

**Probleme der „betriebsüblichen beruflichen Entwicklung“ und
der Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder**

Gutachtliche Stellungnahme

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt und Fragestellungen

I. Pauschalierung des Schichtzuschlags	2
II. Anpassung der Vergütung an die betriebsübliche berufliche Entwicklung	3
III. Ausgleich von steuerlichen Nachteilen bei Sonntags- und Nacharbeitszuschlägen?	4
IV. Betriebsrattätigkeit zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen	5

B. Rechtliche Würdigung

I. Die Schichtarbeitspauschale	6
1. Die Ausgangssituation nach § 37 Abs. 2 BetrVG	6
2. Die Pauschalierung der Schichtzulage	7
a) Sinn der Pauschalierung	8
b) Beispiele	8
c) Pauschalierung in anderen Rechtsgebieten	10
d) Konkretisierungsprobleme	10
e) Anwendung im konkreten Fall	12
3. Zusammenfassung	14
II. Anpassung der Vergütung an die betriebsübliche berufliche Entwicklung	14
1. Die Grundsatzeinigung	14
2. Die Auswahl der Vergleichspersonen	15
3. Der maßgebende Zeitpunkt	17
4. Verkleinerung der Vergleichsgruppe	19
5. Versetzung des Betriebsratsmitglieds	20
6. Wegfall des bisherigen Tätigkeitsbereichs	21
7. Verschiebung der Anpassung	22

III. Ausgleich von steuerlichen Nachteilen bei Feiertags-, Sonntags- und Nachtarbeitszuschlägen	22
1. Der Ausgangspunkt	22
2. Steuerpflicht auch für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit?	22
3. Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Ausgleichsleistung?	23
4. Freiwillige arbeitsvertragliche Abmachung?	24
IV. Betriebsratsarbeit während zuschlagspflichtiger Zeiten	25
V. Zusammenfassung	27

A. Sachverhalt und Fragestellungen

In den beiden Verteilzentren der dm-Unternehmensgruppe (Waghäusel und Weilerswist) bestehen jeweils Betriebsräte. In beiden sind eine Reihe von Betriebsratsmitgliedern von der Arbeit freigestellt. Im Zusammenhang mit ihrer Vergütung sind drei Fragenkomplexe aufgetaucht, die im Einzelnen rechtlich gewürdigt werden sollen.

I. Pauschalierung des Schichtzuschlags

Der Schichtzuschlag der freigestellten Betriebsratsmitglieder bestimmte sich nach § 15 der Betriebsvereinbarung „Interessenausgleich/Sozialplan“ von 2014. Dieser lautet:

„Gemäß § 38 BetrVG freigestellte BR-Mitglieder erhalten einen pauschalierten Zuschlag entsprechend der Zuschlagsregelungen der Schicht 'Konti 34', unabhängig davon, wie sie im Rahmen der Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben tatsächlich arbeiten.“

Ob diese Regelung mit § 37 Abs. 2 BetrVG und mit dem Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG vereinbar ist, soll im Einzelnen untersucht werden.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass am 4.2.2018 im VZ Weilerswist eine neue Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit („Betriebsvereinbarung Arbeitszeit 24/5 2/3“) in Kraft getreten ist, die nach ihrem § 17 Abs. 2 alle anderen noch wirksamen kollektiven Regelungen zur Gestaltung der Arbeitszeit im Kombi-VZ ersetzt. Damit ist auch die Regelung aus der Betriebsvereinbarung „Interessenausgleich/Sozialplan“ hinfällig geworden.

Die neue Betriebsvereinbarung enthält zahlreiche Schichtmodelle, über deren Einsatz die unmittelbar Betroffenen mitentscheiden können. Daneben gibt es unter bestimmten Voraussetzungen „feste“ Schichten, wobei allerdings eine dauernde Nachtschicht auf sechs Monate begrenzt ist. Außerdem enthält die Betriebsvereinbarung in § 12 Regelungen über „Sonderformen der Arbeit“, wozu Gleitzeit, Vertrauensarbeitszeit,

Rufbereitschaft und Telearbeit gehören. Einzelheiten dazu sind in den Anlagen III, IIIa und IIIb zur Betriebsvereinbarung geregelt.

Die Beteiligten möchten wissen, ob es weiterhin eine Pauschale für den Schichtzuschlag geben und welchen Inhalt diese im Einzelfall haben kann.

II. Anpassung der Vergütung an die betriebsübliche berufliche Entwicklung

Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Aufgrund einer Absprache zwischen dem Arbeitsdirektor und den freigestellten Betriebsratsmitgliedern vom 24.2.2012 wird wie folgt verfahren:

Im Zeitpunkt der Freistellung wird für das einzelne freigestellte Betriebsratsmitglied eine Vergleichsgruppe gebildet, die aus mindestens drei und höchstens sieben Personen besteht. In jedem Jahr wird zum 1.3. festgestellt, wie sich die Vergütungshöhe der einzelnen Mitglieder der Vergleichsgruppe entwickelt hat. Hat die Gruppe mehr als vier Mitglieder, werden ausschließlich die beiden Mitglieder mit dem höchsten und die beiden mit dem niedrigsten Vergütungszuwachs betrachtet. Auch mit deutlichen Gehaltserhöhungen verbundene Beförderungen sind einbezogen.

Auf dieser Grundlage wird ein durchschnittlicher Steigerungsbetrag errechnet. Dieser wird mit der (in der Regel ebenfalls vorliegenden) Steigerung des Verdienstes des freigestellten Betriebsratsmitglieds verglichen. Ist dessen Vergütung weniger gewachsen, findet eine Anpassung auf das Durchschnittsniveau statt und der Differenzbetrag wird für die Zukunft sowie für die zurückliegenden zwölf Monate ausgeglichen.

In diesem Zusammenhang stellen sich verschiedene Fragen:

- Nach welchen Kriterien sind die Mitglieder der Vergleichsgruppe auszuwählen? Was geschieht, wenn sich Arbeitgeberseite und freigestelltes BR-Mitglied über eine oder mehrere Personen nicht einig sind?

- Welcher Zeitpunkt ist für die Bildung der Vergleichsgruppe maßgebend?

- Ein Mitglied der Vergleichsgruppe scheidet aus oder wird mit einer ganz anderen Funktion betraut. Muss es durch eine andere Person ersetzt werden oder verkleinert sich die Vergleichsgruppe?

- Welche Folgen hat es, wenn das BR-Mitglied versetzt wird? Was geschieht, wenn sich dadurch die Tätigkeit grundlegend ändert?

- Wird ein Mitglied der Vergleichsgruppe mitten im Jahr befördert, so wirkt sich dies auf die Vergütung des Betriebsratsmitglieds auf den gesamten Zeitraum der vor dem 1.3. liegenden 12 Monate aus. Umgekehrt wirkt sich eine Verbesserung der Vergütung eines Mitglieds der Vergleichsgruppe zum 1.3. oder zum 1.4. erst im folgenden Jahr aus. Stellt das erste eine unzulässige Begünstigung und das zweite eine unzulässige Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds dar?

