

## **9. Landestagung Hamburg am 24. Oktober 2013 im Auditorium der Bucerius Law School**

### **Begrüßung durch den Tagungsleiter und Präsidenten des Landesarbeitsgerichts Hamburg Dr. Helmut Nause**

*Dr. Helmut Nause* eröffnete die Veranstaltung um 10:00 Uhr im Auditorium der Bucerius Law School in Hamburg und hieß die ca. 350 Tagungsteilnehmer sehr herzlich willkommen. Sein besonderer Gruß galt der Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts *Ingrid Schmidt* sowie der Präsidentin des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. *Edith Gräfl*. Er brachte seine große Freude über die Anwesenheit des Senators der Behörde für Arbeit, Soziales, Familie und Integration *Detlef Scheele* zum Ausdruck und dankte ihm für sein Kommen. Nach dessen Grußwort leitete *Nause* zum Vortrag von *Prof. Dr. Matthias Jacobs* von der Bucerius Law School Hamburg über.

### **Vortrag von Prof. Dr. Matthias Jacobs von der Bucerius Law School Hamburg über das Thema: „Ehrenamt und betriebsübliche berufliche Entwicklung – Grundlagen und Grenzen der Bezahlung freigestellter Betriebsratsmitglieder“**

*Jacobs* stellte zunächst fest, die Bezahlung von Betriebsräten sei spätestens seit der VW-Affäre um *Klaus Volkert* vor etwa acht Jahren ein juristischer Dauerbrenner. Die letzte Meldung dazu sei etwa zwei Wochen alt und stamme aus der Süddeutschen Zeitung. Sie laute: „Gehälter von Arbeitnehmervertretern: zwischen gerecht und korrupt“. Der Gesamtbetriebsratsvorsitzende von Siemens *Lothar Adler* solle ein Jahresgehalt von etwa 200.000,00 Euro und eine erfolgsabhängige Vergütung von etwa 100.000,00 Euro. beziehen. Andere Beispiele aus jüngerer Zeit betreffen „Vergütungsordnungen für Betriebsräte“ mit einer von der beruflichen Entwicklung abgekoppelten Bezahlung und großzügigen Regelungen auch für die „Zeit danach“, „Mehrarbeitspauschalen“, „Funktionszulagen“, „Ausgleichszahlungen“ (bei Rückkehr auf den normalen Arbeitsplatz) oder ein „13. Monatsgehalt“ speziell für Betriebsratsmitglieder.

Diese Beispiele, so *Jacobs*, seien erstaunlich. Das Betriebsratsamt sei immerhin ein unentgeltliches Ehrenamt. Dem Betriebsratsmitglied drohe bei einem Gesetzesverstoß die Rückzahlung, dem Arbeitgeber eine Strafbarkeit wegen der Begünsti-

gung von Betriebsräten, im schlimmsten Fall sogar wegen Untreue oder Steuerhinterziehung, und der Belegschaft eine an Eigen- oder Drittinteressen orientierte Arbeitnehmervertretung, beiden zusammen auf jeden Fall eine ganz schlechte Presse. Ein bisschen mehr Problembewusstsein in den Unternehmen könnte man also erwarten. Auf jeden Fall lohne es sich vor diesem Hintergrund, die Bezahlung von Betriebsratsmitgliedern ein weiteres Mal unter die Lupe zu nehmen. Er wolle zunächst auf die gesetzliche Regelung eingehen und danach besonders umstrittene und praktisch relevante Fallgruppen näher beleuchten. Im Mittelpunkt seiner Überlegungen stünden freigestellte Betriebsratsmitglieder, weil die geschilderten Beispiele vor allem sie beträfen. Ausklammern müsse er aus Zeitgründen leider die Frage, ob das geltende Recht mit Blick auf die von vielen reklamierte Professionalisierung der Betriebsratsarbeit noch zeitgemäß sei und wie eine entsprechende Bezahlung gegebenenfalls vom Gesetzgeber künftig geregelt werden könnte, etwa durch Vereinbarungslösungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen, wie sie vor allem *Martin Franzen* vorschläge.

