

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Unabhängigkeit des Betriebsrats trotz Gegnerfinanzierung? –
Probleme der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

Wolfgang Däubler Seite 85

Der Einfluss des Arbeitsvölkerrechts auf das nationale Recht –
aktuelle Perspektiven

Monika Schlachter Seite 111

Rezensionsaufsätze

Thomas Dieterich, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht

Franz Gamillscheg Seite 122

Frederike Misselwitz, Marie Luise Hilger, Zum Leben und Wirken einer
Arbeitsrechtlerin im 20. Jahrhundert

Franz Gamillscheg Seite 125

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 127

Unabhängigkeit des Betriebsrats trotz Gegnerfinanzierung? – Probleme der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität 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 Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs« (§ 2 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 zwei-

1 <http://www.berliner-zeitung.de/politik/untreueverdacht-vorsitzender-der-polizeigewerkschaft-rainer-wendt-geraet-unter-druck-2613757> (15.5.2017).

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

3 BAG, 21.4.1983 – 6 ABR 70/82 – AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972: »Interessenwahrnehmung der Belegschaft«. Ähnlich BAG, 5.3.1997 – 7 AZR 581/92 – AP Nr. 123 zu § 37 BetrVG 1972.

4 Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur bei Schubert, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013 (im Folgenden: JKOS), § 2 Rn. 57.

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

6 RGBI II, S. 237.

7 Wiedergegeben bei Kempen, in: Kempen/Zachert (Begr.), TVG, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2014 (im Folgenden: Kempen/Zachert), § 2 Rn. 73.

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

felt; 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 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, 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.

⁹ Peter, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016 (im Folgenden: Däubler, TVG), § 2 Rn. 46; Kocher/Berg, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2015 (im Folgenden: BKS), § 2 Rn. 23; JKOS-Schubert (Fn. 4), § 2 Rn. 58.

¹⁰ BKS-Kocher/Berg (Fn. 9), § 2 Rn. 24; Däubler, TVG-Peter (Fn. 9), § 2 Rn. 46; Kempen/Zachert-Kempen (Fn. 7), § 2 Rn. 75.

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

¹² Ebenso für Gewerkschaftsbeiträge Däubler, TVG-Peter (Fn. 9), § 2 Rn. 47; JKOS-Schubert (Fn. 4), § 2 Rn. 68 mwN. und für die Vertrauensleute Kempen/Zachert-Kempen (Fn. 7), § 2 Rn. 75; Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 2 Rn. 86.

¹³ Löwisch/Rieble (Fn. 5), § 2 Rn. 83.

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

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

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

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 1920¹⁷ fand und die damals den Sinn hatte, eine eigenständige überbetriebliche Räteorganisation unmöglich zu machen.¹⁸ Auch Zuwendungen Dritter sind ausgeschlossen.¹⁹

Dieser – man ist versucht zu sagen: extreme – Fall von Gegnerfinanzierung wird durch eine umfassende rechtliche Absicherung ausgeglichen, die dafür sorgen soll, dass trotz 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 S. 1 BetrVG verbotene Behinderung der Betriebsratstätigkeit. 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 S. 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.²⁰

Zum dritten dürfen der Betriebsrat und seine Mitglieder nach § 78 S. 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 Betriebsratstätigkeit 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 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 S. 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,²¹ aus dem man die Grundsätze des § 78 S. 2 ableiten kann.

Das so geschaffene Unabhängigkeitsprinzip hat seinen Niederschlag in zahlreichen Einzelnormen gefunden, die

17 Betriebsrätegesetz v. 4.2.1920, RGBl., S. 147.

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

19 DKKW-Wedde (Fn. 16), § 41 Rn. 2 mwN.

20 Einzelheiten bei Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 10. Aufl., Frankfurt aM. 2017 (im Folgenden: DDZ), § 15 KSchG Rn. 95.

21 BAG, 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.«

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.²² 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.²³ 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 Betriebsrats Tätigkeit, nicht aber deren konkreten Inhalt angeben muss.²⁴ 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 Datenverarbeitung durch den Betriebsrat lässt sich hier einordnen.²⁵ 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, 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.²⁶

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

Das ILO-Übereinkommen Nr. 98²⁷ verbietet in Art. 2 Abs. 1 eine Einmischung der Gegenseite in die Bildung, Tätigkeit und Verwaltung von Organisationen der Arbeitnehmer.²⁸ 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) abhän-

gige »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.²⁹ 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.³⁰ 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

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 Betriebsrats Tätigkeit verlorene Arbeitszeit vergütet wird. Angesichts fehlender verfassungsrechtlicher Vorgaben könnte der Gesetzgeber statt des Lohnausfallprinzips eine Betriebsratsvergütung vorsehen, die der

22 *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 15. Aufl., München 2016 (im Folgenden: Richardi), § 23 Rn. 67; *Koch*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017 (im Folgenden: ErfK), § 23 BetrVG Rn. 14; *Huke*, in: Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke (Hrsg.), BetrVG, 9. Aufl., Köln 2014 (im Folgenden: Hess et al., BetrVG), § 23 Rn. 51 mwN.

23 BAG, 3.10.1978 – 6 ABR 102/76 – AP Nr. 14 zu § 40 BetrVG 1972; weitere Nachweise bei Fitting (Begr.), BetrVG, Handkommentar, 28. Aufl., München 2016 (im Folgenden: Fitting), § 40 Rn. 9.

24 BAG, 15.3.1995 – 7 AZR 643/94 – NZA 1995, 961.

25 BAG, 11.11.1997 – 1 ABR 21/97 – NZA 1998, 385.

26 Näher *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn. 892 ff.

27 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., Frankfurt aM. 1994, Nr. 211.

28 In gleicher Weise sind die Arbeitgeberorganisationen geschützt.

29 Näher *Zimmer*, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen, Baden-Baden 2008, S. 120 ff.

30 Ebd., S. 124.

der Verhandlungspartner auf Arbeitgeberseite entspricht.³¹ 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.³² 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.³³ 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 Planung 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. Ein Vergütungssystem, das an der Ausübung von Managementfunktionen ansetzt, hat 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.³⁴

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.³⁵

Im Ergebnis sollte es daher bei dem Ehrenamtsprinzip bisherigen Zuschnitts bleiben.³⁶

31 Für entsprechende Spielräume des Gesetzgebers auch *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080, 1082.

32 In diese Richtung *Farthmann*, FS Stahlhacke, 1995, S. 115 ff. Für eine eher großzügig gehandhabte Pauschalierung *Kehrmann*, FS Wlotzke, 1996, S. 357, 374.

33 Zur Bestimmung der Abgeordnetendiäten S. BVerfG, 5.11.1975 – 2 BvR 193/74 – BVerfGE 40, 296 ff.

34 Kritisch auch *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080, 1082.

35 Ablehnend gegenüber der Forderung, für solche Fälle einen »Sicherungsfonds« einzurichten, *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080, 1082.

36 Ebenso im Ergebnis *Fischer*, NZA 2007, 484, 489.

II. Probleme der praktischen Handhabung

Wie bereits festgestellt,³⁷ dürfen Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit nach § 78 S. 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.³⁸

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 zB. 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 Entgelt einbußen, 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 S. 2 BetrVG nicht gewollte Benachteiligung vor.

1. Fragen der Arbeitszeit

Soweit die Betriebsratstätigkeit ausschließlich während der Arbeitszeit stattfindet, sind damit im Prinzip alle Vergütungsfragen gelöst: Bei der Lohnabrechnung ändert sich im Ergebnis nichts.³⁹

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 zB. auf dessen Wunsch in den Abend-

stunden statt. Immer häufiger werden auch Teilzeitkräfte in den Betriebsrat gewählt; die Sitzungen ziehen sich aber zB. 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 8.30 Uhr beginnenden Betriebsratssitzung teilnehmen müssen. § 37 Abs. 3 S. 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 S. 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 Freizeit ausgleich, soweit die Betriebsratstätigkeit außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit liegt. Nach § 37 Abs. 3 S. 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,⁴⁰ 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.⁴¹

37 Oben I.3.

38 Ebenso für § 37 BetrVG *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 1; *Richardi-Thüsing* (Fn. 22), § 37 Rn. 1; *Weber*, in: *Wiese/Kreutz et al., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG*, 10. Aufl., Köln 2014 (im Folgenden: *GK-BetrVG*), § 37 Rn. 10.

39 Einzelfragen bei *Rieble*, *NZA* 2008, 276.

40 *Berger-Delhey*, *ZTR* 2001, 108, 111. Kritisch auch *Richardi-Thüsing* (Fn. 22), § 37 Rn. 4.

41 LAG Baden-Württemberg, 14.6.1989 – 9 Sa 145/88 – DB 1989, 2028 (nicht rechtskräftig geworden); LAG Baden-Württemberg, 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 S. 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 Recht⁴² auch eine entsprechende Vergütung erhalten sollte? Verbietet das Begünstigungsverbot auch Leistungen, die darauf beruhen, dass im Betriebsratsamt höhere Anforder-

42 Zur rechtspolitischen Diskussion S. oben I.5.

rungen als am früheren Arbeitsplatz bewältigt werden? Ist ein Sitzungsgeld zulässig? Ist es wenigstens 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 Betriebsratstätigkeit

Im Gegensatz zu manchen ausländischen Rechtsordnungen kennt das deutsche Recht kein Stundenkontingent, das für die Arbeit als Interessenvertreter zur Verfügung steht.⁴³ 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 Betriebsratstätigkeit.⁴⁴

In Bezug auf die Frage, wie weit der Bereich des »Erforderlichen« reicht, steht dem Betriebsratsmitglied nach der Rechtsprechung des BAG⁴⁵ ein Beurteilungsspielraum zu; dem hat sich die Literatur angeschlossen,⁴⁶ ohne dass Gegenstimmen ersichtlich wären. 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 Betriebsratstätigkeit in Wahrheit nicht erforderlich war, so bleibt der Entgeltzahlungsanspruch nach § 37 Abs. 2 BetrVG erhalten; auch liegt keine Pflichtverlet-

zung vor.⁴⁷ 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.⁴⁸ Auch die Teilnahme an Tarifverhandlungen hat nichts mit den Betriebsratskompetenzen nach dem BetrVG zu tun.⁴⁹

2. Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit

a) Die Grundsatzentscheidung

Betriebsratstätigkeit 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 Betriebsratstätigkeit »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.⁵⁰ Darauf hat der Arbeitgeber bei der Zuteilung des Arbeitspensums Rücksicht zu nehmen.⁵¹ Den-

43 Zu Frankreich, wo jeder Interessenvertreter über eine bestimmte monatliche Zahl von Stunden (»crédit d'heures«) verfügt, S. *Auzero/Dockès*, *Droit du travail*, 29. Aufl., Paris 2015, Rn. 1142 ff.

44 BAG, 18.5.2016 – 7 AZR 401/14 – NZA 2016, 1212.

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

46 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 38; *GK-BetrVG-Weber* (Fn. 38), § 37 Rn. 41; *Richardi-Thüsing* (Fn. 22), § 37 Rn. 25; *DKKW-Wedde* (Fn. 16), § 37 Rn. 26; *ErfK-Koch* (Fn. 22), § 37 BetrVG Rn. 3; *Däubler*, *Arbeitsrecht I* (Fn. 26), Rn. 866; in der Sache auch *Hess et al.*, *BetrVG-Glock* (Fn. 22), § 37 Rn. 34, der jedoch den Begriff »Beurteilungsspielraum« vermeidet.

47 *Hess et al.*, *BetrVG-Glock* (Fn. 22), § 37 Rn. 34 aE.; *GK-BetrVG-Weber* (Fn. 38), § 37 Rn. 42 ua.

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

49 *GK-BetrVG-Weber* (Fn. 38), § 37 Rn. 37.

50 BAG, 27.8.1982 – 7 AZR 30/80 – AP Nr. 25 zu § 102 BetrVG 1972, bestätigt durch BAG, 11.1.1995 – 7 AZR 543/94 – AP Nr. 103 zu § 37 BetrVG 1972 = *juris Tz.* 25.

51 BAG, 27.6.1990 – 7 ABR 43/89 – AP Nr. 78 zu § 37 BetrVG 1972, bestätigt durch BAG, 11.1.1995 – 7 AZR 543/94 – AP Nr. 103 zu § 37 BetrVG 1972 = *juris Tz.* 25.

noch können Fälle auftreten, in denen Betriebsratsstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit stattfindet. Soweit dies auf betriebsbedingten Gründen beruht, gewährt § 37 Abs. 3 BetrVG einen Anspruch auf 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.⁵²

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 Betriebsratsstätigkeit außerhalb der individuellen Arbeitszeit des einzelnen Betriebsratsmitglieds stattfindet; sie muss zu dieser hinzukommen.⁵³ Dies wird mittelbar durch § 37 Abs. 3 S. 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 Betriebsratsstätigkeit in diesem Rahmen hält, bestehen keine zusätzlichen Entgeltansprüche.⁵⁴

Die außerhalb der Arbeitszeit erfolgende Betriebsratsstätigkeit muss »erforderlich« im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG sein.⁵⁵ Würde bloße »Nützlichkeit« genügen, wäre derjenige besser gestellt, der seine Betriebsratsaufgaben in der Freizeit erledigt; für ein solches Ergebnis sind keinerlei Gesichtspunkte ersichtlich.

Die Betriebsratsstätigkeit 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.⁵⁶ Ganz allgemein reicht es aus, wenn die Ursache für die »Verschiebung« der Betriebsratsstätigkeit in seiner Sphäre liegt.⁵⁷ 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.⁵⁸ 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 S. 1 BetrVG hinzu gezogen wird.⁵⁹ »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.⁶⁰ 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.⁶¹ 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.⁶²

Kann der Arbeitnehmer die Lage seiner Arbeitszeit zumindest zum Teil selbst bestimmen, so muss er den

52 BAG, 27.7.2016 – 7 AZR 255/14 – NZA 2016, 1418.

53 BAG, 28.5.2014 – 7 AZR 404/12 – NZA 2015, 564, 566 Tz. 22; BAG, 31.10.1985 – 6 AZR 175/83 – AP Nr. 52 zu § 27 BetrVG 1972; BAG, 3.12.1987 – 6 AZR 569/85 – AP Nr. 62 zu § 37 BetrVG 1972, unter II 2a. Ebenso in der Literatur *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 92; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 82 ua.

54 So BAG, 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 Betriebsratsstätigkeit absolvierte.

55 Dazu oben 1.

56 DKKW-Weber (Fn. 16), § 37 Rn. 65.

57 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 80; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 86 ua.

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

59 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 79; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 85; DKKW-Weber (Fn. 16), § 37 Rn. 66.

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

61 DKKW-Weber (Fn. 16), § 37 Rn. 66; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 80.

62 Zu dieser Organisationspflicht S. oben 2.b).

Arbeitgeber davon unterrichten, dass eine Betriebsratstätigkeit außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit geplant ist, weil sie innerhalb seiner Arbeitszeit nicht stattfinden kann.⁶³ Diesem wird dadurch ggf. die Möglichkeit eröffnet, durch Umdispositionen dafür zu sorgen, dass die Betriebsratstätigkeit doch während der Arbeitszeit stattfindet.⁶⁴ 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.⁶⁵ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Betriebsratsvorsitzende am Vorabend der Betriebsratssitzung noch einmal die Unterlagen durchblättert⁶⁶ 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.⁶⁷ Auch eine freiwillige Rückkehr aus dem Urlaub, um an einer Betriebsratssitzung teilzunehmen, wird zur persönlichen Sphäre gerechnet,⁶⁸ doch könnte Abweichendes gelten, wenn die Lage des Urlaubs letztlich allein auf betrieblichen Erwägungen beruhte und wichtige Fragen auf der Tagesordnung der Sitzung stehen.⁶⁹ Vom Erfordernis der betriebsbedingten Gründe abzusehen und die Rechte aus § 37 Abs. 3 BetrVG auf alle Betriebsratstätigkeiten zu erstrecken, würde auf eine Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern hinauslaufen und deshalb gegen § 78 S. 2 BetrVG verstoßen.⁷⁰

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 von »Mehrarbeit« spricht.⁷¹ Zunächst besteht ausschließlich ein Anspruch auf bezahlte Freistellung, der dem Arbeitgeber gegenüber unverzüglich geltend gemacht werden sollte: Die Arbeitsbefreiung ist nach § 37 Abs. 3 S. 3 Hs. 1 BetrVG vor Ablauf eines Monats zu gewähren, sodass

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 zB. 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.⁷² 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.⁷³ Von einigen Autoren wird allerdings dann eine Ausnahme gemacht, wenn die Monatsfrist abgelaufen ist und der Freistellung offensichtlich keinerlei erkennbare Gründe entgegenstehen.⁷⁴ Im Einzelfall kann es gleichwohl sinnvoller sein, die Freistellung im Wege einer einstweiligen Verfügung durchzusetzen⁷⁵ 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

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

64 BAG, 31.7.1986 – 6 AZR 146/85 – juris.

65 GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 92.

66 Ebd.

67 Fitting (Fn. 23), § 37 Rn. 88; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 93.

68 BAG, 28.5.2014 – 7 AZR 404/12 – NZA 2015, 564; ArbG Bonn, 6.11.2008 – 3 Ca 1643/08 – juris; ebenso GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 92; Fitting (Fn. 23), § 37 Rn. 87; Richardi-Thüsing (Fn. 22), § 37 Rn. 46; Reichold, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl., Köln 2016 (im Folgenden: HWK), § 37 BetrVG Rn. 17.

69 Angedeutet bei ArbG Bonn, 6.11.2008 – 3 Ca 1643/08 – juris.

70 LAG Köln, 6.3.1998 – 11 (9) Sa 383/97 – juris.

71 Fitting (Fn. 23), § 37 Rn. 98.

72 GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 107.

73 Fitting (Fn. 23), § 37 Rn. 95; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 98; ErfK-Koch (Fn. 22), § 37 BetrVG Rn. 8; Richardi-Thüsing (Fn. 22), § 37 Rn. 54 f.; HWK-Reichold (Fn. 68), § 37 BetrVG 20.

