

Behandlung von Betriebsratsmitgliedern – zwischen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot

Köln

6. Juli 2018

Dr. Maren Rennpferdt

Richterin am Bundesarbeitsgericht

Übersicht

- I. Ehrenamtsprinzip und Benachteiligungs-/Begünstigungsverbot
- II. Vergütung von Betriebsratsmitgliedern
 1. § 37 Abs. 2 BetrVG
 2. § 37 Abs. 4 BetrVG
 3. § 78 Satz 2 BetrVG
- III. Ausgleich für „Freizeitopfer“ nach § 37 Abs. 3 BetrVG
 1. Freizeitausgleich
 2. Abgeltungsanspruch
 3. Einzelfälle

Übersicht

IV. Besonderheiten im Restmandat

V. Freistellung nach § 38 BetrVG

VI. Aufwandsersatz

1. Fahrtkosten

2. Kinderbetreuungskosten

VII. Beendigung der Arbeitsverhältnisse von Betriebsratsmitgliedern

1. Befristung

2. Kündigung

3. Aufhebungsvertrag

I. Ehrenamtsprinzip - Bedeutung

Nach § 37 Abs. 1 BetrVG führen die Betriebsratsmitglieder ihr Amt als Ehrenamt. Danach darf

- dem Betriebsratsmitglied für die Wahrnehmung des Amts keine Vergütung zufließen; das Entgelt aus dem Arbeitsverhältnis wird während der Wahrnehmung von Betriebsrattätigkeit ungemindert fortgezahlt
- das Betriebsratsmitglied aus dem Amt keine Vorteile ziehen oder Nachteile erleiden.

I. Ehrenamtsprinzip - Zweck

Das Ehrenamtsprinzip

- wahrt die innere und äußere Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder
- stärkt das Vertrauen der vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer darauf, dass die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte durch den Betriebsrat nicht durch die Gewährung oder den Entzug materieller Vorteile für die Betriebsratsmitglieder beeinflussbar sind.

(BAG 18. Mai 2016 - 7 AZR 401/14 - Rn. 21; 5. Mai 2010 - 7 AZR 728/08 - Rn. 28)

I. Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot

Nach § 78 Satz 2 BetrVG dürfen Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden. Das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot

- ergänzt das Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG
- schützt
 - Betriebsratsmitglieder als Personen
 - den Betriebsrat als Organ und dessen Funktionsfähigkeit
- richtet sich gegen jedermann.

(BAG 8. November 2017 – 5 AZR 11/17 – Rn. 42; BGH 21. Januar 2018 - AnwZ (Brfg) 12/17)

I. Benachteiligung

Eine Benachteiligung iSv. § 78 Satz 2 BetrVG ist jede Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht.

Eine Benachteiligungsabsicht ist nicht erforderlich. Es genügt die objektive Schlechterstellung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern.

(BAG 25. Oktober 2017 – 7 AZR 731/15 – Rn. 24)

I. Begünstigung

Eine Begünstigung ist jede Besserstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht. Sie liegt vor bei jeder Zuwendung eines Vorteils, der ausschließlich wegen der Amtstätigkeit erfolgt.

Nicht erforderlich ist, dass der Amtsträger zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen veranlasst werden oder im Nachhinein für ein bestimmtes Verhalten belohnt werden soll. Es genügt die objektive Besserstellung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern.

(BAG 8. November 2017 – 7 AZR 11/17 – Rn. 31).

I. Individualrechtliche Rechtsfolgen der Benachteiligung

- Rechtsgeschäfte, die gegen das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verstoßen, sind gemäß § 134 BGB nichtig.
- Anspruch auf Gewährung vorenthaltener Leistungen (allg. Gleichbehandlungsgrundsatz)
- Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 78 Satz 2 BetrVG (bei schuldhafter Pflichtverletzung)

I. Individualrechtliche Rechtsfolgen der Begünstigung

- Rechtsgeschäfte, die gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verstoßen, sind gemäß § 134 BGB nichtig.
- Das Betriebsratsmitglied ist nach § 817 Satz 1 BGB zur Rückzahlung der Leistungen verpflichtet, die es unter Verstoß gegen das Begünstigungsverbot erhalten hat. Die Rückforderung ist nicht nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen.

(BAG 8. November 2017 – 5 AZR 11/17 – Rn. 37 ff.).