III. Ausgleich von steuerlichen Nachteilen bei Sonntags- und Nachtarbeitszuschlägen?

Mit Rücksicht auf das Lohnausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG erhält ein Betriebsratsmitglied diejenige Vergütung, die es erhalten hätte, wenn es nicht in den Betriebsrat gewählt und nicht freigestellt worden wäre. Dies gilt auch für Nacht- und für Feiertags- und Sonntagszuschläge.

Die Steuerfreiheit nach § 3b EStG wird jedoch nur für „tatsächlich geleistete“ Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit gewährt, so dass sich für ein Betriebsratsmitglied aufgrund der nicht zu verhindernden Besteuerung ein geringeres Nettoeinkommen ergibt. Stellt es eine unzulässige Begünstigung wegen Betriebsratstätigkeit dar, wenn der Arbeitgeber diese Netto-Einbuße ausgleicht?

IV. Betriebsratstätigkeit zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen

Weiter ist der davon zu unterscheidenden Frage nachzugehen, ob ein Betriebsratsmitglied eine (dann steuerfreie) Nachtzulage erhält, wenn er – was in einem Dreischichtbetrieb geboten sein oder zumindest naheliegen kann – einen Teil seiner Betriebsratsarbeit während der Nachtschicht erledigt?

Die Beauftragung des Gutachters erfolgte durch die Geschäftsleitung mit Zustimmung der Betriebsräte in den beiden Verteilzentren.

B. Rechtliche Würdigung

I. Die Schichtarbeitspauschale

1. Die Ausgangssituation nach § 37 Abs. 2 BetrVG

Nach § 37 Abs. 1 BetrVG führen die Betriebsratsmitglieder ihr Amt „unentgeltlich als Ehrenamt“. Für die Betriebsratstätigkeit als solche dürfen sie daher keine Gegenleistung erhalten; auch ein „Sitzungsgeld“ ist nach allgemeiner Auffassung ausgeschlossen.

S. statt aller Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 29. Aufl., München 2018, § 37 Rn. 8; Weber, in: Wiese/Kreutz u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 11. Aufl., Köln 2018, § 37 Rn. 18 (im Folgenden: GK-BetrVG-Bearbeiter); Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 16. Aufl., München 2018, § 37 Rn. 8 (im Folgenden: Richardi-Bearbeiter)

Die Tatsache, dass die Betriebsratstätigkeit unter Umständen sehr viel höhere Anforderungen stellt als die vorher geleistete Arbeit, bleibt bei der Vergütung außer Betracht. Auch wenn „auf Augenhöhe“ verhandelt wird, erfolgt nach dem Gesetz keine Vergütung „auf Augenhöhe“.

Rieble, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276, 277

Die Ausübung des Ehrenamts darf für das Betriebsratsmitglied aber auch keine wirtschaftlichen Nachteile mit sich bringen. § 37 Abs. 2 BetrVG sieht deshalb vor, dass Betriebsratsmitglieder ihre Funktion während der Arbeitszeit und „ohne Minderung des Arbeitsentgelts“ ausüben. Es gilt das sog. Lohnausfallprinzip.

Fitting, a.a.O., § 37 Rn. 59; Wedde, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl., Frankfurt/Main 2018, § 37 Rn. 50 (im Folgenden: DKKW-Bearbeiter); Glock, in: Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke, BetrVG. Kommentar, 10. Aufl., Köln 2018, § 37 Rn. 56 jeweils mwN.

Konkret bedeutet dies, dass ein Betriebsratsmitglied diejenige Vergütung erhält, die es bekommen hätte, wenn es weitergearbeitet hätte. Dazu gehören insbesondere auch Zuschläge wegen Schichtarbeit sowie wegen Arbeit an Sonn- und Feiertagen. Dies ist vom BAG ausdrücklich betont worden

BAG, Urteil v. 13.7.1994 – 7 AZR 477/3 – AP Nr. 97 zu § 37 BetrVG 1972: „Im Rahmen des Lohnausfallprinzips des § 37 Abs. 2 BetrVG sind neben der Grundvergütung alle Zuschläge und Zulagen zu bezahlen, die das Betriebsratsmitglied ohne Arbeitsbefreiung verdient hätte, insbesondere Zuschläge für Mehr-, Über-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, Erschwernis- und Sozialzulagen“ (Tz. 16).

und findet auch in der Literatur allgemeine Anerkennung.

S. statt aller GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 73; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 50

Konkret bedeutet dies, dass Betriebsratsmitglieder, die bisher nicht in Schicht gearbeitet haben, eine Schichtzulage lediglich dann beanspruchen könnten, wenn an ihrem Arbeitsplatz nunmehr Schicht gearbeitet wird. Nur dann ist ihnen wegen der Betriebsrats Tätigkeit die Zulage „entgangen“.

Ob und in welchen Fällen eine solche Konstellation anzunehmen ist, kann dem mir zugänglichen Tatsachenmaterial nicht entnommen werden.

Davon zu unterscheiden ist die ganz andere Frage, inwieweit eine zu „ungünstigen“ Zeiten erfolgende Betriebsratsarbeit ihrerseits einen Schichtzuschlag rechtfertigen kann; darauf ist an späterer Stelle einzugehen (unten IV).

2. Die Pauschalierung der Schichtzulage

Hätte ein konkretes Betriebsratsmitglied Schichtarbeit geleistet, sofern es nicht freigestellt worden wäre, so stellt sich das Problem der Pauschalierung. Kann ein bestimmter Betrag vorgesehen werden, der gleichermaßen an alle von potentieller Schichtarbeit betroffenen Betriebsratsmitglieder bezahlt wird? Entsprechendes geschah in der bis Februar 2018 geltenden Regelung, wonach alle freigestellten Betriebsratsmitglieder im VZ Weilerswist

einen Zuschlag wie bei Arbeit in der Schicht „Conti 34“ erhalten haben. Auch könnte es angesichts der Vielzahl von möglichen Schichtmodellen nach der neuen „Betriebsvereinbarung Arbeitszeit“ nahe liegen, auch in der Zukunft eine Pauschalierung jedenfalls für diejenigen vorzunehmen, die ohne ihre Freistellung nach der Neuregelung in Schicht arbeiten würden.

a) Sinn der Pauschalierung

Die Pauschalierung von Vergütungsbestandteilen von Betriebsratsmitgliedern hat in verschiedenen Zusammenhängen praktische Relevanz erlangt. In der Regel steht die Erwägung im Vordergrund, einen erheblichen Verwaltungsaufwand zu vermeiden, der mit einer „Spitzabrechnung“ verbunden wäre. Weiter kann es Fälle geben, in denen nicht abgeschätzt werden kann, wie das hypothetische Arbeitszeitmodell beschaffen gewesen wäre, in dem das freigestellte Betriebsratsmitglied gearbeitet hätte. Schließlich könnte eine genaue Erfassung der Betriebsratsstätigkeit dazu führen, dass der Arbeitgeber Einblick in Interna des Betriebsrats gewinnt, was mit der Unabhängigkeit einer betrieblichen Interessenvertretung nicht vereinbar wäre.