74 Fitting (Fn. 23), § 37 Rn. 96; DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 79.

75 Dafür GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 98 aE.

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.⁷⁶ In der Literatur wird demgegenüber der Standpunkt vertreten, der Arbeitgeber müsse den Wünschen des Arbeitnehmers in Bezug auf die zeitliche Lage generell Rechnung tragen, soweit keine betriebsbedingten Gründe entgegen stehen.⁷⁷ 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.⁷⁸

e) Der Abgeltungsanspruch

Wird die Arbeitsbefreiung unter Hinweis auf betriebsbedingte Gründe nicht gewährt, so entsteht nach § 37 Abs. 3 S. 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.⁷⁹ 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.⁸⁰

Behauptet der Arbeitgeber das Vorliegen betriebsbedingter Gründe und wird dies vom Betriebsratsmitglied zumindest konkludent in der Weise akzeptiert, dass es nun-

mehr Abgeltung verlangt, so kann der Arbeitgeber zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr geltend machen, in Wirklichkeit hätten doch keine betriebsbedingten Gründe vorgelegen; dies wäre ein widersprüchliches Verhalten, das gegen Treu und Glauben verstoßen würde.⁸¹

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.⁸² Von der allgemeinen Praxis abzuweichen, würde jedoch teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder gegenüber anderen Teilzeitkräften besser stellen, was im Widerspruch zu § 78 S. 2 BetrVG stehen würde.⁸³

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

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

77 DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 79; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 101; *Erfk-Koch* (Fn. 22), § 37 BetrVG 1972 Rn. 8. Ebenso ArbG Rheine, 20.4.1979 – 2 Ca 240/79 (zitiert bei *Wedde*).

78 Diese Einschätzung beruht auf einem Gespräch mit *Hans Wohlgenuth*, einem frei gestellten Betriebsratsvorsitzenden aus der Getränkeindustrie.

79 BAG, 28.5.2014 – 7 AZR 404/12 – NZA 2015, 564, 566 Tz. 23; HWK-Reichold (Fn. 68), § 37 BetrVG Rn. 20 f.

80 GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 96; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 93; HWK-Reichold (Fn. 68), § 37 Rn. 17.

81 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 108; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 112.

82 Näher *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009, Rn. 1945c mwN.

83 Gegen einen Überstundenzuschlag für teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder BAG, 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 (Fn. 38), § 37 Rn. 117; HWK-Reichold (Fn. 68), § 37 BetrVG Rn. 22; anders DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 73.

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 termingerech 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.⁸⁴ Da sie ein Interesse 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.⁸⁵ 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 Gleitzeitensystem, 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.⁸⁶

Hat ein freigestelltes Betriebsratsmitglied außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit (zB. außerhalb des Gleitzeitrahmens) Betriebsratsstätigkeit erbracht, so steht ihm nach § 37 Abs. 3 S. 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. Insofern kommt ihm ein Beurteilungsspielraum zu.⁸⁷ Gelangt er zu dem Ergebnis, dass ein Freizeitausgleich nicht in Betracht kommt, weil sonst andere Aufgaben vernachlässigt würden, so steht ihm ein Abgeltungsanspruch zu.⁸⁸ Genau so wird verfahren, wenn ein teilzeitbeschäftigtes Betriebsratsmitglied außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit tätig geworden ist, diese aber durch Betriebsratsstätigkeit in vollem Umfang ausgefüllt ist.⁸⁹

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 S. 2 Hs. 2 BetrVG eine Begrenzung auf die Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten besteht.

Ist ein Betriebsratsmitglied gekündigt worden und hat es seine Weiterbeschäftigung während des Kündigungsverfahrens durchgesetzt, so gelten die allgemeinen Grundsätze: Nur wenn die vertragliche oder die dem Weiterbeschäftigungsverhältnis zugrunde liegende Arbeitszeit überschritten wird, können Ansprüche nach § 37 Abs. 3 BetrVG entstehen.⁹⁰

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.⁹¹

Statt einer »Spitzabrechnung« einen bestimmten Betrag zugrunde zu legen, ist auch in anderen Rechtsgebieten eine verbreitete Erscheinung. Bekannt ist die Pauschalierung insbesondere im Steuerrecht.⁹² 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,⁹³ und Auslandsmitarbeiter erhalten nicht selten einen pauschalierten Kaufkraftausgleich. Der

84 LAG Düsseldorf, 26.5.1993 – 18 Sa 303/93 – NZA 1994, 720; S. weiter BAG, 22.8.1974 – 2 ABR 17/74 – AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972 = juris, Tz. 50 ff.: Anwesenheitspflicht.

85 BAG, 10.7.2013 – 7 ABR 22/12 – NZA 2013, 1221.

86 LAG Düsseldorf, 26.5.1993 – 18 Sa 303/93 – NZA 1994, 720.

87 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 93.

88 LAG Düsseldorf, 19.5.1993 – 18 Sa 215/93 – AiB 1993, 653; ArbG Freiburg/Brsg., 28.11.1995 – 2 Ca 373/94 – AiB 1996, 377 mAnm. *M.Schubert*; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 109; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 113 aE.

89 LAG Düsseldorf, 19.5.1993 – 18 Sa 215/93 – AiB 1993, 653 mAnm. *Goergens*; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 113.

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

91 Dazu auch *Kehrmann*, FS Wlotzke, 1996, S. 357 ff.

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

93 Näher *ErfK-Preis* (Fn. 22), § 611 BGB Rn. 517.

Sinn dieser Regelungen liegt in einer Arbeitsvereinfachung, weil alle Details ausgeblendet bleiben können.

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

Bei Betriebsratsmitgliedern kommt die Besonderheit hinzu, dass sie wegen § 78 S. 2 BetrVG bei der Bestimmung der Pauschale weder begünstigt noch benachteiligt werden 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.⁹⁴

Keine verlässlichen Erfahrungswerte liegen vor, wenn eine Pauschale über Jahrzehnte hinweg in unveränderter Höhe bezahlt wurde, da sich erfahrungsgemäß die Verhältnisse geändert haben.⁹⁵ Dasselbe gilt dann, wenn alle Betriebsratsmitglieder denselben Betrag erhalten.⁹⁶ 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 S. 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.⁹⁷ Warum dies nicht möglich sein und deshalb eine Pauschalierung von vorne herein ausscheiden soll,⁹⁸ 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 Dokumentati-

on nicht nur zu Beginn der Pauschalierung, sondern auch später durchgeführt wird, um etwaigen 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 S. 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.⁹⁹ Dieses Prinzip kommt in zahlreichen Einzelbestimmungen und von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zum Ausdruck.¹⁰⁰

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.¹⁰¹ 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.¹⁰² 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

94 Vgl. *Kehrmann*, FS Wlotzke, 1996, S. 357, 375.

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

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

97 Dazu oben 2.f.

98 So *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 57, 61.

99 Näher *DKKW-Däubler* (Fn. 16), Einl. Rn. 77; *Wiebauer*, NZA 2013, 540, 541.

100 Dazu oben I.3.

101 BAG, 15.3.1995 – 7 AZR 643/94 – AP Nr. 105 zu § 37 BetrVG 1972.

102 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 254 mwN.

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 Betriebsrats Tätigkeit 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 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.¹⁰³ Dies bedeutet, dass die Grenze der 48-Stunden-Woche im Durchschnitt von sechs Monaten nach § 3 ArbZG nicht eingreift. Vielmehr ist es durchaus denkbar, dass ein Betriebsratsmitglied dau-

erhaft wöchentlich zwölf Überstunden über seinen 39-Stunden-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.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ Sie ist wegen § 618 BGB und Art. 2 Abs. 2 GG ebenfalls nicht in beliebigem Umfang zulässig.¹⁰⁶ 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).¹⁰⁷

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 Gestaltungsmittel müssen zwar sowohl das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG wie auch den Grundsatz der unabhängigen Amtsführung des Betriebsrats beachten, doch

103 BAG, 19.7.1977 – 1 AZR 376/74 – AP Nr. 29 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 7.6.1989 – 7 AZR 500/88 – NZA 1990, 531; LAG Schleswig-Holstein, 30.8.2005 – 5 Sa 161/05 – juris, Tz. 42; eingehend *Wiebauer*, NZA 2013, 540 ff.; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 13 mwN., auch für die Gegenmeinung. In seiner jüngsten Entscheidung (18.1.2017 – 7 AZR 224/15 – juris; dazu *Steiner*, AiB 4/2017, 31) hat das BAG die Frage dahinstehen lassen.

104 BAG, 13.3.1967 – 2 AZR 133/66 – AP Nr. 15 zu § 618 BGB; BAG, 27.2.1970 – 1 AZR 258/69 – AP Nr. 16 zu § 618 BGB; zu aktuellen Anwendungsfeldern S. *Däubler*, SR Sonderheft 2016, 3, 17.

105 BAG, 21.12.1982 – 1 ABR 14/81 – AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; DKKW-Klebe (Fn. 16), § 87 Rn. 103 mwN.

106 S. *Däubler*, SR Sonderheft 2016, S. 2, 17.

107 Gegen Höchstarbeitszeiten für Betriebsrats Tätigkeit *Wiebauer*, NZA 2013, 540, 544, der jedoch § 618 BGB und Art. 2 Abs. 2 GG nicht behandelt.

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 Betriebsratsmitgliedern könne durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung geregelt werden.¹⁰⁸

IV. Die wirtschaftliche und berufliche Absicherung von Betriebsratsmitgliedern

1. Das Prinzip

Nach § 37 Abs. 4 S. 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 Betriebsratstätigkeit negativ auf das Einkommen und die berufliche Entwicklung auswirkt; sie stellen eine Konkretisierung des Benachteiligungsverbots nach § 78 S. 2 BetrVG dar,¹⁰⁹ verdrängen dieses aber nicht: Soweit sie keine Anwendung finden, kann direkt auf § 78 S. 2 BetrVG zurückgegriffen werden.¹¹⁰

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.¹¹¹

2. Der Schutz der Vergütung

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.¹¹² Wer zB. als Ingenieur besonders qualifiziert ist und überdurchschnitt-

liche Leistungen erbringt, kann nur mit Personen verglichen werden, die über dasselbe »Profil« verfügen.¹¹³ Die Tätigkeit als Betriebsrat darf in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen, da das die Unabhängigkeit der Amtsführung beeinträchtigen würde. Allerdings kann diese Indizien zB. für soziale Kompetenz liefern, die auch bei der beruflichen Laufbahn von Bedeutung sind.¹¹⁴

Vergleichsgröße muss keine »Gruppe« sein; vielmehr genügt auch eine einzige Person.¹¹⁵ Maßgebender Zeitpunkt für den Vergleich ist die Übernahme des Betriebsratsamtes, dh. die Annahme der Wahl.¹¹⁶ Bei Ersatzmitgliedern kommt es auf den später liegenden Zeitpunkt des Nachrückens an.¹¹⁷

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.¹¹⁸ 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.¹¹⁹ Es liegt nahe zu differenzieren.

108 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 4; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 8.

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

110 BAG, 15.1.1992 – 7 AZR 194/91 – AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 17.8.2005 – 7 AZR 528/04 – AP Nr. 142 zu § 37 BetrVG 1972; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 114; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 119; HWK-Reichold (Fn. 68), § 37 BetrVG Rn. 23.

111 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 116; DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 87.

112 BAG, 17.5.1977 – 1 AZR 458/74 – AP Nr. 28 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 15.1.1992 – 7 AZR 194/91 – AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972; *Kehrmann*, FS Wlotzke, 1996, S. 357, 363. Das BAG (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.

113 BAG, 13.11.1987 – 7 AZR 550/86 – AP Nr. 61 zu § 37 BetrVG 1972; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 122; HWK-Reichold (Fn. 68), § 37 BetrVG Rn. 25.

114 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 120 mwN.

115 BAG, 21.4.1983 – 6 AZR 407/80 – AP Nr. 43 zu § 37 BetrVG 1972; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 118; DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 88.

116 BAG, 17.5.1977 – 1 AZR 458/74 – AP Nr. 28 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 19.1.2005 – 7 AZR 208/04 – juris. Bedenken bei *Kehrmann*, FS Wlotzke, 1996, S. 357, 363.

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

118 *ErfK-Koch* (Fn. 22), § 37 BetrVG Rn. 10; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 118; DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 88.

119 GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 122.

Zunächst sollte man versuchen, vergleichbare Personen (oder eine vergleichbare Person) in einem andern Betrieb des Unternehmens zu ermitteln. Da es um ein Problem der 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.¹²⁰ 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,¹²¹ 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.¹²² 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,¹²³ so liegt die Heranziehung eines Gedankens nahe, der im AGG Anerkennung gefunden hat: § 3 Abs. 1 S. 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.¹²⁴ 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.

Das im Streitfall entscheidende Arbeitsgericht befindet sich in einer ähnlichen Situation wie eine Zivilkammer am

Landgericht, die über einen hypothetische Geschehensablauf entscheiden muss, bei dem ein Schaden in gleicher Weise wie bei dem zu beurteilenden realen Ablauf entstanden wäre.¹²⁵ 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.¹²⁶ Entscheidend ist die weitere berufliche Entwicklung nach Beginn der Betriebsrats Tätigkeit. Soweit das Betriebsratsmitglied nur wenige vergleichbare Personen benennen kann, besteht ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber, ihm die Entwicklung aller vergleichbaren Arbeitnehmer mitzuteilen.¹²⁷

(1) Gehaltserhöhungen und Zuwendungen des Arbeitgebers

Was Gehaltserhöhungen und Zusatzleistungen betrifft, so stellt § 37 Abs. 4 S. 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.¹²⁸ Sie können, müssen aber nicht »allgemein« in dem Sinne

¹²⁰ BAG, 17.11.1998 – 1 AZR 147/98 – NZA 1999, 606; BAG, 3.12.2008 – 5 AZR 74/08 – NZA 2009, 367; BAG, 8.11.2006 – 5 AZR 5/06 – AP Nr. 177 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

¹²¹ BAG, 8.11.2006 – 5 AZR 5/06 – AP Nr. 177 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

¹²² Ebenso vor der Anerkennung des Unternehmens als Bezugsgröße, wenn eine Leistung des Arbeitgebers unternehmensweit gewährt wurde: BAG, 17.12.1992 – 10 AZR 306/91 – NZA 1993, 691; BAG, 12.1.1994 – 5 AZR 6/93 – NZA 1994, 993.

¹²³ Dieser Fall kann auch dann eintreten, wenn man nach dem »am ehesten vergleichbaren« Arbeitnehmer sucht.

¹²⁴ Zur Parallelität der beiden Vorschriften S. Däubler, ZfA 2006, 479, 482; Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013, § 3 Rn. 26.

¹²⁵ Dazu Grüneberg, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., München 2017, vor § 249 Rn. 55 ff.

¹²⁶ BAG, 4.11.2015 – 7 AZR 972/13 – NZA 2016, 1339, Tz. 22 aE.

¹²⁷ BAG, 4.11.2015 – 7 AZR 972/13 – NZA 2016, 1339, Tz. 23 ff.

¹²⁸ LAG Rheinland-Pfalz, 3.6.1980 – 3 Sa 134/80 – EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 69; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 133.

sein, dass sie allen Belegschaftsangehörigen gewährt werden; es genügt, wenn sie der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer gewährt werden.¹²⁹ Ist nur eine Vergleichsperson vorhanden, kommt es darauf an, ob sie die Zuwendung erhält. Die Vergütung der Betriebsratsmitglieder ist automatisch an die Veränderungen anzupassen, die sich bei den vergleichbaren Arbeitnehmern ergeben.

Ohne Bedeutung ist, ob die Zuwendungen (zB. aufgrund eines neuen Tarifvertrags) geschuldet sind oder ob sie auf einer freiwilligen Entscheidung des Arbeitgebers beruhen.¹³⁰ 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.¹³¹ Die betriebliche Altersversorgung ist gleichfalls einbezogen.¹³² 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 BAG¹³³ 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.¹³⁴

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.¹³⁵

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.

(2) 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.¹³⁶ In diesem Fall muss das Betriebsratsmitglied gleichfalls befördert, dh. insbesondere höher gruppiert werden, wenn das bei der Mehrheit der vergleichbaren Beschäftigten der Fall ist.¹³⁷ 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

129 LAG Rheinland-Pfalz, 3.6.1980 – 3 Sa 134/80 – EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 69.

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

131 GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 133.

132 BAG, 10.11.2015 – 3 AZR 574/14 – AP Nr. 74 zu § 1 BetrVG Gleichbehandlung.

133 BAG, 16.1.2008 – 7 AZR 887/06 – AP Nr. 144 zu § 37 BetrVG 1972.

134 BAG, 19.1.2005 – 7 AZR 208/04 – juris.

135 BAG, 11.5.1988 – 5 AZR 334/87 – NZA 1989, 854. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung S. Däubler, Arbeitsrecht 1 (Fn. 26), Rn. 304 ff.

136 BAG, 15.1.1992 – 7 AZR 194/91 – AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972, bestätigt in BAG, 4.11.2015 – 7 AZR 972/13 – NZA 2016, 1339, 1342 Tz. 22.

137 BAG, 4.11.2015 – 7 AZR 972/13 – NZA 2016, 1339, 1342 Tz. 22; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 123.

Fall kann zwar ggf. keine Höhergruppierung verlangt werden, wohl aber eine entsprechend höhere Bezahlung, da andernfalls eine Benachteiligung wegen der Betriebsratsstätigkeit eintreten würde.¹³⁸

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.¹³⁹

Fehlt es an einem gleichförmigen Verhalten des Arbeitgebers,¹⁴⁰ 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 S. 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.¹⁴¹ Dies entspricht der hier zur Entwicklung der Vergütung vertretenen Auffassung.¹⁴²

c) Einzelfragen

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

(1) 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 BetrVG ausschließlich auf die Verhältnisse abstellt, die im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts bestanden. Nur insoweit besteht ein Bedürfnis für einen Schutz vor Benachteiligungen.

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 Wei-

terbildungsmaßnahme 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.¹⁴³ Die Gegenmeinung hebt darauf ab, eine solche Gleichstellung laufe auf eine Begünstigung hinaus, es sei denn, das Nichtbestehen des Weiterbildungskurses sei Folge der Amtstätigkeit.¹⁴⁴ Bedenkt man, dass bei Nichtteilnahme eine höhere Vergütung geschuldet gewesen wäre,¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶

(2) 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.¹⁴⁷

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.

