

Unabhängigkeit des Betriebsrats trotz Gegnerfinanzierung?

- Probleme der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Die Unabhängigkeit der Interessenvertretung von der Arbeitgeberseite – ein universelles Prinzip?

1. Aktuelle Probleme

Darf ein Gewerkschaftsvorsitzender von der Arbeit freigestellt werden und gleichwohl sein bisheriges Gehalt weiter beziehen? Am Beispiel des Vorsitzenden der Deutschen Polizeigewerkschaft Rainer Wendt wurde dies in der Öffentlichkeit erörtert – mit deutlich kritischem Unterton, da auch die Frage gestellt wurde, ob sich der zuständige Innenminister nicht der Untreue zu Lasten der Staatskasse schuldig gemacht habe.¹ Auch in anderem Zusammenhang werden Zuwendungen der Arbeitgeberseite an Gewerkschaften recht kritisch betrachtet. So weckt es zwar im Grundsatz keine Bedenken, wenn der Arbeitgeber die Kosten gewerkschaftlicher Seminare für Betriebsräte nach § 37 Abs. 6 BetrVG erstattet, doch darf die Gewerkschaft nur ihre Selbstkosten geltend machen: Gewinne würden – so die Rechtsprechung² - eine „Gegnerfinanzierung“ darstellen und deshalb die Unabhängigkeit der Gewerkschaft gefährden.

Im Bereich der Betriebsverfassung scheinen die Uhren anders zu gehen. Dass ein Betriebsratsvorsitzender bei voller Entgeltfortzahlung freigestellt wird, ist nicht nur bei Betrieben ab 200 Beschäftigten die Regel, sondern unmittelbarer Ausfluss der Vorschrift des § 38 BetrVG. Und niemand zweifelt daran, dass der Arbeitgeber nach § 40 BetrVG dem Betriebsrat alle die Aufwendungen ersetzen muss, die dieser für erforderlich halten durfte.

Prima facie wird hier mit zweierlei Maß gemessen. Der Sinn der Verschiedenheiten erschließt sich jedenfalls nicht spontan, zumal der Betriebsrat trotz des Gebots vertrauensvoller Zusammenarbeit „zum Wohle der Arbeitnehmer und des Betriebs“ (§b 2

¹ <http://www.berliner-zeitung.de/politik/untreueverdacht-vorsitzender-der-polizeigewerkschaft-rainer-wendt-geraet-unter-druck-26137572>

² BAG Beschluss v. 15.1.1992 – 7 ABR 23/90, AP Nr. 41 zu § 40 BetrVG 1972; BAG Beschluss v. 30.3.1994 – 7 ABR 45/93, AP Nr. 42 zu § 40 BetrVG 1972 = AuR 1995, 280; BAG Beschluss v. 17.6.1998 – 7 ABR 25/97, AP Nr. 63 zu § 40 BetrVG 1972

Abs. 1 BetrVG) von der Rechtsprechung zutreffend als Vertreter von Arbeitnehmerinteressen qualifiziert wird.³

2. Unabhängigkeit von Koalitionen und Gewerkschaften

Die Unabhängigkeit von der Gegenseite stellt ein konstitutives Element für jede Koalition und jede Gewerkschaft im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG dar.⁴ Seinen quasi-normativen Ursprung hat dieses Prinzip in Nr. 3 des sog. Stinnes-Legien-Abkommens vom 15. November 1918, wo die Arbeitgeberseite verbindlich zusagte, die (bislang von ihr unterstützten) Werkvereine in Zukunft „vollkommen sich selbst zu überlassen und sie weder mittelbar noch unmittelbar zu unterstützen.“⁵ Bisweilen wird auch auf das deutsch-polnische Abkommen über Oberschlesien vom 15. Mai 1922⁶ zurückgegriffen, wo es in Art. 161 Abs. 2 ausdrücklich hieß, es dürften keine Unterstützungen oder sonstige Zuwendungen von der Arbeitgeberseite angenommen werden; die Wahrnehmung der Interessen der Mitglieder müsse selbstständig und unabhängig von nicht gewerkschaftlichen Einflüssen erfolgen.⁷ Die Gegnerfreiheit und Unabhängigkeit von Koalitionen wurde auch durch den Staatsvertrag mit der DDR bestätigt.⁸ Inwieweit diese Grundlagen heute noch von Bedeutung sind, kann dahinstehen, da niemand am Unabhängigkeitserfordernis zweifelt; insoweit dürfte es mittlerweile gewohnheitsrechtlichen Charakter haben.

Das Prinzip der Unabhängigkeit ist nicht formal, sondern in dem Sinne material zu verstehen, dass die Arbeitgeberseite (oder Dritte) keinen maßgebenden Einfluss auf die Existenz und Willensbildung der Koalition bzw. der Gewerkschaft haben dürfen.⁹ Ohne Bedeutung ist es deshalb, wenn einzelne Vorstandsmitglieder von AGs oder Minister der Gewerkschaft angehören, sofern sie bloße Mitglieder bleiben und keine tarifrelevante Position bekleiden.¹⁰ Keine Abhängigkeit schafft es auch, wenn sich aufgrund von

³ BAG Beschluss v. 21.4.1983 – 6 ABR 70/82, AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972: „Interessenwahrnehmung der Belegschaft“. Ähnlich BAG Urteil v. 5.3.1997 – 7 AZR 581/92, AP Nr. 123 zu § 37 BetrVG 1972 = AiB 1998, 105

⁴ Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur bei Schubert in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 57

⁵ Wiedergegeben bei Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 81

⁶ RGBI II S. 237

⁷ Wiedergegeben bei Kempen in: Kempen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 2 Rn. 73

⁸ BGBI II 1990 S. 937: Art. 17 und gemeinsames Protokoll zu den Leitsätzen.

⁹ Peter in: Däubler (Hrsg.), TVG mit AN-EntsendeG, 4. Aufl. 2016, § 2 Rn. 46; Kocher/Berg in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG und Arbeitskampfrecht, 5. Aufl. 2015, § 2 Rn. 23; Schubert (Fn. 4) § 2 Rn. 58

¹⁰ Kocher/Berg (Fn. 9) § 2 Rn. 24; Peter (Fn. 9) § 2 Rn. 46; Kempen (Fn. 7) § 2 Rn. 75

Tarifverträgen eine wirtschaftliche Erleichterung für die Gewerkschaft ergibt: Jede Lohnsteigerung führt im Prinzip zu höheren Mitgliedsbeiträgen, die Gewährung von Leistungen an einen Verein, dem nur gewerkschaftlich Organisierte als Mitglieder angehören,¹¹ macht die Gewerkschaft attraktiver. Auch die Einziehung der Gewerkschaftsbeiträge durch den Arbeitgeber und die bezahlte Freistellung gewerkschaftlicher Vertrauensleute sind unbedenklich.¹² Abmachungen dieser Art machen die Gewerkschaft im Regelfall stärker und nicht abhängiger; dies gilt auch dann, wenn die Arbeitgeberseite nach einem rechtswidrigen Streik auf Schadensersatzansprüche verzichtet.¹³ Entscheidend ist aber nicht nur die Art des Zustandekommens, sondern die Existenz von Ansprüchen; der Arbeitgeberseite ist dadurch die Möglichkeit genommen, mit einem Entzug von „Wohltaten“ zu drohen, um damit ein „botmäßiges“ Verhalten zu erreichen. Eine Ausnahme kommt nur für den (Extrem-)Fall in Betracht, dass eine Abmachung über den Einzug der Gewerkschaftsbeiträge mit kurzer Frist gekündigt werden kann und die Gewerkschaft von ihren Ressourcen her nicht in der Lage ist, den Einzug selbst zu übernehmen.

In einer neueren Entscheidung hat das BAG¹⁴ betont, die Gewerkschaft müsse „strukturell“ von der Arbeitgeberseite abhängig sein; nur dann verliere sie ihre Eigenschaft als Interessenvertretung. Dies sei dann der Fall, „wenn durch personelle oder organisatorische Verflechtungen oder durch wesentliche finanzielle Zuwendungen die eigenständige Interessenwahrnehmung der Tarifvertragspartei ernsthaft gefährdet wird.“ Diese Bedingung ist dann erfüllt, wenn sich eine Organisation im Wesentlichen nicht aus Beiträgen ihrer Mitglieder, sondern aus Zuwendungen der Arbeitgeberseite finanziert und wenn sie damit rechnen muss, dass die Arbeitgeberseite mit der Einstellung ihrer Zahlungen drohen könnte. Auf der anderen Seite würde die bezahlte Freistellung eines hauptamtlichen Mitarbeiters auch dann keine strukturelle Abhängigkeit begründen, wenn dieser für die Tarifpolitik zuständig ist, sofern er über diese nicht allein befinden kann und die Organisation zudem jederzeit in der Lage ist, ihn aus eigenen Mitteln zu vergüten.

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, so vermag es nicht einzuleuchten, weshalb bei Betriebsräteschulungen nach § 37 Abs. 6 BetrVG nur die Selbstkosten zu ersetzen sind,

¹¹ BAG Urteil v. 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115

¹² Ebenso für Gewerkschaftsbeiträge Peter (Fn. 9) § 2 Rn. 47; Schubert (Fn. 4) § 2 Rn. 68 m. w. N. und für die Vertrauensleute Kempen (Fn. 7) § 2 Rn. 75; Löwisch/Rieble (Fn. 5) § 2 Rn. 86

¹³ Löwisch/Rieble § 2 Rn. 83

¹⁴ Beschluss v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697

während bei nicht-gewerkschaftlichen Anbietern auch der in den Seminargebühren steckende Gewinn nach § 40 BetrVG zu ersetzen ist.¹⁵

3. Unabhängigkeit von Betriebsräten

Ob auch Betriebsräte Unabhängigkeit vom Arbeitgeber genießen müssen, ist nicht in Art. 9 Abs. 3 GG festgelegt, der nur Vereinigungen erfasst, die auf einem freiwilligen Beitritt beruhen. Aus der Kompetenzvorschrift des Art. 74 Nr. 12 GG folgt lediglich, dass es eine Betriebsverfassung geben kann; wie diese ausgestaltet ist, liegt im Ermessen des Gesetzgebers.

Auch das BetrVG enthält kein ausdrückliches Bekenntnis zur Unabhängigkeit des Betriebsrats. Zahlreiche Einzelvorschriften und ihre Auslegung durch die Rechtsprechung haben jedoch einen Rechtszustand geschaffen, den man durchaus als „Unabhängigkeit“ bezeichnen kann.¹⁶ Dabei wird jedoch ein Weg beschritten, der sich wesentlich von dem unterscheidet, was für Koalitionen und Gewerkschaften gilt.

Auf der einen Seite muss der Arbeitgeber alle Kosten tragen, die mit der gesetzmäßigen Ausübung der Betriebsratstätigkeit verbunden sind: Er muss die durch die Betriebsratstätigkeit ausfallende Arbeitszeit vergüten, er muss den Betriebsrat mit dem nötigen Equipment bis hin zu internetfähigen Geräten ausstatten, und er muss alle Aufwendungen ersetzen, die dem einzelnen Betriebsratsmitglied oder dem Betriebsratsgremium als solchem durch die Ausübung seines Amtes entstanden sind. Die Finanzierung durch den Arbeitgeber trägt sogar exklusiven Charakter, da § 41 BetrVG ausdrücklich die Erhebung und Leistung von Beiträgen durch die Arbeitnehmer „für Zwecke des Betriebsrats“ verbietet – eine Regelung, die sich schon im BRG 1920 fand und die damals den Sinn hatte, eine eigenständige überbetriebliche Räteorganisation unmöglich zu machen.¹⁷ Auch Zuwendungen Dritter sind ausgeschlossen.¹⁸

Dieser – man ist versucht zu sagen: extreme – Fall von Gegnerfinanzierung wird durch eine umfassende rechtliche Absicherung ausgeglichen, die dafür sorgen soll, dass trotz

¹⁵ Weitere Einwände bei Däubler, Handbuch Schulung und Fortbildung, 5. Aufl. 2004, Rn. 498 f.

¹⁶ Näher hierzu Däubler in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 15. Aufl. 2016 (im Folgenden: DKKW-Bearbeiter) Einl. Rn. 77, auch zum Folgenden

¹⁷ v. Oertzen, Betriebsräte in der November-Revolution, 2. Aufl. 1976, S. 156

¹⁸ DKKW-Wedde § 41 Rn. 2 m. w. N.

dieses Umstands keine Abhängigkeit von der Arbeitgeberseite entsteht. Dies sollen drei Grundsätze bewirken.

Zum einen ist der Arbeitgeber *kraft Gesetzes verpflichtet*, die wirtschaftlichen Lasten der Betriebsratsarbeit zu tragen. Dem Betriebsrat bzw. seinen Mitgliedern stehen einklagbare Rechte zu. Der Arbeitgeber hat insoweit keine Spielräume; er kann grundsätzlich nicht mit „weniger wohlwollender“ Behandlung drohen. Im Streitfalle kann der Betriebsrat gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen, wozu auch die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung nach § 85 Abs. 2 ArbGG zählt. Würde der Arbeitgeber die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten verweigern, läge darin eine nach § 78 Satz 1 BetrVG verbotene Behinderung der Betriebsratsstätigkeit. Diese stellt bei vorsätzlicher Begehung zugleich eine Straftat im Sinne des § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG dar.

Zum zweiten genießen Betriebsratsmitglieder einen ausgebauten Kündigungsschutz. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist nur eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund zulässig, die außerdem nach § 103 Abs. 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsratsgremiums bedarf. Wird diese verweigert, kann der Arbeitgeber das Arbeitsgericht anrufen, um die Zustimmung des Betriebsrats ersetzen zu lassen, was nur geschieht, wenn effektiv ein wichtiger Grund vorliegt. Ausnahmsweise ist nach § 15 Abs. 4 und 5 KSchG eine ordentliche Kündigung möglich, wenn der Betrieb oder die Betriebsabteilung stillgelegt wird, in der das fragliche Betriebsratsmitglied bisher beschäftigt war, und wenn im Unternehmen keine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung besteht. Diese muss notfalls dadurch geschaffen werden, dass ein passender Arbeitsplatz „frei gekündigt“ wird.¹⁹

Zum dritten dürfen der Betriebsrat und seine Mitglieder nach § 78 Satz 2 BetrVG weder benachteiligt noch begünstigt werden. Der Betriebsrat und seine Mitglieder sollen nach dem gesetzlichen Modell nicht befürchten müssen, wegen unerwünschten Verhaltens sanktioniert zu werden – und zwar auch dann nicht, wenn sie keinen Zusammenhang mit der Betriebsratsstätigkeit belegen können. Dies stärkt ihre Unabhängigkeit. Diese könnte jedoch dadurch in Gefahr geraten, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat oder einzelnen seiner Mitglieder über das kraft Gesetzes Geschuldete hinaus Vorteile gewährt oder verspricht. Diese könnten – gewissermaßen aus Dankbarkeit - ein hohes Maß an Offenheit

¹⁹ Einzelheiten bei Deinert in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 10. Aufl. 2017, § 15 KSchG Rn. 95

gegenüber den Wünschen des Arbeitgebers bewirken. Soweit dies nicht der Fall wäre, könnte mit ihrem Entzug gedroht und so in aller Regel das gewünschte Verhalten erreicht werden. Beide Varianten des § 78 Satz 2 BetrVG sichern die Unabhängigkeit des Betriebsrats vom Arbeitgeber ab. Zum selben Ergebnis kommt das BAG, indem es sich auf das Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG bezieht,²⁰ aus dem man die Grundsätze des § 78 Satz 2 ableiten kann.

Das Unabhängigkeitsprinzip hat seinen Niederschlag in zahlreichen Einzelnormen gefunden, die insbesondere die Eigenständigkeit des Betriebsrats als (wirtschaftsfriedlicher) Gegenspieler des Arbeitgebers betreffen. So ist es beispielsweise ausgeschlossen, dem Betriebsrat im Wege der einstweiligen Verfügung die weitere Amtsausübung zu untersagen.²¹ Mit dem Gedanken der Unabhängigkeit lässt sich weiter der Grundsatz legitimieren, wonach der Arbeitgeber nach § 40 BetrVG auch solche Aufwendungen ersetzen muss, die bei nachträglicher Betrachtung an sich nicht notwendig waren, die der Betriebsrat jedoch vernünftigerweise für erforderlich halten konnte.²² Anders zu entscheiden und dem Betriebsrat das Risiko jeder Fehleinschätzung aufzubürden, würde seine Handlungsmöglichkeiten drastisch beschneiden und ihn zu einer Größe machen, die nicht mehr auf Augenhöhe verhandeln kann. Weiter gehört in diesen Zusammenhang der Grundsatz, dass ein Betriebsratsmitglied, das sich von seinem Arbeitsplatz abmeldet, nur den Ort und die voraussichtliche Dauer der Betriebsratsstätigkeit, nicht aber deren konkreten Inhalt angeben muss.²³ Auf diese Weise ist eigenständiges Handeln möglich, ohne dass dieses vom Arbeitgeber unmittelbar zur Kenntnis genommen werden kann. Auch die fehlende Kontrollkompetenz des vom Arbeitgeber eingesetzten betrieblichen Datenschutzbeauftragten in Bezug auf die

²⁰ BAG Urteil v. 5.3.1997 – 7 AZR 581/92, AP Nr. 123 zu § 37 BetrVG 1972, wo es unter Tz. 25 heißt: „Das Ehrenamtsprinzip wahrt die innere Unabhängigkeit der Betriebsräte... Das Ehrenamtsprinzip sichert aber auch ihre äußere Unabhängigkeit. Es trägt entscheidend dazu bei, dass die vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer davon ausgehen können, dass die Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nicht durch die Gewährung oder den Entzug materieller Vorteile für die Mitglieder des Betriebsrats beeinflussbar sind. Das begründet oder stärkt die Akzeptanz der vom Betriebsrat mit zu tragenden Entscheidungen, die wie die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrats im Bereich der sozialen Angelegenheiten, der Kündigungen und der Aufstellung von Sozialplänen zeigen, zwangsläufig auch mit Nachteilen für die Belegschaft oder einzelne Arbeitnehmer verbunden sind. Die durch das Ehrenamtsprinzip gesicherte Unabhängigkeit der Betriebsräte gegenüber dem Arbeitgeber als betrieblichem Gegenspieler der Arbeitnehmer ist damit wesentliche Voraussetzung für eine sachgerechte Durchführung von Mitwirkung und Mitbestimmung nach dem BetrVG.“

²¹ Thüsing in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 15. Aufl. 2016 (im Folgenden: Richardi-Thüsing) § 23 Rn. 67; ErfK-Koch, 17. Aufl. 2017, § 23 BetrVG Rn. 14; Huke in: Hess/Worzalla/Glock u.a., BetrVG, 9. Aufl. 2014, § 23 Rn. 51 m.w.N.