Zum letzteren Punkt s. Melot de Beauregard, Was ist der gerechte (Betriebsrats-) Lohn? DN 2018, M 26. Zur Unabhängigkeit von Betriebsräten vom Arbeitgeber s. Däubler, Unabhängigkeit des Betriebsrats trotz Gegnerfinanzierung? – Probleme der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, SR (=Soziales Recht) 2017, 85, 86 ff. m. w. N.

b) Beispiele

Im Einzelnen geht es etwa um folgende Konstellationen:

Geht die Betriebsratsstätigkeit über die individuelle Arbeitszeit hinaus, so hat das Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 3 BetrVG einen Anspruch auf Freizeitausgleich. Kann dieser aus betrieblichen Gründen nicht gewährt werden, so ist eine Bezahlung als Mehrarbeit geschuldet. Hier wird nicht selten eine Pauschale vereinbart, um nicht jede einzelne Stunde genau erfassen zu müssen.

Ein anderes Beispiel sind kleinere Aufwendungen, die mit der Betriebsratsstätigkeit verbunden sind. Im Bereich der Personalvertretung des Bundes hat der Gesetzgeber dem durch § 46 Abs. 5 BPersVG Rechnung getragen. Danach erhalten freigestellte Personalratsmitglieder eine monatliche „Aufwandsentschädigung“. Ihre Höhe wird durch Rechtsverordnung der Bundesregierung festgelegt; derzeit gilt ein Satz von 26 Euro im Monat.

Näher Noll, in: Altvater et alii (Hrsg.), Kommentar zum BPersVG, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2016, § 46 Rn. 82 f.

Schließlich ist an den Fall zu denken, dass ein Betriebsratsmitglied entgegen § 37 Abs. 5 BetrVG wegen zwingender betrieblicher Notwendigkeiten mit einer Tätigkeit beschäftigt wird, die der bisherigen nicht gleichwertig ist. In diesem Fall wird die bestehende Vergütung fortbezahlt, doch können sich dabei zusätzliche Probleme ergeben: Wer bisher stellvertretender Schichtleiter war und nunmehr auf eine andere Position versetzt wird, verliert die Chance, den Schichtleiter zeitweise zu vertreten und dabei ein höheres Entgelt pro Stunde zu bekommen.

S. den Fall LAG Köln, Urteil v. 13.9.1984 – 10 Sa 583/84 – DB 1985, 394

Ein Nachteil kann sich auch dadurch ergeben, dass am neuen Arbeitsplatz keine Überstunden mehr anfallen. Treten diese Nachteile nun nicht kontinuierlich, sondern mal mehr mal weniger auf, so liegt eine Pauschalierung nahe, da eine exakte Bestimmung schwierig wäre.

Dafür auch DKKW-Wedde, § 37 Rn. 94

In allen diesen Fällen kommt als Besonderheit hinzu, dass Betriebsratsmitglieder wegen § 78 Satz 2 BetrVG bei der Bestimmung der Pauschale weder begünstigt noch benachteiligt werden dürfen. Insoweit sind die Beteiligten bei einvernehmlichen Regelungen sehr viel weniger frei als in anderen Zusammenhängen.

c) Pauschalierung in anderen Rechtsgebieten

Statt einer Detailabrechnung eine Pauschale zugrunde zu legen, ist auch in andern Rechtsgebieten eine verbreitete Erscheinung. Bekannt ist die Pauschalierung insbesondere im Steuerrecht.

Dazu Waas, Betriebsrat und Arbeitszeit. Pauschale Abgeltung und Freistellung über das Gesetz hinaus, HSI-Schriftenreihe Nr. 4, Saarbrücken 2012, S. 25 ff. (HSI = Hugo-Sinzheimer-Institut)

Müsste man die Aufwendungen für ein Kraftfahrzeug im Einzelnen bis hin zu jeder Benzinquittung in der Steuererklärung aufführen, 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.

Näher Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl., München 2018, § 611a BGB Rn. 517 (im Folgenden: ErfK-Bearbeiter)

Auslandsmitarbeiter erhalten nicht selten einen pauschalierten Kaufkraftausgleich.

d) Konkretisierungsprobleme

Die Pauschale bei Betriebsratsmitgliedern zu bestimmen, ist schon wegen des Begünstigungs- und Benachteiligungsverbots nicht immer ganz einfach. Gewisse Grundsätze lassen sich dennoch bestimmen.

Soweit es aus der Zeit vor der 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.

Kehrmann, Pauschalierung von Vergütungs- und Kostenerstattungsansprüchen der Betriebsratsmitglieder, in: Anzinger/Wank (Hrsg.), Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, Festschrift für Otfried Wlotzke, München 1996, S. 357, 375

Keine verlässlichen Erfahrungswerte liegen vor, wenn eine Pauschale über Jahrzehnte hinweg in unveränderter Höhe bezahlt wurde, da sich erfahrungsgemäß die Verhältnisse geändert haben.

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

Dasselbe gilt dann, wenn alle Betriebsräte denselben Betrag erhalten, obwohl sich ihre Arbeitssituation unterschieden hat.

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

Auch dabei liegt kein wirklicher Bezug zu der hypothetisch geleisteten Arbeit vor, weil es denkbar unwahrscheinlich ist, dass alle Betriebsratsmitglieder in gleicher Weise Mehrarbeit erbracht oder in gleicher Weise einen bestimmten Nachteil erlitten hätten. Der Sache nach würde hier eine Art von „Betriebsratszulage“ vorliegen, die eine unzulässige Begünstigung, aber auch eine Benachteiligung nach § 78 Satz 2 BetrVG darstellen könnte.

Soweit es um das Verhalten von Betriebsratsmitgliedern geht (Mehrarbeit nach § 37 Abs. 3 BetrVG; kleinere Aufwendungen) empfiehlt es sich, durch „Selbstaufschreibung“ über einen Zeitraum von zwei bis drei Monaten festzuhalten, wie viele Stunden angefallen sind bzw. welche Aufwendungen zu tätigen waren. Dies kann jeweils auf Plausibilität überprüft werden. Dies kann in einem durchaus wirksamen Verfahren erfolgen, weil sich

die Betriebsratstätigkeit nicht im stillen Kämmerlein vollzieht, sondern betriebsöffentlich wahrnehmbar ist, was Manipulationsmöglichkeiten ausschließt, zumindest entscheidend einschränkt. Nach zwei Jahren sollte dann eine Überprüfung mit dem Ziel stattfinden, festzustellen, ob die bislang angenommenen Pauschalwerte noch mit der Realität übereinstimmen.