138 BAG, 29.10.1998 – 7 AZR 676/96 – NZA 1999, 717; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 123.

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

140 Für entsprechende Anwendung des § 22 AGG, wonach lediglich Indizien bewiesen werden müssen, die für das Vorliegen einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung sprechen, HWK-Reichold (Fn. 68), § 37 BetrVG Rn. 26.

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

142 Oben a).

143 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 122; DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 92; Hess et al., BetrVG-Glock (Fn. 22), § 37 Rn. 113.

144 GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 127.

145 BAG, 29.10.1998 – 7 AZR 676/96 – NZA 1999, 717.

146 S. die Nachweise bei GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 124.

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

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 Durchschnitt der Fälle die Laufbahn eines Menschen mit der Qualifikation und der Leistungsfähigkeit des Betriebsratsmitglieds gestaltet hätte.¹⁴⁸

(3) 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.¹⁴⁹ Dabei spielt die Einschätzung der Person eine große Rolle, weil formale Qualifikationen wie Meisterprüfungen, Diplome und Staatsprüfung nur eine begrenzte Bedeutung haben.¹⁵⁰ Ausdrücklich betonte das BAG:¹⁵¹ »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 ua. 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 zusammenhängen 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 ua. durch § 37 Abs. 4 BetrVG gerade vermeiden wollte: Die unabhängige Amtsführung wäre in schwerer Gefahr, da das Betriebsrats-

mitglied 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,¹⁵² 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.¹⁵³ 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.¹⁵⁴ Ausnahmsweise ist ein Widerruf dann möglich, wenn der Arbeitgeber nachträglich Tatsachen erfährt, die für den Inhalt des Zeugnisses wesentlich sind.¹⁵⁵ Der im Zeugnis als »ehrlich und gewissenhaft« bezeichnete Arbeitnehmer hat zB. 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.¹⁵⁶ 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

¹⁴⁸ S. oben 2.b)(2).

¹⁴⁹ S. oben a).

¹⁵⁰ BAG, 17.5.1977 – 1 AZR 458/74 – AP Nr. 28 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 15.1.1992 – 7 AZR 194/91 – AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972.

¹⁵¹ BAG, 21.4.1983 – 6 AZR 407/80 – AP Nr. 43 zu § 37 BetrVG 1972, Tz. 11.

¹⁵² Dann läge ein Verstoß gegen § 78 S. 2 BetrVG vor.

¹⁵³ ErfK-Müller-Glöge (Fn. 22), § 109 GewO Rn. 56.

¹⁵⁴ BAG, 21.6.2005 – 9 AZR 352/04 – NZA 2006, 104.

¹⁵⁵ ErfK-Müller-Glöge (Fn. 22), § 109 GewO Rn. 56.

¹⁵⁶ DDZ-Däubler (Fn. 20), § 109 GewO Rn. 78.

lang bestehen. Dies gilt auch dann, wenn die fragliche Person erst im Laufe der Wahlperiode nachrückte.¹⁵⁷ Dabei spielt es keine Rolle, ob die Amtszeit regulär zu Ende ging oder ob andere Beendigungsgründe wie ein Rücktritt oder eine Beförderung zum leitenden Angestellten vorlagen.¹⁵⁸ Ob bei einer Amtsenthebung nach § 23 Abs. 1 BetrVG oder bei erfolgreicher Wahlanfechtung in Anlehnung an § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG Abweichendes gilt, ist umstritten; mangels einer Verweisung auf diese Einschränkung ist eine solche Ausnahme aber abzulehnen.¹⁵⁹ 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 S. 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,¹⁶⁰ sorgt aber auch dafür, dass das Betriebsratsmitglied von seiner praktischen Tätigkeit her den Anschluss zu den vergleichbaren Beschäftigten behält.¹⁶¹ 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 frei gestellt sind. Relevant ist er auch für solche Personen, die eine Teilfreistellung nach § 38 Abs. 1 S. 3 BetrVG erhalten haben.¹⁶² 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.¹⁶³

b) Versetzung auf Arbeitsplatz mit gleichwertiger Tätigkeit

Der Tätigkeitsschutz des § 37 Abs. 5 BetrVG bezieht sich auf die tatsächliche Beschäftigung. Diese muss »gleichwertig«

sein, dh. ihrer Funktion nach ebenso wie die vergleichbarer Arbeitnehmer bewertet werden. Die Vorschrift schützt dagegen, bei gleichem Entgelt mit geringer wertigen Tätigkeiten beschäftigt zu werden.¹⁶⁴ Maßstab für die Gleichwertigkeit sind die Verkehrsanschauung in den beteiligten Berufsgruppen, nicht allein die im Betrieb herrschenden Maßstäbe.¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶

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 iVm. § 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.¹⁶⁷ Dies setzt

157 DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 98; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 134.

158 Fitting (Fn. 23), § 37 Rn. 129; Hess et al., BetrVG-Glock (Fn. 22), § 37 Rn. 119; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 135; Richardi-Thüsing (Fn. 22), § 37 Rn. 71.

159 Wie hier im Ergebnis Fitting (Fn. 23), § 37 Rn. 129; Kreft, in: Wlotzke/Preis/Kreft (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., München 2009, § 37 Rn. 42; ErfK-Koch (Fn. 22), § 37 Rn. 10; DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 98; anders GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 136; Hess et al., BetrVG-Glock (Fn. 22), § 37 Rn. 119; Richardi-Thüsing (Fn. 22), § 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.

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

161 GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 138 mwN.

162 DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 99.

163 DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 99. Näher oben 2.d).

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

165 LAG Hessen, 14.8.1986 – 12 Sa 1225/85 – LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 21; Fitting (Fn. 23), § 37 Rn. 132; ErfK-Koch (Fn. 22), § 37 BetrVG Rn. 11; DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 100; aA. GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 140.

166 Eingehend Däubler, TVG-Winter/Zimmer (Fn. 9), § 1 TVG Rn. 515 ff.

167 ArbG Berlin, 12.8.2015 – 28 Ca 18725/14 – juris.

allerdings voraus, dass das Betriebsratsmitglied über die 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.¹⁶⁸

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.¹⁶⁹ Die »zwingenden betrieblichen Notwendigkeiten« sind dann gegeben, wenn der Arbeitsplatz des Betriebsratsmitglieds weggefallen und kein gleichwertiger Arbeitsplatz verfügbar ist. Wird ein solcher später frei, kann das Betriebsratsmitglied eine »Weiterversetzung« auf diesen Arbeitsplatz verlangen.¹⁷⁰ »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 Arbeits Erfahrung verfügt oder nicht an den unbedingt notwendigen Weiterbildungsmaßnahmen teilgenommen hat.¹⁷¹ Außerdem ist an Fälle zu denken, in denen die Tätigkeit keine Unterbrechungen verträgt, wie sie üblicherweise mit der Eigenschaft als Betriebsratsmitglied verbunden sind.¹⁷² 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, sodass die Sonntagsarbeitszuschläge nunmehr versteuert werden müssen. Nach der Rechtsprechung ist dies vom Arbeitgeber nicht auszugleichen, so dass eine definitive Schlechterstellung eintritt.¹⁷³ Das LAG Köln¹⁷⁴ 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.¹⁷⁵ Nicht anders als bei der Mehrarbeit nach § 37 Abs. 3 BetrVG¹⁷⁶ 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.¹⁷⁷ 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.¹⁷⁸

168 DKKW-*Wedde* (Fn. 16), § 37 Rn. 102; GK-BetrVG-*Weber* (Fn. 38), § 37 Rn. 141; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 133; Richardi-*Thüsing* (Fn. 22), § 37 Rn. 75.

169 DKKW-*Wedde* (Fn. 16), § 37 Rn. 101; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 134; GK-BetrVG-*Weber* (Fn. 38), § 37 Rn. 142; Hess et al., BetrVG-*Glock* (Fn. 22), § 37 Rn. 127; Richardi-*Thüsing* (Fn. 22), § 37 Rn. 76.

170 LAG Hessen, 14.8.1986 – 12 Sa 1225/85 – LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 21 = DB 1987, 442 Ls. 9; *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 134; GK-BetrVG-*Weber* (Fn. 38), § 37 Rn. 142.

171 DKKW-*Wedde* (Fn. 16), § 37 Rn. 102; GK-BetrVG-*Weber* (Fn. 38), § 37 Rn. 143; ErfK-*Koch* (Fn. 22), § 37 BetrVG Rn. 11.

172 GK-BetrVG-*Weber* (Fn. 38), § 37 Rn. 143.

173 BAG, 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.

174 LAG Köln, 13.9.1984 – 10 Sa 583/84 – DB 1985, 394.

175 DKKW-*Wedde* (Fn. 16), § 37 Rn. 94.

176 S. oben III.3.

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

178 *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 57, 61.

V. Aufwandspauschalen

1. Der Grundsatz

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 uU. 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«. ¹⁷⁹ Dies ist eine unmittelbare Konsequenz des § 78 S. 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. ¹⁸⁰

Je nach Art der Amtsführung können die Aufwendungen unterschiedlich hoch sein. Der eine Betriebsrat praktiziert zB. 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 S. 3 BPersVG). Die »Verordnung über die Höhe der Aufwandsentschädigung für vom Dienst freigestellte Personalratsmitglieder« vom 18.7.1974 ¹⁸¹ sah zunächst monat-

lich 50 DM vor. Mit der Umstellung auf den Euro wurde daraus durch Art. 7 des Sechsten Euro-Einführungsgesetzes vom 3.12.2001 ¹⁸² ein Betrag von 26€, der bis heute gilt. Damit sollen ua. geringe, nicht im Einzelnen belegbare Aufwendungen (man holt während der Sitzung eine Flasche Cola aus dem Automaten) ausgeglichen werden. ¹⁸³ 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. ¹⁸⁴ 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 verkappete Zusatzvergütung, die nach § 78 S. 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. ¹⁸⁵ 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 ua. durch das gelegentliche Erscheinen von Arbeitgebervertretern bestä-

¹⁷⁹ Rieble, NZA 2008, 277.

¹⁸⁰ BAG, 6.11.1973 – 1 ABR 26/73 – AP Nr. 6 zu § 37 BetrVG 1972.

¹⁸¹ BGBl I, S. 1499.

¹⁸² BGBl I, S. 3306.

¹⁸³ Noll, in: Altwater et al. (Hrsg.), Kommentar zum BPersVG, 9. Aufl., Frankfurt aM. 2016, § 46 Rn. 82 f.

¹⁸⁴ Fitting (Fn. 23), § 37 Rn. 8; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 18; Richardi-Thüsing (Fn. 22), § 37 Rn. 8.

¹⁸⁵ Zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf die Aufwendungen nach § 40 Abs. 1 BetrVG S. die Nachweise bei Fitting (Fn. 23), § 40 Rn. 72 (Schulungskosten).

tigt wird), so ist diese Form der Sitzungen nicht mehr »unverhältnismäßig«; der Arbeitgeber hat selbst entschieden, dass er sich zusätzliche Kosten zumuten will. Insoweit kann sich auch eine betriebliche Übung entwickeln.¹⁸⁶ Wie *Bayreuther* im Einzelnen herausgearbeitet hat, steht es dem Arbeitgeber frei, über die gesetzlich gebotene Minimalausstattung des Betriebsrats hinauszugehen und zB. mehrere PCs für das Betriebsratsbüro oder Mobiltelefone für jedes Betriebsratsmitglied zur Verfügung zu stellen.¹⁸⁷ 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 S. 2 BetrVG.¹⁸⁸

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.¹⁸⁹
- 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 betreffen, die mit Rücksicht auf den Schutz ihrer Intimsphäre mit dem Betriebsrat außerhalb des Betriebs (zB. 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 Gelegenheiten 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 zB. 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«¹⁹⁰, 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.¹⁹¹ 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€ 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 errei-

¹⁸⁶ Für die Möglichkeit, dass eine Betriebsübung zugunsten des Betriebsrats entstehen kann, auch LAG Baden-Württemberg, 1.6.1976 – 7 TaBV 3/76 – 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.

¹⁸⁷ *Bayreuther*, NZA 2013, 758, 759.

¹⁸⁸ Ebenso für die Ausstattung *Bayreuther*, NZA 2013, 758, 759.

¹⁸⁹ *Kehrmann*, FS Wlotzke, 1996, S. 357, 377. Zur Öffentlichkeitsarbeit des Betriebsrats S. *Däubler*, Arbeitsrecht 1 (Fn. 26), Rn. 925a–925j.

¹⁹⁰ BAG, 9.11.1955 – 1 AZR 329/54 – AP Nr. 1 zu Art. IX KRG, Nr. 22 Betriebsrätegesetz.

¹⁹¹ *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 10. Ähnlich *Bayreuther*, NZA 2013, 758, 760.

chen, mit der beide Seiten »leben« können. Dabei wäre nach der Rolle im Betriebsrat zu differenzieren: Der Vorsitzende wird 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.¹⁹² Kommt keine Einigung zustande, wäre es Sache des Betriebsrats, die im Grundsatz ja unbestrittene, nur in ihrer Höhe zweifelhaft 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 € 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 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 schwierig. Eine »Typologie« von Verhaltensmustern, wie sie Kotthoff für »normale« Betriebsräte entwickelt hat,¹⁹³ 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.¹⁹⁴ 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 Gefängnisaufenthalt 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

192 Ähnlich Bayreuther NZA 2013, 758, 760.

193 Kotthoff, Betriebsräte und betriebliche Herrschaft: Ein Typologie von Partizipationsmustern im Industriebetrieb, Frankfurt aM. 1981. Von Interesse auch ders., Betriebsräte und Bürgerstatus: Wandel und Kontinuität betrieblicher Mitbestimmung, München 1994.

194 Schultz-Côrtés, 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> [15.5.2017]).

ihnen der Ruf des »Bestechlichen« weiter anhängt.¹⁹⁵ Darüber hinaus wird durch solche Vorfälle auch die betriebliche Mitbestimmung als solche diskreditiert; Fälle wie bei VW (Volkert/Hartz)¹⁹⁶, bei Siemens und Aldi Nord (AUB – Schelsky)¹⁹⁷ 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 S. 2 BGB Rückforderungsansprüche aus, wenn auch der Leistende einen Gesetzesverstoß begangen hat, doch vertritt die weit überwiegende Meinung in der juristischen Literatur den Standpunkt, mit Rücksicht auf den Zweck des Begünstigungsverbots nach § 78 S. 2 BetrVG könne § 817 S. 2 BGB hier nicht eingreifen.¹⁹⁸ Auch auf den Arbeitgeber können gewichtige Nachteile zukommen. Eine Zahlung, die zu einer rechtswidrigen Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern führt, kann nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG nicht als Betriebsausgabe geltend gemacht werden.¹⁹⁹ Weiter droht gerade in einem solchen Fall eine Verurteilung wegen Untreue nach § 266 StGB, weil die Vermögensinteressen der Gesellschaft nicht wie geboten gewahrt wurden.²⁰⁰

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 (zB. 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 S. 2 Hs. 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 Abs. 1 BetrVG gebildet werden kann, steht das Einsichtsrecht dem Betriebsratsvorsitzenden oder einem nach § 27 Abs. 3 BetrVG bestimmten Betriebsratsmitglied zu.²⁰¹ 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 S. 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 Betriebsratsitzen eine Freistellung erreichen. Eine Abberufung ist nach durchgeführter Verhältniswahl nur mit Dreiviertel-Mehrheit möglich.²⁰² In einem solchen Fall rückt die nächste Person, die auf der Minderheitsliste steht, nach.²⁰³

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

195 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.

196 Zur Verurteilung von Hartz S. LG Braunschweig, 25.1.2007 – 6 KLS 48/06 – CCZ 2008, 32 mAnm. Rieble.

197 Zur Verurteilung von Schelsky S. BGH, 13.9.2010 – 1 StR 220/09 – NJW 2011, 88.

198 Bittmann/Mujan, BB 2012, 1604, 1606; Hess et al., BetrVG-Glock (Fn. 22), § 37 Rn. 20; ErK-Koch (Fn. 22), § 37 Rn. 1; Rieble, NZA 2008, 276, 278; Schweibert/Buse, NZA 2007, 1080, 1086; Richardi-Thüsing (Fn. 22), § 37 Rn. 10; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 22; wohl auch Fischer, BB 2007, 997, 998; gegen einen Rückforderungsanspruch Fitting (Fn. 23), § 37 Rn. 11; DKKW-Wedde (Fn. 16), § 37 Rn. 7.

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

200 Rieble, NZA 2008, 276, 280.

201 BAG, 16.8.1995 – 7 ABR 63/94 – NZA 1996, 330 mwN.

202 § 38 Abs. 2 S. 8 iVm. § 27 Abs. 1 S. 5 BetrVG.

203 GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 38 Rn. 80 mN. auch für die Gegenmeinung.

ist unwirksam.²⁰⁴ 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 S. 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 Gewerkschaft ansprechen will.²⁰⁵ 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.

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, uU. 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.²⁰⁶ 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.

204 *Fitting* (Fn. 23), § 37 Rn. 235; GK-BetrVG-Weber (Fn. 38), § 37 Rn. 274; Däubler, Schulung und Fortbildung (Fn. 15), Rn. 326; Richardi-Thüsing (Fn. 22), § 37 Rn. 119; Hess et al., BetrVG-Glock (Fn. 22), § 37 Rn. 175.