²² BAG Beschluss v. 3.10.1978 – 6 ABR 102/76, AP Nr. 14 zu § 40 BetrVG 1972; weitere Nachweise bei Fitting, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 40 Rn. 9

²³ BAG Urteil v. 15.3.1995 – 7 AZR 643/94, NZA 1995, 961

Datenverarbeitung durch den Betriebsrat lässt sich hier einordnen.²⁴ Schließlich folgt aus der Unabhängigkeit des Betriebsrats, dass das einzelne Mitglied von Haftungsrisiken freigestellt sein muss. Will etwa der Betriebsrat seine Zustimmung zu Überstunden verweigern, darf der Arbeitgeber nicht etwa damit drohen können, dies erfülle des Tatbestand eines schuldhaften Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und verpflichte die Betriebsratsmitglieder zu Schadensersatz. Die §§ 823 ff. BGB „passen“ nicht auf die Wahrnehmung eines Vertretungsmandats, sie anzuwenden würde den Betriebsrat erpressbar machen.²⁵

4. Bestätigung durch Art. 2 Abs. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 98

Das ILO-Übereinkommen Nr. 98²⁶ verbietet in Art. 2 Abs. 1 eine Einmischung der Gegenseite in die Bildung, Tätigkeit und Verwaltung von Organisationen der Arbeitnehmer.²⁷ Art. 2 Abs. 2 regelt einen hier besonders interessierenden Spezialfall der „Einmischung“: Als solche gelten „insbesondere Handlungen, die darauf gerichtet sind, von einem Arbeitgeber (oder von einem Arbeitgeberverband) abhängige „Organisationen von Arbeitnehmern“ ins Leben zu rufen oder sie durch Geldmittel oder auf sonstige Weise zu unterstützen, um sie unter den Einfluss eines Arbeitgebers oder eines Arbeitgeberverbandes zu bringen. Damit sind nicht nur „gelbe Gewerkschaften“, sondern auch betriebliche Interessenvertretungen gemeint, die über keine Unabhängigkeit vom Arbeitgeber verfügen. In der Praxis vieler Länder sind vom Arbeitgeber abhängige „Betriebskomitees“ eine verbreitete Erscheinung; sie sollen verhindern, dass echte Gewerkschaften im Betrieb Fuß fassen.²⁸ Von Interesse ist, dass nach Auffassung des (ILO-) Ausschusses für Vereinigungsfreiheit Zahlungen an Gewerkschaften oder andere Interessenvertretungen so lange unbedenklich sind, wie der Arbeitgeber keine Kontrolle über das Verhalten der Arbeitnehmerseite erlangt.²⁹ Die Rechtslage in der Bundesrepublik stimmt im Grundsatz mit Art. 2 Abs. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 98 überein, so dass es dahinstehen kann, ob diesem der Rang von Völkergewohnheitsrecht zukommt.

5. Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers

²⁴ BAG Beschluss v. 11.11.1997 – 1 ABR 21/97, NZA 1998, 385

²⁵ Näher Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006, Rn. 892 ff.

²⁶ Übereinkommen über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen vom 1.7.1949 (BGBl 1955 II S. 1122), abgedruckt auch bei Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994, Nr. 211

²⁷ In gleicher Weise sind die Arbeitgeberorganisationen geschützt.

²⁸ Näher Zimmer, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen, 2008, S. 120 ff.

²⁹ Zimmer S. 124

Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Betriebsrats vom Arbeitgeber ist nicht notwendigerweise mit dem Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG und damit verbunden, dass lediglich die durch Betriebsrattätigkeit verlorene Arbeitszeit vergütet wird. Angesichts fehlender verfassungsrechtlicher Vorgaben könnte der Gesetzgeber statt des Lohnausfallprinzips eine Betriebsratsvergütung vorsehen, die der der Verhandlungspartner auf Arbeitgeberseite entspricht.³⁰ Eine solche Bezahlung „nach Augenhöhe“ könnte sich damit rechtfertigen, dass Betriebsratsmitgliedern eine vergleichbare Verantwortung wie Managern zukommt und dass die Erfüllung ihrer Aufgaben eine vergleichbare Qualifikation voraussetzt.³¹ Auch könnte man daran denken, die Vergütung ähnlich wie die Diäten von Abgeordneten am Unabhängigkeitsgrundsatz zu orientieren: Der Betriebsrat würde einen Betrag erhalten, der ihn gegenüber „Bestechungsversuchen“ in aller Regel immun macht und der die Möglichkeit eröffnet, Entscheidungen allein nach Sachgesichtspunkten zu treffen.³² Gleichwohl überwiegen die Bedenken.

Um beim Einfachsten zu beginnen: Nicht jedes Betriebsratsmitglied erfüllt in der Praxis Management-Aufgaben. Dies mag in Großbetrieben für den Vorsitzenden, seinen Stellvertreter oder einzelne Ausschussvorsitzende zutreffen, dürfte jedoch selbst dort nicht für alle Betriebsratsmitglieder gelten. In kleinen und mittleren Betrieben wird es faktisch die Ausnahme sein, dass der Betriebsrat in unternehmerische Entscheidungsprozesse mehr als formal einbezogen wird. In beiden Fällen ist es außerdem Sache des Arbeitgebers, ob er die gesetzlichen Regelungen so handhabt, dass aus dem Betriebsrat (oder zumindest aus einzelnen seiner Mitglieder) ein „Co-Manager“ wird. So kann etwa die Personalplanung nach § 92 BetrVG in weitem Umfang für Vorschläge des Betriebsrats geöffnet werden, denen im Rahmen des betriebswirtschaftlich Vertretbaren auch Rechnung getragen wird. Auf der anderen Seite lässt sich § 92 BetrVG aber auch so handhaben, dass der Betriebsrat erst in einem relativ späten Stadium der Entwicklung eingeschaltet und seinem Votum geringe Bedeutung beigemessen wird – von dem Fall ganz abgesehen, dass der Arbeitgeber überhaupt auf eine formale Personalplanung verzichtet. Auch im Rahmen der Beschäftigungssicherung und Beschäftigungsförderung nach § 92a BetrVG kann dem Betriebsrat eine wichtige, aber auch eine ganz und gar unwichtige Rolle zukommen. Bei

³⁰ Für entsprechende Spielräume des Gesetzgebers auch Schweibert/Buse NZA 2007, 1080, 1082

³¹ In diese Richtung Farthmann Festschrift Stahlhacke 1995, S. 115 ff. Für eine eher großzügig gehandhabte Pauschalierung Kehrman Festschrift Wlotzke, 1996, S. 357, 374

³² Zur Bestimmung der Abgeordnetendiäten s. BVerfG Urteil v. 5.11.1975 – 2 BvR 193/74, BVerfGE 40, 296 ff.

einem Vergütungssystem, das an der Ausübung von Managementfunktionen ansetzt, besteht unter diesen Umständen die missliche Folge, dass der Arbeitgeber selbst darüber entscheidet, ob der Betriebsrat (und wenn ja: in welchem Umfang) mit Management-Aufgaben betraut wird, die zu einer höheren Vergütung führen würden. Da die Praxis änderbar ist, würde eine Situation geschaffen, die der Unabhängigkeit exakt zuwiderläuft: Der Arbeitgeber könnte den „unbotmäßigen“ Betriebsrat in Zukunft von Managementaufgaben ausschließen und ihm so auch finanzielle „Wohltaten“ entziehen.

Auch wenn man nicht an der konkreten Aufgabenstellung des einzelnen Betriebsratsmitglieds ansetzt, sondern – ähnlich wie bei Abgeordneten – allein auf den Status eines Repräsentanten abstellt, wären die Konsequenzen schwer erträglich. Würde der Betrag zu niedrig angesetzt (etwa: 150 % des Durchschnittsverdienstes im Betrieb), wären gut verdienende Mitarbeiter faktisch von der Mitwirkung im Betriebsrat ausgeschlossen, weil sie eine Absenkung ihrer Bezüge schwerlich in Kauf nehmen würden. Nimmt man stattdessen einen höheren Betrag, so schafft man einen Anreiz für Kandidaturen, die nur durch die Aussicht auf höheren Verdienst motiviert sind. Damit würde die Vertretung der Belegschaftsinteressen in die Hände von Personen gelegt, die sich ausschließlich am eigenen (finanziellen) Fortkommen orientieren. Dies kann zur Vernachlässigung vieler Anliegen von Beschäftigten führen. Auch wäre bei solchen Mandatsträgern die Gefahr nie auszuschließen, dass sie sich durch ein Arbeitgeberangebot beeindrucken lassen, sie nach Ende ihrer Amtszeit in eine gute Position auf Arbeitgeberseite zu übernehmen.³³

Bei beiden Varianten – der Co-Managervergütung und der Repräsentantenvergütung – stellen sich weitere Probleme, wenn es um die Wiederwahl geht. Die Gefahr, auf die „Normalspur“ zurückkehren zu müssen, würde aller Voraussicht nach bisherige Betriebsratsmitglieder dazu veranlassen, sich mit allen denkbaren Mitteln um ein erneutes Mandat zu bemühen. Dazu würden auch Intrigen und falsche Versprechungen gehören. Misslingt das Vorhaben dennoch und erfolgt keine Wiederwahl, so ergibt sich die Notwendigkeit, eine Art Übergangsregelung zu finden, die für das Unternehmen mit zusätzlichen Kosten verbunden ist und ihrerseits eine Privilegierung gegenüber Nicht-Betriebsräten darstellt.³⁴

³³ Kritisch auch Schweibert/Buse NZA 2007, 1080, 1082

³⁴ Ablehnend gegenüber der Forderung, für solche Fälle einen „Sicherungsfonds“ einzurichten, Schweibert/Buse NZA 2007, 1080, 1082

Im Ergebnis sollte es daher bei dem Ehrenamtsprinzip bisherigen Zuschnitts bleiben.³⁵

II. Probleme der praktischen Handhabung

Wie bereits festgestellt,³⁶ dürfen Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit nach § 78 Satz 2 BetrVG weder benachteiligt noch begünstigt werden. Dies bezieht sich auch auf die berufliche Entwicklung. Damit sind zahlreiche praktische Probleme verbunden, die Anlass für zum Teil heftige Auseinandersetzungen bieten. Die konkrete gesetzliche Regelung findet sich in den §§ 37 und 38 BetrVG.³⁷

Nach § 37 Abs. 1 BetrVG führen die Betriebsratsmitglieder ihr Amt „unentgeltlich als Ehrenamt“. Für ihre Tätigkeit als solche dürfen sie daher keine Gegenleistung erhalten; andernfalls wäre die Unentgeltlichkeit nicht mehr gewahrt und das Betriebsratsmitglied würde ggf. besser stehen als ein Arbeitskollege, der nicht in den Betriebsrat gewählt wurde. In den folgenden Absätzen des § 37 wird jedoch deutlich, dass es sich nicht um ein Ehrenamt im üblichen Sinne handelt, bei dem der Einzelne z. B. als Vorstand des lokalen Sportvereins seine Zeit und seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt und dafür allenfalls einen Ersatz für die entstandenen Aufwendungen bekommt. Ein solches definitives Opfer steht in der Betriebsverfassung nicht zur Debatte. Vielmehr muss der Arbeitgeber das Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 2 BetrVG „ohne Minderung des Arbeitsentgelts“ von seiner beruflichen Tätigkeit freistellen, wenn und soweit dies zur ordnungsgemäßen Durchführung der Betriebsratsaufgaben erforderlich ist. Vor Entgelteinbußen, zu denen auch Funktionszulagen und Zuschläge aller Art gehören, ist ein Betriebsratsmitglied daher geschützt; finanziell macht es im Regelfall keinen Unterschied, ob die vertraglich vorgesehene Arbeit geleistet wird oder ob Betriebsratsaufgaben wahrgenommen werden. Andernfalls läge eine von § 78 Satz 2 BetrVG nicht gewollte Benachteiligung vor.

1. Fragen der Arbeitszeit

³⁵ Ebenso im Ergebnis Fischer NZA 2007, 484, 489

³⁶ Oben I 3

³⁷ Ebenso für § 37 BetrVG Fitting § 37 Rn. 1; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 1; Weber in: Wiese-Kreutz u. a, Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 10. Aufl., Köln 2014, § 37 Rn. 10 (im Folgenden: GK-BetrVG-Bearbeiter)

Soweit die Betriebsratstätigkeit ausschließlich während der Arbeitszeit stattfindet, sind damit im Prinzip alle Vergütungsfragen gelöst: Bei der Lohnabrechnung ändert sich im Ergebnis nichts.³⁸

Nicht immer liegen die Dinge so einfach. Möglich ist, dass die Betriebsratstätigkeit ganz oder teilweise außerhalb der individuellen Arbeitszeit liegt. Verhandlungen mit dem Arbeitgeber finden z. B. auf dessen Wunsch in den Abendstunden statt. Immer häufiger werden auch Teilzeitkräfte in den Betriebsrat gewählt; die Sitzungen ziehen sich aber z. B. in den Nachmittag hinein, wo der Betroffene sonst längst zu Hause gewesen wäre. Auch kann es Betriebsratsmitglieder geben, die in einer bestimmten Woche zur Nachtschicht eingeteilt sind, die aber gleichwohl an der Dienstags um 8 Uhr 30 beginnenden Betriebsratssitzung teilnehmen müssen. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gibt für den ersten Fall einen Anspruch auf bezahlte Freizeit, weil die Verhandlungen „aus betriebsbedingten Gründen“ außerhalb der individuellen Arbeitszeit vieler Betriebsratsmitglieder stattgefunden haben. § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG stellt die beiden anderen Fälle gleich, in denen die individuelle Arbeitszeit und die Betriebsratstätigkeit nicht zueinander passen. Auch die Teilzeitkraft und der Schichtarbeiter haben daher einen Anspruch auf bezahlten Freizeitausgleich, soweit die Betriebsratstätigkeit außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit liegt. Nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG ist die Arbeitsbefreiung vor Ablauf eines Monats zu gewähren. Ist dies aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich, ist die aufgewendete Zeit wie Mehrarbeit zu vergüten. In der Praxis ist das verbreiteter Einschätzung nach die Regel. Im Ergebnis bedeutet dies, dass sich an der Lohnabrechnung etwas ändert: Aufgrund der Betriebsratstätigkeit wurden „Überstunden“ gemacht, die ggf. am Arbeitsplatz nicht angefallen wären und die eine zusätzliche Vergütung zur Folge haben. Dies wurde als Verstoß gegen das „Ehrenamtsprinzip“ kritisiert,³⁹ was allerdings – da auf einer gesetzgeberischen Entscheidung beruhend – keinerlei rechtliche Folgen hat. Auch kann man nachhaltig daran zweifeln, ob die durch die Erfüllung von Amtspflichten erzwungene Leistung von Mehrarbeit wegen der damit verbundenen Vergütung wirklich als „Vorteil“ und als „Begünstigung“ angesehen werden kann. So hat das LAG Baden-Württemberg im Zusammenhang mit der tariflichen 35-Stunden-Woche entschieden, ein 40-Stunden-Arbeitsvertrag könne nicht als nach § 4 Abs. 3 TVG vorgehende günstigere Abmachung qualifiziert werden.⁴⁰

³⁸ Einzelfragen bei Rieble NZA 2008, 276

³⁹ Berger-Delhey ZTR 2001, 108, 111. Kritisch auch Richardi-Thüsing § 37 Rn. 4

⁴⁰ LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 14.6.1989 – 9 Sa 145/88, DB 1989, 2028 (nicht rechtskräftig geworden); LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 28.5.1996 – 8 Sa 160/95, AiB 1997, 121 (rechtskräftig)

Sonderprobleme ergeben sich bei solchen Betriebsratsmitgliedern, die nach § 38 Abs. 1 BetrVG von der Arbeitsleistung freigestellt sind. Da sie die Lage ihrer Arbeitszeit grundsätzlich selbst bestimmen können, wird etwas seltener der Fall eintreten, dass sie aus betriebsbedingten Gründen außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit tätig werden müssen. Bei Teilzeitkräften wird eine Überschreitung der individuellen Arbeitszeit häufig unvermeidbar sein. Des Öfteren kommt es in der Praxis dazu, dass auch eine individuelle Vollzeittätigkeit von 37 oder 40 Stunden nicht ausreicht, um alle anfallenden Betriebsratsaufgaben zu erledigen. Handelt es sich dabei noch um eine „betriebsbedingte“ Mehrarbeit oder aber um eine „betriebsratsbedingte“, für die es keinen Anspruch auf Freizeitausgleich bzw. Mehrarbeitsvergütung gibt?

Betriebsratsarbeit fällt nicht immer kontinuierlich an. Statt jeden einzelnen Tag nachzurechnen (was dem Lohnbüro ggf. unmittelbaren Einblick in alle Aktivitäten des Betriebsratsmitglieds geben würde), wählt man nicht selten die Möglichkeit einer Pauschale: Es werden wöchentlich 8 Stunden zugrunde gelegt. Dabei stellt sich das Problem, wie die Pauschale bestimmt werden muss, um eine Bevorzugung oder Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds zu vermeiden.

2. Probleme des betrieblichen Aufstiegs

Nach § 78 Satz 2 BetrVG darf ein Betriebsratsmitglied auch nicht bei seiner „beruflichen Entwicklung“ benachteiligt werden. Daraus zieht § 37 Abs. 4 BetrVG eine konkrete Konsequenz, indem er bestimmt, das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern dürfe nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Auch dürfen Betriebsratsmitglieder nach § 37 Abs 5 BetrVG nicht bei der Zuweisung ihrer konkreten Tätigkeit benachteiligt werden; vielmehr sind sie grundsätzlich mit solchen Tätigkeiten zu beschäftigen, wie sie vergleichbare Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung im Sinne des Abs. 4 ausüben.

Besonders bedeutsam ist der „Berufsschutz“ bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern. Während die Orientierung am vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung im Normalfall nach § 37 Abs. 4 BetrVG ein Jahr über das Ende des Amtes

hinaus garantiert ist, wird diese Frist bei Personen, die drei Amtszeiten hindurch freigestellt waren, auf zwei Jahre erweitert. Außerdem ist jedem Freigestellten innerhalb eines Jahres nach Ende seines Amtes Gelegenheit zu geben, eine wegen der Freistellung unterbliebene betriebsübliche berufliche Entwicklung nachzuholen; dies gilt allerdings nur im Rahmen der Möglichkeiten des Betriebes.

Die Handhabung dieser Bestimmungen verursacht zahlreiche Probleme. § 37 Abs. 4 BetrVG enthält ein Schlechterstellungsverbot, betrifft aber nicht ausdrücklich den Fall, dass ein Betriebsratsmitglied als Arbeitnehmer ohne dieses Amt eine überdurchschnittliche Karriere gemacht hätte. Ihm diese zu verweigern, würde gleichwohl eine unzulässige Benachteiligung darstellen. Dabei geht es ersichtlich um einen hypothetischen Geschehensablauf. Welche Gesichtspunkte sind dabei zu berücksichtigen? Kann eine Unternehmensleitung, die einem Betriebsratsmitglied die hohe Chance auf eine „außergewöhnliche Karriere“ bescheinigt hat, von dieser Einschätzung später wieder abrücken? Dies wird insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn die Personen in der Geschäftsführung gewechselt haben und die vorher bestehende Kooperation durch häufige Benutzung von Giftpfeilen ersetzt wurde. Weiter stellt sich das Problem, wie man verfahren muss, wenn es im Betrieb keine vergleichbaren Arbeitnehmer (mehr) gibt: Das Betriebsratsmitglied war der einzige IT-Spezialist im Betrieb, der für die Wartung und die Behebung von Fehlern im System sorgte – eine Aufgabe, die seit seiner Freistellung eine Drittfirma erledigt. Wie ist die hypothetische Entwicklung zu bestimmen? Kann man hier von bestimmten Erfahrungssätzen ausgehen?