I. Betriebsverfassungsrechtliche Folgen

- Unterlassungsanspruch
- Beseitigungsanspruch (bei fortdauernder Benachteiligung/Begünstigung)
- Ausschließung des Betriebsratsmitglied nach § 23 Abs.1 BetrVG (bei grober Verletzung der Pflichten)

I. Strafbarkeit

§ 78 Satz 2 iVm. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG: Freiheitsstrafe bis zum einem Jahr oder Geldstrafe

- bei vorsätzlichem Verstoß gegen das Benachteiligungs- oder Begünstigungsverbot
- strafantragsberechtigt sind die beteiligten Arbeitnehmervertretungen, der Unternehmer und jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft.

II. Vergütung nach § 37 Abs. 2 und Abs. 4 BetrVG

Regelungsinhalt

§ 37 Abs. 2 BetrVG regelt die Fortzahlung des - vereinbarten - Arbeitsentgelts für die Dauer der Arbeitsbefreiung zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben.

§ 37 Abs. 4 BetrVG gewährt einem Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Erhöhung seines Entgelts in dem Umfang, in dem das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steigt.

Anwendungsbereich

Die Bestimmungen gelten für freigestellte und nichtfreigestellte Betriebsratsmitglieder gleichermaßen.

II.1. Freistellung ohne Minderung des Arbeitsentgelts

- § 37 Abs. 2 BetrVG sichert den Entgeltanspruch des Betriebsratsmitglieds aus § 611 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sowie dem ggf. anzuwendenden Tarifvertrag, indem er dem Arbeitgeber den Einwand des nicht erfüllten Vertrags nimmt.
- Nach § 37 Abs. 2 BetrVG ist dem Betriebsratsmitglied das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen, das es verdient hätte, wenn es keine Betriebsratstätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte (Lohnausfallprinzip).
- Zum Arbeitsentgelt iSv. § 37 Abs. 2 BetrVG gehören alle Vergütungsbestandteile, nicht dagegen Aufwendungsersatz.

(BAG 29. April 2015 – 7 AZR 123/13 – Rn. 13 f.)

II.1. Variable Vergütung

Zur Berechnung der hypothetischen Vergütung ist die Methode zu wählen, die dem Lohnausfallprinzip am besten gerecht. Dabei sind die Besonderheiten des jeweiligen Vergütungsbestandteils zu berücksichtigen. Gegebenenfalls ist bei schwankenden Bezügen eine Schätzung nach den Grundsätzen des § 287 Abs. 2 ZPO vorzunehmen.

Beispiel: Zielerreichungsbonus (*BAG 29. April 2015 – 7 AZR 123/13*)

II.1. Nacharbeitszuschläge

Nacharbeitszuschläge gehören an sich zum fortzuzahlenden Entgelt. Aber kein Anspruch auf Nacharbeitszuschläge bei einvernehmlicher Verschiebung der Arbeitszeit von Nacht- auf Tagschicht.

- § 37 Abs.2 BetrVG: Der Kläger hätte keine Nacharbeitszuschläge erhalten, wenn er in der Zeit von 11:00 Uhr bis 14:30 Uhr nicht von seiner beruflichen Tätigkeit zur Durchführung von Betriebsratsaufgaben freigestellt gewesen wäre, sondern gearbeitet hätte.
- § 78 Satz 2 BetrVG: Der Verlust der Nacharbeitszuschläge ist dadurch gerechtfertigt, dass der Kläger infolge der einvernehmlichen Verschiebung seiner Arbeitszeit in dieser Zeit keine Nacharbeit leistete und daher nicht den Erschwernissen unterworfen, welche durch die Gewährung der Nacharbeitszuschläge kompensiert werden sollen.

(BAG 18. Mai 2016 – 7 AZR 401/14 -)

II.1. Einsatzabhängiger Zuschlag bei Leiharbeit

Eine Abrede, die Überlassung solle unterbrochen sein, wenn der Arbeitnehmer wegen der Ausübung von Betriebsratstätigkeiten iSv. § 37 Abs. 2 BetrVG oder der Teilnahme an Schulungen iSv. § 37 Abs. 6 BetrVG an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert ist, oder eine in diesen Fällen einseitige Beendigung des Einsatz durch die Verleiherin führt nicht dazu, dass die Zeiten als Unterbrechungszeiten nicht auf die Einsatzdauer anzurechnen sind. Das folgt aus dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG.

(BAG 21. März 2018 – 7 AZR 862/16 – Rn. 42)

II.1. Bezahlte Arbeitsbefreiung wegen Unzumutbarkeit der Tätigkeit

Nimmt ein Betriebsratsmitglied außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit an einer Betriebsratssitzung teil und ist es ihm deswegen unmöglich oder unzumutbar, seine vor oder nach der Betriebsratssitzung liegende Arbeitszeit einzuhalten, so hat es insoweit gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG einen Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung.