205 LAG Sachsen, 22.11.2002 – 9 TaBV 17/02 – NZA-RR 2003, 420.

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

Der Einfluss des Arbeitsvölkerrechts auf das nationale Recht – aktuelle Perspektiven

Prof. Dr. Dr. hc. Monika Schlachter, IAAEU Trier

I. Bedeutung des Arbeitsvölkerrechts

Ob dem Arbeitsvölkerrecht innerstaatlich eine nennenswerte Bedeutung zukommt, wäre noch vor wenigen Jahren wohl nur von Spezialisten überhaupt diskutiert worden, aber mittlerweile ist der Frage nicht mehr auszuweichen. Neben dem Recht der Europäischen Union, dessen Einfluss auf das Recht der Mitgliedstaaten in allen wirtschaftsnahen Rechtsgebieten von niemandem mehr unterschätzt wird, wird in jüngerer Zeit auch das Arbeitsvölkerrecht zitiert. In erster Linie trifft das auf Entscheidungen des EGMR zu, die hergebrachte Argumentationsmuster der deutschen Dogmatik durcheinanderwirbeln,¹ deren zumindest grundsätzliche Beachtlichkeit aber dennoch vom BVerfG angemahnt wird². Wie solche »Fremdkörper« in das nationale Rechtssystem zu integrieren sind, müssen die Gerichte entscheiden; wenn bestehende Vorgaben auf unterschiedlichen völkerrechtlichen Ebenen sich dabei nicht gänzlich decken, wird diese Aufgabe schwer beherrschbar. Die Anforderungen des Arbeitsvölkerrechts enden indessen nicht bei der Aufgabe einer Integration der Rechtsprechung des EGMR. Nahezu im Gegenteil ist dieser Gerichtshof zuständig für die in erster Linie bürgerlichen und politischen Rechte aus der EMRK, während die primäre Kompetenz in arbeits- und sozialrechtlichen Fragen auf europäischer Ebene bei der Europäischen Sozialcharta (ESC), und auf internationaler Ebene bei den Konventionen der International Labour Organisation (ILO) liegt. Eine Annäherung an das komplexe Zusammenwirken von völkerrechtlichen und nationalen Bestimmungen im Arbeitsrecht muss also auch deren Regelungsgegenstände einbeziehen.

Das Zusammenwirken der verschiedenen Rechtsebenen gestaltet sich komplex. Ihre Rechtsquellen haben einen unterschiedlichen territorialen Geltungsanspruch, werden von verschiedenen Staaten akzeptiert, und wirken im jeweiligen nationalen Recht auf unterschiedliche Weise. Eine »Hierarchie« der Rechtsquellen lässt sich daraus nicht ent-

wickeln, das implizit angenommene Modell des Stufenbaus von Rechtssätzen ist in dieses Verhältnis nicht übertragbar; auch ein Vorrang des Völkerrechts vor dem nationalen Recht kann auf direktem Wege nicht begründet werden. Wirkungsmechanismen, mit denen ihnen dennoch ein erheblicher Einfluss auf das nationale Recht möglich ist, werden unten noch beleuchtet.

1. Rechtsquellen

Das Arbeitsvölkerrecht kann verstanden werden als die Summe aller Rechtsquellen, die auf internationaler Ebene die Rechtsbeziehungen abhängiger Arbeit regeln.³ Neben dem schwer zu konkretisierenden, aber anerkannten »Völkergewohnheitsrecht« (vgl. Art. 25 GG) sind die wichtigsten Rechtsquellen in völkerrechtlichen Verträgen geschaffen worden. Mit Ratifizierung solcher Verträge sagen die Staaten als Vertragspartner einander zu, die akzeptierten Inhalte einzuhalten, also für ihre innerstaatliche Beachtung zu sorgen. Mit welchen Mitteln der Staat seine Pflichten verwirklicht, ist ihm überlassen. Er könnte grundsätzlich die Anwendbarkeit aller ratifizierten völkerrechtlichen Verträge im nationalen Recht vorschreiben, oder – wie im deutschen Recht – die Erforderlichkeit eines gesonderten Zustimmungsgesetzes, das die jeweiligen Vorgaben umsetzt. In beiden Fällen sind alle staatlichen Untergliederungen verpflichtet, die völkerrechtlichen Vorgaben bei ihrer Tätigkeit zu beachten, auch die staatlichen Gerichte.

Die zahlenmäßig und der geographischen Verbreitung entsprechend bedeutendsten völkerrechtlichen Abkommen mit arbeitsrechtlichem Inhalt sind von der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) verabschiedet wor-

¹ Schlachter, DB 2012, 9 ff.

² BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307.

³ Pärli/Baumgartner et al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich ua. 2017, S. 15 ff.

den, – seit 1919 mehr als 189 Übereinkommen und ergänzende Empfehlungen.⁴ Sie decken den umfassendsten Regelungsbereich zum internationalen Arbeitsrecht ab, sind aber in sehr unterschiedlicher Zahl von den Staaten ratifiziert worden.⁵ Auf globale Geltung sind zudem die von der UNO erarbeiteten Übereinkommen angelegt, insbesondere, mit arbeitsrechtlichen Bezügen, die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte⁶, der UN-Zivilpakt⁷ und der UN-Sozialpakt⁸, ergänzt um Übereinkommen zum Schutz benachteiligter Bevölkerungsgruppen wie zB. die Behindertenrechtskonvention⁹ und die Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung¹⁰, gegen Frauendiskriminierung¹¹ oder zum Schutz von Wanderarbeitnehmern¹².

Urheber der wichtigsten regional europäischen Rechtsquellen des Arbeitsvölkerrechts ist der Europarat, der in der EMRK¹³ die bürgerlichen und politischen Rechte, und in der ESC¹⁴ die sozialen und wirtschaftlichen Rechte niedergelegt hat. Diese Aufteilung von Menschenrechten in zwei sachlich voneinander abgegrenzte Verträge scheint bereits vorzugeben, dass die EMRK als Instrument zur Gewährleistung bürgerlicher Rechte wenige zentral arbeitsbezogene Vorschriften enthält.¹⁵ Rein mengenmäßig trifft das zu. Einschlägig sind insoweit das Verbot von Zwangsarbeit (Art. 4 EMRK), die Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK) und das Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK). Durch die dynamische Auslegungspraxis des EGMR haben allerdings weitere EMRK-Rechte eine auch für das Arbeitsleben relevante Komponente entwickelt: Eine gewisse Prominenz besitzen heute das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK), die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und die Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK). Die hervorgehobene Bedeutung der EMRK gerade für die Fortentwicklung sozialer Rechte ist damit zu erklären, dass sie über einen eigenen Gerichtshof verfügt, der ihre Bestimmungen nicht nur auslegen, sondern sie auch in Individualstreitigkeiten durchsetzen kann. Damit haben die in der EMRK gewährleisteten Rechte deutlich mehr Durchschlagkraft als die in der ESC verankerten sozialen Rechte,¹⁶ für die es kein Individualklageverfahren gibt.

2. Verhältnis zum Unionsrecht

Beim Vergleich mit der Wirkungsweise völkerrechtlicher Verträge zeigt sich, dass das Unionsrecht einen Sonderfall darstellt. Der Grundlage des Völkerrechts, auf der auch die

»Europäische Wirtschaftsgemeinschaft« (1957) ursprünglich einmal geschaffen wurde, ist die »Europäische Union« seit langem entwachsen. Sie hat sich zu einem Staatenbund entwickelt, der eigene, von den Mitgliedstaaten übertragene (vgl. Art. 23 GG) Hoheitsrechte besitzt, mit selbständiger Rechtssetzungskompetenz ausgestattet ist (für das Arbeitsrecht vornehmlich in Art. 153 AEUV), sowie mit einer eigenständigen Unionsgerichtsbarkeit. Auch völkerrechtliche Kompetenzen können ihr im Einzelfall übertragen werden. Daher konnte die Union als solche, parallel zu den Mitgliedstaaten, der UN-Behindertenrechtskonvention beitreten; seither richtet der EuGH die Auslegung des einschlägigen Sekundärrechts an den Vorgaben dieser Konvention aus¹⁷.

Im Übrigen wird das Verhältnis der EU zum Völkerrecht aber durch die von den Mitgliedstaaten eingegangenen Bindungen ausgestaltet; das von ihnen ratifizierte Völkerrecht wird als Teil der nationalen Rechtsordnung behandelt und vom EuGH entsprechend eingeordnet, obwohl Art. 6 Abs. 3 EUV es auch als »Erkenntnisquelle« für die Auslegung des Unionsrechts gelten lässt. Insbesondere bei der Fortentwicklung des Unionsrechts lässt sich der EuGH von Rechtsüberzeugungen leiten, die in den Verfassungen der Mitgliedstaaten und/oder in internationalen Rechtsquellen niedergelegt, also in Europa

4 *Servais*, International Labour Law, 4. Aufl., Alphen aan den Rijn 2014, S. 42 ff.

5 *Pärli/Baumgartner* et al. (Fn. 3), S. 19 ff.

6 Vom 10.12.1948; arbeitsrechtliche Relevanz haben vornehmlich die Art. 2, 7, 23, 24.

7 Internationaler Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte vom 16.12.1966; arbeitsrechtliche Relevanz haben vornehmlich Art. 21, 22, 26.

8 Internationaler Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte vom 16.12.1966; arbeitsrechtliche Relevanz haben vornehmlich Art. 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10.

9 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006.

10 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3.1966.

11 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979.

12 Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen vom 18.12.1990, in Kraft seit 1.7.2003.

13 Europäische Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950.

14 Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961; revidierte Europäische Sozialcharta vom 3.5.1996.

15 *Schlachter*, RdA 2011, 341, 344.

16 *Nußberger*, AuR 2014, 130.

17 EuGH, 11.4.2013 – C-335/11 und C-377/11 – AP Nr. 28 zu Richtlinie 2000/78/EG (Ring und Skouboe Werge).

anerkannt sind. Entscheidend bleibt jedoch der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor allem nationalem Recht einschließlich des Verfassungsrechts¹⁸, der auch die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten mit einbezieht. Zwar könnten die Staaten sich gem. Art. 351 Abs. 1 AEUV der Union gegenüber auf ihre bestehenden völkerrechtlichen Pflichten berufen, der Anwendungsvorrang kann damit aber nicht vermieden werden. Um ihn durchzusetzen, sind die Staaten im Konfliktfalle vielmehr zur Aufkündigung ratifizierter Übereinkommen verpflichtet. Dies hatte der EuGH für das ILO-Übereinkommen Nr. 89 über das Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen verlangt, weil es den Anforderungen der EU-Diskriminierungs-RL (seinerzeit: Art. 2 Abs. 7 RL 76/207/EWG) nicht entsprach.¹⁹ Dass sich das Unionsrecht vom Völkerrecht weit entfernt hat bedeutet somit nicht, dass es für dessen Wirkungsweise im nationalen Recht unbeachtlich wäre.

3. Innerstaatliche Geltung und Wirkung

Da Stellung und Wirkungsweise völkerrechtlicher Verträge vom nationalen Recht bestimmt wird, sind die nationalen Gerichte dafür zuständig, die innerstaatliche Beachtung ihrer Voraussetzungen zu überprüfen. Für Deutschland lässt sich das dahingehend zusammenfassen, dass ein völkerrechtlicher Vertrag durch die per Gesetz im Bundestag erteilte Zustimmung den Rang eines Bundesgesetzes erhält, Art. 59 Abs. 2 GG. Vor deutschen Gerichten ist das Abkommen dann ebenso zu beachten wie anderes Bundesrecht; als Bundesgesetz steht es in der Normenhierarchie grundsätzlich unterhalb der Verfassung, aber oberhalb untergesetzlicher Normen. Ob sich aus dem Völkerrecht für die Bürger unmittelbare Ansprüche ergeben können, hängt davon ab, ob eine Bestimmung ihrem Wortlaut und Zweck entsprechend keine weitergehende gesetzliche Konkretisierung voraussetzt, sie also als »self-executing« anzusehen ist. Woran allerdings festzustellen ist, dass eine Regelung bestimmt genug ist, um keiner weiteren Umsetzung mehr zu bedürfen, ist selbst interpretationsfähig. Soziale Rechte werden vielfach auf einem hohen Abstraktionslevel formuliert, um der Unterschiedlichkeit der arbeits- und sozialrechtlichen Systeme in verschiedenen Staaten Raum zu lassen. Daher wird diesen Bestimmungen von der herrschenden Meinung kaum eine unmittelbare Anwendbarkeit zugestanden.

a) Völkerrechtsfreundliche Auslegung im Mehrebenensystem

Als Beispiel für diese Problematik kann Art. 27 Abs. 1 S. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention herangezogen werden, der zum Ergreifen »angemessener Vorkehrungen« zugunsten behinderter Menschen verpflichtet. Obwohl es an einer Auflistung dessen fehlt, was als »angemessen« zu verstehen ist, ist doch fraglich, ob ein solcher Konkretisierungsgrad erforderlich wäre, um die Norm anwenden zu können; es ist also durchaus vertretbar, diese Pflicht selbst als hinreichend konkret einzuordnen, um sie innerstaatlich unmittelbar anwenden zu können. Daraus könnte sich in einem deutschen Kündigungsrechtsstreit der Einwand ableiten lassen, dass eine ohne vorangegangene angemessene Vorkehrungen ausgesprochene Kündigung behinderter Beschäftigter gegen das Ultima Ratio-Prinzip verstößt und deshalb unwirksam wäre, unabhängig davon, ob die gekündigte Person schwerbehindert oder gleichgestellt ist. Das BAG verwies behinderte Kläger kürzlich auf die Möglichkeit einer Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG, weil das Vorenthalten von angemessenen Vorkehrungen zugleich eine Diskriminierung wegen der Behinderung iSd. Art. 5 RL 2000/78/EG darstellt²⁰: die Gleichbehandlungs-RL schreibt auf Unionsebene ebenfalls vor, dass angemessene Vorkehrungen getroffen werden müssen, um Menschen mit Behinderung die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen, soweit diese Maßnahmen den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten. Diese Vorgabe wird auch in Art. 2 UAbs. 3 der UN-Konvention getroffen. Dass das deutsche Umsetzungsgesetz nicht einmal den Begriff der »angemessenen Vorkehrungen« in das AGG übernommen, geschweige denn an deren Unterlassen Entschädigungsfolgen geknüpft hat, kann mit Hilfe der Auslegung überwunden werden.

Eine völkerrechtskonforme Interpretation ist eine anerkannte Methode zur Erreichung innerstaatlicher Wirkung. Zwar adressiert ein völkerrechtlicher Vertrag wie die UN-Konvention seine Pflichten an den Staat, nicht unmittelbar an privatrechtliche Rechtsverhältnisse. Weil das Arbeitsvölkerrecht aber gerade die sozialen Rechte Einzelner schüt-

18 EuGH, 15.7.1964 – 6/64 – Slg. 1964, 1251 (Costa/ ENEL).

19 EuGH, 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1991, I-4047 (Stoekel).

20 BAG, 21.4.2016 – 8 AZR 402/14 – AP Nr. 6 zu § 84 SGB IX, Rn. 19.

zen und stärken soll, muss es zumindest indirekte Wirkungen auch im Arbeitsverhältnis entfalten können. Daher wurde eine der Schutzpflichtenlehre vergleichbare Argumentation entwickelt, der zufolge die Ratifizierung eines völkerrechtlichen Vertrages mehrere staatliche Pflichten parallel begründet: neben die Pflicht, Menschenrechte zu achten, also ihre Beeinträchtigung zu unterlassen, tritt auch die staatliche Verpflichtung, ihre Verwirklichung positiv zu gewährleisten. Innerstaatlich wird dieser Ansatz, Menschenrechte in privaten Rechtsverhältnissen jedenfalls indirekt anzuwenden, mit Hilfe der »völkerrechtsfreundlichen Auslegung«²¹ des nationalen Rechts erreicht. Das wird darauf gestützt, dass Schutzpflichten des Staates von allen staatlichen Gewalten einschließlich der Gerichte zu erfüllen sind. Sie müssen im Rahmen des methodisch Zulässigen²² Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe so auslegen oder fortbilden, dass das nationale Recht einschließlich der Grundrechte den völkerrechtlichen Pflichten möglichst entspricht.²³ Soweit das innerstaatliche Recht auslegungsfähig und -bedürftig ist,²⁴ hat sich die Auslegung an völkerrechtlichen Vorgaben zu orientieren, im konkreten Falle also am UN-Übereinkommen²⁵.

Dass damit im Rahmen vorhandener Interpretationsspielräume dem Völkerrecht zumindest eine Orientierungswirkung für das nationale Recht zukommt, wird theoretisch zwar anerkannt, ist in Konfliktfällen von der Rechtsprechung allerdings nicht uneingeschränkt akzeptiert. Hier nimmt das Beispiel des UN-Behindertenrechtsübereinkommens eine besondere Stellung ein, da es nicht nur eine völkerrechtliche Quelle darstellt, sondern darüber hinaus an der Vorrangwirkung des Unionsrechts teilhat: weil auch die EU selbst als Vertragspartei an diese Konvention gebunden ist, gilt die Orientierungswirkung der Konvention auch für die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH. Er hat entsprechend das Diskriminierungsverbot der RL 2000/78/EG konventionskonform ausgelegt,²⁶ und damit kraft Anwendungsvorrang des Unionsrechts den nationalen Gerichten eine völkerrechtskonforme Interpretation ihrer nationalen Umsetzungsgesetze bindend vorgeschrieben. Ohne die Vorrangwirkung des Unionsrechts ist eine vergleichbar stringente arbeitsvölkerrechtskonforme Interpretation des innerstaatlichen Rechts bislang nicht verbreitet.

b) Völkerrechtsfreundliche Auslegung in der innerstaatlichen Normenhierarchie

Ist ausschließlich die Wirkung des Völkerrechts im nationalen Recht betroffen, lässt sich diese nicht allein durch die Einordnung der Norm in die Rangfolge der heimischen Rechtsquellen klären. Wäre dies anders, könnte sich ein Staat seinen mit der Ratifizierung übernommenen Bindungen anschließend unter Verweis auf die innerstaatliche Rechtslage entziehen. Das ist einer übernommenen Verpflichtung nicht angemessen, sondern wäre geradezu selbstwidersprüchlich. Zwar wird eine völkerrechtliche Bestimmung durch das Zustimmungsgesetz innerstaatlich in die Normenhierarchie eingeordnet, denn sie erhält dadurch den Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass sie durch höherrangiges nationales Recht ersatzlos verdrängt wird; vielmehr müssen auch in solchen Fällen die Gerichte im Rahmen ihrer Auslegungskompetenz völkerrechtliche Vorgaben berücksichtigen. Dieser Konflikt liegt der Auseinandersetzung um das deutsche Streikverbot für Beamte zugrunde, dessen Statusbezug schon seit langem im Widerspruch zu den arbeitsvölkerrechtlichen Auslegungsgrundsätzen steht.²⁷ So war die von Deutschland ratifizierte Streikrechtsgarantie in Art. 6 Abs. 4 ESC stets dahingehend ausgelegt worden, dass dieses Recht nur solchen Gruppen öffentlich Bediensteter vorenthalten werden darf, deren Tätigkeit direkten Bezug zur Wahrnehmung grundlegender Staatsaufgaben hat.²⁸ Dagegen hatte die Bundesrepublik auf eine nachträgliche Erklärung eines Vorbehalts gegen Art. 6 Abs. 4 ESC verwiesen, dessen völkerrechtliche Wirksamkeit nie überprüft wurde.²⁹ Wegen dieser ungeklärten Einschränkung und der fehlenden Durchsetzungsinstrumente der Sozialcharta hatte dieser Normkonflikt

21 BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307.

22 BVerfG, 20.4.2016 – 2 BvR 1488/14 – NZA 2016, 1163.

23 BVerfG, 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 – BVerfGE 74, 358; BVerfG, 25.9.1990 – 2 BvR 254/88 und 2 BvR 1343/88 – BVerfGE 82, 106.