Nach dieser Einstimmung befasste sich *Jacobs* mit der Bezahlung (teil-)freigestellter Betriebsratsmitglieder und den rechtlichen Grundlagen des betriebsverfassungsrechtlichen Entgeltschutzes. Gemäß § 37 Abs. 1 BetrVG führten die Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Die Betriebsratsarbeit als solche werde also nicht bezahlt. Der Grund dafür liege auf der Hand: Die Betriebsratsmitglieder sollen ihr Amt unparteiisch und innerlich und äußerlich unabhängig führen können. Der Arbeitgeber oder ein Dritter soll sie mit Geld nicht in der Amtsführung beeinflussen können. Ihre Bezahlung soll außerdem nicht davon abhängen, wie ihre Arbeit im Betriebsrat vom Arbeitgeber oder von der Belegschaft bewertet werde. Das Ehrenamtsprinzip garantiere auf diese Weise, wie *Ulrich Fischer* einmal formuliert habe, Basisnähe, Gespür für Gerechtigkeit und sozialen Anstand. Es habe damit herausragende Bedeutung für eine funktionsfähige Betriebsverfassung. Das Bundesarbeitsgericht wende es deshalb zu Recht sehr strikt an.

Ganz selbstlos, so *Jacobs*, müsse man als Betriebsratsmitglied allerdings nicht sein. Das Gesetz ordne an, dass man unter Fortzahlung der Vergütung von der Pflicht zur Arbeitsleistung befreit sei. Man werde also so bezahlt, als ob man - anstatt im Betriebsrat tätig zu sein - seine geschuldete Arbeitsleistung erbracht hätte. Das sei das sogenannte Lohnausfallprinzip. Das freigestellte Betriebsratsmitglied erhalte also nicht nur hypothetisch das Grundentgelt weiter, das ihm der Arbeitgeber

arbeitsvertraglich (und gegebenenfalls nach einem Tarifvertrag) schulden würde, wenn es arbeitete, sondern auch Sachleistungen wie einen Dienstwagen, ferner allgemeine und besondere Zulagen wie eine Weihnachtsgratifikation, Zahlungen für Überstunden oder Nacharbeit oder sonstige Zuschläge und Nebenleistungen - aber eben nur, wenn sie auch bei Erbringung der Arbeitsleistung gewährt worden wären.

Nach diesen Ausführungen zur Bezahlung nach dem Entgeltausfallprinzip befasste sich *Jacobs* mit dem Freizeitausgleich und der Abgeltung bei Betriebsratsstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit. Er meinte, das Lohnausfallprinzip versage, wenn Betriebsratsarbeit außerhalb der persönlichen Arbeitszeit durchzuführen sei. Relevant werde das vor allem bei teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitgliedern. Man könnte dann auf die Ehrenamtlichkeit der Tätigkeit verweisen und es dabei belassen. Das werde aber als unbillig empfunden. Das Gesetz gehe in § 37 Abs. 3 BetrVG deshalb einen anderen Weg. Lügen für das Tätigwerden außerhalb der Arbeitszeit betriebsbedingte - nicht: betriebsratsbedingte - Gründe vor, habe das Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung der Vergütung. Nur wenn die bezahlte Arbeitsbefreiung aus betriebsbedingten Gründen nicht vor Ablauf eines Monats gewährt werden könne, müsse der Arbeitgeber die aufgewendete Zeit wie Überstunden vergüten. Die Vorschrift müsse bei vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern etwas modifiziert werden. Weil diese von der Erbringung der Arbeitsleistung ja bereits befreit seien, gehe die Bestimmung eigentlich ins Leere. Der Freizeitausgleich müsse sich deshalb auf die Betriebsratsstätigkeit während der betriebsüblichen Arbeitszeit beziehen. Sei dieser aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich, könne auch hier grundsätzlich abgegolten werden. Allerdings seien in dieser Konstellation betriebsbedingte Gründe dafür kaum vorstellbar. Die Überstundenvergütung nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG sei deshalb für vollständig freigestellte Betriebsratsmitglieder praktisch nicht relevant.