Soweit es um schwer einschätzbare Umstände wie den Anfall höherwertiger Arbeit für den stellvertretenden Schichtleiter oder von Überstunden geht, sollten die tatsächlichen Umstände von Zeit zu Zeit überprüft werden, um auf diese Weise den Realitätsgehalt der bisher vorgenommenen Annahmen zu überprüfen.

e) Anwendung im konkreten Fall

Nach dem Gesagten kommt eine Schichtzulage nur für diejenigen in Betracht, die ohne ihre Betriebsratstätigkeit und ihre Freistellung Schichtarbeit leisten würden. Nach dem Lohnausfallprinzip kommt es also nicht zwingend darauf an, ob sie früher in Schichtarbeit oder mit festen Arbeitszeiten beschäftigt waren. Entscheidend ist vielmehr, was ihre heutige Tätigkeit wäre. Dabei gibt die in der Vergangenheit ausgeübte Tätigkeit allerdings einen wichtigen Anhaltspunkt dafür, wie die aktuelle Arbeit beschaffen wäre: Wer früher nicht Schicht gearbeitet hat, würde dies im Zweifel auch heute nicht tun, es sei denn, er wäre während seiner Betriebsratstätigkeit an einen anderen Arbeitsplatz versetzt worden oder das Schichtsystem wäre in einer Weise geändert worden, dass nunmehr auch an dem früher eingenommenen Arbeitsplatz in Schicht gearbeitet wird.

Was die bis Februar 2018 geltende Regelung betrifft, so ist zu berücksichtigen, dass Schichtarbeit nicht gleich Schichtarbeit ist. Nur wenn alle in der Schicht „Konti 34“ gearbeitet hätten, wäre eine einheitliche Bezahlung aller aus der Schichtarbeit kommenden freigestellten Betriebsratsmitglieder nach dem dort vorgesehenen Zuschlag unbedenklich gewesen. Soweit in verschiedenen Schichtmodellen gearbeitet wurde, wäre die Frage zu stellen, ob dabei unterschiedliche Zuschläge angefallen sind. War dies der Fall – was sich aus den mir vorliegenden Informationen nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen lässt – , so war die Regelung nicht korrekt, weil das Lohnausfallprinzip nach der jeweiligen Situation des Einzelnen differenziert: Hätten die Betriebsratsmitglieder unterschiedliche Zuschläge bekommen (weil sie z. B. mehr oder weniger Nachtarbeit

geleistet haben), so müssten diese auch in die Betriebsratsstätigkeit hinein fortgeschrieben werden. Ein auf den ersten Blick plausibler Grundsatz: „Schichtarbeit ist Schichtarbeit und Schichtzuschlag ist Schichtzuschlag“ steht im Widerspruch zu § 37 Abs. 2 BetrVG und darf daher nicht praktiziert werden. Unterschiedliche Schichtzuschläge unterstellt, würde dies entgegen § 78 Satz 2 BetrVG zur Benachteiligung bestimmter Betriebsratsmitglieder und zur Begünstigung anderer Betriebsratsmitglieder führen.

Die durch die Betriebsvereinbarung Arbeitszeit 24/5 ^{2/3} geschaffene Neuregelung weist die Besonderheit auf, dass den einzelnen Arbeitnehmern und Gruppen zahlreiche Wahlmöglichkeiten eröffnet sind. Dies macht es schwierig, freigestellte Betriebsratsmitglieder einem bestimmten Modell zuzuordnen. Wird überall derselbe Zuschlag bezahlt, ist dies unproblematisch, doch erscheint eine solche Regelung bei einer Betrachtung von außen her, d. h. ohne Kenntnis der Interna eher unwahrscheinlich. Die dafür notwendigen Informationen stehen hier nicht zur Verfügung. Auch lässt sich aus Sicht des Gutachters nicht beurteilen, ob die ebenfalls möglichen festen Arbeitszeiten zu anderen Vergütungen als die verschiedenen Schichtmodelle führen. Ist auch dies nicht der Fall, wäre eine einheitliche Schichtzulage für alle freigestellten Betriebsratsmitglieder möglich, die ohne ihre Tätigkeit im Betriebsrat in variablen oder festen Schichten arbeiten würden.

Führt das Arbeiten in den einzelnen Schichtmodellen und/oder in festen Arbeitszeiten zu unterschiedlichen Vergütungen, ist nach Anhaltspunkten zu suchen, wie sich die Einzelnen oder Gruppen entscheiden würden. Ist ein solches Vorgehen nicht zielführend, weil nur spekulative Annahmen möglich wären, müsste an einen Durchschnittswert gedacht werden.

Ein strukturell ähnliches Problem taucht auf, wenn – was in der Vergangenheit vorkam - eine bestimmte Zulage lediglich an Männer, nicht aber an Frauen bezahlt wurde. Die gebotene Anpassung der Frauen an das „Männerniveau“ war bisweilen deshalb problematisch, weil die an Männer bezahlten Zulagen keiner inneren Ordnung folgten, sondern willkürlich vergeben worden waren. Hier wurde ebenfalls mangels besserer Bezugsgröße dafür plädiert, einen Durchschnittswert zugrunde zu legen.

3. Zusammenfassung

Schichtzulagen kamen in der Vergangenheit und kommen in der Gegenwart nur für solche freigestellten Betriebsratsmitglieder in Betracht, die ohne ihre Tätigkeit im Betriebsrat in Schichtarbeit arbeiten würden.

Soweit diese Voraussetzung gegeben ist, kann die Höhe des Schichtzuschlags zweifelhaft sein, sofern die einzelnen in der Betriebsvereinbarung Arbeitszeit 24/5 ^{2/3} möglich gemachten Schichtmodelle und die dort zugelassenen festen Arbeitszeiten zu unterschiedlichen (oder keinen) Zuschlägen führen. Lässt sich aus den Umständen nicht rückschließen, in welchem Schichtmodell das einzelne Betriebsratsmitglied arbeiten würde, ist ein Zuschlag zu gewähren, der dem Durchschnitt der einzelnen Zuschläge entspricht.

Soweit Betriebsratsstätigkeit zu ungünstigen Zeiten wie bei Nacht oder an Sonn- und Feiertagen erfolgt, ist auf die Ausführungen unter IV zu verweisen.

II. Anpassung der Vergütung an die betriebsübliche berufliche Entwicklung

1. Die Grundsatzeinigung

Durch das Protokoll 5 und die Mail von Herrn Harms vom 16. 2. 2012 ist ein Verfahren eingerichtet worden, das seither praktiziert wird. Es beseitigt die Unsicherheit, die typischerweise dadurch entsteht, dass es unterschiedliche Auffassungen über die „betriebsübliche berufliche Entwicklung“ gibt, die nach § 37 Abs. 4 BetrVG Bezugsgröße für die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder ist. Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen ist vom BAG in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich bejaht worden, wobei zutreffend gleichzeitig betont wurde, dass dabei die gesetzlichen Vorgaben nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG und nach § 78 Satz 2 BetrVG zu wahren seien.

BAG, Urteil v. 18.1.2017 – 7 AZR 205/15 – NZA 2017, 935 Leitsatz 2: „Es ist zulässig, konkretisierende betriebliche Vereinbarungen zu § 37 Abs 4 BetrVG - etwa

zum Verfahren der Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer - zu treffen. Solche Regelungen müssen sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben in § 37 Abs 4 BetrVG und § 78 S 2 BetrVG bewegen.“ (Rn.22)

Dem wird auch in der Literatur gefolgt.