24 BAG, 19.10.2013 – 6 AZR 190/12 – AP Nr. 3 zu § 2 AGG, Rn. 50.

25 BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – AP Nr. 3 zu § 2 AGG, Rn. 53; BAG, 4.11.2015 – 7 ABR 62/13 – AP Nr. 3 zu § 97 SGB IX, Rn. 27.

26 EuGH, 11.4.2013 – C-335/11 und C-377/11 – AP Nr. 28 zu Richtlinie 2000/78/EG (Ring und Skouboe Werge), Rn. 28.

27 Kovacs, Comparative Labour Law and Policy Journal 2005, 445 ff.; Schlachter, RdA 2011, 341, 345.

28 European Committee of Social Rights, Conclusions I, S. 38 f., General Introduction.

29 Dazu: Lörcher, AuR 2009, 229, 233.

daher lange keine Auswirkungen. Dieser Befund änderte sich erst, als der EGMR ein statusabhängiges Streikverbot als mit der Menschenrechtskonvention unvereinbar kennzeichnete.³⁰

Das am Status als Beamter anknüpfende Streikverbot wird von der deutschen Rechtsprechung aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleitet,³¹ genießt damit also Verfassungsrang. Die damit unvereinbare Rechtsprechung des EGMR³² erkennt lediglich funktionsbezogene Ausnahmen vom Streikrecht an. Nur gegenüber solchen Staatsbediensteten, die ausschließlich oder weit überwiegend hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, dürfen Vereinigungsfreiheit und Streikrecht aus Art. 11 EMRK ausgeschlossen werden. Bei einer Argumentation mit dem Rangprinzip würde Art. 11 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR als einfaches Bundesrecht hinter der Verfassung zurücktreten. Diese Lösung wird allerdings nicht angewendet; die Notwendigkeit einer Berücksichtigung der Konvention ungeachtet des Rangprinzips ist anerkannt. Die Konventionswidrigkeit der aktuellen Rechtslage wird als unhaltbar eingeräumt,³³ nachdem der von der Literatur vorgeschlagene Versuch, die Wirkung der EGMR-Entscheidung als auf die Türkei begrenzt zu verstehen, als vergeblich erkannt wurde³⁴. Doch sieht sich die Rechtsprechung zu ihrer Anpassung mittels Auslegung methodisch außerstande und verweist auf den Gesetzgeber.³⁵ Ob dieses Argument stichhaltig ist, wird im Laufe des Jahres 2017 das BVerfG entscheiden.

Zur Begründung seiner Auslegung von Art. 11 EMRK, der eine ausdrückliche Garantie des Streikrechts nicht enthält, stützte sich der EGMR maßgeblich auf die Interpretationen, die zu Art. 6 Abs. 4 ESC und dem ILO-Übereinkommen Nr. 87 entwickelt worden sind.³⁶ Ähnlich wie bei der Rechtsfortbildung im Unionsrecht wird mit einer rechtsvergleichenden Argumentation gezeigt, dass ein bestimmtes Rechtsverständnis in Europa und auf internationaler Ebene überwiegend geteilt wird. Methodisch bedeutet dies freilich nicht, dass der EGMR die Auslegung anderer Rechtsquellen auf die EMRK überträgt und damit die Staaten, die für sich nur die EMRK, aber gerade nicht die völkerrechtlichen Garantien des Streikrechts anerkannt haben, deren Anforderungen »unterwirft«³⁷. Mit einer ausführlichen Begründung erklärt der EGMR vielmehr, dass Umfang und Grenzen der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK von dem Problemverständnis solcher Auslegungsinstanzen, die sich institutionell bereits seit langem ausführlich mit dem Arbeitskämpfrecht befas-

sen, profitieren kann; dabei bleibt aber die Unabhängigkeit des Konventionstextes gewahrt. Die dabei intensiv reflektierte Auslegungsmethode ist im Arbeitsvölkerrecht auch zuvor durchaus verwendet worden, allerdings nur selten theoretisch reflektiert wie in den »Streik«-Entscheidungen des EGMR. Die Methode ist im Kern eine rechtsvergleichende, weil sie Erkenntnisse, die sich in anderen Rechtsordnungen oder Rechtsquellen zur Lösung eines Problems als tauglich erwiesen haben, als Anregung für die im eigenen Recht möglichen Rechtsentwicklungen heranzieht und auf ihre Übertragbarkeit prüft. Seither wird diese Argumentationslinie zur wechselseitigen Durchdringung und Verstärkung sozialer Menschenrechte durch Auslegungskonvergenz vom EGMR in verschiedenen Entscheidungen fortgeführt;³⁸ auch der Spruchpraxis anderer internationaler Überwachungsorgane liegt sie regelmäßig zugrunde³⁹.

4. Risiken bei unterschiedlicher Auslegung sozialer Rechte

Eine Annäherung der auf unterschiedlichen Rechtsebenen verwendeten Auslegung sozialer Rechte dient vorrangig der Verstärkung des Schutzes für diese Rechte, soll aber auch die beteiligten Staaten davor schützen, wegen divergierender Auslegung in Umsetzungskonflikte zu geraten.⁴⁰ Dass

30 EGMR, 21.4.2009 – Nr. 68959/01 – AuR 2009, 274 (Enerji Yapi-Yol v. Turkey); EGMR, 13.7.2010 – Nr. 33322/07 – <http://hudoc.echr.coe.int> (franz.) (Cerikci v. Turkey).

31 BVerfG, 30.3.1977 – 2 BvR 1039/75, 2 BvR 1045/75 – BVerfGE 44, 249; BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117.

32 Zur Entwicklung EGMR, 12.11.2008 – Nr. 34503/97 – AuR 2009, 269, Rn. 85 (Demir and Baykara v. Turkey), Rn. 85; *Dorssemont*, *European Labour Law Journal* 2010, 185 ff.; *Schlachter*, *RdA* 2011, 341, 344 f.

33 BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117.

34 Nachweise bei *Seifert*, *KritV* 2009, 357 f.

35 BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117.

36 EGMR, 8.4.2014 – Nr. 31045/10 – <http://hudoc.echr.coe.int> (engl.) (National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. UK), Rn. 96, 97.

37 *Seifert*, *KritV* 2009, 357, 362; *Hebeler*, *Personalrat* 2012, 492, 494.

38 EGMR, 2.10.2014 – Nr. 10609/10 – <http://hudoc.echr.coe.int> (franz.) (Matelly v. France), Rn. 32, 33.

39 *Schlachter*, *FS Lindacher*, 2017, S. 374, 379 ff.

40 University of Leiden, *Global Conference for International Labor Law Judges: Ensuring Coherence in Fundamental Labor Rights Case Law*, 22.4.2016, <http://www.thehagueinstituteofglobaljustice.org/thinking-doing/publication/ensuring-coherence-in-fundamental-labor-rights-case-law-challenges-and-opportunities> (15.5.2017).

dies im europäischen Mehr-Ebenen-System durchaus realistisch ist, sollen einige Beispiele zeigen.

a) Nationales Recht im Konflikt zwischen Unionsrecht und Völkerrecht

Ein prominenter Fall betrifft den Konflikt um das Streikrecht zwischen Völkerrecht und Unionsrecht. Auf Unionsebene basierte eine Anerkennung des Arbeitskampfs vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta allein auf der Rechtsprechung des EuGH⁴¹: Dass ein Streikrecht auch ohne explizite Normierung gewährleistet sein muss, hat der Gerichtshof unter Verweis auf dessen Verbreitung nicht nur in den Mitgliedstaaten sondern auch im Arbeitsvölkerrecht betont, weil der Arbeitskampf als notwendig für die Gewährleistung von Vereinigungsfreiheit und Kollektivvertragsfreiheit anerkannt wird. Allerdings hat die Bezugnahme auf völkerrechtliche Quellen den EuGH nicht dazu veranlasst, im Unionsrecht auch Reichweite und Schranken des Grundrechts unter Beachtung internationaler Quellen zu entwickeln. Die Grenzen werden vielmehr ohne Abstimmung mit dem Arbeitsvölkerrecht ausschließlich anhand der Grundfreiheitsdogmatik des Unionsrechts bestimmt.⁴² Ein Arbeitskampf darf die Freiheiten entsendender Unternehmen danach nicht weitergehend einschränken, als dies zum Schutz gesetzlicher Arbeitnehmerrechte erforderlich ist; auf den Abschluss von Tarifverträgen, die eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer über das gesetzlich vorgesehene Maß hinaus bezwecken, darf er nicht zielen⁴³.

Der Mitgliedstaat Schweden hatte, dem Vorrang des Unionsrechts vor allem nationalen Recht folgend, seine Gesetzgebung dahingehend anzupassen, dass die Rechte der Gewerkschaften auf Durchführung von Arbeitskämpfen in Entsendefällen beschränkt wurden. Da Schweden aber zugleich an Art. 6 Abs. 4 ESC und das ILO-Übereinkommen Nr. 87 gebunden war, die Einschränkungen von Gewerkschaftsrechten für Entsendefälle nicht vorsehen, haben die Gewerkschaften eine Verletzung dieser Garantien beanstandet. In beiden Fällen kamen die zuständigen Überwachungsgremien zu dem Schluss, dass das Arbeitskampfrecht zu weitgehend beschränkt wurde.⁴⁴ Der Umstand, dass Schweden mit dieser Beschränkung Vorgaben des Unionsrechts umsetzen musste, kann den Staat nicht von der Beachtung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen befreien. Für den Mitgliedstaat ergibt sich ein

Dilemma, dessen Auflösung sich praktisch an der stärkeren Durchsetzungsfähigkeit des Unionsrechts orientiert, rechtlich aber bislang nicht gelungen ist.

b) Völkerrecht in »mehrpolgigen Grundrechtskonflikten«

Über die Reichweite der Pflicht zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten hatte das BAG zu entscheiden.⁴⁵ Streitgegenstand waren die Grenzen einer konventionsrechtskonformen Auslegung des Wiedereinstellungsanspruchs nach nationalem Recht im Falle einer Kündigung wegen Wiederverheiratung eines Kirchenmusikers. Vorgehend hatte der EGMR einen Verstoß der Kündigung gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 EMRK bejaht;⁴⁶ abschließend blieb die Restitutionsklage, mit der der Gekündigte seine Wiedereinstellung erreichen wollte, vor den deutschen Gerichten jedoch erfolglos. Der Vertragsfreiheit der Kirche als Arbeitgeberin gebühre der Vorrang, da die Gerichte aus dem Konventionsverstoß keinen gesetzlich nicht vorgeschriebenen Wiedereinstellungsanspruch entwickeln dürften.⁴⁷

Das BVerfG hat in solchen Fällen, die es als »mehrpolige Grundrechtskonflikte« bezeichnet, darauf verwiesen, dass hier eine völkerrechtsfreundliche Auslegung problematisch sei, weil die Stärkung der Rechte einer Seite mit einer Schwächung der Rechte der anderen Seite einhergehe.⁴⁸ Darauf aufbauend hat das BAG argumentiert, Art. 53 EMRK schließe es gerade aus, dass ein von den Vertragsstaaten gewährleisteter Grundrechtsschutz (zugunsten des Arbeitgebers)

41 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (Viking), Rn. 43, 44; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (Laval un Partneri), Rn. 90, 91.

42 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (Laval un Partneri), Rn. 99-101.

43 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (Laval un Partneri), Rn. 111.

44 European Committee of Social Rights, 3.7.2013 – Kollektivbeschwerdeverfahren Nr. 85/2012 (LO and TCO v. Sweden), Rn. 120–123; International Labour Conference, Report of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), Report III (Part 1A), 99th Session 2010, Genf 2010.

45 BAG, 20.10.2015 – 9 AZR 743/14 – AP Nr. 15 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

46 EGMR, 23.9.2010 – Nr. 1620/03 – EuGRZ 2010, 560 (Schüth v. Germany), Rn. 74 f.

47 BAG, 20.10.2015 – 9 AZR 743/14 – AP Nr. 15 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung, Rn. 17 ff.

48 BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12 – BVerfGE 137, 273.

durch die EMRK beschränkt werde; im Ergebnis müsse daher eine völkerrechtsfreundliche Auslegung unterbleiben.

Unabhängig von der Frage der Auslegungsfähigkeit des deutschen Rechts⁴⁹ soll es hier um die wenig überzeugende Argumentation aus der EMRK selbst gehen; das Außerachtlassen der EMRK auf Art. 53 EMRK zu stützen, überdehnt dessen Anwendungsbereich und verfehlt den Normzweck. Diese Vorschrift ist als Meistbegünstigungsklausel formuliert, nicht als Rezeptionsschranke. Sie will den Geltungsanspruch der Konvention im Interesse des bestmöglichen Schutzniveaus zurücknehmen. Geht eine mitgliedstaatliche Ordnung über das völkerrechtliche geforderte Maß an Schutz für soziale Rechte hinaus, bleibt dieser Standard maßgeblich; eine Reduzierung staatlicher Schutzrechte unter Berufung auf das Völkerrecht wird von der Konvention ausgeschlossen. Auf den Konflikt zweier Grundrechte ist Art. 53 EMRK also nicht zugeschnitten: Ein Ausgleich zwischen Menschenrechten, im konkreten Fall dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens einerseits und der Vertragsfreiheit andererseits, beruht auf der konkreten Gewichtung der betroffenen Interessen; als Meistbegünstigung lässt sich das schlicht nicht fassen. Dieser Umstand kann daher nicht dazu führen, dass in privaten Rechtsverhältnissen die völkerrechtsfreundliche Auslegung nicht angewendet wird⁵⁰. Wenn sich beide Parteien des Rechtsstreits auf das Völkerrecht berufen können, muss lediglich sichergestellt werden, dass alle beteiligten Rechte angemessen in die Abwägung einbezogen werden. Der EGMR hatte im Ausgangsfall dem Bestandschutzinteresse des Beschäftigten ein höheres Gewicht zugemessen als der Vertragsfreiheit. Das muss im nationalen Recht auch bei völkerrechtsfreundlicher Auslegung nicht zwingend geteilt werden, denn diese verlangt keine automatische Übernahme der Ergebnisse des EGMR. Wenn Wortlaut oder System des nationalen Rechts mit dem Auslegungsergebnis des EGMR unvereinbar sind, und dies in Auseinandersetzung mit der dort gefundenen Begründung klar gestellt wird, bliebe es Aufgabe des Gesetzgebers, Widersprüche zum Völkerrecht auszuräumen.

II. Aktuelle Anwendungsfälle

1. Kündigung wegen Wiederheirat Geschiedener

Im Ausgangsfall⁵¹ wurde einem Religionslehrer an einer staatlichen Schule gekündigt, weil er nach Scheidung sei-

ner ersten Ehe erneut geheiratet hatte und ihm deshalb die kirchliche Lehrbefugnis (*missio canonica*) entzogen worden war. Die staatlichen Schulen waren durch Vereinbarung zwischen Kroatien und dem Vatikan dazu verpflichtet, nur Personen Religionsunterricht erteilen zu lassen, die über diese Lehrbefugnis verfügen. Formal erfolgte die Kündigung also wegen Fehlens einer erforderlichen Berufserlaubnis, diese allerdings beruhte auf einem vom Betroffenen steuerbaren Verhalten, das gegen die von der Kirche vorgegebenen Loyalitätspflichten verstieß. Im Ergebnis hat der EGMR in diesem Falle die Bestätigung der Kündigung durch die kroatischen Gerichte nicht beanstandet, und hat dabei auf eine Weiterentwicklung der Interessenabwägung zwischen den beteiligten Grundrechtpositionen besonderen Wert gelegt. Den Kern der Auseinandersetzung bildet im Anwendungsfall der zulässige Umfang von Loyalitätsanforderungen an kirchliche Bedienstete sowie die Befugnis zu ihrer inhaltlichen Ausgestaltung und persönlichen Reichweite. Die zulässigen Loyalitätsanforderungen an Mitarbeiter kirchlicher Einrichtungen sind auf allen rechtlichen Ebenen umstritten.⁵² Die Frage ist weder im deutschen Recht abschließend geklärt noch steht die Position des EuGH hierzu fest. Die vorgestellte Entscheidung des EGMR bietet daher die Gelegenheit, die Vorteile einer kohärenten Abwägung zu nutzen.

a) Achtung des Privat- und Familienlebens

Art. 8 EMRK schützt das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nicht nur in seinem Abwehraspekt gegen staatliche Eingriffe, sondern auch im Sinne einer positiven Pflicht zur Gewährleistung von staatlichem Schutz gegen berufliche Nachteile aus einer privaten Lebensentscheidung.⁵³ Jedenfalls in Situationen, in denen das private Verhalten auf die berufliche Sphäre durchschlägt, sieht der EGMR auch die Berufsausübung durch den Begriff des »Privatlebens« geschützt.⁵⁴ Daher muss die Rechtsordnung