Zum ergänzenden Entgeltschutz bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern bemerkte *Jacobs*, bei diesen gebe es außerdem ein weiteres Problem. Insbesondere mit zunehmender Dauer der Freistellung entfernten sie sich von ihrer ursprünglichen Arbeit und ihrem Arbeitsplatz und könnten sich nicht mehr in gleichem Maße ihrer eigentlichen „Karriere“ im Unternehmen widmen. Diese Abkoppelung von der beruflichen Entwicklung könne mit dem Lohnausfallprinzip alleine nicht aufgefangen werden. Ergänzend bestimme deshalb § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG, dass die Bezahlung von Betriebsratsmitgliedern nicht geringer ausfallen dürfe als diejenige vergleichbarer

Arbeitnehmer mit einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung. Auch hier werde also eine hypothetische Betrachtung vorgenommen: Wie hätte sich das Betriebsratsmitglied beruflich entwickelt, wenn es weiter als Arbeitnehmer gearbeitet hätte? Anders als beim Lohnausfallprinzip komme es aber nicht auf das Betriebsratsmitglied, sondern auf die Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer an. Das höre sich einfach an, sei es praktisch aber meistens nicht.

Zur Bestimmung vergleichbarer Arbeitnehmer sage das Gesetz nichts. Nach der Rechtsprechung müssten diese bei einer objektiven Betrachtung im Zeitpunkt der Vergleichbarkeit eine im Wesentlichen gleiche Tätigkeit wie das Betriebsratsmitglied (als Arbeitnehmer) ausgeübt haben. Sie müssten außerdem persönlich und fachlich vergleichbar qualifiziert sein. Zur fachlichen Qualifikation gehörten zum Beispiel die Berufsausbildung und der bisherige berufliche Werdegang, zur persönlichen Qualifikation etwa Bildungsstand, Gesundheitszustand, Belastbarkeit, Arbeitsergebnisse und Entwicklungspotential. Hier müsse man in der Praxis sehr genau und kleinteilig vorgehen, die Rechtsprechung sei bei der Vergleichbarkeit nämlich sehr streng, die Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer, auf die zurückgegriffen werden könne, also eher klein. Auch zum Zeitpunkt der Vergleichbarkeit sage das Gesetz nichts. Nach der Rechtsprechung sei die erstmalige Wahl in den Betriebsrat maßgeblich. Gemeint sei damit wohl der Beginn der jeweiligen Amtszeit. Entscheidend sei also der Zeitpunkt, in dem sich das Betriebsratsmitglied noch ausschließlich seiner beruflichen Tätigkeit widmen können. Im Schrifttum stelle man dagegen teilweise auf den Beginn der jeweiligen Amtszeit ab, ermittle die Vergleichbarkeit also alle vier Jahre neu.

*Jacobs* hielt den letztgenannten Ansatz prinzipiell für richtig. Er meinte, § 37 Abs. 4 BetrVG solle verhindern, dass die berufliche Entwicklung durch Betriebsrats Tätigkeit beeinträchtigt werde. Sei das Betriebsratsmitglied nach dem Amtsantritt aber weiterhin mindestens teilweise beruflich tätig und entwickle sich in dieser Zeit beruflich weiter, dürfe das bei der Bemessung der Vergütung nicht unter den Tisch fallen. Anderenfalls würden tatsächlich erreichte individuelle Karriereschritte nicht berücksichtigt. Das Betriebsratsmitglied wäre dann wegen seiner Amtstätigkeit benachteiligt. Dies wäre ein Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG. Das spreche dafür, eine Vergleichbarkeit in diesen Fällen immer wieder neu zu ermitteln. Dafür biete sich der Vierjahreszeitraum der Betriebsratswahlen an. Allerdings schlug *Jacobs* eine Modifikation vor. Komme es irgendwann zur vollständigen Freistellung, dann müsse zu die-

sem Zeitpunkt noch ein letztes Mal die Vergleichbarkeit ermittelt werden, um eine bis dahin erreichte berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds berücksichtigen zu können.