Bei der Beurteilung, ob und wann einem Betriebsratsmitglied die Fortsetzung der Arbeit wegen einer außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit bevorstehenden Betriebsratssitzung unzumutbar ist, ist die in § 5 Abs. 1 ArbZG zum Ausdruck kommende Wertung zu berücksichtigen (Betriebsratssitzung zwischen zwei Nachtschichten).

(BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 224/15 – Rn. 22)

II.2. Vergütungsentwicklung - Anspruchsgrundlagen

Nach **§ 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG** darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung.

II.2. Zweck des § 37 Abs. 4 BetrVG

Die Vorschrift soll sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden.

Die Vorschrift garantiert dem Betriebsratsmitglied allerdings nicht die der Höhe nach absolut gleiche Vergütung, die vergleichbare Arbeitnehmer erhalten. Nach dem Zweck der Vorschrift kommt es darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Betriebsratstätigkeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist.

(BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15 – Rn. 15)

II.2. Vergleichbare Arbeitnehmer

Vergleichbar iSv. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG sind Arbeitnehmer, die

- im Zeitpunkt der Amtsübernahme
- ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren.

(BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15 - Rn. 16)

II.2. Zeitpunkt der Amtsübernahme

Entscheidend: Zeitpunkt der Amtsübernahme (nicht der Freistellung)

Bei Ersatzmitgliedern:

- grundsätzlich: ab dem Nachrücken in den Betriebsrat
- ist das Ersatzmitglied nur zeitweise für verhinderte Betriebsratsmitglieder nachgerückt, ist jedenfalls dann auf die durchgehende Gehaltsentwicklung der Vergleichsperson im gesamten Zeitraum ab dem erstmaligen Nachrücken des Ersatzmitglieds abzustellen, wenn nach Beendigung des jeweiligen Verhinderungsfalls unter Einbeziehung des nachwirkenden einjährigen Schutzes ein durchgehender Schutzzeitraum bestand.

(BAG 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16 - Rn. 23)

II.2. Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer

Es ist zulässig, konkretisierende betriebliche Vereinbarungen zu § 37 Abs. 4 BetrVG - etwa zum Verfahren der Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer - zu treffen. Solche Regelungen müssen sich aber im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben in § 37 Abs. 4 BetrVG und § 78 Satz 2 BetrVG bewegen.

§ 37 Abs. 4 BetrVG ist zwingend und kann weder durch Tarifvertrag noch aufgrund einer Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede abgeändert werden.

(BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15 - Rn. 22)

II.2. Betriebsübliche Entwicklung

Die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten ist nur dann betriebsüblich, wenn diese dem Betriebsratsmitglied nach den betrieblichen Gepflogenheiten hätten übertragen werden müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht.

(BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15 - Rn. 16)

II.2. Darlegung der betriebsüblichen Beförderungspraxis

Zur Darlegung einer betriebsüblichen Beförderungspraxis hat das Betriebsratsmitglied unter Berücksichtigung der ihm zugänglichen Tatsachen vorzutragen, mit welchen Arbeitnehmern es aus seiner Sicht vergleichbar ist und aus welchen Umständen auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit zu schließen ist, dass die Mehrzahl der mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer die behauptete Gehaltsentwicklung genommen hat.

Verfügt das Betriebsratsmitglied etwa wegen der Größe des Betriebs und der Vielzahl vergleichbarer Arbeitnehmer nicht über ausreichende Erkenntnismöglichkeiten, kann es genügen, wenn das Betriebsratsmitglied Referenzfälle schlüssig darlegt, aus denen sich auf eine betriebsübliche Beförderungspraxis in dem Zeitraum seiner Zugehörigkeit zum Betriebsrat schließen lässt.

(BAG 4. November 2017 – 7 AZR 205/15 –)

II.2. Berechnung der Entgelterhöhung – gleichmäßige Entgelterhöhung bei vergleichbaren Arbeitnehmern

Das Betriebsratsmitglied hat während der Dauer seiner Amtszeit Anspruch auf Gehaltserhöhungen in dem Umfang, in dem die Gehälter vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklungen erhöht werden.

Werden die Vergütungen innerhalb der Vergleichsgruppe um einen bestimmten Prozentsatz angehoben, hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf dieselbe prozentuale Erhöhung seines Gehalts.

