

1

## **Kein Mitbestimmungsrecht bei der Dauer der Arbeitszeit**

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 17. August 2021 – 1 AZR 175/20

**Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und einer Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit. Bei der Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit jedoch kann er nicht mitbestimmen und daher auch keine Betriebsvereinbarungen abschließen**

### **Die Entscheidung**

Die Parteien streiten um die wöchentliche Arbeitszeit in einem Betrieb (und deren Vergütung), für den der Manteltarifvertrag der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie des Landes Hessen gilt. Nach dessen § 2 Nr. 1 Abs. 1 beträgt danach die wöchentliche Arbeitszeit ohne Pausen 35 Stunden. In dem Betrieb galt zugleich eine Rahmenbetriebsvereinbarung (RBV) und eine Betriebsvereinbarung,

die eine 40-Stunden-Woche vorsahen. Der Arbeitnehmer arbeitete sodann in einer 40-Stunden-Woche. Er war der Auffassung, Nr. 3 RBV, die die Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit auf 40 Stunden vorsah, sei wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG unwirksam. Er verlangte daher von seiner Arbeitgeberin die Zahlung von Überstundenvergütungen einschließlich eines Zuschlags je Stunde i.H.v. 25 %.

Das Bundesarbeitsgericht gibt dem Arbeitnehmer recht. Die wöchentliche Arbeitszeit richtet sich nach dem Tarifvertrag und kann nicht durch eine Betriebsvereinbarung hochgesetzt werden. Eine entsprechende Betriebsvereinbarung ist wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG unwirksam. Diese Sperrwirkung sei – so die Richter – auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit nach § 87 Abs. 1 BetrVG aufgehoben worden. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats erstrecken sich nicht auf die Dauer

der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit. Der Betriebsrat habe nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nur über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen mitzubestimmen. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG räume ihm lediglich bei einer vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit ein Mitbestimmungsrecht ein. Hinsichtlich der Zuschläge für Überstunden sei der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast bezüglich einer bestehenden betrieblichen Übung hinreichend nachgekommen, denn er habe andere Beschäftigte namentlich benennen können, die solche Zuschläge erhalten hatten. Daher durfte er von einer allgemeinen Vergütungspraxis ausgehen. Er müsse nicht darlegen, dass er selbst im fraglichen Zeitraum Überstundenzuschläge erhalten hat. Auch wenn der Arbeitnehmer die geleisteten Überstunden nicht in jeder Hinsicht darlegen und beweisen konnte, müsse das Gericht den Umfang der geleisteten Überstunden

gleichwohl schätzen, außer die Schätzung wäre willkürlich. Das Bundesarbeitsgericht hat die Sache zur Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen, um u.a. die erforderlichen Feststellungen zum Umfang der vom Arbeitnehmer erbrachten Überstunden nachzuholen.

### **Praxistipp**

Sind Arbeitsbedingungen – wie im vorliegenden Fall die wöchentliche Arbeitszeit – durch einen Tarifvertrag geregelt, können sie nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, außer der Tarifvertrag lässt dies ausdrücklich zu, siehe § 77 Abs. 3 BetrVG. Diese Regelungssperre greift dann nicht, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen, was das BAG jedoch bezüglich der wöchentlichen Arbeitszeit verneint.

## **2**

### **2G-Zugangsregel für Betriebsräteversammlung unzulässig**

Arbeitsgericht Bonn, Beschluss vom 15.11.2021, 5 BVGa 8/21

**Einem Betriebsratsmitglied kann die Teilnahme an einer Betriebsräteversammlung nicht unter Hinweis auf eine „2G-Regelung“ verweigert werden, wenn es zu Beginn der Sitzung einen negativen PCR-Test vorlegt.**

## Die Entscheidung

Die Betriebsräte wurden vom Gesamtbetriebsrat zu einer in Berlin stattfindenden Betriebsräteversammlung eingeladen. Sie wurden darauf hingewiesen, dass für die Teilnahme an der Versammlung die sogenannten „2G-Regeln“ gelten.

Die Antragstellerin, eine eingeladene Betriebsratsvorsitzende, beehrte in diesem einstweiligen Verfügungsverfahren ihr die Teilnahme durch Vorlage eines aktuellen PCR-Tests zu ermöglichen. Sie war weder gegen Covid-19 geimpft noch genesen. Die Durchführung der Versammlung unter „2G-Regeln“ und ihr Ausschluss sei nach ihrer Auffassung ein unzulässiger Eingriff in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht und stelle eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Ungeimpften dar.

In seiner Entscheidung ist das Arbeitsgericht Bonn dem Antrag der Antragstellerin gefolgt und hat ihr die Teilnahme unter Vorlage eines PCR-Tests zugestanden. Denn die Teilnahme an der Betriebsräteversammlung ist von der Mandatsausübung gedeckt und darf insoweit nicht eingeschränkt werden. Auch nicht durch ein vom Gesamtbetriebsrat angewandtes Hygienekonzept und ein auf dieser Basis geforderten Impf- oder Genesenachweis.

Das Arbeitsgericht sah in der Vorlage eines aktuellen PCR-Tests den ausreichenden Nachweis, dass keine Infektion mit dem Coronavirus vorliegt. Die zu der Zeit geltende landesrechtlichen Corona-Schutz-Verordnung sah auch keine weitergehenden Beschränkungen vor und rechtfertige nach Ansicht des Gerichts die Aufstellung von „2G-Regeln“ für die Betriebsräteversammlung nicht.