49 Pallasch, RdA 2015, 108, 113; Höpfner/Richter, RdA 2016, 149 ff.

50 Buchholtz, NJW 2016, 1038.

51 EGMR, 4.10.2016 – Nr. 75581/13 – <http://hudoc.echr.coe.int> (engl.) (Travas v. Croatia).

52 Melot de Beauregard/Baur, NZA-RR 2014, 625 ff.

53 EGMR, 23.9.2010 – Nr. 425/03 – EuGRZ 2010, 571 (Obst v. Germany).

54 EGMR, 4.10.2016 – Nr. 75581/13 – <http://hudoc.echr.coe.int> (engl.) (Travas v. Croatia), Rn. 53.

so gestaltet werden, dass unverhältnismäßig belastende Eingriffe in das Recht auf Ehe und Familie durch private Dritte verhindert werden.⁵⁵ In einer früheren Entscheidung hatte der Gerichtshof einem Kläger allerdings vorgehalten,⁵⁶ dass er bei Vertragsunterzeichnung gewusst habe, welche Konsequenzen eine von seiner Religionsgemeinschaft missbilligte außereheliche Beziehung für sein Arbeitsverhältnis haben werde, und diese durch seine Unterschrift akzeptiert habe. Damit hatte die Entscheidung die im Arbeitsverhältnis typische ungleichgewichtige Verhandlungsposition bei Vertragsschluss ausgeblendet. Später wurde diese Argumentation immerhin durch Betonung des Erklärungskontextes relativiert⁵⁷: auch in Kenntnis gesteigerter Loyalitätsanforderungen des Arbeitgebers lasse sich die Unterzeichnung eines Arbeitsvertrages nicht dahingehend deuten, dass ein Arbeitnehmer für den Fall des Scheiterns seiner Ehe lebenslange Enthaltensamkeit zugesagt habe.

b) Religionsfreiheit

Die Gegenüberstellung von Schutzpflichten für das Familienleben und vertraglichen Pflichten wird in der aktuellen Entscheidung erweitert um die vom Staat betonte Verpflichtung, zugunsten der Religionsfreiheit der Kirchen deren Selbstbestimmungsrecht zu schützen, Art. 9 EMRK. Auch im Verhältnis zu den Religionsgemeinschaften trifft den Staat eine Schutzpflicht. Bei der Abwägung beider Pflichten kommt ihm ein Gestaltungsspielraum zu. Für die heimische Diskussion lassen sich aus dieser Abwägung des EGMR zwei Aspekte gewinnen: Es kommt maßgeblich auf die Stellung des Arbeitnehmers an,⁵⁸ konkret auf den Umstand, dass er als Religionslehrer eine Tätigkeit ausübte, die für den Verkündigungsauftrag der Kirche zentral ist⁵⁹. Von einem Beschäftigten, der Schülern den Inhalt des kirchlichen Bekenntnisses vermitteln soll, darf erwartet werden, dass er eine Vorbildfunktion erfüllt und damit eine gesteigerte Identifikation mit der kirchlichen Lehrmeinung. Ein Verstoß dagegen rechtfertigt ein Überwiegen der kirchlichen Loyalitätsanforderungen gegenüber den Interessen der Beschäftigten. Damit wird das Abwägungsergebnis gegen den vorangegangenen Fall *Schüth* abgegrenzt, in dem der Kläger als Organist und Chorleiter eine weniger zentrale Funktion einnahm. Gesteigerte Loyalitätsanforderungen an einen Beschäftigten werden von der Verkündungsnähe seiner Aufgaben beeinflusst.

Weiter ist auch die Kirchenautonomie »nicht absolut« und darf nicht in einer Weise ausgeübt werden, die sogar die Substanz des Rechts auf Achtung des Privatlebens verletzt. Der Staat als Arbeitgeber kann den Entzug der Lehrerlaubnis also nicht ungefiltert in eine Kündigung des Betroffenen umsetzen, sondern nur dann, wenn kein milderes Mittel genügt, die Substanz der Kirchenautonomie zu schützen. Die gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Kündigungen kann auch nicht unter Verweis auf die Kirchenautonomie ausgesetzt werden.

Ob die Kirchenautonomie es rechtfertigt, den staatlichen Gerichten die Maßstäbe der Überprüfung einer Kündigung von Mitarbeitern bindend vorzugeben, wird in ähnlicher Weise im Vorlagebeschluss des BAG⁶⁰ zu den Anforderungen von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG thematisiert. In dem Fall geht es um die Wiederverheiratung des katholischen Chefarztes eines kirchlich getragenen Krankenhauses, der als leitender Mitarbeiter einer besonderen Loyalitätspflicht unterworfen war, die von nicht katholischen Mitarbeitern in vergleichbarer Stellung nicht erwartet worden ist. Dass diese Differenzierung mit dem AGG unvereinbar ist, hatten die deutschen Arbeitsgerichte ursprünglich bestätigt,⁶¹ doch hatte anschließend das BVerfG⁶² diese Kontrolle kirchlicher Loyalitätsanforderungen als mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht unvereinbar beanstandet. Vom BVerfG war dem BAG aufgegeben worden, die Loyalitätsanforderungen in der Form zugrunde zu legen, wie sie die Kirchen definieren.⁶³ Die Darlegungen des kirchlichen Arbeitgebers dürften allenfalls auf Plausibilität hin überprüft werden.⁶⁴ Das BVerfG berief sich dabei darauf, im Einklang mit den Anforderungen des EGMR zu entscheiden.⁶⁵ Dies trifft

55 EGMR, 23.9.2010 – Nr. 1620/03 – EuGRZ 2010, 560 (Schüth v. Germany).

56 EGMR, 23.9.2010 – Nr. 425/03 – EuGRZ 2010, 571 (Obst v. Germany).

57 EGMR, 23.9.2010 – Nr. 1620/03 – EuGRZ 2010, 560 (Schüth v. Germany).

58 EGMR, 4.10.2016 – Nr. 75581/13 – <http://hudoc.echr.coe.int> (engl.) (Travas v. Croatia), Rn. 89 ff.

59 EGMR, 4.10.2016 – Nr. 75581/13 – <http://hudoc.echr.coe.int> (engl.) (Travas v. Croatia), Rn. 93.

60 BAG, 28.7.2016 – 2 AZR 746/14 – öAT 2017, 61.

61 ArbG Düsseldorf, 30.7.2009 – 6 Ca 2377/09 – juris; LAG Düsseldorf, 1.10.2010 – 5 Sa 996/09 – LAGE Nr. 4 zu § 611 BGB 2002 Kirchliche Arbeitnehmer; BAG, 8.9.2011 – 2 AZR 543/10 – AP Nr. 92 zu § 1 KSchG 1969.

62 BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12 – BVerfGE 137, 273, Rn. 118.

63 BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12 – BVerfGE 137, 273, Rn. 85, 113 f.

64 BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12 – BVerfGE 137, 273, Rn. 113, 116.

65 BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12 – BVerfGE 137, 273, Rn. 127 ff.

den Inhalt der EGMR-Rechtsprechung jedoch nicht, denn die Schutzpflicht des Staates gegenüber den Rechten des Arbeitnehmers ist konventionsrechtlich im Sinne einer Überprüfbarkeit dieser Anforderung verstanden worden.⁶⁶

c) Kontrollfähigkeit kirchlicher Loyalitätsanforderungen

Der Ausgangsfall beleuchtet deutlich die Schwierigkeiten, die Hierarchie der Rechtsquellen im nationalen System mit den Anforderungen des Arbeitsvölkerrechts zu vereinbaren. Das BVerfG hatte sich dieser Problematik dadurch entzogen, dass es die Vereinbarkeit seiner Verfassungsinterpretation mit der Auslegungspraxis des EGMR postuliert hat. Die Vorgaben des BVerfG hat das BAG, ungeachtet eines möglicherweise abweichenden Verständnisses zugrunde zu legen, eine »Vorlage« an den EGMR zur Klärung etwaiger Differenzen ist nicht möglich. Wohl aber kommt die Vorlage an den EuGH in Betracht, die im Ergebnis zur Unbeachtlichkeit der Vorgaben des BVerfG führen könnte, falls sie sich als mit Unionsrecht unvereinbar erweisen. Das sekundärrechtliche Verbot einer Diskriminierung wegen der Religion wird inhaltlich am Diskriminierungsverbot aus Art. 21 GRC orientiert; gemäß Art. 52 Abs. 3 GRC darf der Inhalt der GRC dabei den Schutzstandard paralleler Vorschriften in der EMRK nicht unterschreiten. Der EuGH kann und muss bei seiner Beantwortung der Vorlagefrage des BAG also auch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 und 9 EMRK in die Abwägung mit einbeziehen. Gelangt er dabei zu dem Ergebnis, dass die EMRK eine nur auf Willkür überprüfbare Vorgabe von Loyalitätspflichten nicht zulässt, müsste er das Unionsrecht im Rahmen des Möglichen dementsprechend auslegen und die Anforderungen an die mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetze entsprechend formulieren.

2. Negative Koalitionsfreiheit zur Abwehr allgemeinverbindlicher Tarifverträge⁶⁷

Ein Gesichtspunkt für die Beurteilung des langjährigen Streits um die Einbeziehung von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern in die Sozialkassenverfahren des Baugewerbes ist regelmäßig die Bedeutung der negativen Koalitionsfreiheit für den Erlass von Allgemeinverbindlichkeits-erklärungen (AVE). Bisher wurde dies unter Berufung auf Art. 9 GG und die Grundfreiheiten des Unionsrechts

diskutiert, mit der wachsenden Bedeutung der Vereinigungsfreiheit des Art. 11 EMRK gerät auch die AVE als staatlicher Schutz für sozialpolitisch motivierte gemeinsame Einrichtungen der Tarifparteien unter Verdacht. Im entschiedenen Fall war ein Unternehmen zur Zahlung von tariflichen Sozialkassenbeiträgen herangezogen worden, obwohl es dem Verband nicht angehört, der diesen Tarifvertrag geschlossen hat. Durch die AVE, die diese Beitragspflicht begründet, sieht sich das Unternehmen (ua.) in seiner negativen Koalitionsfreiheit verletzt. Die deutsche Rechtsprechung folgte dieser Argumentation nicht. Das BAG sah im Jahre 2008⁶⁸ keinen Anlass für eine Zulassung der Revision;⁶⁹ die nachfolgende Verfassungsbeschwerde ist gleichfalls nicht zur Entscheidung angenommen worden⁷⁰. Es schien weitgehend Einigkeit darüber zu herrschen, dass auf nationaler Ebene keine rechtliche Basis für die Lehre von der »negativen Tarifvertragsfreiheit« besteht; dass auch der EGMR zu dieser Argumentationsfigur nicht bekehrt werden konnte, zeigt die aktuelle Entscheidung.

a) Negative Koalitionsfreiheit und Beitrittszwang

Der EGMR sieht die negative Vereinigungsfreiheit als einen von Art. 11 EMRK umfassten Aspekt; verletzt wird sie im Falle eines Zwangs zum Koalitionsbeitritt,⁷¹ aber selbst das nicht in jedem Fall,⁷² sondern nur, wenn diese Pflicht den Kern der Vereinigungsfreiheit beeinträchtigt. Diese Einschränkung erklärt sich mit den Entscheidungen, die ursprünglich Anlass für die Einbeziehung der negativen Koalitionsfreiheit in den Schutzbereich von Art. 11 EMRK gegeben haben. Dort ging es um sog. »closed-shop«-Klauseln in Tarifverträgen, denen zufolge Arbeitgeber nur Mitglieder einer bestimmten Gewerk-

66 EGMR, 3.2.2011 – Nr. 18136/02 – NZA 2012, 199 (Siebenhaar v. Germany), Rn. 46; EGMR, 23.9.2010 – Nr. 425/03 – EuGRZ 2010, 571 (Obst v. Germany), Rn. 51.

67 EGMR, 2.6.2016 – Nr. 23646/09 – NZA 2016, 1519 (Geotech v. Germany).

68 BAG, 10.12.2008 – 10 AZN 1010/08 – juris.

69 Die mittlerweile erfolgte Rechtsprechungsänderung betrifft nicht die hier diskutierten menschenrechtlichen Aspekte und soll daher außer Betracht bleiben (BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – AP Nr. 35 zu § 5 TVG; BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 48/15 – 10 ABR 48/15 – AP Nr. 36 zu § 5 TVG).

70 BVerfG, 5.2.2009 – 1 BvR 243/09 – nv.

71 EGMR, 27.4.2010 – Nr. 20161/06 – <http://hudoc.echr.coe.int> (engl.) (Olafsson v. Iceland), Rn. 45: »Article 11 of the Convention must also be viewed as encompassing a negative right of association or, put in other words, a right not to be forced to join an association.«

72 EGMR, 2.6.2016 – Nr. 23646/09 – NZA 2016, 1519 (Geotech v. Germany), Rn. 51.

schaft beschäftigen durften. Obwohl ein Tarifvertrag keinen rechtlichen Zwang auf Nichtmitglieder ausüben kann, war der faktische Druck, ohne Beitritt zu dieser Gewerkschaft einen Arbeitsplatz zu verlieren oder nicht zu erhalten, so stark, dass dadurch der Kern eines Freiheitsrechts verletzt ist, das ein gewisses Maß an Auswahlfreiheit notwendig voraussetzt⁷³. Diesen Voraussetzungen entsprechend ist im konkreten Fall eine Rechtsverletzung durch die angegriffene AVE ausgeschlossen: kein beitragspflichtiges Unternehmen kann Mitglied der Sozialkassen werden, und die AVE drängt die Außenseiter auch nicht dazu, den tarifschließenden Arbeitgeberverbänden beizutreten.

b) Negative Koalitionsfreiheit und Zahlungspflicht

Allerdings hat auch der EGMR auf die tarifliche Zahlungspflicht abgestellt, allerdings mit einer vom deutschen Recht abweichenden Argumentation. Während eine grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme im deutschen Recht darauf überprüft wird, ob der damit ausgeübte Druck noch als sozialadäquat anzusehen ist,⁷⁴ hängt die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme bei nur indirektem Beitrittsdruck nach Ansicht des EGMR nicht von dessen Adäquanz ab, denn indirekter Druck wird nur als Eingriff gewertet, wenn er so stark ist, dass er den Kern der Koalitionsfreiheit verletzt. Daran fehlt es vorliegend, weil selbst eine Zahlungspflicht in erheblicher Höhe keinen Druck zum Verbandsbeitritt erzeugt, wenn die Zahlung mit und ohne Beitritt zum Verband im selben Umfang und unter denselben Umständen zu leisten ist. Nach Ansicht des EGMR kann die Zahlungspflicht vielmehr deshalb einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit darstellen, weil das Zahlen von Beiträgen zu den zentralen Rechtsfolgen eines Koalitionsbeitritts gehört. Die AVE begründet also zwangsweise für Nichtmitglieder eine Pflicht, die anderenfalls nur durch Mitgliedschaft entstehen kann und schafft damit eine Art faktischen Beitritt. Mit dieser Begründung grenzt sich die Entscheidung von ihrem Vorläufer⁷⁵ ab, bei der eine Rechtsverletzung bejaht worden war obwohl die Zahlungspflicht dort so geringfügig war (66 €/Jahr), dass von ihr schlicht keinerlei Druck ausgehen konnte. Beanstandet wurden dabei aber die Modalitäten, die die zahlungspflichtigen Außenseiter den Verbandsmitgliedern gegenüber erheblich schlechter stellten. Maßgeblich für die Beurteilung von Zahlungspflichten ist es nach Ansicht des EGMR, ob diese die Außenseiter überhaupt zum Beitritt veranlassen sollten,

denn dadurch kann der Kern der Koalitionsfreiheit betroffen sein. Kommt es den Tarifparteien allein auf die staatlich veranlasste Umlage anfallender Kosten an, werden die Durchführungsmodalitäten entscheidend. Der Staat muss daher für eine angemessene Ausgestaltung der Zahlungspflichten sorgen. Er darf Außenseiter nur mit mitgliedsgleichen Pflichten belasten, wenn dies einem legitimen öffentlichen Interesse dient, die Außenseiter nicht ungünstiger gestellt sind als die Mitglieder, die Mittelverwendung auf das legitime Ziel begrenzt wird und durch staatliche Aufsicht eine transparente Mittelverwendung gewährleistet ist.

Diese Voraussetzungen lassen sich für eine AVE der Sozialkassentarifverträge regelmäßig bejahen. Mit der AVE sollen die Außenseiter nicht zum Verbandsbeitritt bewogen, sondern an den Kosten der Einrichtung beteiligt werden. Es kommt danach nicht auf die Intensität eines etwa durch die Zahlungspflicht ausgelösten Beitrittsdrucks an, sondern darauf, ob die Auferlegung dieser Pflicht ein rechtmäßiges Ziel auf angemessene Weise verfolgt. Das legitime Ziel ist bei dem sozialpolitischen Zweck einer gemeinsamen Einrichtung typischerweise gegeben; eine entsprechende organisatorische Ausgestaltung muss die Gleichbehandlung von Mitgliedern und Außenseitern wahren und die staatliche Kontrolle der Mittelverwendung sichern. Ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit liegt nicht vor, einer gesonderten Rechtfertigung an Art. 11 Abs. 2 EMRK bedarf es nicht. Trotz des leicht abweichenden Prüfungsmusters werden sich die Ergebnisse von denen der deutschen Gerichtsbarkeit kaum unterscheiden.

c) Rückwirkung auf die Auslegung von Art. 16 EU GRC?

Diskutiert werden kann allerdings, ob die Interpretation des EGMR zur negativen Koalitionsfreiheit auf die Rechtsprechung des EuGH rückwirken muss. Anlass dieser Überlegung sind die Entscheidungen des EuGH zur Bindung eines Betriebserwerbers an eine einzelvertraglich vereinbarte dynamische Bezugnahme auf Tarifverträge,⁷⁶

73 EGMR, 27.4.2010 – Nr. 20161/06 – <http://hudoc.echr.coe.int> (engl.) (Olafsson v. Iceland), Rn. 45.

74 BAG (GS), 29.11.1967 – GS 1/67 – AP Nr. 13 zu Art 9 GG; BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – AP Nr. 147 zu Art 9 GG.

75 EGMR, 27.4.2010 – Nr. 20161/06 – <http://hudoc.echr.coe.int> (engl.) (Olafsson v. Iceland).

76 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04 – Slg. 2006, I-2397 (Werhof); EuGH, 7.9.2013 – C-426/11 – AuR 2013, 498 (Alema-Herron ua.).