(BAG 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16 – Rn. 18)

II.2. Berechnung der Entgelterhöhung – unterschiedliche Entgelterhöhung bei vergleichbaren Arbeitnehmern

Bei unterschiedlichen Gehaltserhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe kommt es darauf an, in welchem Umfang die Gehälter der Mehrzahl der der Vergleichsgruppe angehörenden Arbeitnehmer angehoben werden.

Bei einer sehr kleinen Vergleichsgruppe kann für die Gehaltsanpassung der Durchschnitt der den Angehörigen der Vergleichsgruppe im gesamten Betrachtungszeitraum gewährten Gehaltserhöhungen maßgebend sein, wenn nur auf diese Weise eine nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässige Begünstigung oder Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds vermieden werden kann. Dabei sind Gehaltserhöhungen der Vergleichspersonen nicht nur dann berücksichtigungsfähig, wenn die Mehrheit der Vergleichspersonen in einem bestimmten Zeitraum – etwa in einem Kalenderjahr - eine solche erhalten hat.

(BAG 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16 – Rn. 18)

II.2. Grenze der Erhöhung: Begünstigungsverbot

Vergütungserhöhungen, auf die das Betriebsratsmitglied vor seiner Amtsübernahme keinen Anspruch hatte oder, wenn es arbeitete, nicht hätte, haben bei der Bemessung seines Arbeitsentgelts nach der Wahl zum Betriebsratsmitglied außer Betracht zu bleiben.

Andernfalls erhielte das freigestellte Betriebsratsmitglied unter Umständen einen mit § 78 Satz 2 BetrVG nicht zu vereinbarenden Vorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern.

(BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15 – Rn. 25)

II.3. Anpassung nach § 78 Satz 2 BetrVG

Nach **§ 78 Satz 2 BetrVG** muss der Arbeitgeber den Betriebsratsmitgliedern eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen

(BAG 4. November 2015 – 7 AZR 972/13 – Rn. 30).

II.3. Darlegung des Anspruch aus § 78 Satz 2 BetrVG

Zur Darlegung, dass es ohne Ausübung seines Amts oder ohne die Freistellung durch Beförderungen einen beruflichen Aufstieg genommen hätte, kann das Betriebsratsmitglied vortragen, dass

- seine (tatsächliche) Bewerbung auf eine bestimmte Stelle gerade wegen seiner Freistellung und/oder seiner Betriebsrattätigkeit erfolglos geblieben ist oder deshalb, weil aktuelle Fachkenntnisse wegen der Freistellung fehlten oder nicht feststellbar waren
- es die Bewerbung wegen seiner Freistellung unterlassen hat und eine Bewerbung ohne die Freistellung erfolgreich gewesen wäre (fiktiven Beförderungsanspruchs) oder nur deshalb erfolglos geblieben wäre, weil aktuelle Fachkenntnisse gefehlt hätten oder nicht feststellbar gewesen wären

(BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 20).

II.3. Betriebliche Altersversorgung

Die Regelungen der § 37 Abs. 4, § 78 Satz 2 BetrVG erfassen nach ihrem Schutzzweck nicht nur während des Arbeitsverhältnisses gezahltes Entgelt und gewährte Zuwendungen, sondern auch die vom Arbeitgeber zugesagten Leistungen der betrieblichen Altersversorgung.

(BAG 10. November 2015 – 3 AZR 574/14 – Rn. 41)

III. Ausgleich für Freizeitopfer

§ 37 Abs. 3 BetrVG sieht Ausgleichsansprüche vor, wenn das Betriebsratsmitglied aus betriebsbedingten Gründen erforderliche Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit durchführt

- vorrangig: Freizeitausgleich
- nachrangig: Abgeltung (wenn Freistellung betriebsbedingt nicht zeitnah) möglich

§ 37 Abs. 3 BetrVG ist zwingend. Das Betriebsratsmitglied kann nicht statt des Freizeitausgleichs Abgeltung verlangen. Der Arbeitgeber kann nicht – auch nicht im Einvernehmen mit dem Betriebsratsmitglied - statt des Freizeitausgleichs Abgeltung gewähren.

III. Vereinbarkeit mit dem Lohnausfallprinzip

Das Lohnausfallprinzip wird nicht durchbrochen durch

- § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG: Der dort geregelte Freizeitausgleich für die außerhalb der Arbeitszeit durchgeführte Betriebsrattätigkeit betrifft lediglich die Folgen einer aus betriebsbedingten Gründen notwendigen Abweichung von dem Grundsatz, dass Betriebsrattätigkeit während der Arbeitszeit stattzufinden hat.
- § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG: Der in § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG vorgesehene Abgeltungsanspruch für die außerhalb der Arbeitszeit aufgewendete Zeit ist lediglich ein Ausgleich dafür, dass der in § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG vorgesehene Freizeitausgleich aus Gründen, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen, zeitnah nicht möglich ist.