3. Die materielle Gegenleistung

Die Regelungen von § 37 Abs. 2 bis 5 BetrVG ändern nichts an der Tatsache, dass die Tätigkeit im Betriebsrat eine andere als die vorher ausgeübte ist. Kann man dies bei der Bemessung der Vergütung berücksichtigen, etwa in dem Sinne, dass das Betriebsratsmitglied sich als ähnlich verantwortungsvoll wie ein gehobener oder ein leitender Angestellter erwiesen hat und deshalb schon nach geltendem Recht⁴¹ auch eine entsprechende Vergütung erhalten sollte? Verbieht das Begünstigungsverbot auch Leistungen, die darauf beruhen, dass im Betriebsratsamt höhere Anforderungen als am früheren Arbeitsplatz bewältigt werden? Ist ein Sitzungsgeld zulässig? Ist es wenigstens

⁴¹ Zur rechtspolitischen Diskussion s. oben I 5

erlaubt, die zusätzlichen Aufwendungen, die die Betriebsratsarbeit mit sich bringt, zu erstatten und dafür ggf. in Anlehnung an § 46 Abs. 5 BPersVG eine Pauschale vorzusehen? Ist diese immer oder nur dann zulässig, wenn die Einzelabrechnung einen unverhältnismäßig hohen Aufwand bereiten würde? Kann es zu diesen Fragen eine Betriebsübung geben?

Im Folgenden soll den aufgeworfenen Fragen im Einzelnen nachgegangen werden. Dabei wird – soweit vorhanden – die Rechtsprechung des BAG zugrunde gelegt und bei Bedarf „weitergedacht“. Fehlt es an einer solchen Bezugsgröße, soll auf die Grundgedanken des Gesetzes sowie auf Lösungen zurückgegriffen werden, die zu ähnlichen Fragen entwickelt wurden.

III. Die „Überstunden“ des Betriebsratsmitglieds

1. Die Dauer der Betriebsratsstätigkeit

Im Gegensatz zu manchen ausländischen Rechtsordnungen kennt das deutsche Recht kein Stundenkontingent, das für die Arbeit als Interessenvertreter zur Verfügung steht.⁴²

Vielmehr kann das einzelne Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 2 BetrVG so viel Arbeitszeit in Anspruch nehmen, wie dies für die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Die ausfallende Zeit ist so zu vergüten, wie wenn die fragliche Person gearbeitet hätte. Hat ein Betriebsratsmitglied häufig Nacharbeit geleistet und wird seine Arbeitszeit einvernehmlich auf die Tagarbeitsstunden gelegt, so entfällt der Anspruch auf Nacharbeitszuschläge; darin liegt nach der Rechtsprechung keine Benachteiligung wegen der Betriebsratsstätigkeit.⁴³

In Bezug auf die Frage, wie weit der Bereich des „Erforderlichen“ reicht, steht dem Betriebsratsmitglied nach der Rechtsprechung des BAG⁴⁴ ein Beurteilungsspielraum zu; dem hat sich die Literatur angeschlossen,⁴⁵ ohne dass Gegenstimmen ersichtlich wären.

⁴² Zu Frankreich, wo jeder Interessenvertreter über eine bestimmte monatliche Zahl von Stunden („crédit d'heures“) verfügt, s. Auzero/Dockès, Droit du travail, 29e édition, Paris 2015, Rn. 1142 ff.

⁴³ BAG Urteil v. 18.5.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212

⁴⁴ BAG Urteil v. 31.8.1994 – 7 AZR 893/93, AP Nr. 98 zu § 37 BetrVG 1972; BAG Beschluss v. 3.12.1987 – 6 ABR 74/85, AP Nr. 13 zu § 20 BetrVG 1972; BAG Beschluss v. 16.10.1986 – 6 ABR 14/84, AP Nr. 58 zu § 37 BetrVG 1972

⁴⁵ Fitting § 37 Rn. 38; GK-BetrVG-Weber (Fn. 36), § 37 Rn. 41; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 25; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 26; ErfK-Koch § 37 BetrVG Rn. 3; Däubler, Das Arbeitsrecht I, Rn 866; in der Sache auch Glock, in:

Das einzelne Mitglied muss bei seiner Entscheidung alle Umstände des Einzelfalls einschließlich der betrieblichen Interessen und denen der Belegschaft abwägen. Erweist es sich später, dass seine Einschätzung unrichtig und die Betriebsratsstätigkeit in Wahrheit nicht erforderlich war, so bleibt der Entgeltzahlungsanspruch nach § 37 Abs. 2 BetrVG erhalten; auch liegt keine Pflichtverletzung vor.⁴⁶ Nur auf diese Weise ist eine unabhängige Amtsführung des Betriebsrats möglich. Dabei ist allerdings immer vorausgesetzt, dass sich die Aktivität innerhalb der Zuständigkeit des Betriebsrats bewegt. Dies wird beispielsweise für den Fall verneint, dass sich ein Betriebsratsmitglied als Zuhörer in eine gerichtliche Verhandlung begibt, in der es um die Änderungskündigung eines Belegschaftsangehörigen geht.⁴⁷ Auch die Teilnahme an Tarifverhandlungen hat nichts mit den Betriebsratskompetenzen nach dem BetrVG zu tun.⁴⁸

2. Betriebsratsstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit

a) Die Grundsatzentscheidung

Betriebsratsstätigkeit soll grundsätzlich während der Arbeitszeit stattfinden. Dies folgt aus § 30 S. 1 BetrVG, wonach die Betriebsratssitzungen „in der Regel“ während der Arbeitszeit stattfinden. Auch § 37 Abs. 3 BetrVG geht von diesem Grundsatz aus, da er Ansprüche nur für den Fall einräumt, dass Betriebsratsstätigkeit „aus betriebsbedingten Gründen“ außerhalb der Arbeitszeit stattfindet. Auch die in § 39 BetrVG geregelte Sprechstunde ist nach Abs. 1 dieser Vorschrift „während der Arbeitszeit“ einzurichten. Nach der Rechtsprechung des BAG muss deshalb der Arbeitgeber im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG dafür sorgen, dass Betriebsratsmitglieder regelmäßig nur während der Arbeitszeit für ihre „amtliche“ Tätigkeit in Anspruch genommen werden.⁴⁹ Darauf hat der Arbeitgeber bei der Zuteilung des Arbeitspensums Rücksicht zu nehmen.⁵⁰ Dennoch können Fälle auftreten, in denen Betriebsratsstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit stattfindet. Soweit dies auf betriebsbedingten Gründen beruht, gewährt § 37 Abs. 3 BetrVG einen Anspruch auf

Hess-Worzalla-Glock u. a. § 37 Rn. 34, der jedoch den Begriff „Beurteilungsspielraum“ vermeidet.

⁴⁶ Glock, in: Hess/Worzalla/Glock u. a. § 37 Rn. 34 a. E.; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 42 u. a.

⁴⁷ BAG 19.5.1983 – 6 AZR 290/81, AP Nr. 44 zu § 37 BetrVG 1972

⁴⁸ GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 37.

⁴⁹ BAG Urteil v. 27.8.1982 – 7 AZR 30/80, AP Nr. 25 zu § 102 BetrVG 1972, bestätigt durch BAG Urteil v. 11.1.1995 – 7 AZR 543/94, AP Nr. 103 zu § 37 BetrVG 1972 Tz. 25 (juris)

⁵⁰ BAG Beschluss v. 27.6.1990 – 7 ABR 43/89, AP Nr. 78 zu § 37 BetrVG 1972, bestätigt durch BAG Urteil v. 11.1.1995 – 7 AZR 543/94, AP Nr. 103 zu § 37 BetrVG 1972 Tz. 25 (juris)

bezahlten Freizeitausgleich. Wird dieser aus betrieblichen Gründen nicht innerhalb eines Monats erfüllt, so kann das Betriebsratsmitglied verlangen, dass die aufgewendete Zeit wie Mehrarbeit vergütet wird. Dies gilt allerdings nicht für Fahrzeiten zum Betrieb, wenn diese auch den übrigen Arbeitnehmern nicht bezahlt wird.⁵¹

Bei der Handhabung des § 37 Abs. 3 BetrVG ergeben sich eine Reihe von Interpretationsproblemen.

b) Voraussetzungen im Einzelnen

Das Merkmal „außerhalb der Arbeitszeit“ meint, dass die Betriebsratstätigkeit außerhalb der individuellen Arbeitszeit des einzelnen Betriebsratsmitglieds stattfindet; sie muss zu dieser hinzukommen.⁵² Dies wird mittelbar durch § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG bestätigt, wo von „unterschiedlichen Arbeitszeiten“ der Betriebsratsmitglieder die Rede ist, also nicht auf die „betriebsübliche Arbeitszeit“ abgestellt wird. Bei bezahlter Freistellung wird auf die fiktive Arbeitszeit abgestellt, die ohne die Freistellung bestanden hätte; soweit sich die Betriebsratstätigkeit in diesem Rahmen hält, bestehen keine Entgeltansprüche.⁵³

Die außerhalb der Arbeitszeit erfolgende Betriebsratstätigkeit muss „erforderlich“ im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG sein.⁵⁴ Würde bloße „Nützlichkeit“ genügen, wäre derjenige besser gestellt, der seine Betriebsratsaufgaben in der Freizeit erledigt; für ein solches Ergebnis sind keinerlei Gesichtspunkte ersichtlich.

Die Betriebsratstätigkeit muss aus „betriebsbedingten Gründen“ außerhalb der (individuellen) Arbeitszeit stattfinden. Dabei wird berücksichtigt, dass der Arbeitgeber in weitem Umfang betriebsbedingte Gründe von sich aus schaffen oder jedenfalls beeinflussen kann. Es genügt daher, wenn er den Wunsch geäußert hat, außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit mit dem Betriebsrat zu sprechen.⁵⁵ Ganz allgemein reicht es aus, wenn die Ursache für die „Verschiebung“ der Betriebsratstätigkeit in seiner Sphäre

⁵¹ BAG Urteil v. 27.7.2016 – 7 AZR 255/14, NZA 2016, 1418

⁵² BAG Urteil v. 28.5.2014 – 7 AZR 404/12, NZA 2015, 564, 566 Tz. 22; BAG Urteil v. 31.10.1985 – 6 AZR 175/83, AP Nr. 52 zu § 27 BetrVG 1972; BAG Urteil v. 3.12.1987 – 6 AZR 569/85, AP Nr. 62 zu § 37 BetrVG 1972 unter II 2a. Ebenso in der Literatur Fitting § 37 Rn. 92; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 82 u. a.

⁵³ So BAG Urteil v. 28.5.2014 – 7 AZR 404/12, NZA 2015, 564 für den Fall eines gekündigten Betriebsratsmitglieds, das während des Kündigungsschutzprozesses sein Entgelt weiter bekam und jeden Tag einige Stunden Betriebsratstätigkeit absolvierte.

⁵⁴ Dazu oben I

⁵⁵ DKKW-Wedde § 37 Rn. 65

liegt.⁵⁶ Dies ist etwa dann der Fall, wenn am Arbeitsplatz eines Betriebsratsmitglieds so viel Arbeit anfällt, dass im Interesse des Betriebes eine Verlegung in die Freizeit stattfindet.⁵⁷ Eine Arbeitskollege, der einen Rat haben möchte und deshalb ein Betriebsratsmitglied während der Arbeitszeit aufsucht, wird beispielsweise auf ein Gespräch „um 21 Uhr“ verwiesen, weil ein Projekt kurz vor dem Abschluss stehe. Betriebsbedingte Gründe liegen auch dann vor, wenn die Gewerbeaufsicht zu Kontrollzwecken den Betrieb aufsucht und ein Betriebsratsmitglied außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit gemäß § 89 Abs. 2 Satz 1 BetrVG hinzu gezogen wird.⁵⁸ „Betriebsbedingt“ ist weiter eine bestimmte Arbeitszeitstruktur wie die Wechselschichtarbeit, wo Sitzungen nur ganz ausnahmsweise während der Arbeitszeit aller Gremienmitglieder stattfinden können. Dasselbe gilt für einen Zeitungszustellerbetrieb mit einer Arbeitszeit am frühen Morgen zwischen 5 und 7 Uhr; auch bei ihm liegen nach der Rechtsprechung betriebsbedingte Gründe vor, wenn ab 9 Uhr eine Betriebsratssitzung stattfindet.⁵⁹ Besonders evident ist die Betriebsbedingtheit dann, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat eine größere Zahl von beteiligungspflichtigen Angelegenheiten wie Einstellungen und Kündigungen vorlegt, zu denen innerhalb von höchstens einer Woche Stellung genommen werden muss, was während der Arbeitszeit der Gremienmitglieder nicht zu bewältigen ist.⁶⁰ Dasselbe gilt dann, wenn ein Betriebsratsmitglied durch seine allgemeinen Aufgaben so sehr ausgelastet ist, dass es ohne Rückgriff auf die Freizeit seine Aufgaben nicht ordnungsgemäß erfüllen könnte. Hier liegt ein betrieblicher Bezug jedenfalls darin, dass es versäumt wurde, die Arbeit aller Betriebsratsmitglieder so zu verteilen, dass die anfallenden Aufgaben grundsätzlich während der individuellen Arbeitszeit erledigt werden können.⁶¹

Kann der Arbeitnehmer die Lage seiner Arbeitszeit zumindest zum Teil selbst bestimmen, so muss er den Arbeitgeber davon unterrichten, dass eine Betriebsratstätigkeit außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit geplant ist, weil sie innerhalb seiner Arbeitszeit nicht stattfinden kann.⁶² Diesem wird dadurch ggf. die Möglichkeit eröffnet, durch Umdispositionen dafür zu sorgen, dass die Betriebsratstätigkeit doch während der

⁵⁶ Fitting § 37 Rn. 80; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 86 u. a.

⁵⁷ BAG Urteil v. 11.7.1978 – 6 AZR 387/75, AP Nr. 57 zu § 37 BetrVG 1972

⁵⁸ Fitting § 37 Fn. 79; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 85; DKKW-Wedde § 37 Rn. 66

⁵⁹ BAG Urteil v. 19.3.2014 – 7 AZR 480/12, AP Nr. 155 zu § 37 BetrVG 1972 = DB 2014, 1558

⁶⁰ DKKW-Wedde § 37 Rn. 66; Fitting § 37 Rn. 80.

⁶¹ Zu dieser Organisationspflicht s. oben 2b

⁶² BAG Urteil v. 31.10.1985 – 6 AZR 175/83, AP Nr. 52 zu § 37 BetrVG 1972

Arbeitszeit stattfindet.⁶³ Wird davon kein Gebrauch gemacht, sind betriebsbedingte Gründe zu bejahen.

c) Die nicht erfassten Fälle

Keine Betriebsbedingtheit liegt dann vor, wenn ein Betriebsratsmitglied Tätigkeiten für den Betriebsrat in die Freizeit verlegt, obwohl er sie auch während der Arbeitszeit hätte erledigen können.⁶⁴ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Betriebsratsvorsitzende am Vorabend der Betriebsratssitzung noch einmal die Unterlagen durchblättert⁶⁵ oder wenn der Betriebsrat seine Sitzung in die arbeitsfreie Zeit seiner Mitglieder legt, ohne dazu durch betriebliche Umstände gezwungen zu sein. Anlass dafür kann beispielsweise der „außerbetriebliche“ Umstand sein, dass ein sachkundiger Gewerkschaftsbeauftragter nur außerhalb der betrieblichen Arbeitszeit zur Verfügung steht.⁶⁶ Auch eine freiwillige Rückkehr aus dem Urlaub, um an einer Betriebsratssitzung teilzunehmen, wird zur persönlichen Sphäre gerechnet,⁶⁷ doch könnte Abweichendes gelten, wenn die Lage des Urlaubs letztlich allein auf betrieblichen Erwägungen beruhte und wichtige Fragen auf der Tagesordnung der Sitzung stehen.⁶⁸ Vom Erfordernis der betriebsbedingten Gründe abzusehen und die Rechte aus § 37 Abs. 3 auf alle Betriebsratstätigkeiten zu erstrecken, würde auf eine Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern hinauslaufen und deshalb gegen § 78 Satz 2 BetrVG verstoßen.⁶⁹

d. Der Anspruch auf bezahlte Freistellung

Liegen die Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 BetrVG vor, so hat das Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf bezahlte Freistellung. Ihr Umfang richtet sich nach dem Zeitraum, der außerhalb der Arbeitszeit mit Betriebsratstätigkeit verbracht wurde. Einen „Zeitzuschlag“ gibt es insoweit nicht, zumal das Gesetz nur bei der subsidiär eingreifenden Abgeltung

⁶³ BAG Urteil v. 31.7.1986 – 6 AZR 146/85, juris

⁶⁴ GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 92

⁶⁵ GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 92

⁶⁶ Fitting § 37 Rn. 88; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 93

⁶⁷ BAG Urteil v. 28.5.2014 – 7 AZR 404/12, NZA 2015, 564; ArbG Bonn Urteil v. 6.11.2008 – 3 Ca 1643/08 – juris; ebenso GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 92; Fitting § 37 Rn. 87; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 46; HWK-Reichold § 37 BetrVG Rn. 17

⁶⁸ Angedeutet bei ArbG Bonn a.a.O.

⁶⁹ LAG Köln Urteil v. 6.3.1998 – 11 (9) Sa 383/97, juris = NZA-RR 1999, 247 Ls.

von „Mehrarbeit“ spricht.⁷⁰ Zunächst besteht ausschließlich ein Anspruch auf bezahlte Freistellung, der dem Arbeitgeber gegenüber unverzüglich geltend gemacht werden sollte: Die Arbeitsbefreiung ist nach § 37 Abs. 3 Satz 3 Hs.1 BetrVG vor Ablauf eines Monats zu gewähren, so dass schnell für klare Verhältnisse gesorgt werden sollte. Es handelt sich bei der Monatsfrist um keine Ausschlussfrist; auch nach ihrem Ablauf kann die Freistellung verlangt bzw. gewährt werden. Eine solche Situation kann z. B. dann eintreten, wenn dem Arbeitgeber keine (rechtzeitige) Mitteilung gemacht wurde, wenn er gar nicht reagierte oder wenn er die Erforderlichkeit der Betriebsratstätigkeit in Frage stellte und deshalb jede Leistung verweigerte.⁷¹ In solchen Fällen muss notfalls eine gerichtliche Klärung erfolgen. Eine Befriedigung im Wege der Selbsthilfe – man bleibt am gewählten Zeitpunkt zu Hause – wird von der herrschenden Meinung nicht akzeptiert.⁷² Von einigen Autoren wird allerdings dann eine Ausnahme gemacht, wenn die Monatsfrist abgelaufen ist und der Freistellung offensichtlich keinerlei erkennbare Gründe entgegenstehen.⁷³ Im Einzelfall kann es gleichwohl sinnvoller sein, die Freistellung im Wege einer einstweiligen Verfügung durchzusetzen⁷⁴ und so keinerlei Risiko einzugehen.

Das Gesetz enthält keine Aussage darüber, in welcher Form die bezahlte Freistellung zu gewähren ist. Hier stellen sich ähnliche Fragen wie bei der Lage des Urlaubs: Kann das Betriebsratsmitglied Wünsche äußern, denen nur aus dringenden betrieblichen Erfordernissen nicht Rechnung getragen werden muss? Ist der Ausgleich zusammenhängend zu gewähren oder ist auch ein stundenweises „Abfeiern“ möglich? Das BAG vertritt den Standpunkt, im vorliegenden Zusammenhang fehle eine Vorschrift nach Art des § 7 Abs. 1 BUrlG, die dem Wunsch des Arbeitnehmers grundsätzlich den Vorrang einräume. Der Arbeitgeber könne daher aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 GewO von sich aus festlegen, in welcher Form der Freizeitausgleich zu erfolgen habe. Allerdings müsse er dabei gemäß § 315 Abs. 3 BGB eine Entscheidung nach billigem Ermessen treffen, was dazu führen könne, dass dem Wunsch des Arbeitnehmers Rechnung zu tragen sei.⁷⁵ In der Literatur wird demgegenüber der Standpunkt vertreten, der Arbeitgeber müsse den Wünschen des Arbeitnehmers in Bezug auf die zeitliche Lage

⁷⁰ Fitting § 37 Rn. 98

⁷¹ GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 107

⁷² Fitting § 37 Rn. 95; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 98; ErfK-Koch § 37 BetrVG Rn. 8; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 54 f.; HWK-Reichold § 37 BetrVG 20

⁷³ Fitting § 37 Rn. 96; DKKW-Wedde § 37 Rn. 79

⁷⁴ Dafür GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 98 a. E.