– um AVEen geht es hier also nicht. Nach Meinung des Gerichtshofes soll die Bezugnahme den Erwerber jedoch nicht an Tarifverträge binden können, die nach dem Betriebsübergang abgeschlossen werden. Als Argument dafür wird wesentlich auf die negative Vertragsfreiheit als Bestandteil der unternehmerischen Freiheit in Art. 16 GRC abgestellt. Erstaunlich daran ist, dass sich der EuGH dafür in seiner ersten Entscheidung⁷⁷ zunächst auf die Rechtsprechung des EGMR zur Verankerung der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 11 EMRK⁷⁸ berief, obwohl der EGMR niemals ein Recht, nicht von den Wirkungen eines Tarifvertrages betroffen zu werden, als Bestandteil von Art. 11 EMRK anerkannt hat. Später ist dieses Argument vom EuGH denn auch nicht mehr angeführt worden.

Aus der Verbindung, die der EuGH zunächst zur EMRK gezogen hatte, könnte sich umgekehrt ein Einwand gegen die Entscheidungen des EuGH ableiten lassen. Ansatzpunkt dafür wäre Art. 52 Abs. 3 GRC, demzufolge Inhalte von Grundrechten, die den Konventionsgrundrechten inhaltlich entsprechen, auf Unionsebene mindestens gleichwertig geschützt werden müssen. Eine Rechtsprechung, die den Schutz der Koalitionsfreiheit gegenüber den Gewährleistungen der Konvention verringert, wäre in solchen Fällen also unzulässig. Da der EuGH seine Aussagen aber auf die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC gestützt hat, und die Aussagen des EGMR zur Vereinigungsfreiheit ergangen sind, ist ein direkter Transfer der EGMR-Standards von Art. 52 Abs. 3 GRC nicht gefordert. Von der inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Argumentation des EGMR kann das aber nicht entbinden. Wie die ursprünglich vom EuGH entwickelte Bezugnahme auf den EGMR verdeutlicht, ist die inhaltliche Verbindung zu dieser Rechtsprechung ja gegeben.

Die Auslegungsmethodik des EGMR, einen Eingriff in den materiellen Kern der negativen Koalitionsfreiheit zur Voraussetzung einer Rechtsverletzung zu erheben, könnte durchaus beispielgebend wirken, um den Ausgleich der Schutzpflichten für beide Seiten zu gewährleisten.

III. Schlussfolgerung

Das Arbeitsvölkerrecht hatte lange kaum Einfluss auf die Entwicklung des nationalen Rechts. Mit zunehmender Verflechtung der Rechtsebenen in Europa ist aber nicht allein die Bedeutung des Unionsrechts gewachsen, sondern haben auch die Effekte des Völkerrechts in der nationalen Rechtsordnung zugenommen. Damit hat selbst die Rechtsprechung des EuGH, deren Vorrangwirkung auf das mitgliedstaatliche Recht unmittelbar durchschlägt, keine unkontrollierbare Gestaltungsfreiheit. Das Unionsrecht hat sich nicht völlig vom Völkerrecht weg entwickelt⁷⁹, sondern gerade seine Verbindung zu den europäischen, aber auch den globalen Menschenrechten durch mehrfache Inbezugnahme unterstrichen. Das gilt nicht nur für die bürgerlichen Rechte, sondern gerade auch für die sozialen Menschenrechte. Daher kann das Arbeitsvölkerrecht verstärkt dazu herangezogen werden, die Rechtsentwicklung im Unionsrecht wie im nationalen Recht zu beeinflussen. Eine Rechtsentwicklung unter stärkerer Betonung der sozialen Rechte hätte großes Potential, doch bleibt die tatsächliche Durchschlagskraft vielfach weiterhin begrenzt.

77 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04 – Slg. 2006, I-2397 (Werhof).

78 EGMR, 25.4.1996 – 15573/89 – AuR 1997, 408 (Gustafsson v. Sweden), Rn. 52.

79 Biltgen, NZA 2016, 1245 ff.

Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht

Thomas Dieterich, 2016, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 282 S. (ISBN 978 3 8305 3672 7), 34€

Thomas Dieterich war der vierte Präsident des Bundesarbeitsgerichts, er hat das Arbeitsrecht der letzten 40 Jahre des vorigen Jahrhunderts maßgeblich mit geprägt. Wie das geschehen ist, ist Gegenstand dieses Buchs und wird anhand der Entscheidungen deutlich, an denen er beteiligt war, und die vor dem Leser ausgebreitet werden. Dabei begnügt er sich nicht mit der Schilderung des Falles oder Problems, wie sie sich aus den dürren Angaben der Sachverhalte ergibt, sondern bezieht Atmosphäre und Stimmung bei der Beratung ebenso ein wie die sie einbettenden allgemeinen Gewohnheiten der Entscheidenden; ob sie sich – »als Pragmatiker« – im Schosse einer herrschenden Meinung sicher gefühlt haben oder die Lösung auf eine neue Grundlage stellen wollen, also etwa auf »Vertrag ist Vertrag« beharren oder die Gerechtigkeit des Vertrags in diesem Fall (oder in solchen Fällen) bestreiten. Ebenso wenig fehlt es an einer Beschreibung all der Einflüsse, die die Politik auf das Geschehen nimmt. Davon ist das Buch voll. Es ist auch ein Stück Soziologie der Rechtsfindung.

1. Die Stationen seines Berufsweges begannen mit dem Studium in Heidelberg, der Stadt, in der sich Dieterich nach dem Verlust seiner schlesischen Heimat auch später wohl am stärksten verbunden gefühlt hat. Das Studium, mit Erfahrungen als Werkstudent (S. 46), hatte ihn anfangs wenig gefesselt, seine Erinnerung etwa an Ernst Forsthoff, bei dem er auch an einem Privatseminar teilgenommen hat, ist gemischt, andere Lehrkräfte haben keinen bleibenden Eindruck hinterlassen. Mehr haben ihm zwei Semester in Göttingen gegeben. Hier hat ihn Rudolf Smend mit »gestochenen scharfen« Formulierungen zur Allgemeinen Staatslehre beeindruckt und Wolfgang Siebert durch seinen lockeren, lebendigen Stil, in der ersten Zeit nach dem Krieg war Siebert zwei Jahre Repetitor gewesen, begeistert. Zurück in Heidelberg, traf D. auf Marie Luise Hilger, die in der Zeitschrift Betriebsberater für die Sparte Arbeits- und Sozialrecht zuständig war und an der Fakultät einen Lehrauftrag für Arbeitsrecht wahrnahm. Ihre Vorlesung brachte D. zum Arbeitsrecht. Als Wolfgang Siebert, der 1956 nach Heidelberg gewechselt hatte, drei Jahre später überraschend starb, übernahm sie die Betreuung seiner Doktorarbeit (mit dem

schwierigen Thema der betrieblichen Normen des § 3 TVG, S. 61). Die Verbindung zu Marie Luise Hilger, seiner »Mentorin und ständigen Leitfigur« (S. 229), ist nicht mehr abgerissen und wurde in vielen Jahren gemeinsamer Arbeit (wenn auch in verschiedenen Senaten) am BAG zu einer festen Größe. Er ist ihr dann auch in Göttingen als Honorarprofessor gefolgt. Frühere Möglichkeiten einer Laufbahn an der Hochschule hat er nicht ergriffen: Nipperdey hatte ihm eine Stelle als Assistent in Köln angeboten (S. 75), ebenso ich (in Unkenntnis dieses Angebots) für Göttingen. Er wollte Richter bleiben: nicht anders als Frau Hilger, die Rufe nach Kiel (auf den Lehrstuhl von Arthur Nikisch) und Freiburg abgelehnt hatte.

Dieterich wurde also Richter. Er durchlief alle Stationen der Arbeitsgerichtsbarkeit vom Einzelrichter und Berufungsrichter in Baden-Württemberg (mit Abordnung an das BAG 1965/66), als Mitglied des Bundesarbeitsgerichts und dann Vorsitzender eines Senats bis zu dessen Präsidenten, unterbrochen nur durch sieben Jahre als Mitglied des Bundesverfassungsgerichts (S. 165 ff.). Dem folgt auch vorliegende Besprechung. Alle Namen und Entscheidungen in ihr zu nennen wird niemand erwarten, doch jedes neue Lehrbuch des Arbeitsrechts kann sich hier ein Stück Anschauung jener »gelebten Rechtsgeschichte« holen, von der D. im Vorwort schreibt.

Dieterich begann seine Tätigkeit am BAG im Vierten Senat unter dem Vorsitz von Dirk Neumann und hatte es zunächst mit den Vergütungsordnungen des öffentlichen Dienstes zu tun, eine etwas eintönige Beschäftigung. Der Leser erfährt immerhin, dass gern in der Weise terminiert wurde, dass jeweils der mit dem Streitgegenstand am besten vertraute Kollege »dran war« (S. 102) – 1974 wechselte D. zum Dritten Senat. In diese Zeit fielen die Entscheidungen zum Verband der Hausgehilfinnen (S. 115), zum Heimarbeitsgesetz (S. 116), zur Handwerksordnung (S. 116). Die nächsten Überschriften nennen die Leitenden Angestellten (S. 125), die Aussperrung mit ihren Quoten (S. 126, 203, mit einem Stapel von 170 unerledigten Revisionen), die kalte Aussperrung (S. 134). – 1980 wird D. zum Vorsitzenden des Dritten Senats. Stichworte seiner Urteile sind Wettbewerbsverbot (S. 152), gefahrgeneigte Arbeit (S. 154), mittelbare Diskriminierung (Fall Bilka S. 157, mit lebensnaher Schilderung, wie der Senat das europäische Arbeitsrecht zur Kenntnis genommen hat).

In der Zeit am Bundesverfassungsgericht 1987 – 1994 traten die arbeitsrechtlichen Themen zurück, aber sie fehl-

ten auch nicht: Stichworte Urlaubsgesetze der Länder (S. 175), Standesrecht und Vergütungsfragen der Ärzte und Rechtsanwälte (S. 184), Warteschleife (S. 202), Streikeinsatz des Beamten (S. 204), Hausarbeitstag (S. 205), Nachtarbeitsverbot (S. 205), Gleichbehandlung der Frau (S. 206). »Bunte Vielfalt« ist eine Überschrift in diesem Teil des Buchs. Die wohl wichtigsten Entscheidungen dieser Zeit sind unter dem Namen Handelsvertreter und Bürgschaft in die Geschichte des Arbeitsrechts eingegangen (S. 193 ff.). Ihr Thema ist die strukturelle Unterlegenheit einer der beiden Parteien eines Vertrags im Kampf mit der Vorstellung »Vertrag (D. S. 199 spricht von »Dampfwalze«) ist Vertrag«. Für den Arbeitsrechtler ist »banale Binsenweisheit«, was beim »traditionellen Zivilrechtler« »heiligen Zorn« hervorruft (S. 200). Die Wirkung dieses Paukenschlags ist dann allerdings mehr oder weniger verpufft, man lese nur, was das führende Lehrbuch des Verfassungsrechts von Stern (Bd. IV/1 S. 903) dazu zu sagen hat: es werde eine »bislang gesicherte Rechtsprechung auf der Basis einer Gesellschaft der Freien und Gleichen« »überrollt«, Stern vermisst eine »feinnervige Hand« der Judikative.

1987 kehrte Dieterich als Präsident an das BAG zurück. Seine Pflichten waren nun ganz andere (S. 225 ff.); in der zweiten Hälfte dieser Zeit nahm die Verlegung des BAG nach Erfurt, von D. bejaht, den meiste anderen mit Missfallen betrachtet, einen immer größeren Teil seiner Arbeitskraft in Anspruch (S. 231). Es fehlte aber auch nicht an bemerkenswerten Entscheidungen. Eine der ersten begründete mit der »Stilllegung« (S. 239) eine Art Lock-out Light als neues Kampfmittel der Arbeitgeber; eine andere regelte, so weit das möglich ist, den Wellenstreik (S. 241). S. 244 ff. ging es um den Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte. Nach seiner Verabschiedung aus dem Amt übernahm D. noch einige Zeit das Amt des Schiedsrichters im DGB (S. 259).

2. Soweit der Überblick über das Buch. Einige Querschnittüberlegungen seien noch angefügt.

Stärker als in den anderen Zweigen des Rechts ist das Arbeitsrecht Richterrecht, wird das BGB als Grundnorm auch des Arbeitsrechts verdrängt und durch Grundrechte und Schutzpflichten geprägt (S. 80 f., 195 ff.). Das war von Anfang an so. Dass das Gericht »im Wege der Rechtsfortbildung Rechtssätze aufgestellt« hat, hatte der Dritte Senat des BAG schon 1972 frohgemut bekundet (S. 109). In der Wissenschaft hat das zwar jeweils heftiges Kopfschütteln erzeugt, aber die großen Namen der Arbeitsgerichtsbarkeit

haben sich nicht beirren lassen und diese Freiheit immer wieder in Anspruch genommen: Nipperdey, der schon am Anfang der Entwicklung das Arbeitskämpfrecht auf eine neue Grundlage gestellt hat (Dieterich erlebt ihn nur am Rand des Juristentags 1966 in Düsseldorf); Hermann Stumpf, dessen »unermüdliches Ringen um gerechte Lösungen« D. bewundert (S. 68, 118f), auch wenn es mit ihm nicht immer einfach war; Marie Luise Hilger (S. 68), die den Schritt ins Richterrecht jeweils nur vorsichtig, dafür dann aber auch entschlossen getan hat (die Gesamtzusage, ihr Beitrag zu einer neuen Begrifflichkeit des kollektiven Arbeitsrechts, wurde vom BAG anfangs übernommen, dann aber im Trommelfeuer einer phantasielosen Wissenschaft, leider auch von D. (S. 151.), wieder fallen gelassen); schließlich D. selbst, der neben vielem anderen, von dem im Buch berichtet wird (an einer Stelle, S. 197, verweist er auf seinen »entschlossenen Zugriff«, an einer anderen spricht er »von der Pflicht der Gerichte, das Recht fortzubilden«), auch so gewagte Konstruktionen wie die »kollektive Günstigkeit« erfunden und an ihr auch festgehalten hat (S. 151). Dennoch: welche Grenzen hier bestehen und auch vom Richter nicht überschritten werden dürfen, bildete auch für D. eine stets gestellte Frage. Dabei ist er immer nur ein Richter unter mehreren gleichberechtigten Richtern, mit denen er sich auseinandersetzen muss (und wären dies »nur« die ehrenamtlichen Mitglieder, die in dem Buch außer einer von Hochachtung geprägten Erwähnung S. 175 leider keinen Platz mehr gefunden haben). Das ist nicht immer ohne Auseinandersetzungen gegangen; Diskussionen hin und her fördern viele wissenswerte Einzelheiten zu Tage. In einem Fall schildert D. sogar den Aufstand zweier Senate des BAG (des dritten und des fünften) gegen den sechsten Senat, der in strenger Bindung an den Wortlaut des BGB eine Lösung durchsetzen wollte, die die anderen Richter als »Provokation« empfunden haben (S. 148). Das Gegenteil dieser ungeduldigen Naturen war der vierte Präsident des BAG Rudolf Kissel (S. 142), von dem im Wesentlichen nur berichtet wird, wie es zu seiner Ernennung gekommen ist.

Dieterichs Erinnerung an Gerhard Müller, den zweiten Präsidenten des BAG, ist zurückhaltend, zu verschieden waren sie beide. Müller war eine barocke Erscheinung, seine Rede oft wolkig, sein Spitzname »Tarzan« so unpassend nicht. Etwas aufdringlich war die häufige Betonung seines katholischen Glaubens, dementsprechend hat die Trauerfeier für ihn, wie D. nicht ohne eine Spur von Ironie

schildert (S. 230), nicht in den Räumen des BAG, sondern im Dom zu Limburg stattgefunden. Aber: »Er macht gute Urteile« hat mir Frau Hilger einmal gesagt; und seine Rolle als Gastgeber der ganzen Welt auf dem Kongress der Internationalen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht 1978 in München hat er, allseits anerkannt, mit Würde wahrgenommen.

Ist das Arbeitsrecht Sache des Richters, möchte man meinen, der Große Senat müsste eine beherrschende Rolle spielen. Er tut es nicht, gilt vielmehr als »denkbar ungeeignet für lebensnahe und praktikable Lösungen« und Ursache einer »unerträglichen Verzögerung« der »30000 bis 40000 anhängigen Verfahren« (S. 130).

Richterrecht verlangt einen unverstellten Blick in die Wirklichkeit. Ein solcher tat sich auf, als D. in der Zeit seiner Abordnung an das BAG 1966 von Frau Hilger auf den Deutschen Juristentag in Düsseldorf (72 ff.) mitgenommen und dort als Sekretär, sprich, als »Mädchen für alles« (zusammen mit Peter Hanau, den sie vom Göttinger Institut ausgeliehen hatte) zu allerlei Hilfsdiensten herangezogen wurde. D. wurde Zeuge, wie schnell eine herrschende Meinung – hier: zur Grundgesetzwidrigkeit einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit – fabriziert werden kann (S. 75 ff.), eine bleibende Erinnerung. Einige Jahre später erfolgt seine Berufung in die Arbeitsgesetzbuchskommission (90 ff.), die von 1971 bis zu ihrem ruhmlosen Ende 1978 unter der skeptischen Führung von Wilhelm Herschel das Arbeitsrecht in Paragraphen gießen sollte. Die Kommission war aus Vertretern aller Gruppen: Wissenschaft, Gewerkschaft, Arbeitgeber, öffentlicher Dienst, Arbeitsgerichtsbarkeit, insgesamt 17 Personen, zusammengesetzt, wobei D. die Arbeitsgerichte erster Instanz vertreten hat: zu viele Köpfe für eine fruchtbare Arbeit, wie sich bald herausgestellt hat. 1978 stand der Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes zur Diskussion, der jedoch inhaltlich und stilistisch noch einer Generalüberholung bedurft hätte, die der Kommission nicht mehr gewährt wurde. Das Ganze hat viel Zeit und Mühe (Papier) gekostet und war sicherlich für alle Beteiligten auch lehrreich, aber die Politik hatte keine Lust, auf die neuen/alten Erkenntnisse zu warten. »Das erlaubt die FDP nicht«, hat mir Karl Molitor einmal vergnügt zugerufen, als die Arbeitgeber wieder einmal überstimmt worden waren. An Spott der Wissenschaft hat es nicht gefehlt, vor allem von seiten derer, die gekränkt waren, weil man sie nicht hatte mitmachen lassen. – Immerhin wurde die Arbeit in der Kommis-

sion für D. zu einem Lehrstück der Wirklichkeit des Arbeitslebens, sie machte den »tiefen Graben« zwischen den Erfordernissen der Wirtschaft und den Schutzbedürfnissen der Arbeitnehmer sichtbar (S. 93). An Herschel, einen vergnügten und trinkfesten/freudigen Rheinländer, knüpften sich auch heitere Erinnerungen; aus eigenem Erleben darf ich dazu beisteuern, dass es mich einmal einige Mühe gekostet hat, den alten Herren mit Unterstützung durch Bernd Rütters um halb zwei in sein Zimmer zu schleppen. Außerhalb der Kommission hatte D. zu Herschel keine unmittelbare Beziehung geknüpft. Herschel hat nicht zu den Großmogulen des Arbeitsrechts gehört, aber sein Sinn für richtiges, brauchbares und anerkennungsfähiges Recht war stets hellwach, auch dort, wo die Mogulen noch mit dem BGB unter dem Arm herumgelaufen sind.