*Jacobs* wies darauf hin, dass im Gesetz ein weiteres Problem nicht geregelt sei. Er stellte die Frage: „Wie ist zu verfahren, wenn von Anfang an keine vergleichbaren Arbeitnehmer vorhanden waren oder wenn sie jedenfalls im Laufe der Zeit weggefallen sind?“ Rechtsprechung zu dieser Frage gebe es nicht. In der Literatur sei umstritten, was man dann tun müsse. Nach einer Auffassung sei auf den „am ehesten vergleichbaren Arbeitnehmer“ abzustellen. Andere wollten abstrakt-hypothetisch ermitteln, wie sich ein gedachter vergleichbarer Arbeitnehmer betriebsüblich beruflich entwickelt hätte. Vereinzelt werde auch auf einen vergleichbaren Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens abgestellt. Die beiden zuerst genannten Standpunkte hätten den Nachteil, dass sie eine subjektive Betrachtung vornähmen, die zwangsläufig zu unscharfen Ergebnissen führe und übrigens auch dem Missbrauch Tür und Tor öffne. Das spreche dafür, jedenfalls zunächst in anderen Betrieben desselben Unternehmens nach Vergleichsarbeitnehmern zu suchen. Zwar spreche das Gesetz von der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung. Auch werde der Betriebsrat für den Betrieb und nicht für das Unternehmen gebildet. Eine unternehmensbezogene Betrachtung müsse aber zulässig sein, weil sie den Gesetzeszweck, einen objektiven Vergleichsmaßstab bei diesem Arbeitgeber zu finden, ebenfalls erfülle. Nur wenn im gesamten Unternehmen kein vergleichbarer Arbeitnehmer vorhanden sei, kämen die beiden anderen Vorschläge zum Zug. Vorzugswürdig sei dann wegen des Mindestmaßes an objektiver Anknüpfung ein Abstellen auf den am ehesten vergleichbaren Arbeitnehmer. Wegen der skizzierten Schwierigkeiten sei es sinnvoll, zu Beginn der Amtszeit durch Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat festzulegen, welche Arbeitnehmer zur Vergleichsgruppe gehören. So könne zu einem späteren Zeitpunkt die Vergleichbarkeit einfacher ermittelt werden. Es sei aber nicht möglich, die Vergleichsgruppe mittels Vereinbarung rechtlich verbindlich zu bestimmen. § 37 Abs. 4 BetrVG sei zwingendes Recht, so dass dessen Voraussetzungen vertraglich nicht modifiziert werden könnten.

Danach ging *Jacobs* auf die Bestimmung der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung ein. Seien die vergleichbaren Arbeitnehmer bestimmt, müsse deren betriebsübliche berufliche Entwicklung ermittelt werden. Diese solle ja der Maßstab für die Bezahlung des freigestellten Betriebsratsmitglieds sein. Was darunter zu verste-

hen sei, erkläre das Gesetz ebenfalls nicht. Nach der Rechtsprechung sei es eine Entwicklung, die unter Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen worden sei. Entscheidend sei, dass aufgrund eines gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und einer von ihm aufgestellten Regel betriebliche Gesetzmäßigkeiten entstünden. Die Entwicklung müsse generalisierbar und objektivierbar, also typisch sein. Betriebsüblich sei damit der „Normalfall“. Atypische Entwicklungen einzelner vergleichbarer Arbeitnehmer blieben deshalb außer Acht, etwa eine individuell motivierte Beförderung, die auf besonderen Einzelleistungen oder einem besonderen Vertrauen des Arbeitgebers beruhe. Eine Beförderung sei umgekehrt betriebsüblich, wenn sie für die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer anstehe, etwa weil im Betrieb stets nach Seniorität befördert werde. Stehe ausnahmsweise nur eine Beförderungsstelle zur Verfügung, könne also die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer nicht befördert werden, komme nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts § 37 Abs. 4 BetrVG trotzdem zum Zug, wenn das freigestellte Betriebsratsmitglied nach den betrieblichen Auswahlkriterien hätte befördert werden müssen.

