltansprüche haben sie nach der Rechtsprechung des BAG nicht.¹⁵ Dies gilt auch dann, wenn Betriebsratsmitglieder während der Kurzarbeit Betriebsratstätigkeit verrichten.

Diese Anwendung des Lohnausfallprinzips rechtfertigt das BAG damit, „dass die Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt ausüben. Die Vergütung der Betriebsratstätigkeit wie reguläre Arbeit, also losgelöst von dem Verdienst, den das Betriebsratsmitglied gehabt hätte, wenn es gearbeitet hätte, würde daher diesem Charakter des Betriebsratsamtes als Ehrenamt widersprechen. Daraus ergibt sich, dass in den Fällen, in denen die Arbeit während der Betriebsratstätigkeit ausfällt, ohne dass dies vom Arbeitgeber nach den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre zu vertreten ist, kein Anspruch auf Arbeitsentgelt nach § 611 BGB¹⁶ besteht; ein solcher Anspruch folgt nicht aus § 37 Abs. 2 BetrVG.“¹⁷

12 Vgl. Thüsing in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Auflage 2018, § 37 Rn. 8 ff.

13 Vgl. BAG Urteil vom 28. Mai 2014 – 7 AZR 404/12 – 1. Orientierungssatz.

14 Vgl. BAG Urteil vom 23. Juni 2004 – 7 AZR 514/03 – NZA 2004, S. 1287, 1288; BAG Urteil vom 31. Juli 1986 – 6 AZR 298/84 – NZA 1987, S. 528. .

15 BAG Urteil vom 26. April 1995 – 7 AZR 874/94 – NZA 1996, S. 160, 161; die Entscheidung bezog sich auf ein Mitglied des Wahlvorstandes, für den § 20 Abs. 3 Satz 2 BetrVG eine dem § 37 Abs. 2 BetrVG entsprechende Regelung vorsieht.

16 Seit 1. April 2017 ist der Vergütungsanspruch der Arbeitnehmer in § 611a BGB geregelt.

17 BAG Urteil vom 31. Juli 1986 – 6 AZR 298/84 – NZA 1987, S. 528.

Die vom BAG entschiedenen Fälle betrafen jeweils nicht nach § 38 BetrVG freigestellte Mandatsträger.

3.2. Auffassungen in der Literatur

Zahlreiche Autoren der Kommentarliteratur schließen sich der zitierten Auffassung des BAG aus den Jahren 1986 und 1995 an.¹⁸ Sofern das Betriebsratsmitglied keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld habe, müsse sein Entgeltanspruch gegen den Arbeitgeber auf die Höhe des Kurzarbeitergeldes begrenzt sein, denn dies sei das Entgelt, das das Betriebsratsmitglied ohne die Wahrnehmung des Mandats bezogen hätte.¹⁹

Die Rechtsprechung des BAG ist jedoch nicht unwidersprochen geblieben. So wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass sich aus § 37 Abs. 2 BetrVG für Betriebsratsmitglieder, die während der Kurzarbeit für den Betriebsrat tätig werden, gegen den Arbeitgeber ein Anspruch auf volle Vergütung ergebe.²⁰ Da Betriebsratsmitglieder auch während der Kurzarbeit kraft Gesetzes ihr Amt ausüben müssten und dessen Kosten an sich in vollem Umfang vom Arbeitgeber zu tragen seien (§ 40 Abs. 1 BetrVG), sei es nicht interessengerecht, das Lohnrisiko für Betriebsratstätigkeiten vom Arbeitgeber auf die BA zu übertragen. Auch die Tatsache, dass gerade in Zeiten von Kurzarbeit für die Betriebsratsmitglieder als Interessenvertreter der Arbeitnehmer zusätzliche Aufgaben anfielen, spreche für die Annahme eines Anspruchs der Betriebsratsmitglieder auf die volle Vergütung. Nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern stehe der volle Lohnanspruch für die Zeiten zu, in denen sie tatsächlich für den Betriebsrat tätig geworden sind.²¹

Als Grundlage für den Vergütungsanspruch für Zeiten der Betriebsratstätigkeit während der „Kurzarbeit Null“ wird zum Teil § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG herangezogen, der Freizeitausgleich bzw. Vergütung bei Betriebsratstätigkeit außerhalb der individuellen Arbeitszeit regelt.²² Bei „Kurzarbeit Null“ sei Betriebsratstätigkeit während der Arbeitszeit per se nicht möglich; insofern

18 Koch in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020, § 37 BetrVG, Rn. 6; Thüsing in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Auflage 2018, § 37, Rn. 12; Mutschler in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, Sozialgesetzbuch III, 6. Auflage 2017, § 95, Rn. 22.

19 Mutschler in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, Sozialgesetzbuch III, 6. Auflage 2017, § 95 Rn. 22.

20 Bieback in: Gagel/Bieback SGB II / SGB III, 77. Ergänzungslieferung März 2020, § 95, SGB III Rn. 208; Wedde in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Auflage 2018, § 37 Rn. 5; Windhorst/Lange (Fn.1), Rn. 13.

21 Vgl. dazu Bieback in: Gagel/Bieback SGB II / SGB III, 77. Ergänzungslieferung März 2020, § 95 SGB III Rn. 208.

22 Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 30. Auflage 2020, § 37, Rn. 69; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 18. Auflage 2019, § 221 Rn. 13; Schulze/Volk/Wolters, Arbeitszeit – Schutz auch für Betriebsräte?, ArbRAktuell 2020, S. 313, 316.

liege stets eine Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit vor.²³ Das BAG hatte demgegenüber die Anwendung des § 37 Abs. 3 BetrVG mit dem Verweis auf die Ehrenamtlichkeit der Tätigkeit ausgeschlossen, die regelmäßig auch nicht ausgleichspflichtige Freizeitopfer beinhalte.²⁴

4. Fazit

Nach der vorliegenden Rechtsprechung des BAG aus den Jahren 1986 und 1995 steht Betriebsratsmitgliedern nach dem geltenden Lohnausfallprinzip während einer Kurzarbeitsperiode „Null“ kein über die Höhe des Kurzarbeitergelds hinausgehender Vergütungsanspruch zu. Vor dem Hintergrund der lebhaften Diskussion im Schrifttum bleibt abzuwarten, ob das BAG auch in Zukunft an seiner Rechtsprechung zur Vergütung von Betriebsratsmitgliedern während der Kurzarbeit festhalten wird.

23 Schulze/Volk/Wolters, Arbeitszeit – Schutz auch für Betriebsräte?, ArbRAktuell 2020, 313, 316.

24 BAG Urteil vom 26. April 1995 – 7 AZR 874/94 – NZA 1996, S. 160, 161.