DKKW-Wedde, § 37 Rn. 88; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 9; Glock, in: Hess/Worzalla u. a., § 37 Rn. 110; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 140

Die rechtliche Form einer solchen Abrede ist letztlich ohne ausschlaggebende Bedeutung. In dem vom BAG entschiedenen Fall lag eine „Regelungsvereinbarung“ der Geschäftsleitung mit dem Konzernbetriebsrat zugrunde, doch ist genauso denkbar, dass wie im vorliegenden Fall eine Abrede zwischen dem Arbeitsdirektor und den betroffenen Betriebsratsmitgliedern getroffen wird. Missbäuche drohen in solchen Fällen nicht, zumal ja jederzeit eine gerichtliche Kontrolle möglich ist, wenn § 37 Abs. 4 oder § 78 Satz 2 BetrVG verletzt sein sollten.

2. Die Auswahl der Vergleichspersonen

Der Gesetzgeber hat bewusst die Gehaltsentwicklung „vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung“ zugrunde gelegt, um so einen Streit über die hypothetische berufliche Entwicklung des einzelnen Betriebsratsmitglieds zu vermeiden. Die „Ankoppelung“ an die Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer bleibt sogar dann bestehen, wenn die – zu einer Altersfreiheit führende – Schichtarbeit nicht mehr geleistet, sondern wenn durch das Betriebsratsmitglied gleitende Arbeitszeit praktiziert wird.

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 4.2.1998 – 8 Sa 867/97 – NZA-RR 1998, 503 Tz. 51

Vergleichbar im Sinne des § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG sind Arbeitnehmer, die eine im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeit ausüben; auch hinsichtlich fachlicher und persönlicher Voraussetzungen muss Vergleichbarkeit bestehen.

BAG, Urteil v. 21.4.1983 – 6 AZR 407/80 – DB 1983, 2253 und juris - Tz. 11; bestätigt durch BAG, Urteil v. 15.1.1992 – 7 AZR 194/91 – AP Nr. 84 zu § 37

BetrVG 1972; BAG, Urteil v. 19.1.2005 – 7 AZR 208/04 - juris; BAG, Urteil v. 20.7.2010 – 7 AZR 359/09 – AP Nr. 1 zu § 39 LPVG Bremen Tz. 30

Ausdrücklich betont das BAG (21.4.1983, a.a.O.): „Ist ein Betriebsratsmitglied ... besonders qualifiziert und in seiner beruflichen Tätigkeit überdurchschnittlich gewesen, so kommt als vergleichbarer Arbeitnehmer nur ein Beschäftigter mit ähnlicher Qualifikation und überdurchschnittlicher Leistung in Betracht.“

Übereinstimmende Stellungnahmen finden sich in der Literatur.

S. etwa Reichold, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 7. Aufl., Köln 2016, § 37 BetrVG Rn. 25 (im Folgenden: HWK-Bearbeiter); Fitting, § 37 Rn. 118; Glock, in: Hess/Worzalla u. a. § 37 Rn. 114

Nach diesen Kriterien sind die Vergleichspersonen auszusuchen, von denen in der Einigung zwischen Arbeitsdirektor und betroffenen Betriebsratsmitgliedern vom Februar 2012 die Rede ist. Drei bis sieben Vergleichspersonen statt nur einer einzigen auszuwählen, erscheint sinnvoll, weil die „betriebsübliche Entwicklung“ so besser festgestellt werden kann. Die Rechtsprechung würde es zulassen, nur eine einzige Vergleichsperson heranzuziehen,

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

doch ist es sinnvoller, eine breitere Basis zu wählen, sofern die Möglichkeit dazu besteht.

Was geschieht, wenn sich die Beteiligten nicht auf eine bestimmte Person einigen können, weil die ein Seite sie als „vergleichbar“, die andere jedoch als „unvergleichbar“ qualifiziert? Mangels eines anderweitigen Verfahrens muss in einem solchen Fall das Arbeitsgericht eine Entscheidung treffen, doch scheint es dazu bisher noch nicht gekommen zu sein.

3. Der maßgebende Zeitpunkt

Die Vergleichspersonen werden nach der Einigung vom Februar 2012 im Zeitpunkt der Freistellung bestimmt. Im Gegensatz dazu geht die hier referierte Rechtsprechung davon aus, dass maßgebender Zeitpunkt der Beginn des Betriebsratsamts ist. Nur bei Nachrückern soll insoweit eine Modifikation erfolgen, als bei ihnen der Zeitpunkt des Nachrückens in den Betriebsrat maßgebend sein soll.

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

Die Literatur teilt mehrheitlich diesen Standpunkt und stellt gleichfalls auf den Beginn der Betriebsratstätigkeit, nicht auf den Beginn der Freistellung ab.

DKKW-Wedde, § 37 Rn. 88; Fitting, § 37 Rn. 119; Glock, in: Hess/Worzalla u. a., § 37 Rn. 113; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 71; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 139

Eine Minderheit vertritt die Auffassung, maßgebend sei der letzte Tag der beruflichen Tätigkeit, bevor die Freistellung Platz gegriffen habe.

Hennecke, Die Bemessung von Arbeitsentgelt und allgemeinen Zuwendungen freigestellter Betriebsratsmitglieder, RdA 1986, 241, 242; grundsätzlich auch Schneider, Arbeitsentgelt- und Berufsschutz freigestellter Betriebsratsmitglieder, NZA 1984, 21, 22

Dem ist jedoch mit Recht entgegen gehalten worden, die Vorschrift des § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG werde auf diese Weise auf freigestellte Betriebsratsmitglieder beschränkt, obwohl § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG ganz allgemein von „Betriebsratsmitgliedern“ spreche.

Fitting § 37 Rn. 119

In der Tat verlangt auch der Sinn der Vorschrift, auf den Antritt des Betriebsratsamts abzustellen: Da sie das einzelne Betriebsratsmitglied gegen Benachteiligungen schützen wie auch Bevorzungen verhindern will, müssen nicht freigestellte

Betriebsratsmitglieder gleichfalls erfasst sein. Auch bei ihnen kann der Fall eintreten, dass sie durch Versetzung benachteiligt oder durch eine „Gefälligkeitsbeförderung“ begünstigt werden.

Wird ein Betriebsratsmitglied nach Ende seiner Wahlperiode wiedergewählt, so bleibt es bei der ursprünglichen Vergleichsgruppe.

Vgl. GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 139

Ein Anlass, eine neue Vergleichsgruppe zu bilden, besteht nur dann, wenn eine Unterbrechung der Betriebsratsstätigkeit eingetreten ist, weil z. B. das Betriebsratsmitglied nach drei Jahren zurückgetreten ist und bei der turnusmäßigen Wahl ein Jahr später wiedergewählt wurde.