Eines der großen Themen war für Dieterich das Betriebsrentenrecht (S. 109 ff.). Er hatte es schon während seines Studiums in Heidelberg wahrgenommen, wo Marie Luise Hilger die erste monografische Darstellung der betrieblichen Altersversorgung vorgelegt hatte. Pfähle des Richterrechts »ganz neuer Form« (S. 109) hatte das BAG bereits eingeschlagen, bevor D. dort Richter wurde, ein erstes Detailproblem nach seinem Eintritt in den Dritten Senat betraf die Haftung für notleidende Unterstützungskassen (S. 119). Zu einem Schwerpunkt wurde die ablösende Betriebsvereinbarung (S. 147), wenn ein zuweilen vor langer Zeit gegebenes Versprechen (Betriebsrente, Jubiläumsgabe usw.; D. vergleicht die Betriebsrenten mit »Gartenanlagen, die auf Jahrzehnte im voraus geplant werden müssen«) aus wirtschaftlichen oder anderen Gründen nicht eingehalten werden kann und Arbeitgeber oder alle Betroffenen Hilfe beim Betriebsrat suchen. Welche dogmatischen Kämpfe um freies Richterrecht oder Gesetzestreue um den Preis langwieriger unglaubwürdiger Ableitungen aus dem BGB zu diesem Thema im Schoße des Gerichts ausgetragen wurden, mit »Kampfparteien«, die sich gegenüberestanden sind (S. 149), während andere nach »Wegen zwischen den Fronten« suchen, ist »gelebtes Richterleben« par excellence. Dass D. an der von ihm als Lösung erdachten (erfundenen) »kollektiven Günstigkeit« festhält (S. 151), wurde schon berichtet (andere vorgeschlagene Lösungen in diesem Bereich gelten ihm als »trickreich konstruiert«).

Im Richterrecht ist es schwieriger als bei Verwendung der üblichen Mittel der Auslegung, die unterlegene Partei von der Richtigkeit der neu vorgestellten Lösung zu über-

zeugen. An Anfeindungen, selbst unfairen Verdächtigungen, hat es deshalb nicht gefehlt. Für manche Arbeitgeber und ihre Sympathisanten war D., der Mitglied der SPD geworden war (was nicht allen Kollegen gefallen hat), zu »links«, und von daher hat man ihn als »gestaltungswilligen« Richter politischer Einseitigkeit verdächtigt. Zu Unrecht: auf seine Urteile hatte das keinen Einfluss. Soweit mit der Zugehörigkeit zur SPD »der Vorwurf der Einseitigkeit verbunden war, traf es den Falschen« schreibt er zum Abschluss seines Berichts über sein Leben (S. 252). Anfeindungen hat es auch oft genug von der anderen Seite gegeben. Ein Beispiel bietet die Tagung der IG Metall zu »Streik und Aussperrung« 1973, auf der namentlich das BAG unter Aufbietung selbst ausländischer Genossen wütender einseitiger Kritik unterworfen wurde. D. hat

mit einigen Mitgliedern des Gerichts an der Tagung teilgenommen, an die »schrille Tonlage« dieser Veranstaltung hat er keine gute Erinnerung (S. 196).

3. Am Anfang des Buchs steht die Schilderung einer behüteten Jugend, der Flucht aus dem schlesischen Hirschberg, der Mühsalen einer Flüchtlingsexistenz und der Stationen des Wiederaufbaus. Anrührend sind auch familiäre Ereignisse und viele persönliche Erfahrungen. Auch diese Teile des Buchs lohnt es sich zu lesen.

Am 6. Mai 2015, knapp vor seinem 80. Geburtstag, ist Thomas Dieterich einem Krebsleiden erlegen. Das Buch, dem diese Besprechung gilt, hat er nicht mehr in den Händen gehalten.

*Prof. Dr. Dres. hc. Franz Gamillscheg,
Georg-August-Universität Göttingen*

Marie Luise Hilger, Zum Leben und Wirken einer Arbeitsrechtlerin im 20. Jahrhundert

Dissertation von Frederike Misselwitz, 2016, Nomos Verlag, Baden-Baden, 789 S. (ISBN 978 3 8487 3282 1), 158€, erschienen als Band 5 der Schriftenreihe Deutscher Juristinnenbund e.V.

Die Jenaer Dissertation schildert in aller Ausführlichkeit Leben und Werk einer Juristin, die zwar nicht im Rampenlicht der Öffentlichkeit gestanden ist, im Kreis der Arbeitsrechtler jedoch als Wissenschaftlerin und Richterin am Bundesarbeitsgericht hohes Ansehen genossen hat.

Marie Luise Hilger wurde 1912 in einer gutbürgerlichen Familie in Bremen geboren. In Zeiten, die für studierwillige Frauen nicht die besten waren, belegte sie zuerst eine Dolmetscherausbildung in Französisch, wechselte dann aber zum Studium der Rechtswissenschaft erst in Heidelberg, sodann in Kiel, wo Wolfgang Siebert zu ihrem bewunderten Lehrer, und Berlin, wo sie seine Assistentin wurde. Promotion mit einer Arbeit über französisches Arbeitsrecht 1939 und Assessorprüfung 1942 folgten. Nach den Wirren der Kriegs- und ersten Nachkriegszeit fand sie in Heidelberg als Redakteurin der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht der Zeitschrift

Betriebsberater ihren Platz und konnte dort viele Beziehungen zu Wissenschaft und Praktikern des Arbeitsrechts knüpfen. Die Fakultät in Heidelberg erteilte ihr zunächst einen Lehrauftrag im Arbeitsrecht, später – und nicht ohne umständliche Bürokratie – konnte sie sich dort auch habilitieren. Thema der Habilschrift war die betriebliche Altersversorgung, ein Gegenstand, der ihr schon aus ihrer Redaktionstätigkeit im Betriebsberater geläufig war. Das Buch »Das betriebliche Ruhegeld« war die erste monografische Aufarbeitung des Gegenstandes und wurde zum Ausgangspunkt aller späteren Forschung, nicht zuletzt auch des Betriebsrentengesetzes von 1974.

Mit der Habilitation meldete sich Göttingen. Auf einer Berufungsliste wurde sie auf die zweite Stelle gesetzt, die Liste kam jedoch nicht zum Zug, sonst wäre Marie Luise Hilger schon 1959 zur ersten Frau auf einem juristischen Lehrstuhl in der Bundesrepublik geworden. Die wissenschaftliche Laufbahn bot sich später durch Rufe auf den Lehrstuhl von Arthur Nikisch in Kiel und von Gustav Adolf Bulla in Freiburg noch einmal an, doch war da die Entscheidung für die Richterlaufbahn schon unumkehrbar. Ihrer Lust an der Lehre konnte sie in Göttingen nachkommen, wo sie 1962 zur Honorarprofessorin ernannt worden war. Lange Jahre hat sie dort in Vorlesungen und Seminaren ihre Erfahrungen aus der Praxis weiter gegeben, ihre Seminare, zu denen sie immer wieder aus Kassel junge Richter mitgebracht hat, waren legendär.

1954 und 1956 war ihre Ernennung als Richterin am BAG Gegenstand vieler Gespräche, 1959 wurde die Ernennung vollzogen. Marie Luise Hilger wurde Mitglied des Dritten Senats, 1973 wurde sie Vorsitzende des Fünften Senats. An dieser Stelle ihres Berichts wendet sich Verf. nunmehr ausgewählten Entscheidungen zu, an denen Frau Hilger mitgewirkt hat, deren erste eine ausführliche Darstellung der Gesamtzusage (S. 499 ff.) bildet. Stichworte der folgenden Entscheidungen sind Auszehrung, Unverfallbarkeit und Inflationsausgleich in der betrieblichen Altersversorgung, Wettbewerbsverbot, freie Mitarbeiter, Gleichbehandlung, Gratifikation, Radikalenerlass, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, alle jeweils mit erschöpfenden Nachweisen der Quellen, freilich in der Regel ohne eigene Stellungnahme. S. 619 ff. zieht sie an Hand der Eigenschaften von Marie Luise Hilger gewissermaßen eine Bilanz der Eigenschaften, die eine Richterin besitzen soll, und nennt von sachkundig über willensstark, bescheiden, problembezogen denkend, liebenswürdig, streng bis bemüht um soziale Gerechtigkeit deren 28. Unter der Überschrift Resümee, Fazit und Thesen und Schlussbemerkung wird der Inhalt der Arbeit noch einmal, wenn auch ohne Abschweifungen und Anmerkungsapparat, dargestellt. Die letzten 70 Seiten enthalten die Bibliographie, darin auch die Titel von Frau Hilgers Schriften und Nachweise einer Fülle weiterer Quellen.

1996 ist Marie Luise Hilger einem Krebsleiden erlegen. Eine Bewertung der vorliegenden Arbeit ist nicht einfach. Ihr Umfang von fast 800 Seiten sprengt alles, was mir bisher als Dissertation untergekommen ist. Unschlagbar ist auch die Masse der Nachweise, die auch immer wieder in Teilbereiche abgewandert sind, die zum Thema der Arbeit nur eine geringe Beziehung hatten. Störend ist die Angewohnheit der Verf., Aussagen, die sie auf Grund von Unterhaltungen uä. mit Verwandten und Freunden von Frau Hilger macht, in der indirekten Rede wiederzugeben. So liest man, dies nur zwei von vielen Beispielen, S. 400, dass Siebert in Göttingen einen Vortrag gehalten haben »soll« oder S. 641, dass sie mit Herrmann Stumpf »sehr gut befreundet« gewesen sein »soll« usw. Mancher Leser mag daraus Zweifel der Verf. ableiten, ob das auch wirklich so war. Der Lektor des Verlags hätte Gelegenheit gehabt, Bandwurmsätze zu entflechten und auch sonst tätig zu werden.

Dabei soll die Besprechung jedoch nicht stehen bleiben. Die Arbeit erinnert uns an eine große Richterin und bedeutende Wissenschaftlerin, die im heutigen hektischen Getriebe oft übersehen wird, und dafür gebührt Verf. Dank und Anerkennung.

*Prof. Dr. Dres. hc. Franz Gamillscheg,
Georg-August-Universität Göttingen*

Zusammenfassungen

Däubler: Unabhängigkeit des Betriebsrats trotz Gegnerfinanzierung? – Probleme der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

SR SR 3/2017, S. 85–110

Die Unabhängigkeit von Betriebsräten stellt ein wesentliches Element einer effektiven Interessenvertretung dar. Dabei fällt auf, dass auf den ersten Blick frappierende Unterschiede zwischen der Unabhängigkeit von Koalitionen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG und Betriebsräten bestehen. Während bei ersteren die Gegnerunabhängigkeit ein konstitutives Element darstellt, wozu auch ein striktes Verbot der Gegnerfinanzierung gehört, sind letztere ausschließlich durch den Arbeitgeber finanziert. Dieser prima facie bestehende Wertungswiderspruch wird durch ein dreigliedriges Unabhängigkeitsprinzip aufgefangen: Die Tragung der wirtschaftlichen Lasten der Betriebsratsarbeit wird durch Gesetz angeordnet, Betriebsratsmitglieder genießen einen ausgebauten Kündigungsschutz und § 78 S. 2 BetrVG verbietet sowohl die Benachteiligung wie auch Begünstigung des Betriebsrats und seiner Mitglieder. Die bisherige Rechtslage steht dabei in Einklang mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 98.

In seinem Beitrag untersucht der Autor unter anderem die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers, wobei auch die Ersetzung des Ehrenamtsprinzips aus § 37 Abs. 1 BetrVG durch ein eher tätigkeitsbezogenes Vergütungsmodell diskutiert wird. Der Autor verwirft dieses allerdings im Ergebnis. Den Schwerpunkt seiner Betrachtung bilden dann detaillierte Ausführungen zu Problemen der praktischen Handhabung. Genannt werden insbesondere Fragen der Arbeitszeit, Probleme des betrieblichen Aufstiegs sowie die materielle Gegenleistung. Einen wichtigen Aspekt stellt hierbei die Frage von Überstunden von Betriebsratsmitgliedern dar. So entstehe bei Mehrarbeit aufgrund der Betriebsratsarbeit zunächst ein Anspruch auf bezahlte Freistellung, bei Ablehnung ein Anspruch auf Abgeltung, der auch pauschaliert werden könne. Schließlich nimmt der Artikel intensiv die wirtschaftliche und berufliche Absicherung von Betriebsratsmitgliedern in den Blick. Hier habe sich etwa die Höhergruppierung an vergleichbaren Arbeitnehmern ohne Betriebsratsamt zu orientieren.

Abstracts

Däubler: Independence of the works council in spite of being financed by the opponent? – Issues of remuneration of members of works councils

SR SR 3/2017, pp. 85–110

The independence of works councils constitutes a decisive element of an effective representation of interests. On first sight, considerable differences exist between the independence of coalitions within the meaning of Art. 9 para. 3 of the constitution and works councils. The coalition's independence from the counterpart, including the prohibition of receiving financial contributions by the counterpart, is constitutive, whereas works councils are funded only by the employer. This prima facie existing inconsistency is put into perspective by a principle of independence consisting of three parts: bearing of costs of the works council is required by law, members of the works council enjoy dismissal protection and § 78 S. 2 Act on Works Councils prohibits unfavourable as well as favourable treatment of the works council and its members. Prevailing legal norms are in accordance with the ILO Convention No. 98.

In his article the author examines ia. the possibilities for legal changes and discusses the replacement of the principal of honorary office (§ 37 para. 1 Act on Works Councils) by a wage model taking into account the function and activities of the works council member. The author ultimately rejects this proposal. The article then focuses on detailed considerations on difficulties in practice. It mentions questions of working time, the occupational career and remuneration. Important aspects in this regard are overtime hours of members of works councils. If a works council member works overtime, he is eligible for paid leave. If this is not granted, he may require compensation which may be paid as lump sum. Ultimately, the author intensively discusses the economic and occupational protection of members of works councils. Especially with regard to the occupational career, comparable workers have to be taken into account.

Schlachter: Der Einfluss des Arbeitsvölkerrechts auf das nationale Recht – aktuelle Perspektiven

SR SR 3/2017, S. 111–121

Die Autorin stellt in ihren Ausführungen zunächst einen erheblichen Bedeutungszuwachs des internationalen Arbeitsrechts fest, nachdem es lange nur ein Nischendasein gefristet hat. Dies gelte in besonderem Maße für Entscheidungen des EGMR aber durchaus auch für die Europäische Sozialcharta und die Normen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO). In Europa seien die Rechtsebenen zunehmend miteinander verflochten, was zu einem komplexen Zusammenwirken derselben führe, ohne dass sich Hierarchien abzeichneten. Hieraus ergebe sich unter anderem der Effekt, dass selbst die Rechtsprechung des EuGH mit ihrer Vorrangwirkung gegenüber dem mitgliedschaftlichen Recht keine unkontrollierbare Gestaltungsfreiheit mehr beanspruchen könne. Das internationale Arbeitsrecht habe hierbei das Potenzial soziale Rechte stärker zu betonen, seine tatsächliche Durchschlagskraft bleibe aber begrenzt.

Schließlich beleuchtet die Autorin eine Reihe aktueller Anwendungsfälle. Hierzu gehört etwa die Frage der Kündigung wegen Wiederheirat Geschiedener als Problem des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) wie auch der Religionsfreiheit aus Art. 9 EMRK. Breiten Raum nimmt außerdem die Frage der negativen Koalitionsfreiheit zur Abwehr allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge ein, wobei die Autorin insbesondere die jüngste Entscheidung des EGMR behandelt, in denen dieser die Vereinbarkeit der Sozialkassenverfahren der Bauwirtschaft mit der EMRK bejaht.

Schlachter: Influence of international labour law in the national legal order – current perspectives

SR SR 3/2017, pp. 111–121

In her article the author in first instance constitutes a considerably increased importance of international labour law which until recently has only played a minor role. This is particularly true for the jurisprudence of the ECHR, but the European Social Charter and the International Labour Organisation (ILO) gain more attendance as well. In Europe the different layers of legal orders are increasingly interdependent which leads to a complex interaction of those – without having developed a hierarchy among them. As a result, even the jurisprudence of the ECJ with its primacy over national law has no absolute freedom of scope anymore. International labour law hereby has the potential of strengthening social rights; however, its vigor is still limited.

Ultimately the author discusses certain recent case law. This encompasses the remarriage of divorced persons as a question of the right to respect for private and family life (Article 8 ECHR) as well as the freedom of religion (Article 9 ECHR). She extensively discusses the negative freedom of association with regard to abstaining from generally applicable collective agreements. The author in this regard especially highlights the recent judgment of the ECHR with respect to the compatibility of collective pay funds in the German construction industry with the ECHR.

Vorschau | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Roland Schwarze*: Der unfallversicherungsrechtliche Regress (§ 110 SGB VII) im Spiegel aktueller Rechtsprechung
- *Felix Welti*: Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht
- *Anna Heinen/Ricardo Petri*: »Leyes de subcontratación« im Rechtsvergleich

Rezensionsaufsatz

- *Sudabeh Kamanabrou* (Hrsg.), *Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristungen* (*Bernd Waas*)