Das hielt *Jacobs* im Ergebnis für richtig, aber nicht in der Begründung. Er meinte, eine betriebsübliche Entwicklung liege dann gerade nicht vor, sodass § 37 Abs. 4 BetrVG nicht passe. Das Betriebsratsmitglied habe den Anspruch auf die bessere Bezahlung vielmehr nach § 78 Satz 2 BetrVG. Es wäre nämlich befördert worden, wenn es sich nicht in den Betriebsrat hätte wählen lassen. Zur betriebsüblichen beruflichen Entwicklung gelte im Übrigen das Gleiche wie zur Vergleichsgruppe. Eine Dokumentation könne praktisch hilfreich sein, eine bestimmte betriebsübliche Entwicklung könne aber nicht rechtsverbindlich vereinbart werden.

Nach diesen Ausführungen zu den Grundsätzen des betriebsverfassungsrechtlichen Entgeltsschutzes wandte *Jacobs* diese auf praktisch wichtige Fallgruppen an. Er stellte zunächst fest, dass Zahlungen, die Betriebsratsmitglieder für ihre Tätigkeit im Betriebsrat erhielten, wegen des Ehrenamtsprinzips und wegen Verstoßes gegen das Lohnausfallprinzip rechtswidrig seien. Eine funktionierende Mitbestimmung verlange unparteiische und unabhängige Betriebsräte. Davon könne man nicht sprechen, wenn Betriebsräte aus ihrem Amt unmittelbare oder mittelbare Vorteile zögen. Dass insbesondere freigestellte Betriebsratsmitglieder oft genauso viel arbeiteten wie ein Manager, dass sie genauso viel Verantwortung trügen oder aufgrund

ihrer Amtstätigkeit genauso viele Fähigkeiten und Kenntnisse erlangten, spiele für ihre Bezahlung keine Rolle.

*Jacobs* nannte Beispiele aus der Praxis. Der frühere Mechaniker *Klaus Volkert* hätte in dieser Tätigkeit auch nach längerer Betriebszugehörigkeit niemals ein Jahreseinkommen von etwa 646.000,00 Euro erhalten. Folglich habe er diese Summe auch nicht als Gesamtbetriebsratsvorsitzender von VW verdienen dürfen. Ähnliches gelte für die mutmaßlichen 300.000,00 Euro Jahreseinkommen von *Lothar Adler* bei Siemens, der vorher Fernstechniker gewesen sei. Rechtswidrig sei jede „Vergütungsordnung“, die die Bezahlung der Betriebsratsmitglieder von deren hypothetischer beruflicher Entwicklung abkopple. Eine solche Vergütungsordnung sei, wie das Arbeitsgericht Bielefeld kürzlich sehr plastisch formuliert habe, ein Gesetzesverstoß, „wie er krasser kaum vorstellbar ist“. Rechtswidrig seien ferner ein „13. Monatsgehalt“ nur für den Betriebsratsvorsitzenden, Bonuszahlungen, etwa für den Abschluss einer Betriebsvereinbarung, „Funktionszulagen“ für die Tätigkeit im Betriebsrat, Entschädigungszahlungen für zeitlichen Aufwand, Sitzungsgelder für die Teilnahme an Betriebsratssitzungen oder -schulungen, Extraabfindungen für Betriebsratsmitglieder im Sozialplan oder „Ausgleichszahlungen“ bei Rückkehr auf den - mittlerweile schlechter bezahlten - ursprünglichen Arbeitsplatz. Ein Dienstwagen für die Betriebsratstätigkeit sei unzulässig, wenn er Teil der Bezahlung sei und nicht Aufwandersatz und ihn das Betriebsratsmitglied nicht schon als Arbeitnehmer vor der Freistellung habe beanspruchen können.

Solche Zahlungen, so *Jacobs*, blieben rechtswidrig, selbst wenn das freigestellte Betriebsratsmitglied während seiner Tätigkeit wegen der im Amt erworbenen Fähigkeiten und Kenntnisse auf einen besser bezahlten Arbeitsplatz befördert werde. Die Bezahlung könnte in diesem Fall zwar auf den ersten Blick über das Lohnausfallprinzip - also über eine Modifikation der „Normalarbeit“ - legitimiert sein. Bei näherem Hinsehen funktioniere das aber nicht, weil die Beförderung in diesen Fällen weder durch das Entgeltausfallprinzip noch durch die betriebsübliche berufliche Entwicklung eines vergleichbaren Arbeitnehmers getragen sei. Dass das Betriebsratsmitglied die im Amt erworbenen Fähigkeiten und Kenntnisse möglicherweise auch als Arbeitnehmer durch Fortbildungen hätte erwerben können, sei unerheblich.