(BAG 27. Juli 2016 – 7 AZR 255/14 – Rn. 16)

III. Betriebsbedingte Gründe iSv. § 37 Abs. 3 BetrVG

Betriebsbedingte Gründe iSd. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG liegen vor, wenn betriebliche Gegebenheiten und Sachzwänge innerhalb der Betriebssphäre dazu geführt haben, dass erforderliche Betriebsratstätigkeit nicht während der Arbeitszeit durchgeführt werden konnte.

Betriebsbedingte Gründe können danach gegeben sein, wenn Zeitungszusteller ihre Arbeit in den frühen Morgenstunden zu erledigen haben und Betriebsratstätigkeit während der üblichen Bürostunden auszuüben ist.

(BAG 19. März 2014 – 7 AZR 480/12 – Rn. 17)

III.1. Freizeitausgleich

Die Freistellung bedarf keiner Einigung, sondern einer empfangsbedürftigen gestaltenden Erklärung des Arbeitgebers, mit der er zum Zweck der Erfüllung des Arbeitsbefreiungsanspruchs nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf sein vertragliches Recht auf Leistung der geschuldeten Dienste in einem bestimmten Umfang verzichtet und die Arbeitspflicht des Betriebsratsmitglieds zum Erlöschen bringt. Es handelt sich damit um eine Weisung zur Verteilung der Arbeitszeit iSv. § 106 Satz 1 GewO.

(BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 224/15 – Rn. 39)

III.1. Freizeitausgleich

Die Gewährung von Freizeitausgleich nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG erfasst nur die persönliche Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds. Sie hindert das Betriebsratsmitglied nicht, sein Ehrenamt als Betriebsrat außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit wahrzunehmen. Findet diese Betriebsratstätigkeit wiederum betriebsbedingt außerhalb der individuellen Arbeitszeit statt, erwirbt das Betriebsratsmitglied erneut einen Anspruch auf Freizeitausgleich für diese Betriebsratstätigkeit.

(BAG 19. März 2014 – 7 AZR 480/12 – Rn. 21)

III.2. Berechnung des Abgeltungsanspruch

Das Betriebsratsmitglied kann als Abgeltung iSv. § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG das Arbeitsentgelt verlangen, das es verdient hätte, wenn es keine Betriebsratsstätigkeit geleistet, sondern zur selben Zeit gearbeitet hätte.

Das Begünstigungsverbot lässt die Vereinbarung einer pauschalen Stundenvergütung zur Abgeltung von Betriebsratsstätigkeit nicht zu, wenn sie ohne sachlichen Grund wegen der Betriebsratsstätigkeit gewährt wird und zu einer Verdiensterhöhung führt.

(BAG 8. November 2017 – 5 AZR 11/17 – Rn. 29)

III.3. Wege-, Fahrt- und Reisezeiten

Reisezeiten, die ein Betriebsratsmitglied zur Erfüllung erforderlicher betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben außerhalb seiner Arbeitszeit aufwendet, können einen Anspruch auf Freizeitausgleich gem. § 37 Abs. 3 BetrVG auslösen, soweit sie mit der Durchführung der ihnen zugrunde liegenden Betriebsrattätigkeit in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang stehen.

Für die Bewertung solcher Reisezeiten gelten dieselben Maßstäbe wie für Reisezeiten eines Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Arbeitspflicht.

(BAG 27. Juli 2016 – 7 AZR 255/14 – Rn. 17)

III.3. Wege-, Fahrt- und Reisezeiten

Wegen § 78 Satz 2 BetrVG können Wege- Fahrt- und Reisezeiten keinen Vergütungsanspruch auslösen, wenn entsprechende Fahrtzeiten von Arbeitnehmern ohne Betriebsratsamt im Zusammenhang mit der Erfüllung der Arbeitspflicht nicht vergütungspflichtig sind. Das ist bei Wegezeiten von der Wohnung zur Betriebsstätte der Fall. Dementsprechend sind auch Fahrtzeiten zwischen der Wohnung und dem Betrieb, die ein Betriebsratsmitglied zur Wahrnehmung von Betriebsratstätigkeit aufwendet, nicht nach § 37 Abs. 3 BetrVG ausgleichs- oder vergütungspflichtig.