⁷⁵ BAG Urteil v. 19.3.2014 – 7 AZR 480/12, AP Nr. 155 zu § 37 BetrVG 1972

generell Rechnung tragen, soweit keine betriebsbedingten Gründe entgegen stehen.⁷⁶ Dies scheint der klarere Weg zu sein.

Die Problematik der Art und Weise des Freizeitausgleichs stellt sich nicht, wenn das Betriebsratsmitglied den Wunsch äußert, die Mehrarbeit seinem Zeitkonto gutzuschreiben. Dies kann sich insbesondere dann anbieten, wenn nur bei einem freigestellten Betriebsratsmitglied (nicht aber bei Belegschaftsangehörigen) Überstunden anfallen, die sich nicht abfeiern lassen: Hier könnte sonst der Eindruck entstehen, die Betriebsratsarbeit habe einen höchst lukrativen Charakter, weil regelmäßig die Mehrarbeitsstunden zur Auszahlung kommen. Ein Zeitguthaben stößt dagegen auf weniger Akzeptanzprobleme.⁷⁷

e) Der Abgeltungsanspruch

Wird die Arbeitsbefreiung unter Hinweis auf betriebsbedingte Gründe nicht gewährt, so entsteht nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG ein Abgeltungsanspruch in Höhe der Mehrarbeitsvergütung. Grundsätzliche Voraussetzung ist, dass der Anspruch auf bezahlte Freistellung geltend gemacht wurde; ein bloßer Hinweis an den Arbeitgeber, man habe außerhalb der vertraglichen Arbeitszeit Betriebsratsarbeit geleistet, genügt nicht.⁷⁸ Der Freizeitausgleich kann schon vor Ablauf der Monatsfrist definitiv verweigert werden. Auch ist denkbar, dass dies bereits früher regelmäßig geschah und sich an den Verhältnissen nichts geändert hat – auch dann wäre das Erfordernis einer erneuten Ablehnung eine pure Formalität. Die gesetzliche Reihenfolge, wonach zunächst nur ein Anspruch auf bezahlte Freistellung entsteht, der sich bei Verweigerung wegen betriebsbedingter Gründe in einen Abgeltungsanspruch verwandelt, hat aber zwingenden Charakter; auch durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung kann davon nicht abgewichen werden.⁷⁹

Behauptet der Arbeitgeber das Vorliegen betriebsbedingter Gründe und wird dies vom Betriebsratsmitglied zumindest konkludent in der Weise akzeptiert, dass es nunmehr Abgeltung verlangt, so kann der Arbeitgeber zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr geltend machen, in Wirklichkeit hätten doch keine betriebsbedingten Gründe vorgelegen;

⁷⁶ DKKW-Wedde § 37 Rn. 79; Fitting, § 37 Rn 101; ErfK-Koch § 37 BetrVG 1972 Rn. 8. Ebenso ArbG Rheine 20.4.1979 – 2 Ca 240/79 (zitiert bei Wedde)

⁷⁷ Diese Einschätzung beruht auf einem Gespräch mit Hans Wohlgemuth, einem frei gestellten Betriebsratsvorsitzenden aus der Getränkeindustrie

⁷⁸ BAG Urteil v. 28.5.2014 – 7 AZR 404/12, NZA 2015, 564, 566 Tz. 23; HWK-Reichold § 37 BetrVG Rn. 20 f.

⁷⁹ GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 96; Fitting § 37 Rn. 93; HWK-Reichold § 37 Rn 17

dies wäre ein widersprüchliches Verhalten, das gegen Treu und Glauben verstoßen würde.⁸⁰

Die Höhe der Abgeltung bestimmt sich nach dem, was das Betriebsratsmitglied verdient hätte, wenn es in der fraglichen Zeit an seinem Arbeitsplatz gearbeitet hätte. Bei Vollzeitbeschäftigten in tarifgebundenen Betrieben bedeutet dies, dass in aller Regel ein Überstundenzuschlag geschuldet ist, dessen Höhe sich nach dem Tarif, ggf. auch nach einer Betriebsvereinbarung oder dem Arbeitsvertrag bestimmt. Teilzeitkräfte erhalten den Zuschlag nur dann, wenn auch sie dessen Voraussetzungen erfüllen: Dies ist nur selten der Fall, da Tarifverträge in der Regel dieselben Stundengrenzen für Vollzeit- wie für Teilzeitkräfte vorsehen, einen Zuschlag also erst (z. B.) ab der 39. Wochenstunde gewähren. „Mehrarbeit“ von Teilzeitkräften wird schlechter behandelt als „Mehrarbeit“ von Vollzeitkräften. Dies lässt sich nur schwer rechtfertigen, ist doch das „Freizeitopfer“ für beide Beschäftigtengruppen dasselbe.⁸¹ Von der allgemeinen Praxis abzuweichen, würde jedoch teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder gegenüber anderen Teilzeitkräften besser stellen, was im Widerspruch zu § 78 Satz 2 BetrVG steht.⁸²

f) Besonderheiten bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern?

Ist ein Betriebsratsmitglied nach § 38 Abs. 1 BetrVG insgesamt von der Arbeit freigestellt, so kann an seinem Arbeitsplatz kein Konflikt mit betrieblichen Interessen entstehen, die es ggf. rechtfertigen könnten, Teile der Betriebsratsarbeit auf die Freizeit zu verschieben. Möglich sind allerdings sonstige betriebliche Gründe: Der Wunsch des Arbeitgebers, sich zu Verhandlungen am Abend zu treffen, ein Kontrollbesuch der Gewerbeaufsicht am frühen Morgen, zahllose Arbeitgeberanträge an den Betriebsrat, die sich in der vertraglich vorgesehenen Arbeitszeit nicht termingerecht bewältigen lassen – dies alles sind betriebsbedingte Gründe, die auch bei einem freigestellten Betriebsratsmitglied zu einer Tätigkeit außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit führen können. Eine „betriebsübliche Arbeitszeit“ gibt es auch für sie.⁸³ Da sie ein Interesse

⁸⁰ Fitting § 37 Rn. 108; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 112

⁸¹ Näher Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009, Rn. 1945c m. w. N.

⁸² Gegen einen Überstundenzuschlag für teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder BAG Urteil v. 7.2.1987 – 6 AZR 370/82, AP Nr. 48 zu § 37 BetrVG 1972. Ebenso die ganz herrschende Auffassung in der Literatur. Nachweise bei GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 117; HWK-Reichold § 37 BetrVG Rn. 22; anders DKKW-Wedde § 37 Rn. 73.

⁸³ LAG Düsseldorf Urteil v. 26.5.1993 – 18 Sa 303/93, NZA 1994, 720 = LAGE § 38 BetrVG 1972 Nr. 6; s. weiter BAG Beschluss v. 22.8.1974 – 2 ABR 17/74, AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972 = juris, Tz. 50 ff.: Anwesenheitspflicht

haben können, ihre Anwesenheit im Betrieb dem Arbeitgeber wie der Belegschaft gegenüber zu dokumentieren, kann sie der Arbeitgeber nicht durch einseitige Entscheidung vom Zeiterfassungssystem ausnehmen.⁸⁴ Im Einvernehmen kann mit einem freigestellten Betriebsratsmitglied allerdings eine „Vertrauensarbeitszeit“ vereinbart werden, soweit diese auch sonst im Betrieb existiert. Ist letzteres nicht der Fall, läge in einer solchen Abmachung eine unzulässige Begünstigung. Besteht – wie häufig – ein Gleitzeitssystem, so kann sich auch das freigestellte Betriebsratsmitglied darauf berufen und innerhalb des Gleitzeitrahmens seine Arbeitszeit so wählen, wie ihm dies zur Wahrnehmung seiner Aufgaben am sinnvollsten erscheint.⁸⁵

Hat ein freigestelltes Betriebsratsmitglied außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit (z. B. außerhalb des Gleitzeitrahmens) Betriebsratsstätigkeit erbracht, so steht ihm nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ein Anspruch auf bezahlten Freizeitausgleich zu. Ob dieser realisiert werden kann, hängt davon ab, ob seine vertragliche Arbeitszeit in vollem Umfang durch erforderliche Betriebsratsarbeit ausgefüllt ist und in absehbarer Zeit auch ausgefüllt sein wird. Insoweit kommt ihm ein Beurteilungsspielraum zu.⁸⁶ Gelangt er zu dem Ergebnis, dass ein Freizeitausgleich nicht in Betracht kommt, weil sonst andere Aufgaben vernachlässigt würden, so steht ihm ein Abgeltungsanspruch zu.⁸⁷ Genauso wird verfahren, wenn ein teilzeitbeschäftigtes Betriebsratsmitglied außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit tätig geworden ist, diese aber durch Betriebsratsstätigkeit in vollem Umfang ausgefüllt ist.⁸⁸

Bei teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitgliedern kann insbesondere dann, wenn sie freigestellt sind, der Fall eintreten, dass sie länger als die betriebsübliche Zeit ihrer Betriebsratsstätigkeit nachgehen. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden, da nur bei einer Schulungsteilnahme nach § 37 Abs. 6 Satz 2. Halbsatz BetrVG eine Begrenzung auf die Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten besteht.

Ist ein Betriebsratsmitglied gekündigt worden und hat es seine Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzverfahrens durchgesetzt, so gelten die allgemeinen

⁸⁴ BAG Beschluss v. 10.7.2013 – 7 ABR 22/12, NZA 2013, 1221

⁸⁵ LAG Düsseldorf Urteil v. 26.5.1993 – 18 Sa 303/93, NZA 1994, 720 = LAGE § 38 BetrVG 1972 Nr. 6.

⁸⁶ Fitting, § 37 Rn 97

⁸⁷ LAG Düsseldorf Urteil v. 19.5.1993 – 18 Sa 215/93, AiB 1993, 653 = LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 41; ArbG Freiburg/Brsg. Urteil v. 28.11.1995 – 2 Ca 373/94, AiB 1996, 377 mit Anm. M. Schubert; Fitting § 37 Rn. 109; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 113 a. E.

⁸⁸ LAG Düsseldorf Urteil v. 19.5.1993 – 18 Sa 215/93, AiB 1993, 653 mit Anm. Goergens; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 113

Grundsätze: Nur wenn die vertragliche oder die dem Weiterbeschäftigungsverhältnis zugrunde liegende Arbeitszeit überschritten wird, können Ansprüche nach § 37 Abs. 3 BetrVG entstehen.⁸⁹

3. Pauschalierung von „Mehrarbeitsstunden“

a) Warum Pauschalierung?

Jede Woche oder jeden Monat die Zahl der „Überstunden“ im Sinne des § 37 Abs. 3 BetrVG abzurechnen, führt zu erheblichem Verwaltungsaufwand. Diesen vermeidet man, indem man eine Pauschale vorsieht, etwa in dem Sinne, dass man von acht Stunden Mehrarbeit pro Woche ausgeht.⁹⁰

Statt einer „Spitzabrechnung“ einen bestimmten festliegenden Betrag zugrunde zu legen, ist auch in anderen Rechtsgebieten eine verbreitete Erscheinung. Bekannt ist die Pauschalierung insbesondere im Steuerrecht.⁹¹ Müsste man die Aufwendungen für ein Kraftfahrzeug im Einzelnen bis hin zu jeder Benzinquittung in der Steuererklärung auführen, würde diese (noch) komplizierter und aufwendiger als sie jetzt schon ist. Im Zivil- und Arbeitsrecht sind Pauschalen Gegenstand freiwilliger Abmachungen zwischen den Vertragsparteien. Eine vereinbarte Vertragsstrafe ist meist in der Sache nichts anderes als ein pauschalierter Schadensersatz; aus der Tarifpraxis kennt man die „Auslösung“ als Aufwendungsersatz insbesondere für die außerbetriebliche Arbeit von Monteuren,⁹² und Auslandsmitarbeiter erhalten nicht selten einen pauschalierten Kaufkraftausgleich. Der Sinn dieser Regelungen liegt in einer Arbeitsvereinfachung, weil alle Details ausgeblendet bleiben können.

b) Beachtung des § 78 Satz 2 BetrVG bei der Bestimmung der Pauschale

Bei Betriebsratsmitgliedern kommt die Besonderheit hinzu, dass sie wegen § 78 Satz 2 BetrVG bei der Bestimmung der Pauschale weder begünstigt noch benachteiligt werden

⁸⁹ Vgl. BAG Urteil v. 28.5.2014 – 7 AZR 404/12, NZA 2015, 564, 566 Tz. 24

⁹⁰ Dazu auch Kehrman FS Wlotzke, S. 357 ff.

⁹¹ Dazu Waas, Betriebsrat und Arbeitszeit. Pauschale Abgeltung und Freistellungen über das Gesetz hinaus, Saarbrücken 2012 (HSI-Schriftenreihe Nr. 4), S. 25 ff.

⁹² Näher ErfK-Preis (Fn. 21) § 611 BGB Rn. 517

dürfen. Insoweit sind die Beteiligten sehr viel weniger frei als in anderen Zusammenhängen.

Soweit es aus der Zeit vor einer Pauschalierung Erfahrungswerte gibt, die etwa im Lohnbüro verfügbar sind, kann man sie zugrunde legen, sofern sich an den Umständen nichts geändert hat. Dass dabei ein Betriebsratsmitglied im einen Monat im Vergleich zu einer „Spitzabrechnung“ begünstigt, im anderen benachteiligt wird, ist eine natürliche Folge jeder Pauschalierung; entscheidend ist allein, eine Begünstigung oder Benachteiligung über einen längeren Zeitraum hinweg zu verhindern.⁹³

Keine verlässlichen Erfahrungswerte liegen vor, wenn eine Pauschale über Jahrzehnte hinweg in unveränderter Höhe bezahlt wurde, da sich erfahrungsgemäß die Verhältnisse geändert haben.⁹⁴ Dasselbe gilt dann, wenn alle Betriebsratsmitglieder denselben Betrag erhalten.⁹⁵ Auch dabei liegt kein Bezug zu den tatsächlich geleisteten Überstunden vor, weil es denkbar unwahrscheinlich ist, dass alle in gleicher Weise Mehrarbeit erbracht haben. Der Sache nach liegt hier eine Art von „Betriebsratszulage“ vor, die eine unzulässige Begünstigung nach § 78 Satz 2 BetrVG darstellt.

Fehlt es an aussagekräftigen Erfahrungswerten (was auch darauf beruhen kann, dass die Notwendigkeit von Mehrarbeit erst vor kurzem aufgetreten ist), so müssen zunächst die tatsächlich geleisteten Stunden dokumentiert werden. Dies bedeutet, dass das fragliche Betriebsratsmitglied die außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit mit Betriebsratsarbeit verbrachten Stunden schriftlich oder elektronisch festhält und zugleich deutlich macht, weshalb ein Freizeitausgleich nicht in Betracht kommt, weil er von vorne herein vom Arbeitgeber abgelehnt wird oder weil die vertragliche Arbeitszeit mit Betriebsratsarbeit ausgefüllt ist, auf die nicht verzichtet werden kann.⁹⁶ Warum dies nicht möglich sein und deshalb eine Pauschalierung von vorne herein ausscheiden soll,⁹⁷ ist nicht erkennbar.

Wie sehr das Betriebsratsmitglied bei seinen Aufschrieben ins Detail gehen muss, soll im Anschluss erörtert werden. Wichtig ist jedenfalls, dass eine solche Dokumentation nicht nur zu Beginn der Pauschalierung, sondern auch später durchgeführt wird, um etwaigen

⁹³ Vgl. Kehrman FS Wlotzke, S. 357, 375

⁹⁴ ArbG Stuttgart Urteil v. 13.12.2012 – 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140 Ls. 4

⁹⁵ ArbG Stuttgart Urteil v. 13.12.2012 – 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140 Ls. 5. Ebenso Rieble NZA 2008, 276, 277

⁹⁶ Dazu oben 2f

⁹⁷ So Moll/Roebens NZA 2012, 57, 61

Fehleinschätzungen und insbesondere auch etwaigen Veränderungen Rechnung tragen zu können. So scheint es etwa angemessen, dass ein Betriebsratsmitglied alle zwei Jahre über einen Zeitraum von zwei bis drei Monaten schriftlich festhält, wie hoch seine tatsächliche Inanspruchnahme ist.

c) Beachtung des Grundsatzes der unabhängigen Amtsführung bei der Bestimmung der Pauschale

Im Gegensatz zum Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot nach § 78 Satz 2 BetrVG hat ein anderes betriebsverfassungsrechtliches Prinzip im vorliegenden Zusammenhang kaum Beachtung gefunden: Nach geltendem Recht ist der Betriebsrat vom Arbeitgeber unabhängig, er bestimmt über seine Amtsführung selbst.⁹⁸ Dieses Prinzip kommt in zahlreichen Einzelbestimmungen und von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zum Ausdruck.⁹⁹

Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Erforderlichkeit der Betriebsratstätigkeit, die sich auf Tatsachen stützen, und verweigert er deshalb die Entgeltzahlung für den fraglichen Zeitraum, muss das Betriebsratsmitglied stichwortartig darlegen, welche Art von Betriebsratstätigkeit vorlag.¹⁰⁰ Die „stichwortartige“ Beschreibung muss ersichtlich nicht alle Einzelheiten umfassen. Erst wenn der Arbeitgeber im gerichtlichen Verfahren substantiierte Einwände gegen die Stichworte vorbringt („In dem fraglichen Zeitraum des angeblichen Aktenstudiums im Betriebsratsbüro wurde das Betriebsratsmitglied in einer Filiale gesehen“), müssen die Vorgänge im Einzelnen dargelegt und notfalls bewiesen werden.¹⁰¹ Die Unabhängigkeit der Amtsführung ist damit sehr viel weniger tangiert als im Normalfall der Abmeldung nach § 37 Abs. 2 BetrVG, weil es sich ausschließlich um Vorgänge handelt, die in der Vergangenheit liegen; eine die Betriebsratstätigkeit besonders nachhaltig beeinträchtigende präventive Intervention der Arbeitgeberseite scheidet daher von vorne herein aus.

Diese Grundsätze müssen auch dann Anwendung finden, wenn es um die Dokumentation der Mehrarbeit von Betriebsratsmitgliedern geht. Ähnlich wie bei der umstrittenen Erforderlichkeit kann nur verlangt werden, dass die Art der Betriebsratstätigkeit

⁹⁸ Näher DKKW-Däubler Einl. Rn. 77; Wiebauer NZA 2013, 540, 541

⁹⁹ Dazu oben I 3

¹⁰⁰ BAG Urteil v. 15.3.1995 – 7 AZR 643/94, DB 1995, 1514 = AP Nr. 105 zu § 37 BetrVG 1972.

¹⁰¹ Fitting § 37 Rn. 254 m. w. N.

stichwortartig festgehalten wird; ohne diese Angaben wäre die Aussagekraft zu sehr gemindert. Der bisweilen erhobene Einwand, ein Betriebsratsmitglied könne bei dieser Vorgehensweise gleichwohl Aktivitäten erfinden, die gar nicht stattgefunden haben, greift nicht durch: Ein großer Teil der Betriebsratsarbeit vollzieht sich bei Anwesenheit anderer Personen; oft hat sie sogar betriebsöffentlichen Charakter (Betriebsversammlung, Sprechstunde usw.). Unrichtige Angaben können daher leicht ans Tageslicht kommen. Lediglich das Aktenstudium kann allein „im stillen Kämmerlein“ erledigt werden, doch gibt es Erfahrungswerte, wie lange der Einzelne für das Aktenstudium benötigt. Werden sie deutlich überschritten, läge eine unplausible Zeitangabe vor mit der Folge, dass das Betriebsratsmitglied im Einzelnen belegen müsste, weshalb der von ihm angesetzte Zeitaufwand etwa wegen der Kompliziertheit einer Angelegenheit im Einzelfall erforderlich war.