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass die vergleichbaren Arbeitnehmer erst im zeitlichen Zusammenhang mit der Freistellung bestimmt wurden. Dies lässt sich nicht aufrechterhalten. Im Streitfall könnte es dazu führen, dass sich ein Betriebsratsmitglied darauf beruft, die Festlegung der Vergleichsgruppe sei unwirksam, so dass in einem Fall unabhängig von dem gewählten Verfahren in Anwendung der gesetzlichen Kriterien nach einer Vergleichsperson oder mehreren Vergleichspersonen gesucht und so die Höhe der geschuldeten Vergütung bestimmt werden müsse. Empfehlenswert sind daher zwei Dinge:

Zum einen muss überprüft werden, ob die Vergleichspersonen für die freigestellten Betriebsratsmitglieder dieselben bleiben können, auch wenn man auf den Beginn des Betriebsratsamts abstellt. Soweit dies nicht der Fall ist, muss im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten nach einer „passenden“ Ersatzperson gesucht werden. Soweit die Zahl „vier“ nicht unterschritten wird, ist das Ausscheiden eines Mitglieds der Vergleichsgruppe unschädlich.

Zum andern müssen auch für nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder Vergleichspersonen bestimmt werden, an denen sich ihre Gehaltsentwicklung orientiert. In aller Regel wird sich dadurch nichts an der Vergütung ändern, die an dem ja weiter gewissermaßen in Teilzeit wahrgenommenen Arbeitsplatz bezahlt wird, doch führt das Verfahren zu mehr

Transparenz und lässt potentielle Benachteiligungen wie auch Begünstigungen deutlich werden.

4. Verkleinerung der Vergleichsgruppe

Scheidet ein Mitglied der Vergleichsgruppe aus (etwa durch Kündigung oder durch Übergang in die Rente), so ist dies unschädlich, wenn die Gruppe weiterhin aus mindestens vier Personen besteht (Ziffer 9 der Einigung). Die Versetzung in eine andere Abteilung mit völlig anderer Aufgabenstellung kann die Eignung als Vergleichsperson gleichfalls entfallen lassen, sofern die Versetzung aus einer betriebsüblichen Entwicklung völlig heraus fällt.

Problematisch wird die Situation dann, wenn die Zahl vier unterschritten wird. Ist es schwierig, eine Vergleichsperson zu finden, weil diese ja schon in länger zurückliegender Vergangenheit vergleichbar gewesen sein muss, so wäre wohl auch eine Dreier-Gruppe ausreichend, weil Ziff. 8 der Einigung es ja zulässt, dass von vorne herein nur drei Personen benannt werden.

Wird diese Zahl unterschritten, muss nach einem Ersatz gesucht werden. Ist dieser nicht ermittelbar, weil kein vergleichbarer Arbeitnehmer ersichtlich ist, der schon bei Antritt des Betriebsratsamts z. B. im Jahr 2000 im Betrieb tätig war, so ist in einem andern Betrieb der dm-Unternehmensgruppe nach einer solchen Person zu suchen. Dies kann insbesondere bei den beiden Verteilzentren aussichtsreich sein: Sind in Weilerswist keine vergleichbaren Arbeitnehmer mehr zu ermitteln, können solche in Waghäusel durchaus vorhanden sein (und umgekehrt).

Führt auch ein solches Vorgehen nicht weiter, so ist auf den „am ehesten vergleichbaren Arbeitnehmer“ im Betrieb abzustellen.

So auch DKKW-Wedde, § 37 Rn. 88; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 9; HWK-Reichold, § 37 BetrVG Rn. 25; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 132

Lässt sich dieser ermitteln, ist eine „Komplettierung“ der Gruppe bis auf drei Mitglieder vorzunehmen. Fehlt auch insoweit eine ausreichende Grundlage (der einzige IT-Spezialist

wird in den Betriebsrat gewählt), so ist darauf abzustellen, wie sich die Vergütungen entsprechender Personen in der Branche entwickelt haben. Um dies zu bestimmen, ist notfalls ein Gutachter heranzuziehen.

5. Versetzung des Betriebsratsmitglieds

Wird ein (freigestelltes oder nicht freigestelltes) Betriebsratsmitglied auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt, so ist zu differenzieren:

Befindet sich der Arbeitsplatz in derselben Abteilung wie der bisherige, so handelt es sich um eine Beförderung, wenn die neue Tätigkeit besser bewertet und/oder höher bezahlt wird. Dies macht sich dann ggf. bei dem Vergütungsvergleich bemerkbar, der aufgrund der Einigung vom Februar 2012 mit der Vergleichsgruppe anzustellen ist.

Handelt es sich um eine gleichwertige Tätigkeit, die nicht höher bewertet oder vergütet wird als die bisherige, so liegt keine Beförderung vor. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die Versetzung im Zusammenhang mit der Betriebsratstätigkeit steht. Die Partizipation an der Entgeltentwicklung der Vergleichsgruppe ändert sich nicht.

Wird die neue Tätigkeit niedriger bewertet, so kommt der Tätigkeitsschutz des § 37 Abs. 5 BetrVG ins Spiel. Danach darf ein Betriebsratsmitglied grundsätzlich nicht mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die der bisherigen nicht gleichwertig sind. Eine Ausnahme gilt nur bei „zwingenden betrieblichen Notwendigkeiten“. In einem solchen Fall versagt der Tätigkeitsschutz, doch bleibt die Vergütung auf dem Niveau des § 37 Abs. 4 BetrVG erhalten.

Ist die Tätigkeit eine grundlegend andere (der technische Angestellte übernimmt eine kaufmännische Tätigkeit), so wird von diesem Augenblick an die betriebsübliche Entwicklung im neuen Bereich maßgebend sein. Die bisherige Vergleichsgruppe verliert ihre Eignung, die „betriebsübliche Entwicklung“ widerzuspiegeln. Es muss eine neue, mindestens drei Personen umfassende Gruppe von Personen gefunden werden, die eine Tätigkeit ausüben, die mit der neuen Funktion des Betriebsratsmitglieds vergleichbar ist.

6. Wegfall des bisherigen Tätigkeitsbereichs

Fällt der bisherige Arbeitsplatz eines freigestellten Betriebsratsmitglieds weg, sind aber vergleichbare Tätigkeiten im Betrieb noch vorhanden, so ändert sich im Grundsatz nichts: Das Entgelt richtet sich nach der Entwicklung, die für die Vergleichsgruppe maßgebend ist.

Fallen sämtliche vergleichbaren Tätigkeiten weg, so wird damit auch der Vergleichsgruppe die Grundlage entzogen. Die Vergütung bemisst sich nach dem Arbeitsplatz, den der Arbeitgeber nach dem Arbeitsvertrag hätte anbieten müssen, wenn es sich nicht um ein Betriebsratsmitglied handeln würde.

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 21.9.2006 – 11 Sa 230/06 – juris und ZTR 2007, 340, Leitsatz; ebenso auch BAG, Urteil v. 17.5.1977 – 1 AZR 458/74 – AP Nr. 28 zu § 37 BetrVG 1972; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 135; Däubler, SR 2017, 85, 102.

Maßstäbe hierfür können sich aus der Behandlung unkündbarer Arbeitnehmer ergeben.