(BAG 27. Juli 2016 – 7 AZR 255/14 – Rn. 19)

III.3. Arbeitszeitkonto - Freizeitausgleich

Nimmt ein vollständig freigestelltes Betriebsratsmitglied an der Erfassung seiner Anwesenheitszeit im Rahmen eines Gleitzeitensystems teil, kann es eine etwaige Überschreitung der persönlichen Arbeitszeit grundsätzlich im Rahmen des vorgegebenen Zeitrahmens ausgleichen, ohne dass es einer besonderen Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs bedarf. Bei einem solchen Ausgleich steht während des Ausgleichszeitraums nicht fest, ob die Betriebsratsstätigkeit außerhalb der persönlichen Arbeitszeit iSv. § 37 Abs. 3 BetrVG lag.

Ist am Ende des Ausgleichszeitraums der Stundensaldo positiv, steht fest, dass das Betriebsratsmitglied durch die Erbringung von Betriebsratsstätigkeit seine vertraglich geschuldete Arbeitszeit überschritten hat. Da der Saldo nur auf der Betriebsratsstätigkeit basieren kann, ist die Betriebsratsstätigkeit als „außerhalb der Arbeitszeit“ erbracht anzusehen.

(BAG 28. September 2016 – 7 AZR 248/14 – Rn. 32)

III.3. Arbeitszeitkonto - Abgeltungsanspruch

Zur Darlegung des Abgeltungsanspruchs nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG muss das Betriebsratsmitglied vortragen, dass die Plusstunden auf erforderliche Betriebsratstätigkeit aufgewandt wurden und dass ein Abbau des Stundenguthabens bis zum Ende des Bezugszeitraum aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich gewesen ist.

Das Betriebsratsmitglied kann den Vergütungsanspruch nicht auf eine Betriebsvereinbarung „Flexible Arbeitszeit“ stützen, wenn diese die Einschränkungen des § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG nicht vorsieht. Die zwingende Regelung des § 37 Abs. 3 BetrVG kann weder durch Tarifvertrag noch durch Betriebsvereinbarung abgeändert werden.

(BAG 28. September 2016 – 7 AZR 248/14 – Rn. 17)

III.3. Entgeltfortzahlung

Gemäß § 4 Abs. 1a EFZG gehört zum fortzuzahlenden Entgelt nicht das zusätzlich für Überstunden gezahlte Entgelt. Leistet der Arbeitnehmer ständig eine Arbeitszeit, die über seine individuelle Arbeitszeit hinausgeht, kann nicht von Überstunden gesprochen werden. In diesem Fall ist als geschuldete Arbeitszeit ein durchschnittlicher Wert zu ermitteln.

Für außerhalb der individuellen Arbeitszeit geleistete Betriebsratsarbeit gelten diese Grundsätze entsprechend. Diese ist – soweit die Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG vorliegen – wie Mehrarbeit zu vergüten. Sie unterliegt damit an sich § 4 Abs. 1a EFZG. Sie ist aber als Arbeitszeit zu behandeln, wenn das Betriebsratsmitglied ständig zusätzlich zu seiner individuellen Arbeitszeit Betriebsratsarbeit durchführt und eine bezahlte Arbeitsbefreiung nach Maßgabe von § 37 Abs. 3 BetrVG nicht erfolgen kann.

(BAG 8. November 2017 – 5 AZR 11/17 – Rn. 45 f.)

III.3. Urlaubentgelt

Zeitfaktor: Arbeitgeber hat die Arbeitsstunden zu vergüten, die der Arbeitnehmer während des Urlaubs gearbeitet hätte, wenn er nicht an diesen Tagen von seiner Arbeitspflicht befreit worden wäre

Geldfaktor: Die Höhe der je Zeiteinheit zu zahlenden Vergütung bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Urlaubsbeginn erhalten hat mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitszeitverdienstes. Die unter den Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG erbrachten Entgeltzahlungen sind dabei wie Arbeitsverdienst iSv. § 11 Abs. 1 BUrlG zu behandeln.

(BAG 8. November 2017 – 5 AZR 11/17 – Rn. 22 f.)

IV. Freistellung nach § 38 BetrVG

Ein freigestelltes Betriebsratsmitglied ist verpflichtet, im Umfang seiner vertraglichen Arbeitszeit im Betrieb anwesend zu sein und sich dort zur Wahrnehmung von Betriebsrattätigkeiten bereitzuhalten.