Wird diesen Grundsätzen Rechnung getragen, können Überstunden pauschaliert werden. Spätestens alle zwei Jahre muss eine Überprüfung erfolgen, ob die zugrunde gelegte Beanspruchung noch besteht oder ob sie gewachsen oder geringer geworden ist. Dabei erscheint eine Dokumentation über zwei bis drei Monate hinweg angemessen. Bei der Auswahl der Monate ist dabei zu beachten, dass sich aller Voraussicht nach Durchschnittswerte ergeben werden. Ein Monat, in den zwei Wochen Betriebsferien fallen, ist daher ebenso wenig geeignet wie ein Monat, in dem über Massenentlassungen sowie über Interessenausgleich und Sozialplan verhandelt wird.

d) Höchstzahl von Mehrarbeitsstunden?

Die Zahl der Mehrarbeitsstunden sowie die daraus folgende Vergütung bestimmen sich nach den Pauschsätzen. Da die Betriebsrats Tätigkeit nach § 37 Abs. 1 BetrVG Ausübung eines Ehrenamts und keine abhängige Erwerbsarbeit ist, findet das ArbZG keine Anwendung.¹⁰² Dies bedeutet, dass die Grenze der 48-Stunden-Woche im Durchschnitt von 6 Monaten nach § 3 ArbZG nicht eingreift. Vielmehr ist es durchaus denkbar, dass ein Betriebsratsmitglied dauerhaft wöchentlich 12 Überstunden über seinen 39-Stunden-

¹⁰² BAG Urteil v. 19.7.1977 – 1 AZR 376/74, AP Nr. 29 zu § 37 BetrVG 1972; BAG Urteil v. 7.6.1989 – 7 AZR 500/88, NZA 1990, 531; LAG Schleswig-Holstein Urteil v. 30.8.2005 – 5 Sa 161/05, juris Tz. 42 = DB 2005, 2415; eingehend Wiebauer NZA 2013, 540 ff.; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 13 m. w. N., auch für die Gegenmeinung. In seiner jüngsten Entscheidung (18.1.2017 – 7 AZR 224/15) hat das BAG die Frage dahinstehen lassen.

Arbeitsvertrag hinaus leistet und so auf einen Durchschnitt von 51 Stunden kommt. Eine ausdrückliche gesetzliche Obergrenze ist nicht vorhanden, doch dürfte sie aus dem allgemeinen Grundsatz des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz abzuleiten sein, wie er in § 618 BGB und in Art. 2 Abs. 2 GG zum Ausdruck gekommen ist. So wird jedenfalls in anderen Fällen verfahren, in denen die Höchstgrenzen des ArbZG gleichfalls nicht eingreifen. Dies ist beispielsweise bei leitenden Angestellten der Fall, die durch § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG ausgenommen sind: Hier hat das BAG schon früh Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Fürsorgepflicht aus § 618 BGB zugesprochen, als ein Arbeitgeber nicht dafür sorgte, dass der leitende Angestellte Urlaub nahm oder am Wochenende auch mal weniger oder gar nicht arbeitete.¹⁰³ Vom ArbZG nicht geregelt ist die Rufbereitschaft, obwohl sie dem Arbeitnehmer durchaus eine Leistung abverlangt und deshalb auch im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG als Arbeitszeit behandelt wird.¹⁰⁴ Sie ist wegen § 618 BGB und Art. 2 Abs. 2 GG ebenfalls nicht in beliebigem Umfang zulässig.¹⁰⁵ Dort wo das ArbZG selbst die Überschreitung der 48-Stunden-Woche ohne Zeitausgleich zulässt, verlangt es „besondere Regelungen“, die sicherstellen, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird (§ 7 Abs. 2a ArbZG).¹⁰⁶

e) Form der Regelung

Die Festlegung der Mehrarbeitspauschale kann in einer Ergänzung zum Arbeitsvertrag des Betriebsratsmitglieds erfolgen. Möglich ist auch ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung. Alle diese Gestaltungsmöglichkeiten müssen zwar sowohl das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG wie auch den Grundsatz der unabhängigen Amtsführung des Betriebsrats beachten, doch bleibt gleichwohl ein gewisser Spielraum, der sich etwa auf die Häufigkeit der Kontrollaufzeichnungen und die Auswahl der Monate bezieht. In der Literatur wird deshalb mit Recht betont, die „Durchführung“ der Freistellung von

¹⁰³ BAG Urteil v. 13.3.1967 – 2 AZR 133/ 66, AP Nr. 15 zu § 618 BGB; BAG Urteil v. 27.2.1970 – 1 AZR 258/69, AP Nr. 16 zu § 618 BGB; zu aktuellen Anwendungsfeldern s. Däubler SR (Sonderheft Juli 2016) S. 3, 17

¹⁰⁴ BAG Beschluss v. 21.12.1982 – 1 ABR 14/81, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; DKKW-Klebe § 87 Rn. 103 m. w. N.

¹⁰⁵ S. Däubler SR (Sonderheft Juli 2016) S. 3, 17

¹⁰⁶ Gegen Höchstarbeitszeiten für Betriebsrattätigkeit Wiebauer NZA 2013, 540, 544, der jedoch § 618 BGB und Art. 2 Abs. 2 GG nicht behandelt.

Betriebsratsmitgliedern könne durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung geregelt werden.¹⁰⁷

IV. Die wirtschaftliche und berufliche Absicherung von Betriebsratsmitgliedern

1. Das Prinzip

Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Weiter dürfen Betriebsratsmitglieder nach § 37 Abs. 5 BetrVG nur mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die den Tätigkeiten der „Vergleichsgruppe“ gleichwertig sind, soweit nicht zwingende betriebliche Notwendigkeiten entgegen stehen. Beide Vorschriften wollen verhindern, dass sich die Betriebsratsstätigkeit negativ auf das Einkommen und die berufliche Entwicklung auswirkt; sie stellen eine Konkretisierung des Benachteiligungsverbots nach § 78 Satz 2 BetrVG dar,¹⁰⁸ verdrängen dieses aber nicht: Soweit sie keine Anwendung finden, kann direkt auf § 78 Satz 2 BetrVG zurückgegriffen werden.¹⁰⁹

Vom Anspruch des Benachteiligungsverbots her müsste man an sich danach fragen, wie sich die Vergütung und die berufliche Stellung entwickelt hätten, wäre die fragliche Person kein Betriebsratsmitglied geworden. Das Abstellen auf einen solchen hypothetischen Geschehensablauf führt jedoch zu schwer lösbaren Fragen; deshalb hat der Gesetzgeber auf die Stellung vergleichbarer Arbeitnehmer und ihre betriebsübliche Entwicklung abgestellt.¹¹⁰

2. Der Schutz der Vergütung

¹⁰⁷ Fitting § 37 Rn. 4; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 8.

¹⁰⁸ BAG Urteil vom 17.5.1977 – 1 AZR 458/74, AP Nr. 28 zu § 37 BetrVG 1972; BAG Urteil v. 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972; BAG Urteil v. 17.8.2005 – 7 AZR 528/04, AP Nr. 142 zu § 37 BetrVG 1972

¹⁰⁹ BAG Urteil v. 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972; BAG Urteil v. 17.8.2005 – 7 AZR 528/04, AP Nr. 142 zu § 37 BetrVG 1972; Fitting § 37 Rn. 114; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 119; HWK-Reichold § 37 BetrVG Rn. 23

¹¹⁰ Fitting § 37 Rn. 116; DKKW-Wedde § 37 Rn. 87

a) Die Bezugsgröße

Die Vergütung des Betriebsratsmitglieds muss der von „vergleichbaren“ Arbeitnehmern entsprechen. Für die Vergleichbarkeit sind neben der Qualifikation auch die Leistung und die Persönlichkeit maßgebend.¹¹¹ Wer z. B. als Ingenieur besonders qualifiziert ist und überdurchschnittliche Leistungen erbringt, kann nur mit Personen verglichen werden, die über dasselbe „Profil“ verfügen.¹¹² Die Tätigkeit als Betriebsrat darf in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen, da das die Unabhängigkeit der Amtsführung beeinträchtigen würde. Allerdings kann diese Indizien z. B. für soziale Kompetenz liefern, die auch bei der beruflichen Laufbahn von Bedeutung ist.¹¹³

Vergleichsgröße muss keine „Gruppe“ sein; vielmehr genügt auch eine einzige Person.¹¹⁴

Maßgebender Zeitpunkt für den Vergleich ist die Übernahme des Betriebsratsamtes, d. h. die Annahme der Wahl.¹¹⁵ Bei Ersatzmitgliedern kommt es auf den später liegenden Zeitpunkt des Nachrückens an.¹¹⁶

Problematisch ist die Frage, was geschehen soll, wenn es an einer vergleichbaren Person im Betrieb fehlt. In der Literatur wird einmal auf die Person abgestellt, die „am ehesten vergleichbar“ ist.¹¹⁷ Zum andern wird aber auch der Standpunkt vertreten, es komme darauf an, wie sich die berufliche Entwicklung von Arbeitnehmern mit gleicher Qualifikation im Allgemeinen vollziehe.¹¹⁸ Es liegt nahe zu differenzieren.

Zunächst sollte man versuchen, vergleichbare Personen (oder eine vergleichbare Person) in einem andern Betrieb des Unternehmens zu ermitteln. Da es um ein Problem der

¹¹¹ BAG Urteil vom 17.5.1977 – 1 AZR 458/74, AP Nr. 28 zu § 37 BetrVG 1972; BAG Urteil v. 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972; Kehrman FS Wlotzke, S. 357, 363. Das BAG (Urteil v. 4.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339) verlangt eine „ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeit“, für die die Vergleichspersonen in gleicher Weise wie das Betriebsratsmitglied „fachlich und persönlich qualifiziert sind.“ Missverständlich Rieble (NZA 2008, 277), wonach immer ein typischer Normalverlauf zugrunde zu legen sei.

¹¹² BAG Urteil v. 13.11.1987 – 7 AZR 550/86, AP Nr. 61 zu § 37 BetrVG 1972; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 122; HWK-Reichold § 37 BetrVG Rn. 25

¹¹³ Fitting § 37 Rn. 120 m. w. N.

¹¹⁴ BAG Urteil v. 21.4.1983 – 6 AZR 407/80, AP Nr. 43 zu § 37 BetrVG 1972; Fitting § 37 Rn. 118; DKKW-Wedde § 37 Rn. 88

¹¹⁵ BAG Urteil vom 17.5.1977 – 1 AZR 458/74, AP Nr. 28 zu § 37 BetrVG 1972; BAG Urteil v. 19.1.2005 – 7 AZR 208/04, juris. Bedenken bei Kehrman FS Wlotzke, S. 357, 363

¹¹⁶ BAG Urteil v. 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972

¹¹⁷ ErfK-Koch § 37 BetrVG Rn. 10; Fitting § 37 Rn. 118; DKKW-Wedde § 37 Rn. 88

¹¹⁸ GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 122

Gleichbehandlung (Betriebsratsmitglied – Nicht-Betriebsratsmitglied) geht, ist das Unternehmen eine geeignete Bezugsgröße, da sich nach der neueren Rechtsprechung auch der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz auf das Unternehmen bezieht.¹¹⁹ Warum im Rahmen des § 37 Abs. 4 BetrVG anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Ob eine Ausdehnung auf den Konzern in Betracht kommt, erscheint eher zweifelhaft. Immerhin hat das BAG den gesamten Geschäftsbereich eines Ministers als Bezugsgröße für die Gleichbehandlung anerkannt,¹²⁰ was im Prinzip über eine unternehmensbezogene Betrachtung hinausgeht. Geht es um eine konzernweit gewährte Zuwendung an eine bestimmte Kategorie von Personen, so liegt eine Einbeziehung nahe.¹²¹ Was die berufliche Entwicklung angeht, so wäre eine konzernweite Betrachtung jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn es eine konzernweite Nachwuchs- und Förderungsplanung gibt.

Fehlt es auch im Unternehmen und Konzern an einem vergleichbaren Arbeitnehmer,¹²² so liegt die Heranziehung eines Gedankens nahe, der im AGG Anerkennung gefunden hat: § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG stellt in einem solchen Fall auf eine hypothetische Vergleichsperson ab. Man fragt also danach, wie eine Person ohne das „verpönte“ Merkmal (hier: Die Eigenschaft als Betriebsratsmitglied) behandelt worden wäre.¹²³ Dies läuft auf die oben wiedergegebene zweite Auffassung hinaus, die auf die generelle berufliche Entwicklung von Personen vergleichbarer Qualifikation abstellt. Hier wird die Einschaltung eines Arbeitsmarkt-Sachverständigen häufig notwendig und von großem Nutzen sein. Auch wird man danach differenzieren müssen, ob es sich um ein großes oder ein kleines Unternehmen handelt und ob sich der Arbeitgeber in einer guten oder einer bescheidenen wirtschaftlichen Lage befindet. Da die Vergleichsbasis nicht mehr im Betrieb oder Unternehmen liegt, wird man auch den Fall einbeziehen müssen, dass Angehörige eines Mangelberufes, die noch nicht älter als 45 Jahre sind, häufig ihren Arbeitsplatz wechseln, wenn die Arbeitsbedingungen erheblich unter dem Durchschnitt liegen. Es ist daher eine durchschnittliche Entwicklung zugrunde zu legen, auch wenn das Betriebsratsmitglied in einem kleineren Betrieb mit eher bescheidenen Bedingungen beschäftigt ist.

¹¹⁹ BAG Urteil v. 17.11.1998 – 1 AZR 147/98, NZA 1999, 606; BAG Urteil v. 3.12.2008 – 5 AZR 74/08, NZA 2009, 367; BAG Urteil v. 8.11.2006 – 5 AZR 5/06, AP Nr. 177 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten

¹²⁰ BAG Urteil v. 8.11.2006 – 5 AZR 5/06, AP Nr. 177 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

¹²¹ Ebenso vor der Anerkennung des Unternehmens als Bezugsgröße, wenn eine Leistung des Arbeitgebers unternehmensweit gewährt wurde: BAG Urteil v. 17.12.1992 – 10 AZR 306/91, NZA 1993, 691; BAG Urteil v. 12.1.1994 – 5 AZR 6/93, NZA 1994, 993

¹²² Dieser Fall kann auch dann eintreten, wenn man nach dem „am ehesten vergleichbaren“ Arbeitnehmer sucht.

¹²³ Zur Parallelität der beiden Vorschriften s. Däubler ZfA 2006, 479, 482; Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.) AGG. Handkommentar, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 26

Das im Streitfall entscheidende Arbeitsgericht befindet sich in einer ähnlichen Situation wie eine Zivilkammer am Landgericht, die über einen hypothetischen Geschehensverlauf entscheiden muss, bei dem ein Schaden in gleicher Weise wie bei dem zu beurteilenden realen Ablauf entstanden wäre.¹²⁴ Hier gibt § 287 ZPO erweiterte Einschätzungsmöglichkeiten, die über den Grundsatz der sog. freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO hinausgehen.

b) Die betriebsübliche berufliche Entwicklung

Für das Betriebsratsmitglied ist von Bedeutung, ob die vergleichbaren Beschäftigten Zusatzleistungen erhalten haben und ob sie befördert, insbesondere einer höheren Vergütungsgruppe zugeordnet wurden. Die bloße Vergleichbarkeit mit einem anderen Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Amtsübernahme reicht selbst dann nicht, wenn beide bis dahin die gleiche berufliche Entwicklung aufzuweisen haben.¹²⁵ Entscheidend ist die weitere berufliche Entwicklung nach Beginn der Betriebsratsstätigkeit. Soweit das Betriebsratsmitglied nur wenige vergleichbare Personen benennen kann, besteht ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber, ihm die Entwicklung aller vergleichbaren Arbeitnehmer mitzuteilen.¹²⁶

aa. Gehaltserhöhungen und Zuwendungen des Arbeitgebers

Was Gehaltserhöhungen und Zusatzleistungen betrifft, so stellt § 37 Abs. 4 Satz 2 BetrVG klar, dass „allgemeine Zuwendungen“ des Arbeitgebers gemeint sind. Dies sind solche, die nicht auf den persönlichen Verhältnissen des die Zuwendung erhaltenden Arbeitnehmers beruhen, beispielsweise seinen besonderen individuellen Einsatz belohnen wollen.¹²⁷ Sie können, müssen aber nicht „allgemein“ in dem Sinne sein, dass sie allen Belegschaftsangehörigen gewährt werden; es genügt, wenn sie der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer gewährt werden.¹²⁸ Ist nur eine Vergleichsperson vorhanden, kommt es darauf an, ob sie die Zuwendung erhält. Die Vergütung der

¹²⁴ Dazu Palandt-Grüneberg, BGB, 75. Aufl., München 2016, vor § 249 Rn. 55 ff.

¹²⁵ BAG, Urteil v. 4.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Tz. 22 a. E.

¹²⁶ BAG, Urteil v. 4.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Tz. 23 ff.

¹²⁷ LAG Rheinland-Pfalz Urteil v. 3.6.1980 – 3 Sa 134/80, EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 69 = LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 15; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 133

¹²⁸ LAG Rheinland-Pfalz Urteil v. 3.6.1980 – 3 Sa 134/80, EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 69 = LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 15

Betriebsratsmitglieder ist automatisch an die Veränderungen anzupassen, die sich bei den vergleichbaren Arbeitnehmern ergeben.

Ohne Bedeutung ist, ob die Zuwendungen (z. B. aufgrund eines neuen Tarifvertrags) geschuldet sind oder ob sie auf einer freiwilligen Entscheidung des Arbeitgebers beruhen.¹²⁹ Auch im letzteren Fall wäre ein Betriebsratsmitglied benachteiligt, wenn es von der Leistung ausgeschlossen bliebe. Als Beispiele für allgemeine Zuwendungen werden Gratifikationen, ein zusätzliches Urlaubsgeld, Tantiemen, Abschlussvergütungen, vermögenswirksame Leistungen und allgemeine Leistungszulagen genannt.¹³⁰ Die betriebliche Altersversorgung ist gleichfalls einbezogen.¹³¹ Bei Zielvereinbarungen kommt es darauf an, ob sie auch mit den vergleichbaren Arbeitnehmern (zumindest mit ihrer Mehrheit) abgeschlossen werden. Ist dies der Fall und wird bei Zielerreichung ein Bonus gewährt, so geht es der Sache nach um die Einräumung einer Verdienstchance. Davon darf ein Betriebsratsmitglied nicht ausgeschlossen werden. Ist es freigestellt, kann es mangels anderer Anhaltspunkte einen Bonus in durchschnittlicher Höhe verlangen.

Werden Aktienoptionen nicht von der Arbeitgebergesellschaft, sondern von der Muttergesellschaft des Konzerns gewährt, so kann dies keinen Unterschied machen: Das in § 37 Abs. 4 BetrVG zum Ausdruck kommende Benachteiligungsverbot wäre auch dann verletzt, wenn nicht der Vertragsarbeitgeber, sondern ein anderes konzernangehöriges Unternehmen das Betriebsratsmitglied von einer Zuwendung ausschließt. Dass die Leistung der Konzernmutter arbeitsvertraglich in Bezug genommen ist, wird zwar die Regel sein, doch besteht entgegen BAG¹³² kein Grund, dies zur Voraussetzung einer Einbeziehung in § 37 Abs. 4 BetrVG zu machen.