7. Verschiebung der Anpassung

Die weiter gestellte Frage, ob es eine unzulässige Begünstigung darstellt, wenn z. B. eine Beförderung eines vergleichbaren Arbeitnehmers, die während des Jahres erfolgt, bei der Berechnung des Durchschnitts der Vergleichsgruppe voll angerechnet wird, kann unschwer verneint werden: Die Beteiligten bewegen sich im Rahmen einer Pauschalierung, wenn sie die Berechnung nicht zeitanteilig vornehmen, sondern den 28. 2. des Folgejahres als Stichtag wählen. Dies stellt auch deshalb keine unzulässige Bevorzugung dar, weil auf der anderen Seite der Nachteil steht, dass die Beförderung eines vergleichbaren Arbeitnehmers zum 1. 3. oder zum 1. 4. erst mit einer Verzögerung von knapp einem Jahr zu Buche schlägt. Dem Betriebsratsmitglied wird vorläufig eine Erhöhung seiner Bezüge vorenthalten, weil es eben auf den Stichtag 28.2. ankommt. Beides hebt sich wechselseitig auf; insoweit sind keine Bedenken ersichtlich.

III. Ausgleich von steuerlichen Nachteilen bei Feiertags-, Sonntags- und Nachtarbeitszuschlägen?

1. Der Ausgangspunkt

Nach dem Lohnausfallprinzip haben Betriebsratsmitglieder Anspruch auf das Entgelt, das sie verdient hätten, wenn sie nicht in den Betriebsrat gewählt worden wären. Zu diesem Entgelt gehören auch alle Formen von Zuschlägen und Zulagen einschließlich der Nacht-, Feiertags- und Sonntagszulagen.

So bereits BAG, Urteil v. 21.6.1957 – 1 AZR 465/56 - AP Nr. 5 zu § 37 BetrVG (1952); BAG, Urteil v. 7. 2. 1985 – 6 AZR 72/82 – AP Nr. 3 zu § 46 BPersVG; zuletzt BAG Urteil v. 18.5.2016 - 7 AZR 401/14 – NZA 2016, 1212. Aus der Literatur s. etwa Fitting, § 37 Rn. 63; Glock, in: Hess/Worzalla u. a., BetrVG, § 37 BetrVG Rn. 58; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 34; Maschmann, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Hrsg.), Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 8. Aufl., Köln 2016, § 37 BetrVG Rn. 7

2. Steuerpflicht auch für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit?

Da es sich um Arbeitseinkommen handelt, sind nach allgemeiner Auffassung Steuern und Sozialabgaben abzuführen.

S. statt aller Fitting, a.a.O. § 37 Rn. 71; Glock, a.a.O., § 37 BetrVG Rn. 71

Dabei kann die Sondervorschrift des § 3b EStG, die alle Nacht-, Sonntags- und Feiertagszuschläge weitgehend steuerfrei stellt, allerdings keine Anwendung finden, da sie sich dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nach nur auf eine „tatsächlich geleistete“ Arbeit dieser Art bezieht. Diese Voraussetzung ist bei der Betriebsratstätigkeit nur ausnahmsweise erfüllt.

Zur Steuerpflicht s. BFH, Urteil v. 3. 5. 1974 – VI R 211/71 – DB 1974, 1991,
bestätigt durch BFH, Urteil v. 8. 12. 2011 – VI R 18/11 – NZA-RR 2012, 197 = NJW
2012, 1903

Dem Betriebsratsmitglied steht daher nur ein niedrigerer Netto-Betrag zu, als wenn er an seinem (bisherigen) Arbeitsplatz weitergearbeitet und deshalb insoweit weder Steuern noch Sozialabgaben bezahlt hätte.

3. Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Ausgleichsleistung?

Das BAG hat darin ursprünglich eine durch § 78 Satz 2 BetrVG verbotene unmittelbare Benachteiligung wegen Betriebsratsstätigkeit gesehen und den Arbeitgeber deshalb für verpflichtet angesehen, dem Arbeitnehmer einen Ausgleichsbetrag zu gewähren, um so das bisherige Nettoniveau sicherzustellen. Nur dann sei der bisherige Lebensstandard gewahrt.

BAG, Urteil v. 10.6.1969 – 1 AZR 203/68 - AP Nr. 12 zu § 37 BetrVG (1952)

Diese Position hat das BAG jedoch einige Jahre später wieder aufgegeben und betont, der Arbeitgeber sei nicht zu einer Ausgleichsleistung verpflichtet.

BAG, Urteil v. 29.7.1980 - 6 AZR 231/78 - AP Nr. 37 zu § 37 BetrVG 1972

Für diese fehle es an einer Rechtsgrundlage. Dem § 37 Abs. 2 BetrVG liege kein „Lebensstandardprinzip“ zugrunde. Da die Benachteiligung nicht vom Arbeitgeber, sondern von staatlicher Gesetzgebung ausgehe, sei auch § 78 Satz 2 BetrVG nicht verletzt, der nur den Arbeitgeber und andere Privatrechtssubjekte verpflichte.

Diese Position ist später verschiedentlich bestätigt worden;

S. etwa BAG, Urteil v. 28.6. 1995 – 7 AZR 1001/94 - AP Nr. 112 zu § 37 BetrVG
1972 – Tz. 26

auch die Literatur hat sie mehrheitlich übernommen.

Fitting, § 37 Rn. 71; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 39; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 79

Insoweit ist sie in der Praxis zugrunde zu legen; eine mögliche inhaltliche Kritik würde angesichts der weitgehenden Akzeptanz der Rechtsprechung ersichtlich folgenlos bleiben.

4. Freiwillige arbeitsvertragliche Abmachung?

Das einzige Problem, das sich unter diesen Umständen stellt, ist die Frage, ob sich der Arbeitgeber auf freiwilliger Basis zu einer solchen Leistung bereitfinden kann, ohne gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG zu verstoßen. Dies wurde vom

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 12.3.2009 – 20 Sa 34/09 – juris

ausdrücklich bejaht. Im konkreten Fall waren mit den einzelnen Betriebsratsmitgliedern konkludent entsprechende Abreden getroffen worden. Eine unzulässige, gegen § 78 Satz 2 BetrVG verstoßende Begünstigung des Betriebsratsmitglieds liege darin nicht – so das LAG Berlin-Brandenburg. Wie das Gericht zu Recht betonte, werde lediglich eine kraft Gesetzes eintretende Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds ausgeglichen. Außerdem hat das BAG in seiner Entscheidung vom 29.7.1980 (6 AZR 231/78 - AP Nr. 37 zu § 37 BetrVG 1972) in Tz. 10 ff., 16 ausdrücklich hervorgehoben, dass ein Anspruch auf die begehrte Ausgleichsleistung durch Vertrag eingeräumt werden könne, für das Vorliegen einer solchen Abrede aber im konkreten Fall keinerlei Anhaltspunkte vorhanden seien. Ob eine solche Abmachung eine unzulässige Begünstigung darstellen könnte, wurde mit keinem Wort angesprochen; eine derartige Erwägung erschien wohl einigermaßen fernliegend. Auch die Tatsache, dass das BAG nachhaltig betonte, die sozialpolitischen Folgen der steuer- und abgabenrechtlichen Situation könnten „außerordentlich unerwünscht“ sein (a.a.O. Tz. 31) macht deutlich, dass es auch rechtlich von einem Nachteil für Betriebsratsmitglieder ausging, dessen vertragliche Beseitigung keine Begünstigung darstelle. Die Literatur hat sich dem LAG Berlin-Brandenburg angeschlossen, soweit sie die Frage aufgegriffen hat.