## Praxistipp

Da sich die Corona-Schutz-Verordnungen der Länder regelmäßig ändern und an die aktuelle Situation angepasst werden, empfiehlt es sich, dass Betriebsräte prüfen, unter welchen Maßnahmen und Regelungen die unterschiedlichen Sitzungen, Versammlungen etc. stattfinden können.

### 3

## Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 30. November 2021 – 9 AZR 234/21

**Fallen aufgrund von Kurzarbeit einzelne Arbeitstage vollständig aus, ist dies bei der Berechnung des Jahresurlaubs zu berücksichtigen.**

## Die Entscheidung

Die Klägerin ist bei der Beklagten drei Tage wöchentlich als Verkaufshilfe mit Backtätigkeiten beschäftigt. Bei einer Sechstageswoche hätte ihr nach dem Arbeitsvertrag ein jährlicher Erholungsurlaub von 28 Werktagen zugestanden. Dies entsprach bei einer vereinbarten Dreitageweche einem Urlaubsanspruch von 14 Arbeitstagen. Aufgrund Arbeitsausfalls durch die Corona-Pandemie führte die Beklagte Kurzarbeit ein. Dazu trafen die Parteien Kurzarbeitsvereinbarungen, auf deren Grundlage die Klägerin u.a. in den Monaten April, Mai und Oktober 2020 vollständig von der Arbeitspflicht befreit war und in den Monaten November und Dezember 2020 insgesamt nur an fünf Tagen arbeitete. Aus Anlass der kurzarbeitsbedingten Arbeitsausfälle nahm die Beklagte eine Neuberechnung des Urlaubs vor. Sie bezifferte den Jahresurlaub der Klägerin für das Jahr 2020 auf 11,5 Arbeitstage. Dagegen hat sich die Klägerin mit der vorliegenden Klage gewandt. Sie hat den Standpunkt eingenommen, kurzarbeitsbedingt ausgefallene Arbeitstage müssten urlaubsrechtlich wie Arbeitstage gewertet werden. Die Beklagte sei daher nicht berechtigt gewesen, den Urlaub zu kürzen. Für das Jahr 2020 stünden ihr weitere 2,5 Urlaubstage zu.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte beim Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf weitere 2,5 Arbeitstage Erholungsurlaub für das Kalenderjahr 2020. Nach § 3 Abs. 1 BUrlG beläuft sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf sechs Tage in der Woche auf 24 Werktage. Ist die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers nach dem Arbeitsvertrag auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, ist die Anzahl der Urlaubstage grundsätzlich unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus zu berechnen, um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu gewährleisten (24 Werktage x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht geteilt durch 312 Werktage).<sup>\*</sup> Dies gilt entsprechend für den vertraglichen Mehrurlaub, wenn die Arbeitsvertragsparteien – wie im vorliegenden Fall – für die Berechnung des Urlaubsanspruchs keine von § 3 Abs. 1 BUrlG abweichende Vereinbarung getroffen haben.

Bei der vertraglichen Dreitageweche der Klägerin errechnete sich zunächst ein Jahresurlaub von 14 Arbeitstagen (28 Werktage x 156 Tage mit Arbeitspflicht

geteilt durch 312 Werktage). Der kurzarbeitsbedingte Ausfall ganzer Arbeitstage rechtfertigte eine unterjährige Neuberechnung des Urlaubsanspruchs. Aufgrund einzelvertraglich vereinbarter Kurzarbeit ausgefallene Arbeitstage sind weder nach nationalem Recht noch nach Unionsrecht Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen. Der Urlaubsanspruch der Klägerin aus dem Kalenderjahr 2020 übersteigt deshalb nicht die von der Beklagten berechneten 11,5 Arbeitstage. Allein bei Zugrundelegung der drei Monate, in denen die Arbeit vollständig ausgefallen ist, hätte die Klägerin lediglich einen Urlaubsanspruch von 10,5 Arbeitstagen (28 Werktage x 117 Tage mit Arbeitspflicht geteilt durch 312 Werktage).  
Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 41/21

### **Praxistipp**

Betriebsräte sollten sowohl bei der Verhandlung einer Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit als auch bei der konkreten Festlegung, welche Mitarbeiter wann und in welchem Umfang in Kurzarbeit gehen, darauf achten, dass bei vollständiger Kurzarbeit eines Kalendermonats sich der anteilige Jahresurlaub des Arbeitnehmers verringert. Um dies zu verhindern, müssen Betriebsräte darauf achten, dass Arbeitnehmer in einem Kalendermonat nicht vollständig in Kurzarbeit sind, also keine sogenannte Kurzarbeit 0 genehmigen.

---

### CNH-Anwälte

Markus Neuhaus · Gunnar Herget · Javier Davila Cano · Nadine Burgsmüller  
Alexandra Köttig · Gerda Reichel · Sandra Rahmfeld · Kathrin Krupp  
Annastr. 58-64 · 45130 Essen · Tel.: 0201-749484 0 · Fax: 0201-749484 29  
[kanzlei@cnh-anwaelte.de](mailto:kanzlei@cnh-anwaelte.de) · [www.cnh-anwaelte.de](http://www.cnh-anwaelte.de)

---

Dieses Dokument dient nur der Information und stellt keine Rechtsberatung dar.  
CNH-Anwälte haften nicht für Richtigkeit und Vollständigkeit des Textes.