Wie viel die vergleichbaren Arbeitnehmer verdienen, ist für das Betriebsratsmitglied nicht immer evident. Die Rechtsprechung gewährt ihm daher nach § 242 BGB einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber, der die Gehälter und alle nicht auf persönlichen Umständen beruhenden Zuwendungen an vergleichbare Arbeitnehmer mitteilen muss.¹³³

¹²⁹ BAG Urteil v. 21.4.1983 – 6 AZR 407/80, AP Nr. 43 zu § 37 BetrVG 1972

¹³⁰ GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 133

¹³¹ BAG Urteil v. 10.11.2015 – 3 AZR 574/14, AP Nr. 74 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung

¹³² Urteil v. 16.1.2008 – 7 AZR 887/06, AP Nr. 144 zu § 37 BetrVG 1972 = NZA 2008, 836

¹³³ BAG Urteil v. 19.1.2005 – 7 AZR 208/04, juris

Die „Ankoppelung“ an die Zuwendungen für vergleichbare Arbeitnehmer hat zur Folge, dass auch ein Betriebsratsmitglied eine freiwillige Leistung nicht mehr verlangen kann, wenn sie der Arbeitgeber im Folgejahr nicht mehr erbringt. Wie die übrigen Arbeitnehmer muss es im Übrigen auch ein Betriebsratsmitglied in Kauf nehmen, dass eine Zulage mit einer Tariflohnerhöhung verrechnet wird und letztere so in ihrer Wirksamkeit mindert.¹³⁴

Fehlt es an einem vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb, so ist nach der Entwicklung von Arbeitnehmern mit vergleichbarer Qualifikation zu fragen. Ist beispielsweise in der Mehrzahl der Betriebe der Abschluss von Zielvereinbarungen mit Maschinenbauingenieuren oder Betriebswirten üblich, so kann auch das von einer solchen Praxis ausgeschlossene Betriebsratsmitglied einen durchschnittlichen Bonus verlangen.

bb) Beförderung

Die berufliche „Entwicklung“, im Normalfall also die Beförderung muss „betriebsüblich“ sein. Das Abstellen auf diesen Gesichtspunkt ist nur dann praktikabel, wenn das Betriebsratsmitglied mit einer ganzen Gruppe von Arbeitskollegen vergleichbar ist. Das BAG verlangt, es müsse eine Regel, ein gleichförmiges Verhalten des Arbeitgebers vorliegen.¹³⁵ In diesem Fall muss das Betriebsratsmitglied gleichfalls befördert, d. h. insbesondere höher gruppiert werden, wenn das bei der Mehrheit der vergleichbaren Beschäftigten der Fall ist.¹³⁶ Ein Problem kann sich dann ergeben, wenn ein Betriebsratsmitglied, das vorwiegend oder ausschließlich Betriebsratsstätigkeit erledigt, nicht mehr über das fachliche Wissen verfügt, das die vergleichbaren Arbeitnehmer aufgrund ihrer Praxis besitzen. Dieselbe Situation kann sich ergeben, wenn sie mehrheitlich an einer umfangreichen Weiterbildungsmaßnahme teilgenommen haben, das Betriebsratsmitglied dazu aber mit Rücksicht auf sein Amt nicht in der Lage war. In diesem Fall kann zwar ggf. keine Höhergruppierung verlangt werden, wohl aber eine entsprechend höhere Bezahlung, da andernfalls eine Benachteiligung wegen der Betriebsratsstätigkeit eintreten würde.¹³⁷

¹³⁴ BAG Urteil v. 11.5.1988 – 5 AZR 334/87, NZA 1989, 854. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung s. Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn. 304 ff.

¹³⁵ BAG Urteil v. 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972, bestätigt in BAG Urteil v. 4. 11. 2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339, 1342 Tz. 22

¹³⁶ BAG Urteil v. 4. 11. 2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339, 1342 Tz. 22; Fitting § 37 Rn. 123

¹³⁷ BAG Urteil v. 29.10.1998 – 7 AZR 676/96, NZA 1999, 717; Fitting § 37 Rn. 123.

Bewirbt sich ein Betriebsratsmitglied um eine höher dotierte Stelle, wird diese aber mit einem anderen Bewerber besetzt, und hätte das Betriebsratsmitglied nach den betriebsüblichen Kriterien die Stelle bekommen müssen, so kann es die Besetzung zwar nicht rückgängig machen, wohl aber eine Vergütung entsprechend der höher dotierten Stelle verlangen.¹³⁸

Fehlt es an einem gleichförmigen Verhalten des Arbeitgebers,¹³⁹ was auch darauf beruhen kann, dass es nur ganz wenige (oder gar keine) vergleichbaren Arbeitnehmer gibt, so steht dem Betriebsratsmitglied kein Anspruch aus § 37 Abs. 4 BetrVG zu. In diesem Fall wendet das BAG § 78 Satz 2 BetrVG unmittelbar an und entnimmt der Vorschrift einen Anspruch des Betriebsratsmitglieds gegen den Arbeitgeber, ihm eine berufliche Entwicklung angedeihen zu lassen, wie er sie ohne die Betriebsratsstätigkeit durchlaufen hätte.¹⁴⁰ Dies entspricht der hier zur Entwicklung der Vergütung vertretenen Auffassung.¹⁴¹

c) Einzelfragen

Die Praxis kennt sehr vielfältige Gestaltungen, von denen einige auch die Rechtsprechung beschäftigt haben.

aa) Absolvierung von Weiterbildungsmaßnahmen

Denkbar ist einmal der Fall, dass das Betriebsratsmitglied erfolgreich an einer Weiterbildungsmaßnahme teilnimmt. Ist diese genau wie bei den vergleichbaren Arbeitnehmern Voraussetzung für eine Höhergruppierung, so hat das Betriebsratsmitglied einen entsprechenden Anspruch. Möglich ist aber auch, dass die Maßnahme eine so wichtige Zusatzqualifikation vermittelt, dass das Betriebsratsmitglied an sich mit anderen Arbeitnehmern als bisher vergleichbar wird. Dies bleibt jedoch ohne rechtliche Folgen, da § 37 Abs. 4 ausschließlich auf die Verhältnisse abstellt, die im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts bestanden. Nur insoweit besteht ein Bedürfnis für einen Schutz vor Benachteiligungen.

¹³⁸ BAG Urteil v. 13.11.1987 – 7 AZR 550/86, AP Nr. 61 zu § 37 BetrVG 1972

¹³⁹ Für entsprechende Anwendung des § 22 AGG, wonach lediglich Indizien bewiesen werden müssen, die für das Vorliegen einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung sprechen, HWK-Reichold § 37 BetrVG Rn. 26

¹⁴⁰ BAG Urteil v. 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972, Ls. 3

¹⁴¹ Oben a

Kontrovers wird die Situation beurteilt, dass die vergleichbaren Arbeitnehmer alle (oder fast alle) eine Weiterbildung absolvieren, die nach dem im Betrieb Üblichen Voraussetzung für eine Beförderung ist. Nimmt das Betriebsratsmitglied jedoch erfolglos an einer solchen Weiterbildungsmaßnahme teil, so soll es nach der einen Auffassung dennoch einen Anspruch auf Vergütung nach der höheren Gruppe haben, weil dies dem Betriebsüblichen entspreche, worauf § 37 Abs. 4 BetrVG allein abstelle.¹⁴² Die Gegenmeinung hebt darauf ab, eine solche Gleichstellung laufe auf eine Begünstigung hinaus, es sei denn, das Nichtbestehen des Weiterbildungskurses sei Folge der Amtstätigkeit.¹⁴³ Bedenkt man, dass bei Nichtteilnahme eine höhere Vergütung geschuldet gewesen wäre,¹⁴⁴ so kann das Betriebsratsmitglied bei einer erfolglosen Teilnahme nicht schlechter stehen: Andernfalls würde man einen Anreiz schaffen, sich möglichst nicht an Weiterbildungsmaßnahmen zu beteiligen. Auch lässt sich schwer beurteilen, ob das Nicht-Bestehen Folge der Amtstätigkeit ist oder nicht. Es ist daher der erstgenannten Auffassung zuzustimmen. Genauso ist bei längerer Erkrankung zu verfahren.¹⁴⁵

bb) Wegfall des ursprünglichen Arbeitsplatzes und der vergleichbaren Arbeitnehmer

Fällt der frühere Arbeitsplatz eines frei gestellten Betriebsratsmitglieds ersatzlos weg, so bleibt dies ohne Konsequenzen, solange noch vergleichbare Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt sind. Ihr Verdienst ist dann Maßstab für die Vergütung des Betriebsratsmitglieds.¹⁴⁶

Schwieriger wird die Situation, wenn alle vergleichbaren Arbeitnehmer den Betrieb verlassen. Dies kann darauf beruhen, dass zwar ihre Tätigkeit fortgeführt wird, sie jedoch durch Kündigung oder Erreichen der Altersgrenze aus dem Betrieb ausgeschieden sind. Möglich ist daneben, dass der fragliche Tätigkeitsbereich vom Unternehmen insgesamt aufgegeben wird und entsprechende Vorprodukte oder Leistungen auf dem Markt eingekauft werden. In beiden Fällen bleibt nur die Möglichkeit, die weitere Entwicklung des Betriebsratsmitglieds so zu bestimmen, als wäre von Anfang an kein vergleichbarer Arbeitnehmer vorhanden gewesen. Man muss daher darauf abstellen, wie sich im

¹⁴² Fitting § 37 Rn. 122; DKKW-Wedde § 37 Rn. 92; Glock in: Hess/Worzalla/Glock u. a., § 37 Rn. 113

¹⁴³ GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 127

¹⁴⁴ BAG Urteil v. 29.10.1998 – 7 AZR 676/96, NZA 1999, 717.

¹⁴⁵ S. die Nachweise bei GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 124.

¹⁴⁶ BAG Urteil v. 17.5.1977 – 1 AZR 458/74, AP Nr. 28 zu § 37 BetrVG 1972

Durchschnitt der Fälle die Laufbahn eines Menschen mit der Qualifikation und der Leistungsfähigkeit des Betriebsratsmitglieds gestaltet hätte.¹⁴⁷

cc) Nachträgliche Herabgruppierung wegen veränderter Einschätzung durch den Arbeitgeber?

Der Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer bestimmt sich nach der Qualifikation, der Leistung und der Persönlichkeit des Betriebsratsmitglieds.¹⁴⁸ Dabei spielt die Einschätzung der Person eine große Rolle, weil formale Qualifikationen wie Meisterprüfungen, Diplome und Staatsprüfung nur eine begrenzte Bedeutung haben.¹⁴⁹ Ausdrücklich betonte das BAG:¹⁵⁰ „Ist ein Betriebsratsmitglied besonders qualifiziert und in seiner beruflichen Tätigkeit überdurchschnittlich gewesen, so kommt als vergleichbarer Arbeitnehmer nur einer mit ähnlicher Qualifikation und überdurchschnittlicher Leistung in Betracht.“ In der Praxis hat sich u. a. die Problematik ergeben, dass ein freigestelltes Betriebsratsmitglied zunächst als „weit überdurchschnittlich“ qualifiziert wurde und deshalb im Gefolge anderer „Leistungsträger“ eine höhere Eingruppierung und eine bessere Vergütung erreichte. Nach einem Wechsel des zuständigen Vorstandsmitglieds änderte sich diese Einschätzung; das Betriebsratsmitglied habe von Anfang an nur durchschnittliche Fähigkeiten gehabt und sei deshalb zu Unrecht befördert worden. In Wahrheit habe eine unzulässige Begünstigung vorgelegen. Diese werde nunmehr rückgängig gemacht. Der Betroffene fand sich in einer deutlich niedrigeren Vergütungsgruppe wieder, in der er sich vor über zehn Jahren befunden hatte.

In Literatur und Rechtsprechung sind keine Aussagen zu einer so gearteten Konstellation ersichtlich, was damit zusammen hängen mag, dass ein solcher Streitfall nur äußerst selten vorkommt. Wäre die Bewertung mit „überdurchschnittlich“ jederzeit widerruflich, so könnte sich ein Betriebsratsmitglied nie darauf verlassen, dass seine Eingruppierung und sein Einkommen Bestand haben. Immer müsste es damit rechnen, um einige Vergütungsgruppen zurückgestuft zu werden, was besonders naheliegen könnte, wenn es zu einer heftigen Auseinandersetzung mit der Arbeitgeberseite kommt. Damit wäre ein Zustand erreicht, den der Gesetzgeber u. a. durch § 37 Abs. 4 gerade vermeiden wollte:

¹⁴⁷ S. oben 2 b bb

¹⁴⁸ S. oben a

¹⁴⁹ BAG Urteil vom 17.5.1977 – 1 AZR 458/74, AP Nr. 28 zu § 37 BetrVG 1972; BAG Urteil v. 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972

¹⁵⁰ Urteil v. 21.4.1983 – 6 AZR 407/80, AP Nr. 43 zu § 37 BetrVG 1972, Tz. 11

Die unabhängige Amtsführung wäre in schwerer Gefahr, da das Betriebsratsmitglied ein Eigeninteresse hätte, den Arbeitgeber möglichst nicht zu verprellen, damit dieser nicht auf den Gedanken kommt, seine frühere Bewertung rückgängig zu machen. Ein solcher Zustand ist auch dann nicht akzeptabel, wenn der Arbeitgeber bei der Bewertung als „überdurchschnittlich“ ein wenig Großzügigkeit walten lassen. Ist eine Bewertung nicht evident missbräuchlich und sachwidrig,¹⁵¹ muss sie wegen der Unabhängigkeit der Amtsführung Bestand haben.

Neben betriebsverfassungsrechtlichen Gründen sprechen auch arbeitsvertragliche Überlegungen für dieses Ergebnis. Ein vom Arbeitgeber ausgestelltes Zeugnis nach § 109 GewO hat bindenden Charakter; es kann auch nicht wegen Irrtums angefochten werden.¹⁵² Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer bestimmte Teile des Zeugnisses beanstandet und damit bei Gericht durchdringt; die übrigen Teile dürfen auch in einem solchen Fall nicht zu seinem Nachteil verändert werden.¹⁵³ Ausnahmsweise ist ein Widerruf dann möglich, wenn der Arbeitgeber nachträglich Tatsachen erfährt, die für den Inhalt des Zeugnisses wesentlich sind.¹⁵⁴ Der im Zeugnis als „ehrlich und gewissenhaft“ bezeichnete Arbeitnehmer hat z. B. eine Unterschlagung begangen, die erst später bekannt wurde. Weiter soll ein bewusst unwahres Zeugnis widerrufen werden können, weil dadurch künftige Arbeitgeber in Gefahr gebracht werden, die auf den Zeugnisinhalt vertrauen. Für das sog. Zwischenzeugnis gelten dieselben Grundsätze.¹⁵⁵ Beide Ausnahmefälle spielen in dem hier erwähnten Praxisfall keine Rolle; niemand benennt Tatsachen, wonach keine überdurchschnittliche Leistung vorgelegen habe, niemand behauptet, es sei bewusst eine falsche Bewertung abgegeben worden. Die Herabgruppierung stellt sich daher als Benachteiligung wegen der Betriebsratsstätigkeit dar.

d) Die zeitliche Dauer

Der Schutz des § 37 Abs. 4 BetrVG bleibt nach dem Wortlaut der Vorschrift auch nach Beendigung der Amtszeit ein Jahr lang bestehen. Dies gilt auch dann, wenn die fragliche Person erst im Laufe der Wahlperiode nachrückte.¹⁵⁶ Dabei spielt es keine Rolle, ob die

¹⁵¹ Dann läge ein Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG vor.

¹⁵² ErfK-Müller-Glöge (Fn. 21) § 109 Rn. 56

¹⁵³ BAG Urteil v. 21.6.2005 – 9 AZR 352/04, NZA 2006, 104

¹⁵⁴ ErfK-Müller-Glöge § 109 GewO Rn. 56

¹⁵⁵ Däubler, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Fn. 19) § 109 GewO Rn. 78

¹⁵⁶ DKKW-Wedde § 37 Rn. 98; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 134.

Amtszeit regulär zu Ende ging oder ob andere Beendigungsgründe wie ein Rücktritt oder eine Beförderung zum leitenden Angestellten vorlagen.¹⁵⁷ Ob bei einer Amtsenthebung nach § 23 Abs. 1 BetrVG oder bei erfolgreicher Wahlanfechtung in Anlehnung an § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG Abweichendes gilt, ist umstritten; mangels einer Verweisung auf diese Einschränkung ist eine solche Ausnahme aber abzulehnen.¹⁵⁸ Die Frist verlängert sich nach § 38 Abs. 3 BetrVG auf zwei Jahre, wenn ein Betriebsratsmitglied drei volle aufeinander folgende Amtszeiten hindurch freigestellt war.

Nach § 38 Abs. 4 Satz 2 BetrVG haben alle Freigestellten das Recht, im (ersten) Jahr nach Ende ihrer Freistellung die ggf. unterbliebene betriebsübliche berufliche Entwicklung nachzuholen. Der Betrieb hat im Rahmen seiner Möglichkeiten insbesondere die Pflicht, ihnen den Besuch von Weiterbildungskursen zu ermöglichen.

3. Schutz der ausgeübten Tätigkeit

a) Der Grundsatz

Mitglieder des Betriebsrats dürfen nach § 37 Abs. 5 BetrVG nur mit Aufgaben beschäftigt werden, die den Tätigkeiten vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung gleichwertig sind. Ähnlich wie der allgemeine Beschäftigungsanspruch dient Abs. 5 in erster Linie dem Persönlichkeitsschutz,¹⁵⁹ sorgt aber auch dafür, dass das Betriebsratsmitglied von seiner praktischen Tätigkeit her den Anschluss zu den vergleichbaren Beschäftigten behält.¹⁶⁰ Nur aus „zwingenden betrieblichen Notwendigkeiten“ kann eine Versetzung auf einen nicht gleichwertigen Arbeitsplatz erfolgen.

Der Anspruch ist in erster Linie für Betriebsratsmitglieder von Bedeutung, die nicht freigestellt sind. Relevant ist er auch für solche Personen, die eine Teilfreistellung nach § 38

¹⁵⁷ Fitting § 37 Rn. 129; Glock in: Hess/Worzalla/Glock u. a., § 37 Rn. 119; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 135; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 71.

¹⁵⁸ Wie hier im Ergebnis Fitting, § 37 Rn. 129; Kreft in: Wlotzke/Preis/Kreft, § 37 Rn. 42; ErfK-Koch § 37 Rn. 10; DKKW-Wedde § 37 Rn. 98; anders GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 136; Glock in: Hess/Worzalla/Glock u. a., § 37 Rn. 119; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 71. Bei nichtiger Betriebsratswahl greifen die Schutzvorschriften von § 37 Abs. 4 und 5 BetrVG allenfalls dann, wenn wegen mehrjähriger Amtsausübung durch den Betriebsrat Vertrauen in seinen Bestand entstanden ist.

¹⁵⁹ LAG Hessen Urteil v. 14.8.1986 – 12 Sa 1225/85, LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 21

¹⁶⁰ GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 138 m. w. N.