Fitting, § 37 Rn. 71; Moll/Roebbers, Pauschale Zahlungen an Betriebsräte? NZA 2012, 57, 61; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 79

In anderem Zusammenhang hat die Rechtsprechung ebenfalls den Standpunkt vertreten, eine durch die Umstände bewirkte Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern könne durch den Arbeitgeber ausgeglichen werden. Im konkreten Fall war es darum gegangen, dass ein durch Aufhebungsvertrag ausscheidendes Betriebsratsmitglied den Umständen nach wegen der Tätigkeit als bekannter Interessenvertreter besondere Schwierigkeiten haben würde, eine Anschlussbeschäftigung zu finden; dies wurde (zusammen mit seinem Sonderkündigungsschutz) als ausreichender Grund angesehen, ihm eine Abfindung zuzubilligen, die das betriebsübliche Maß erheblich überstieg, und die Vergütung während einer Freistellungsphase von zwei Jahren fortzuzahlen,.

LAG Saarbrücken, Urteil v. 22.6.2016 – 1 Sa 63/15 – juris, bestätigt durch BAG, Urteil v. 21.3.2018 – 7 AZR 590/16 – Pressemitteilung; zustimmend Oltmanns/Fuhlrott, Betriebsratsvergütung und Bevorzugung von Betriebsratsmitgliedern, DB 2018, 1086, 1088

IV. Betriebsratsarbeit während zuschlagspflichtiger Zeiten

Denkbar ist, dass die Betriebsrats Tätigkeit in den Verteilzentren nachts oder am Feiertag, in Extremfällen auch an einem Sonntag stattfindet. Ist in diesem Fall ein entsprechender Zuschlag geschuldet? Die Frage wird in der Literatur nur relativ selten angesprochen. Im Einzelnen ist zu differenzieren:

War jemand bisher nicht in Nacht-, Feiertags- oder Sonntagsschicht eingesetzt, weil er beispielsweise in der Verwaltung beschäftigt war, so erbringt er eine Sonderleistung, die über die Tatsache hinausgeht, dass er außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit tätig ist und deshalb nach § 37 Abs. 3 BetrVG einen Anspruch auf Freizeitausgleich bzw. auf Überstundenvergütung hat. Wie das LAG Frankfurt/Main zutreffend feststellte, hängen Nachtarbeitszuschläge nicht davon ab, ob Arbeit im formellen Sinne geleistet wird; vielmehr soll ein Ausgleich für die besondere Belastung erfolgen, die durch Aktivitäten in

der Nachtzeit verursacht werden, die der Arbeit im Sinne des ArbZG zumindest vergleichbar sind..

LAG Frankfurt/Main, Beschluss vom 10.3.2014 – 16 TaBV 197/13 – juris – Tz 23; die Entscheidung wurde vom BAG, Beschluss v. 24.2.2016 – 7 ABR 23/14 – NZA 2016, 567 aus prozessualen Gründen (kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis) aufgehoben, was die inhaltlichen Aussagen unberührt lässt

Die Zuschläge sind daher zu bezahlen.

Zum selben Schluss kommt das rechtliche Kurzgutachten von Rechtsanwalt Thomas Flum v. 1.12.2016, S. 4

Im vorliegenden Zusammenhang kann deshalb im Anschluss an die neueste Rechtsprechung des BAG

BAG, Urteil v. 18.1.2017 – 7 AZR 224/15 – NZA 2017, 791 (im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 5 ArbZG über die 11-stündige Ruhezeit)

dahingestellt bleiben, ob die Betriebsrätstätigkeit generell der Arbeit als solcher gleichzustellen ist oder nicht.

Die wegen der Betriebsrätstätigkeit in der Nacht oder an Sonn- und Feiertagen geleisteten Zuschläge müssen nicht versteuert werden, da sie ja eine tatsächlich erbrachte Leistung entgelten.

LAG Frankfurt/Main a.a.O.

Auch die Literatur ist – soweit sie das Problem behandelt – dem LAG Frankfurt/Main gefolgt.

So insbesondere Maschmann, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Hrsg.), a.a.O., § 37 BetrVG Rn. 7; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 79 am Ende

Erfolgt die Betriebsratsstätigkeit in der Nacht oder an Sonn- und Feiertagen nicht regelmäßig, so kann ähnlich wie im Beispielsfall der Überstunden (s. oben I 2b) eine Pauschalierung erfolgen, um so eine komplizierte Einzelabrechnung zu vermeiden. Es gelten die oben unter B I 2 dargestellten Grundsätze. Dabei muss allerdings in regelmäßigen Abständen überprüft werden, ob die bezahlte Pauschale auch weiterhin den tatsächlich geleisteten Stunden zu diesen (ungünstigen) Zeiträumen entspricht. In der Praxis wird sich hier ein Zwei-Jahres-Rhythmus empfehlen.

Soweit das einzelne Betriebsratsmitglied im Rahmen des Lohnausfallprinzips nach § 37 Abs. 2 BetrVG als ehemaliger Schichtarbeiter sowieso Zuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit erhält, kann nicht etwa eine „Verdoppelung“ verlangt werden. Vielmehr ergibt sich für das Betriebsratsmitglied nur dadurch ein wirtschaftlicher Vorteil, dass die Steuerfreiheit der Zuschläge wieder „auflebt“, soweit die Betriebsratsstunden den weiterbezahlten Nacht-, Feiertags- und Sonntagsstunden entsprechen.

V. Zusammenfassung

1. Schichtzulagen kamen in der Vergangenheit und kommen in der Gegenwart nur für solche freigestellten Betriebsratsmitglieder in Betracht, die ohne ihre Tätigkeit im Betriebsrat in Schichtarbeit arbeiten würden. Soweit diese Voraussetzung gegeben ist, kann die Schichtzulage im Sinne eines Durchschnittsbetrags pauschaliert werden, wenn aus den Umständen nicht rückschließbar ist, in welchem Schichtmodell das einzelne Betriebsratsmitglied arbeiten würde.
2. Die Abmachung bezüglich der Anpassung an die betriebsübliche berufliche Entwicklung begegnet keinen grundsätzlichen juristischen Bedenken. Zahlreiche Einzelfragen können einer Lösung zugeführt werden. Bei der Bestimmung der Vergleichspersonen sollte allerdings nicht auf den Zeitpunkt der Freistellung, sondern auf den Beginn des Betriebsratsamts abgestellt werden.
3. Es stellt keine unzulässige Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds dar, wenn bei Nacht-, Feiertags- und Sonntagszuschlägen eine Ausgleichsleistung gewährt wird, die eine Schlechterstellung beim auszuzahlenden Nettoentgelt verhindert.

4. Wird Betriebsratsarbeit zu ungünstigen Zeiten (nachts, Sonn- und Feiertage) geleistet, ist die entsprechende Zulage zu bezahlen. Diese kann auch pauschaliert werden.