Ein Betriebsratsmitglied, das vor seiner Freistellung im Schichtdienst eingesetzt war und mit dem – ebenso wie mit anderen im Schichtdienst tätigen Vollzeitbeschäftigten – eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden vereinbart ist, wird nicht dadurch entgegen § 78 Satz 2 BetrVG benachteiligt, dass es sich 40 Stunden wöchentlich zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben im Betrieb bereithalten muss, Arbeitnehmer im Schichtdienst hingegen nur 36,75 Stunden zur Schichtarbeit herangezogen werden, der Arbeitgeber aber die Möglichkeit hat, ihnen bei Bedarf zusätzlich andere Aufgaben bis zur Dauer von insgesamt 40 Stunden wöchentlich ohne zusätzlich Vergütung zuzuweisen.

(BAG 25. Oktober 2017 – 7 AZR 731/15 – Rn. 22 ff.)

V. Besonderheiten im Restmandat

Betriebsratsmitglieder können für die nach der Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse zur Erfüllung ihrer Betriebsratsaufgaben im Restmandat geleisteten Freizeitopfer kein Entgelt verlangen.

- § 37 Abs. 2, 3 BetrVG setzen eine Arbeitspflicht des Betriebsratsmitglieds voraus. Daran fehlt es nach einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses.
- Eine analoge Anwendung des § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG ist nicht möglich. Eine Vergütung für die ohne Vermögenseinbußen aufgewendete Freizeit widerspräche dem Ehrenamtsprinzip.
- Die Zuerkennung eines Entgelts an die Betriebsratsmitglieder stände im Widerspruch zum Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG. Die Betriebsratsmitglieder erhielten dann eine Vergütung, auf welche die Arbeitnehmer ohne Betriebsratsmandat keinen Anspruch hätten. Gerade im Restmandat wäre damit die Gefahr der „Kommerzialisierung“ des Betriebsratsamts verbunden.

(BAG 5. Mai 2010 – 7 AZR 728/08 - Rn. 14)

VI.1. Aufwandsersatz - Grundsätze

Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Zu den vom Arbeitgeber zu tragenden Kosten gehören auch die erforderlichen Aufwendungen einzelner Betriebsratsmitglieder, die diesen durch die Wahrnehmung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben entstehen.

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber alle durch die Betriebsratstätigkeit entstehenden Kosten zu tragen. Dem Betriebsratsmitglied dürfen durch die Erfüllung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen. Die Aufwendungen müssen dem Betriebsratsmitglied aber gerade durch die Betriebsratstätigkeit entstanden sein. Vom Arbeitgeber nicht zu erstatten sind Kosten, die dem Betriebsratsmitglied unabhängig von seiner Betriebsratstätigkeit auch durch die Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten entstanden wären.

(BAG 23. Juni 2010 – 7 ABR 103/08 – Rn. 13)

VI.1. Fahrtkosten

Zu den vom Arbeitgeber nach § 40 Abs. 1 BetrVG zu erstattenden Kosten gehören auch Reisekosten, die das Betriebsratsmitglied zur Durchführung konkreter Betriebsratstätigkeit aufgewendet hat.

Für Fahrtkosten aus Anlass von Fahrten zwischen der Wohnung des Betriebsratsmitglieds und dem Betrieb gilt dies allerdings nur, wenn das Betriebsratsmitglied ohne die konkret zu erledigende Betriebsratstätigkeit den Betrieb nicht hätte aufsuchen müssen. Fahrtkosten, die das Betriebsratsmitglied auch ohne Rücksicht auf die Erledigung konkreter Betriebsratstätigkeit hätte aufwenden müssen, um seiner Pflicht zu genügen, sich im Betrieb zur Arbeit bereit zu stellen, sind keine Kosten, die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstanden sind.

(BAG 16. Januar 2008 – 7 ABR 71/06 – Rn. 13)

VI.1. Fahrtkosten und Freistellung

Der Arbeitgeber ist nicht nach § 40 Abs 1 BetrVG verpflichtet, einem freigestellten Betriebsratsmitglied die Kosten für die regelmäßigen Fahrten von seinem Wohnort zum Betriebsratsbüro abzüglich der ersparten Fahrtkosten vom Wohnort zum bisherigen Arbeitsort zu erstatten.