Abs. 1 Satz 3 BetrVG erhalten haben.¹⁶¹ Endet die volle Freistellung während der Wahlperiode, greift von diesem Moment an der Schutz des § 37 Abs. 5 BetrVG ein. Nach Ende des Mandats besteht er genau wie im Fall des § 37 Abs. 4 BetrVG ein Jahr, unter den Voraussetzungen des § 38 Abs. 3 BetrVG zwei Jahre weiter.¹⁶²

b) Versetzung auf Arbeitsplatz mit gleichwertiger Tätigkeit

Der Tätigkeitsschutz des § 37 Abs. 5 BetrVG bezieht sich auf die tatsächliche Beschäftigung. Diese muss „gleichwertig“ sein, d. h. ihrer Funktion nach ebenso wie die vergleichbarer Arbeitnehmer bewertet werden. Die Vorschrift schützt dagegen, bei gleichem Entgelt mit geringerwertigen Tätigkeiten beschäftigt zu werden.¹⁶³ Maßstab für die Gleichwertigkeit sind die Verkehrsanschauung in den beteiligten Berufsgruppen, nicht allein die im Betrieb herrschenden Maßstäbe.¹⁶⁴ Im Einzelfall kann es von Nutzen sein, auf Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Lohngleichheit von Mann und Frau zurückzugreifen, die sich nicht nur auf „gleiche“, sondern auch auf „gleichwertige“ Arbeit bezieht.¹⁶⁵

Auch wenn die Bedingungen des § 37 Abs. 5 BetrVG gewahrt sind, müssen selbstredend die allgemeinen Voraussetzungen für eine Versetzung vorliegen: Diese muss nach dem Arbeitsvertrag zulässig sein (was ggf. eine Vertragsänderung notwendig macht), und der Betriebsrat muss nach § 99 Abs. 1 in Verbindung mit § 95 Abs. 3 BetrVG seine Zustimmung erteilt haben. Außerdem ist die Schutznorm des § 103 Abs. 3 BetrVG zu beachten, die bei einer Versetzung aus dem Betrieb hinaus eingreift.

c) Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit

Da § 37 Abs. 5 BetrVG während der ganzen Zeit als Betriebsratsmitglied (und ein Jahr darüber hinaus) eingreift, können die Betriebsratsmitglieder ggf. die Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit verlangen, wenn vergleichbare Arbeitnehmer entsprechend aufgestiegen sind.¹⁶⁶ Dies setzt allerdings voraus, dass das Betriebsratsmitglied über die

¹⁶¹ DKKW-Wedde § 37 Rn. 99

¹⁶² DKKW-Wedde § 37 Rn. 99. Näher oben 2d

¹⁶³ LAG Hessen Urteil v. 14.8.1986 – 12 Sa 1225/85, LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 21

¹⁶⁴ LAG Hessen Urteil v. 14.8.1986 – 12 Sa 1225/85, LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 21; Fitting § 37 Rn. 132; ErfK-Koch § 37 BetrVG Rn. 11; DKKW-Wedde § 37 Rn. 100; a. A. GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 140

¹⁶⁵ Eingehend Winter/Zimmer, in: Däubler (Fn. 9) § 1 TVG Rn. 515 ff.

¹⁶⁶ ArbG Berlin Urteil v. 12.8.2015 – 28 Ca 18725/14, juris = BB 2015, 2419 Ls.

entsprechenden Kenntnisse verfügt. Haben sich die vergleichbaren Arbeitnehmer weiterqualifiziert, war ihm dies aber nicht möglich, so kann ihm die anspruchsvollere Tätigkeit nicht zugewiesen werden, doch bleibt ihm das Recht, nach § 37 Abs. 4 BetrVG entsprechend den vergleichbaren Arbeitnehmern vergütet zu werden.¹⁶⁷

d) Versetzung auf nicht gleichwertige Stelle

Ausnahmsweise ist die Versetzung auf eine nicht gleichwertige Stelle möglich, wenn dies zwingende betriebliche Notwendigkeiten erfordern. Der Gesetzgeber hat dies als Ausnahmetatbestand qualifiziert, der eng auszulegen ist.¹⁶⁸ Die „zwingenden betrieblichen Notwendigkeiten“ sind dann gegeben, wenn der Arbeitsplatz des Betriebsratsmitglieds weggefallen ist und kein gleichwertiger Arbeitsplatz verfügbar ist. Wird ein solcher später frei, kann das Betriebsratsmitglied eine „Weiterversetzung“ auf diesen Arbeitsplatz verlangen.¹⁶⁹ „Zwingende betriebliche Notwendigkeiten“ können auch dann bestehen, wenn das Betriebsratsmitglied die am bisherigen Arbeitsplatz erforderlich gewordene Qualifikation nicht besitzt, weil es nicht (mehr) über die nötige Arbeitserfahrung verfügt oder nicht an den unbedingt notwendigen Weiterbildungsmaßnahmen teilgenommen hat.¹⁷⁰ Außerdem ist an Fälle zu denken, in denen die Tätigkeit keine Unterbrechungen verträgt, wie sie üblicherweise mit der Eigenschaft als Betriebsratsmitglied verbunden sind.¹⁷¹ In allen diesen Konstellationen behält das Betriebsratsmitglied seine Vergütungsansprüche nach § 37 Abs. 4 BetrVG.

e) Pauschaler Nachteilsausgleich?

Wird das Betriebsratsmitglied auf einen anderen, nicht gleichwertigen Arbeitsplatz versetzt, so behält es zwar seine Vergütungsansprüche, doch können sich gleichwohl wirtschaftliche Nachteile ergeben: Am neuen Arbeitsplatz fällt keine Sonntagsarbeit mehr an, so dass die Sonntagsarbeitszuschläge nunmehr versteuert werden müssen. Nach der Rechtsprechung ist dies vom Arbeitgeber nicht auszugleichen, so dass eine definitive

¹⁶⁷ DKKW-Wedde § 37 Rn. 102; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 141; Fitting, § 37 Rn. 133; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 75.

¹⁶⁸ DKKW-Wedde § 37 Rn 101; Fitting § 37 Rn 134; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 142; Glock in: Hess/Worzalla/Glock u. a. § 37 Rn. 127; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 76

¹⁶⁹ LAG Hessen Urteil v. 14.8.1986 – 12 Sa 1225/85, LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 21 = DB 1987, 442 Ls. 9; Fitting § 37 Rn. 134; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 142

¹⁷⁰ DKKW-Wedde § 37 Rn. 102; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 143; ErfK-Koch § 37 BetrVG Rn. 11

¹⁷¹ GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 143

Schlechterstellung eintritt.¹⁷² Das LAG Köln¹⁷³ hatte über den Fall zu entscheiden, dass wegen der Mitgliedschaft im Betriebsrat und die dadurch verursachte zeitliche Beanspruchung die Tätigkeit eines stellvertretenden Schichtleiters aufgegeben werden musste; höher vergütete Vertretungstätigkeiten blieben daher aus. Ein Nachteil kann auch dadurch eintreten, dass am neuen Arbeitsplatz im Gegensatz zum bisherigen keine Überstunden mehr anfallen, die nach dem Lohnausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG am bisherigen Arbeitsplatz zu berücksichtigen gewesen wären.

Alle diese Nachteile sind vom Arbeitgeber auszugleichen – wobei dasselbe gilt, wenn der neue Arbeitsplatz mit Rücksicht auf die Art der Arbeit „gleichwertig“ ist. Treten sie nicht kontinuierlich, sondern mal mehr mal weniger auf – die zuschlagspflichtige Sonntagsarbeit schwankt im Laufe der Monate, der stellvertretende Schichtleiter muss in unterschiedlicher Häufigkeit (besser vergütete) Leitungsfunktionen übernehmen, die Überstunden fallen am bisherigen Arbeitsplatz sehr unregelmäßig an – so liegt eine Pauschalierung nahe, um den Arbeitsaufwand der Personalabteilung in Grenzen zu halten.¹⁷⁴ Nicht anders als bei der Mehrarbeit nach § 37 Abs. 3 BetrVG¹⁷⁵ ist ein repräsentativer Zeitraum auszuwählen, in dem die tatsächlich eintretenden Nachteile ermittelt werden. Der sich hier ergebende Betrag kann dann für einige Zeit als Pauschale zugrunde gelegt werden. Nach ca. ein bis zwei Jahren ist eine Überprüfung vorzunehmen. Treten Umstände ein, die in der Pauschale nicht berücksichtigt wurden – die Sonntagsarbeit wird zur Dauereinrichtung, der Schichtleiter muss wegen Krankheit permanent vertreten werden – so kann über die Pauschale hinaus ein Ausgleich für die entstandenen Nachteile geltend gemacht werden.¹⁷⁶ Bemerkenswert ist auch, dass Steuer und Sozialabgaben auf den Nachtarbeitszuschlag dem Betriebsratsmitglied erstattet werden dürfen, ohne dass deshalb von einer Begünstigung die Rede sein kann.¹⁷⁷

V. Aufwandspauschalen

1. Der Grundsatz

¹⁷² BAG Urteil v. 29.7.1980 – 6 AZR 231/78, AP Nr. 37 zu § 37 BetrVG 1972 in Abweichung von BAG 21.5.1974 – 1 ABR 73/73, AP Nr. 12 zu § 37 BetrVG 1972

¹⁷³ Urteil v. 13.9.1984 – 10 Sa 583/84, DB 1985, 394

¹⁷⁴ DKKW-Wedde § 37 Rn. 94

¹⁷⁵ S. oben III 3

¹⁷⁶ So ganz generell LAG Köln Urteil v. 13.9.1984 – 10 Sa 583/84, DB 1985, 394, was allerdings dem Gedanken der Pauschalierung widerspricht.

¹⁷⁷ Moll/Roebens NZA 2012, 57, 61

Die Betriebsratstätigkeit als solche darf wegen des Ehrenamtsprinzips des § 37 Abs. 1 BetrVG nicht vergütet werden. Auch indirekte materielle Vergünstigungen sind ausgeschlossen. Die Tatsache, dass die Betriebsratstätigkeit u. U. sehr viel höhere Anforderungen stellt als die vorher geleistete Arbeit, bleibt bei der Vergütung außer Betracht. Auch wenn „auf Augenhöhe“ verhandelt wird, erfolgt keine Vergütung „auf Augenhöhe“.¹⁷⁸ Dies ist eine unmittelbare Konsequenz des § 78 Satz 2 BetrVG.

Nach § 40 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die durch seine Tätigkeit entstehenden Aufwendungen zu ersetzen. Der Ersatzanspruch steht dem Betriebsrat als solchem zu. Sind einem einzelnen Betriebsratsmitglied Kosten entstanden, kann das Mitglied selbst Ersatz verlangen.¹⁷⁹

Je nach Art der Amtsführung können die Aufwendungen unterschiedlich hoch sein. Der eine Betriebsrat praktiziert z. B. Krankenbesuche, wenn die Krankheit länger als zwei Wochen dauert und bringt dabei auch ein kleines Geschenk mit. Ein anderer Betriebsrat verzichtet völlig auf diese Art Betreuung und kümmert sich ausschließlich um die Sphäre der Arbeit. Der eine Betriebsrat unterhält Kontakte zu Betriebsräten aus anderen Niederlassungen und lädt diese ggf. zum Abendessen ein; der andere meint, dass dies ein überflüssiger Luxus sei. Die Aufwendungen setzen sich typischerweise aus einer Vielzahl von kleineren Kostenpunkten zusammen (Straßenbahnfahrt, Blumen, aber auch Bewirtung); weiter werden sie in den einzelnen Monaten schwanken. Beides legt eine Pauschalierung nahe. Dies darf aber – wie in anderen Fällen auch – weder zu einer Bevorzugung noch zu einer Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern führen.

In Bezug auf die Personalvertretung des Bundes hat sich der Gesetzgeber des Problems angenommen und in § 46 Abs. 5 BPersVG eine Regelung getroffen. Danach erhalten freigestellte Personalratsmitglieder eine monatliche „Aufwandsentschädigung“. Wer nur teilweise, aber mindestens für die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit freigestellt ist, erhält 50 % der Aufwandsentschädigung. Deren Höhe wird durch Rechtsverordnung der Bundesregierung festgelegt (§ 46 Abs. 5 Satz 3 BPersVG). Die „Verordnung über die Höhe der Aufwandsentschädigung für vom Dienst freigestellte Personalratsmitglieder“

¹⁷⁸ Rieble NZA 2008, 277

¹⁷⁹ BAG Beschluss v. 6.11.1973 – 1 ABR 26/73, AP Nr. 6 zu § 37 BetrVG 1972

vom 18.7.1974¹⁸⁰ sah zunächst monatlich 50,- DM vor. Mit der Umstellung auf den Euro wurde daraus durch Art. 7 des Sechsten Euro-Einführungsgesetzes vom 3.12.2001¹⁸¹ ein Betrag von 26 Euro, der bis heute gilt. Damit sollen u. a. geringe, nicht im Einzelnen belegbare Aufwendungen (man holt während der Sitzung eine Flasche Cola aus dem Automaten) ausgeglichen werden.¹⁸² Eine entsprechende Vorschrift kennt das Betriebsverfassungsrecht nicht.

2. Einzelne Anwendungsfälle

a) Sitzungsgelder

In der Literatur wird übereinstimmend die Auffassung vertreten, neben der Fortzahlung des Entgelts nach § 37 Abs. 2 BetrVG sei die Gewährung von Sitzungsgeldern für Betriebsratsmitglieder unzulässig.¹⁸³ Dies trifft nur dann zu, wenn mit der Sitzungsteilnahme keinerlei Aufwendungen verbunden sind (Die Sitzung findet im Betrieb statt, Getränke werden vom Arbeitgeber gestellt); dann läge in der Tat in der Zahlung eines Sitzungsgeldes eine verkappte Zusatzvergütung, die durch § 78 Satz 2 BetrVG verboten ist.

Entstehen durch die Sitzungsteilnahme dagegen Aufwendungen, sind sie wie in anderen Fällen zu ersetzen. Ist es beispielsweise seit vielen Jahren üblich, Betriebsratssitzungen in einem dem Arbeitgeber gehörenden „Waldheim“ durchzuführen und dabei das Mittagessen selbst zu bezahlen, so sind die Kosten für Essen und Trinken zu erstatten, soweit sie sich im Rahmen des Angemessenen bewegen.¹⁸⁴ Dasselbe gilt für die durch die Sitzung entstehenden Fahrtkosten. Dem kann man nicht mit dem Einwand begegnen, der Betriebsrat hätte seine Sitzungen im Betrieb abhalten können: Dies trifft zwar zu, und im Normalfall würde der Übergang zu „Hotel-Sitzungen“ auch als unverhältnismäßig angesehen werden. Gibt es aber seit vielen Jahren eine solche Praxis und wird sie vom Arbeitgeber als Selbstverständlichkeit akzeptiert (was u. a. durch das gelegentliche Erscheinen von Arbeitgebervertretern bestätigt wird), so ist diese Form der Sitzungen

¹⁸⁰ BGBl I S. 1499

¹⁸¹ BGBl I S. 3306

¹⁸² Noll in: Altvater/Baden/Berg u. a., Kommentar zum BPersVG, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2016, § 46 Rn. 82, 7

¹⁸³ Fitting § 37 Rn. 8; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 18; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 8

¹⁸⁴ Zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf die Aufwendungen nach § 40 Abs. 1 BetrVG s. die Nachweise bei Fitting § 40 Rn. 72 (Schulungskosten)

nicht mehr „unverhältnismäßig“; der Arbeitgeber hat selbst entschieden, dass er sich zusätzliche Kosten zumuten will. Insoweit kann sich auch eine betriebliche Übung entwickeln.¹⁸⁵ Wie Bayreuther im Einzelnen herausgearbeitet hat, steht es dem Arbeitgeber frei, über die gesetzlich gebotene Minimalausstattung des Betriebsrats hinauszugehen und z. B. mehrere PCs für das Betriebsratsbüro oder Mobiltelefone für jedes Betriebsratsmitglied zur Verfügung zu stellen.¹⁸⁶ Genauso kann er Betriebsratssitzungen in aufwendigerer Umgebung zulassen, muss dann allerdings auch den Teil der Kosten tragen, der zunächst vom einzelnen Betriebsratsmitglied zu übernehmen ist. Darin liegt keine Begünstigung im Sinne des § 78 Satz 2 BetrVG.¹⁸⁷

Bei der Festlegung einer Essenspauschale muss nicht das tatsächliche Verhalten aufgezeichnet und ausgewertet werden. Vielmehr genügt es, wenn ein Betrag festgelegt wird, der für ein angemessenes Essen erforderlich ist, aber keine Luxusaufwendungen enthält. Ähnlich verhält es sich mit den Fahrtkosten, bei denen man eine km-Pauschale oder die Kosten öffentlicher Verkehrsmittel zugrunde legen kann.

b) Allgemeine Aufwendungen

Wer als Betriebsrat in einem größeren Betrieb seine Aufgaben ernst nimmt, kann mit der Notwendigkeit einer Vielzahl kleinerer Aufwendungen konfrontiert sein. Aus der Praxis wird von folgenden Fällen berichtet:

- Ein Betriebsratsmitglied benutzt sein Auto, um innerhalb der Stadt jemanden wegen eines Gesprächs aufzusuchen, das in seinen Aufgabenkreis fällt.¹⁸⁸
- Bei kommunalen Unternehmen kann der Fall eintreten, dass mit Personen des öffentlichen Lebens gesprochen und dabei auch eine Einladung zum Mittag- oder Abendessen ausgesprochen wird.
- Es kann vertrauliche Gespräche geben, bei denen gleichfalls Kosten anfallen, die aber mit Rücksicht auf die Interessen des Gesprächspartners nicht über das Unternehmen abgerechnet werden sollen. Dies kann auch unternehmensangehörige Arbeitnehmer

¹⁸⁵ Für die Möglichkeit, dass eine Betriebsübung zugunsten des Betriebsrats entstehen kann, auch LAG Baden-Württemberg Beschluss v. 1.6.1976 – 7 TaBV 3/76, DB 1976, 1820 = AuR 1976, 283. Dort war es darum gegangen, dass der Betriebsrat bei der Abmeldung vom Arbeitsplatz entgegen der damaligen BAG-Rechtsprechung nichts über den Gegenstand der Betriebsratsarbeit mitteilen musste.

¹⁸⁶ Bayreuther NZA 2013, 758, 759

¹⁸⁷ Ebenso für die Ausstattung Bayreuther NZA 2013, 758, 759

¹⁸⁸ Kehrman FS Wlotzke, S. 357, 377. Zur Öffentlichkeitsarbeit des Betriebsrats s. Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn. 925a – 925j

betreffen, die mit Rücksicht auf den Schutz ihrer Intimsphäre mit dem Betriebsrat außerhalb des Betriebs (z. B. in einer Gaststätte) reden wollen.

- Bei offiziellen Anlässen sind auch Betriebsratsmitglieder eingeladen, was einen gewissen Mehraufwand an Kleidung zur Folge hat.
- Freigestellte Betriebsratsmitglieder arbeiten oft zu Hause und erledigen Betriebsratsarbeit. Sie benutzen dabei ihre eigenen privaten Geräte (Computer mit Internet-Anschluss, Drucker samt Papier, Telefon).
- Bei Verabschiedungen von Arbeitskollegen, bei Veranstaltungen für Jubilare und bei Krankenbesuchen werden vom Betriebsrat kleinere Geschenke gemacht.
- Betriebsratskollegen aus anderen Firmen werden zu Besprechungen eingeladen und bewirtet. Es gibt Angelegenheiten zu besprechen, die beide Arbeitgeberfirmen angehen.

Sieht man diese Anlässe im Zusammenhang, so wird deutlich, dass eine Einzelabrechnung sehr aufwendig, bisweilen auch unmöglich wäre. Wie soll z. B. der zusätzliche Kleideraufwand bestimmt und auf wie viele Jahre soll er verteilt werden? Was soll passieren, wenn beim Blumenkauf keine Quittung ausgestellt wird? In solchen Fällen kann ersichtlich nur eine Pauschalierung helfen. Aus genau diesem Grund hat der Gesetzgeber die Regelung des § 46 Abs. 5 BPersVG geschaffen.