Ein Arbeitnehmer, dessen Leistungsort sich ändert, weil ihm mit seinem Einverständnis eine geänderte, in einer anderen Betriebsstätte desselben Betriebs zu verrichtende Tätigkeit übertragen wird, ist grundsätzlich verpflichtet, sich auf eigene Kosten zu dem neuen Leistungsort zu begeben. Nicht anders ist daher ein Betriebsratsmitglied zu behandeln, dessen Leistungsort sich wegen einer mit seinem Einverständnis erfolgten Freistellung nach § 38 BetrVG ändert. Die Freistellung ist nur möglich, wenn das Betriebsratsmitglied sowohl seiner Kandidatur zur Freistellung als auch der Freistellung selbst zugestimmt hat

(BAG 13. Juni 2007 - 7 ABR 62/06 – Rn. 12, 14)

VI.2. Kinderbetreuungskosten

Ein alleinerziehendes Betriebsratsmitglied kann vom Arbeitgeber die Erstattung der Kosten in angemessener Höhe verlangen, die ihm durch die erforderliche Fremdbetreuung seines minderjährigen Kindes während einer mehrtägigen auswärtigen Betriebsrattätigkeit entstehen.

Das Betriebsratsmitglied kann eine Erstattung von Kinderbetreuungskosten jedoch nicht für die Zeiten verlangen, in denen es ohne die Erfüllung von Betriebsratsaufgaben zur Arbeitsleistung verpflichtet wäre oder in denen der Arbeitgeber vom Betriebsratsmitglied berechtigterweise Mehrarbeit verlangen könnte.

(BAG 23. Juni 2010 – 7 ABR 103/08 – Rn. 11, 14)

VII.1. Befristung

Eine Befristungsabrede kann nach § 78 Satz 2 BetrVG unwirksam sein, wenn der Arbeitnehmer bei Vertragsschluss bereits Betriebsratsmitglied ist und der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wegen seiner Mitgliedschaft im Betriebsrat lediglich ein befristetes statt eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses anbietet.

Benachteiligt ein Arbeitgeber ein befristet beschäftigtes Betriebsratsmitglied, indem er wegen dessen Betriebsratsstätigkeit den Abschluss eines Folgevertrags ablehnt, hat das Betriebsratsmitglied gemäß § 78 Satz 2 BetrVG iVm. § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 2, § 249 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz. Dieser ist im Weg der Naturalrestitution auf den Abschluss des verweigerten Folgevertrags gerichtet

(BAG 25. Juni 2014 – 7 AZR 847/12 –)

VII.2. Kündigung

Der Kündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern ist in § 15 Abs. 1 KSchG spezialgesetzlich geregelt. § 78 Satz 2 BetrVG kann nach Ablauf des Kündigungsschutzes von Bedeutung sein.

Das absolute Verbot der ordentlichen Kündigung nach § 15 KSchG greift ohne Rücksicht darauf ein, ob im Einzelfall eine Benachteiligung wegen der Amtstätigkeit vorliegt. Es ist zugleich *lex specialis* gegenüber dem Begünstigungsverbot.

VII.2. Kündigung

Bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers ist entscheidend, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist unzumutbar wäre. Das gilt auch bei Arbeitnehmern, denen gegenüber die ordentliche Kündigung nach § 15 KSchG ausgeschlossen ist

(BAG 17. Januar 2008 – 2 AZR 821/06 – Rn. 18).

VII.2. Kündigung

Nach § 15 KSchG ist auch eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist gegenüber dem geschützten Personenkreis unzulässig (*BAG 17. Januar 2008 – 2 AZR 821/06 – Rn. 28 f.*).

Dagegen kann bei betriebsbedingten Massenänderungskündigungen auch gegenüber den nach § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmern eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist zulässig sein (*BAG 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 -*).

VII.3. Aufhebungsvertrag

Ein Betriebsratsmitglied wird durch einen im Zuge einer kündigungrechtlichen Auseinandersetzung abgeschlossenen Aufhebungsvertrag in der Regel auch dann nicht unzulässigerweise begünstigt, wenn der Aufhebungsvertrag besonders attraktive finanzielle oder sonstige Konditionen enthält, die einem Arbeitnehmer ohne Betriebsratsamt nicht zugestanden worden wären. Diese Begünstigung beruht regelmäßig auf dem besonderen Kündigungsschutz des Betriebsratsmitglieds nach § 15 Abs. 1, § 103 BetrVG, der seine Rechtsposition gegenüber anderen Arbeitnehmer ohne vergleichbaren Sonderkündigungsschutz erheblich verbessert. Es kommt daher nicht darauf an, ob die in dem Aufhebungsvertrag vereinbarten Leistungen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls angemessen sind.

(BAG 21. März 2018 – 7 AZR 590/16 – Rn. 17)



**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit.**

Noch Fragen?