Die Höhe der Pauschale hat an die tatsächlichen Aufwendungen „anzuknüpfen“¹⁸⁹, was bedeutet, dass sie diese nicht bis ins letzte Detail abbilden muss, sondern von einer realistischen Schätzung ausgehen kann. Diese muss in etwa dem durchschnittlichen tatsächlichen Aufwand entsprechen.¹⁹⁰ Nur bei kleineren Betrieben kann dabei § 46 Abs. 5 BPersVG Vorbild sein; bei mittleren und größeren Betrieben dürfte eine sehr viel höhere Summe in der Größenordnung von 50 bis 100 Euro in Betracht kommen. Dabei ist auch zu beachten, dass der personalvertretungsrechtliche Satz seit 1974 unverändert geblieben ist, obwohl in der Zwischenzeit zahlreiche Preissteigerungen stattgefunden haben.

Die Festlegung der Pauschale sollte nicht in der Weise erfolgen, dass ein einzelnes Betriebsratsmitglied auf seine Aktivitäten hinweist und daraus einen bestimmten Betrag herleitet. Vielmehr sollte versucht werden, durch Betriebsabrede oder Betriebsvereinbarung eine Regelung zu erreichen, mit der beide Seiten „leben“ können. Dabei wäre nach der Rolle im Betriebsrat zu differenzieren: Der Vorsitzende wird

¹⁸⁹ BAG Urteil v. 9.11.1955 – 1 AZR 329/54, AP Nr. 1 zu Art. IX KRG Nr 22 Betriebsrätegesetz

¹⁹⁰ Fitting § 37 Rn. 10. Ähnlich Bayreuther NZA 2013, 758, 760

häufiger bei offiziellen Anlässen anwesend sein und außerhalb des Betriebes Termine wahrnehmen müssen als ein einfaches Mitglied. Dazwischen werden der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende und der Vorsitzende eines Betriebsratsausschusses liegen.¹⁹¹ Kommt keine Einigung zustande, wäre es Sache des Betriebsrats, die im Grundsatz ja unbestrittene, nur in ihrer Höhe zweifelhafte Pauschale gerichtlich durchzusetzen.

VI. Missbrauchsfälle

1. Potentielles Verhalten eines privilegierten Betriebsrats

Der gesunde Menschenverstand spricht dafür, dass ein Betriebsratsmitglied, das eine ungerechtfertigte Zulage von – sagen wir – 1.000 Euro monatlich bekommt, jede Konfrontation mit der Arbeitgeberseite vermeidet. Andernfalls würde er sein „Privileg“ gefährden. Findet er für seine Position im Betriebsrat regelmäßig keine Mehrheit, wird er verbreiteten Berichten nach die Position eines „Horchpostens“ erfüllen; jede irgendwie relevante Absprache im Betriebsrat oder mit Dritten wird unverzüglich an die Geschäftsleitung weitergegeben. Diese kann sich dann wirksame Gegenmaßnahmen überlegen.

Steht die Betriebsratsmehrheit oder im Extremfall der ganze Betriebsrat auf der „Sondergehaltsliste“, kann die Geschäftsleitung generell mit einem Entgegenkommen in Sachfragen rechnen. Dies wird allerdings typischerweise nicht so praktiziert, dass das Gremium zu jedem Vorschlag der Arbeitgeberseite „Ja und Amen“ sagt: Dies könnte in der Belegschaft Argwohn hervorrufen und zu einer kritischen Grundstimmung führen, die dann ggf. die Aufstellung einer Konkurrenzliste bei der nächsten Wahl zur Folge hätte. Vielmehr wird es durchaus Auseinandersetzungen geben, so dass sich der Betriebsrat scheinbar profilieren kann. Bei sekundären Fragen mag er sogar einzelne Erfolge vorweisen können: Er wird beispielsweise frühzeitig informiert. Seinem „Engagement“ ist es zu verdanken, dass drei Azubis übernommen wurden (wobei niemand beweisen kann, dass die Geschäftsleitung sowieso zur Übernahme entschlossen war). In wichtigen, insbesondere in kostenträchtigen Fragen wird der Betriebsrat im Ergebnis aber immer nachgeben; das Argument, mehr sei angesichts der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens nicht möglich gewesen, wird im Regelfall verfangen. So kommen dann

¹⁹¹ Ähnlich Bayreuther NZA 2013, 758, 760

beispielsweise bescheidene Sozialpläne zustande, obwohl objektiv sehr viel mehr erreichbar gewesen wäre.

Dies alles sind Einschätzungen, die zum Teil auf Informationen aus der Praxis, zum Teil aber nur auf der Annahme beruhen, wie sich ein „vernünftiger“ Betriebsrat und eine „vernünftige“ Geschäftsleitung angesichts von Sondervorteilen für Betriebsratsmitglieder verhalten würden. Da es sich um illegale Vorgänge handelt, hat es empirische Forschung schwer. Eine „Typologie“ von Verhaltensmustern, wie sie Kotthoff für „normale“ Betriebsräte entwickelt hat,¹⁹² kommt erst recht nicht in Betracht. Weiter muss man beachten, dass es auch den Fall geben kann, dass alle Beteiligten die Manager-Bezahlung des Betriebsratsvorsitzenden als Selbstverständlichkeit ansehen, die auch einer deutlichen Interessenvertretung nicht im Wege steht. Eine Bremer Dissertation ist der Frage nachgegangen, wie die drei Problemkomplexe „Arbeitszeit“, „Gruppenarbeit“ und „Outsourcing“ in unterschiedlichen Niederlassungen des VW-Konzerns behandelt wurden.¹⁹³ Verglichen wurden die Verhandlungsprozesse und deren Ergebnisse in Wolfsburg, bei der spanischen Tochter und bei VW do Brasil. Trotz Streiks der Beschäftigten in Spanien und Brasilien wurde in Wolfsburg das für die Arbeitnehmer bei weitem beste Ergebnis erzielt – Verhandlungsführer war dort der Betriebsratsvorsitzende Volkert, der in ungewöhnlicher Weise von der Geschäftsleitung „verwöhnt“ worden war.

Nicht nur der Fall Volkert (der mit einem Gefängnisarrest endete) zeigt, dass die Gewährung und Entgegennahme von Vorteilen mit erheblichen Risiken verbunden ist. Wird die Angelegenheit im Betrieb bekannt, weil beispielsweise ein Mitarbeiter der Personalabteilung nicht dicht hält, kann der Betriebsrat drastisch an Ansehen verlieren und seine Wiederwahl gefährden. Je nach den konkreten Umständen kann es auch schwierig sein, die fraglichen Personen irgendwo auf der Arbeitgeberseite unterzubringen, weil ihnen der Ruf des „Bestechlichen“ weiter anhängt.¹⁹⁴ Darüber hinaus wird durch

¹⁹² Kotthoff Betriebsräte und betriebliche Herrschaft: Ein Typologie von Partizipationsmustern im Industriebetrieb, 1981. Von Interesse auch Ders. Betriebsräte und Bürgerstatus: Wandel und Kontinuität betrieblicher Mitbestimmung, 1994

¹⁹³ Cristina Schultz-Cortes Betrieblicher Wandel und industrielle Beziehungen – eine vergleichende Studie bei Volkswagen in Deutschland, Spanien und Brasilien, Bremen 2008 (abrufbar unter <http://elib.suub.uni-bremen.de/peid/D00011143.html>)

¹⁹⁴ In einem Bremer Betrieb nahmen zwei Betriebsratsmitglieder ihr Recht auf Einsichtnahme in die Bruttolohn- und -gehaltslisten wahr. Bei dieser Gelegenheit entdeckten sie, dass der Betriebsratsvorsitzende einen Tausender monatlich mehr erhielt als die Arbeitskollegen mit gleichem Tätigkeitsprofil. Der anwesende und etwas arglose Personalleiter beantwortete die Frage nach dem „Warum?“ schlicht mit der Aussage: „Der ist doch Betriebsratsvorsitzender“. Dies führte zu Empörung im Betrieb. Bei der nächsten Wahl erlitt der Vorsitzende eine krachende Niederlage und verließ nach einiger Zeit den Betrieb.

solche Vorfälle auch die betriebliche Mitbestimmung als solche diskreditiert; Fälle wie bei VW (Volkert/Hartz)¹⁹⁵ und bei Siemens und Aldi Nord (AUB – Schelsky)¹⁹⁶ können bei nicht wenigen Menschen die Vorstellung einer Käuflichkeit von Interessenvertretern schaffen. Schließlich besteht die Gefahr, dass die zu Unrecht erhaltenen Beträge zurückzuerstatten sind, da sie ohne Rechtsgrundlage erlangt wurden. Zwar schließt an sich § 817 Satz 2 BGB Rückforderungsansprüche aus, wenn auch der Leistende einen Gesetzesverstoß beging, doch vertritt die weit überwiegende Meinung in der juristischen Literatur den Standpunkt, mit Rücksicht auf den Zweck des Begünstigungsverbots nach § 78 Satz 2 BetrVG könne § 817 Satz 2 BGB hier nicht eingreifen.¹⁹⁷ Auch auf den Arbeitgeber können gewichtige Nachteile zukommen. Eine Zahlung, die zu einer rechtswidrigen Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern führt, kann nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG nicht als Betriebsausgabe geltend gemacht werden.¹⁹⁸ Weiter droht gerade in einem solchen Fall eine Verurteilung wegen Untreue nach § 266 StGB, weil die Vermögensinteressen der Gesellschaft nicht wie geboten gewahrt wurden.¹⁹⁹

2. Politische Korrektur unter Ausschöpfung von Minderheitsrechten

Besonders gravierend ist der Fall, dass die große Mehrheit der Betriebsratsmitglieder an unzulässigen Begünstigungen partizipiert und bei einigen wenigen (z. B. neu gewählten) „Außenseitern“ der nicht durch konkrete Tatsachen untermauerte Verdacht besteht, es könne bei der Mehrheit mit der Bezahlung einiges nicht in Ordnung sein. Hier stellt sich das Problem, inwieweit unter Ausnutzung der im BetrVG niedergelegten Rechte eine Klärung erfolgen kann.

Das Recht auf Einsichtnahme in die Listen über Bruttolöhne und Bruttogehälter ist nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG auf den Betriebsausschuss und einen anderen nach § 28 BetrVG gebildeten Ausschuss beschränkt. Dort wird eine kritische Minderheit schwerlich einen entsprechenden Beschluss herbeiführen können. In kleineren Betrieben, in denen es keinen Betriebsausschuss gibt und in denen auch kein Ausschuss nach § 28

¹⁹⁵ Zur Verurteilung von Hartz s. LG Braunschweig Urteil v. 25.1.2007 – 6 KLs 48/06, CCZ 2008, 32 mit Anm. Rieble

¹⁹⁶ Zur Verurteilung von Schelsky s. BGH Beschluss v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09, NJW 2011, 88

¹⁹⁷ Bittmann/Mujan BB 2012, 1604, 1606; Glock in: Hess/Worzalla/Glock u.a. (Fn. 19) § 37 Rn. 20; ErfK-Koch § 37 Rn. 1; Rieble NZA 2008, 276, 278; Schweibert/Buse NZA 2007, 1080, 1086; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 10; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 22; wohl auch Fischer BB 2007, 997, 998; gegen einen Rückforderungsanspruch Fitting § 37 Rn. 11; DKKW-Wedde § 37 Rn. 7

¹⁹⁸ Dazu eingehend Rieble BB 2009, 1612 ff. gegen Graf/Link NJW 2009, 409

¹⁹⁹ Rieble NZA 2008, 276, 280

Abs. 1 BetrVG gebildet werden kann, steht das Einsichtsrecht dem Betriebsratsvorsitzenden oder einem nach § 27 Abs. 3 BetrVG bestimmten Betriebsratsmitglied zu.²⁰⁰ Eine Minderheit dürfte auch in diesem Fall keine realistische Chance haben, auf die Informationen zugreifen zu können, selbst wenn man den günstigen Fall unterstellt, dass die „Zusatzleistungen“ in den Listen vermerkt sind und nicht aus einer anderen Quelle gespeist werden.

Die Chancen, unzulässige Abmachungen aufzudecken, erhöhen sich, wenn die Minderheit zahlenmäßig so stark ist, dass sie im Rahmen des § 38 BetrVG eine Freistellung beanspruchen kann. Dabei kommt ihr zugute, dass gemäß § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt wird, wenn mehr als eine Vorschlagsliste eingereicht wird. Sind in einem Betrieb mit mehr als 2000 Arbeitnehmern 5 (von 19) Betriebsratsmitglieder frei zu stellen, so kann eine Minderheit mit vier Sitzen eine Freistellung erreichen. Eine Abberufung ist nach durchgeführter Verhältniswahl nur mit Dreiviertel-Mehrheit möglich.²⁰¹ In einem solchen Fall rückt die nächste Person, die auf der Minderheitsliste steht, nach.²⁰²

Ein ausdrückliches Minderheitsrecht besteht in Bezug auf die Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen nach § 37 Abs. 6 BetrVG nicht. Der Betriebsrat muss jedoch bei Auswahlentscheidungen den Prinzipien des § 75 Abs. 1 BetrVG Rechnung tragen: Jede Zurückstellung einzelner Mitglieder wegen ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft, wegen ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung sowie aus einem andern dort genannten Grund ist rechtswidrig. Ein diskriminierender Betriebsratsbeschluss ist unwirksam.²⁰³ Beruht die Trennung in Mehrheit und Minderheit nicht auf der Mitgliedschaft in verschiedenen Gewerkschaften, dürfte der Sache nach nichts anderes gelten: Jemanden wegen seiner interessenpolitischen Ausrichtung zu benachteiligen, würde im Widerspruch zu § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG stehen, wonach alle im Betrieb tätigen Personen „nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit“ zu behandeln sind. Dies schließt nicht aus, dass ein Veranstalter ggf. nur Mitglieder einer bestimmten

²⁰⁰ BAG Beschluss v. 16.8.1995 – 7 ABR 63/94, NZA 1996, 330 m. w. N.

²⁰¹ § 38 Abs. 2 Satz 8 in Verb. mit § 27 Abs. 1 Satz 5 BetrVG

²⁰² GK-BetrVG-Weber § 38 Rn. 80 m. N. auch für die Gegenmeinung

²⁰³ Fitting § 37 Rn. 235; GK-BetrVG-Weber § 37 Rn. 274; Däubler, Schulung und Fortbildung (Fn. 15), Rn. 326; Richardi-Thüsing § 37 Rn. 119; Glock in: Hess/Worzalla u. a. § 37 Rn. 175

Gewerkschaft ansprechen will.²⁰⁴ Die Teilnahme an Schulungen kann die Fähigkeit verbessern, illegale Vorgänge im Betrieb aufzudecken.

Unter den gegebenen Umständen können die Minderheitsrechte nur einen kleinen Beitrag zur Sicherung der Unabhängigkeit des Betriebsrats leisten.

VII. Zusammenfassung

1. Anders als eine Gewerkschaft ist ein Betriebsrat nicht deshalb vom Arbeitgeber abhängig, weil dieser sämtliche Kosten trägt. Die Unabhängigkeit wird durch das Bestehen von gesetzlich durchsetzbaren Ansprüchen, den Sonderkündigungsschutz und das Verbot der Benachteiligung und der Begünstigung sicher gestellt.
2. Wird aus betrieblichen Gründen Betriebsratsarbeit außerhalb der individuell vereinbarten Arbeitszeit des einzelnen Betriebsratsmitglieds geleistet, so entsteht ein Anspruch auf bezahlte Freistellung. Wird dieser vom Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen abgelehnt, verwandelt er sich in einen Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung. Freigestellte Betriebsratsmitglieder entscheiden selbst, ob ein „Abfeiern“ mit ihren Aufgaben vereinbar ist; verneinen sie dies, entsteht auch hier ein Anspruch auf Abgeltung der geleisteten Mehrarbeit.
3. Der Abgeltungsanspruch kann pauschaliert werden. Dabei darf jedoch weder eine Begünstigung noch eine Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern eintreten. Soweit keine verlässlichen Erfahrungswerte über den Umfang der Mehrarbeit bestehen, ist diese während eines Zeitraums von zwei bis drei Monaten zu dokumentieren. Um den Grundsatz der unabhängigen Amtsführung nicht zu gefährden, muss das einzelne Betriebsratsmitglied dabei seine Tätigkeit nur stichwortartig beschreiben. Eine nähere Darstellung kommt lediglich dann in Betracht, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Angaben unrichtig sind. Der einmal festgelegte Pauschalbetrag muss spätestens alle zwei Jahre durch erneute Dokumentation über eine Dauer von zwei bis drei Monaten überprüft werden.

²⁰⁴ LAG Sachsen Beschluss v. 22. 11. 2002 – 9 TaBV 17/02 – NZA-RR 2003, 420 = LAGE § 37 BetrVG 2001 Nr. 1

4. Vergütung und Höhergruppierung orientieren sich nach § 37 Abs. 4 BetrVG an vergleichbaren Arbeitnehmern ohne Betriebsratsamt. Bei der Vergleichbarkeit sind Qualifikation, Leistungsfähigkeit und Persönlichkeit zu berücksichtigen. Wird ein Betriebsratsmitglied dabei in bestimmter Weise bewertet, kann in Zukunft keine für ihn negative Abweichung mehr erfolgen. Andernfalls wäre das Prinzip der unabhängigen Amtsführung in Frage gestellt, da das Betriebsratsmitglied bei jeder Auseinandersetzung befürchten müsste, schlechter als bisher „bewertet“ zu werden.

5. Existiert im Betrieb kein vergleichbarer Arbeitnehmer, ist ein solcher ggf. im Unternehmen, u. U. auch im Konzern zu ermitteln. Bleibt auch dieser Versuch erfolglos, ist auf die Entwicklung abzustellen, die Angehörige des fraglichen Berufs generell aufzuweisen haben; dies ist notfalls durch Sachverständigengutachten festzustellen.

6. Anforderungen, die durch die Betriebsrats Tätigkeit entstehen, und dadurch entwickelte Fähigkeiten spielen für die Vergütung keine Rolle. Eine andere Sicht würde gegen das Ehrenamtsprinzip verstoßen.

7. Aufwendungen, die mit der Betriebsrats Tätigkeit verbunden sind, können aus Vereinfachungsgründen pauschaliert werden. Dabei ist ähnlich wie bei der Abgeltung von Mehrarbeit durch Dokumentation darauf hinzuwirken, dass weder eine Begünstigung noch eine Belastung von Betriebsratsmitgliedern eintritt.

8. Diese Grundsätze beruhen auf einer Rechtsprechung, die bis in die 1970-er Jahre zurückgeht. An ihr hat sich auch in den letzten Jahren nichts geändert.²⁰⁵ Die Abschaffung von Nebenleistungen und Vergünstigungen, die sich in anderen Bereichen in den letzten zehn Jahren unter dem Stichwort der Compliance vollzogen hat, war hier ohne Bedeutung, weil von Anfang an der Grundsatz der Ehrenamtlichkeit und der Nicht-Begünstigung Anwendung fand.

²⁰⁵ S. etwa BAG, Urteil v. 19.3.2014 – 7 AZR 480/12, DB 2014, 1558; BAG, Urteil v. 28.5.2014 – 7 AZR 404/12, NZA 2015, 564; BAG, Urteil v. 4.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339; BAG, Urteil v. 10.11.2015 – 3 AZR 574/14, AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung; BAG, Urteil v. 18.5.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212; BAG, Urteil v. 27.7.2016 – 7 AZR 255/14, NZA 2016, 1418