Als zweite Fallgruppe, die praktisch relevant und rechtlich sehr spannend sei, nannte *Jacobs* Pauschalzahlungen an Betriebsratsmitglieder. Solche Zahlungen seien weit verbreitet, etwa als Aufwandersatz- oder Überstundenpauschalen oder

als Pauschalen zur Abgeltung einer versäumten beruflichen Entwicklung. Prominente Unternehmen, in denen in jüngerer Zeit beispielsweise Überstundenpauschalen gezahlt worden seien, seien Daimler und Opel. Pauschalzahlungen seien für die Praxis nicht nur interessant, weil sie komplizierte Abrechnungen entbehrlich machten. Insofern unterschieden sie sich von Abschlagszahlungen. Man könne sie vor allem dazu nutzen, die gesetzlichen Vorgaben zu unterlaufen, indem unzulässige Zahlungen an Betriebsratsmitglieder als Pauschalzahlungen getarnt würden. Unter welchen Voraussetzungen solche Pauschalzahlungen rechtmäßig seien, sei sehr umstritten. Es gebe erst eine fast 60 Jahre alte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu einer Aufwendungsersatzpauschale. Das Meinungsbild im Schrifttum sei uneinheitlich.

*Jacobs* war der Ansicht, Pauschalzahlungen an ein Betriebsratsmitglied setzen zu allererst Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf die entsprechenden Zahlungen voraus. Pauschalzahlungen schafften selbst keine Ansprüche. Da die Pauschalierung die Abwicklung wiederkehrender Zahlungen vereinfachen solle, müssten die Zahlungen außerdem regelmäßig und einigermaßen gleichförmig auftreten. Sodann sei § 78 Satz 2 BetrVG zu beachten. Die Pauschalzahlungen dürften das Betriebsratsmitglied im Vergleich zu den tatsächlichen Zahlungen, die ansonsten vorzunehmen wären, weder benachteiligen noch begünstigen. Davon könne man nur ausgehen, wenn die Pauschale bei einer Gesamtbetrachtung über einen längeren Zeitraum hinweg, wie das Bundesarbeitsgericht 1955 formuliert habe, „im Großen und Ganzen“ den tatsächlich erforderlichen Zahlungen entspreche. Zwar müsse der Arbeitgeber nicht präzise abrechnen (dann wäre die Pauschale ja keine Pauschale mehr), aber auf das „Große und Ganze“ müsse er trotzdem achten, weil er sonst möglicherweise § 78 BetrVG verletze.

Anschließend ging *Jacobs* auf Beispiele aus der Praxis ein. Er meinte, vergleichsweise einfach sei es mit pauschalen Zahlungen von Aufwendungsersatz, der nicht zu seinem heutigen Thema, sondern zu den Sachkosten des Betriebsrats gehöre, die der Arbeitgeber nach § 40 BetrVG zu tragen habe. Das Bundesarbeitsgericht und die herrschende Meinung hielten sie grundsätzlich für zulässig, wenn sie „im Großen und Ganzen“ den tatsächlichen Aufwendungen entsprächen, wiesen aber ausdrücklich darauf hin, dass eine solche Pauschale keine versteckte Betriebsratsbezahlung sein dürfe. Ein Indiz dafür sei es beispielsweise, wenn alle Betriebsratsmitglieder die Pauschale in gleicher Höhe erhielten, weil es jeder Lebenserfahrung



widerspreche, dass alle Betriebsratsmitglieder tatsächlich Aufwendungen in gleicher Höhe hätten.

Nach Ansicht *Jacobs* ist die pauschale Bezahlung von Überstunden schwieriger zu beurteilen. Die Probleme begännen schon mit dem ersten Prüfungspunkt. Er fragte: Gibt es überhaupt entsprechende Ansprüche der Betriebsratsmitglieder gegen den Arbeitgeber? Bei der Beantwortung dieser Frage müsse man danach differenzieren, um welche Überstunden es eigentlich gehe. Erstens gebe es für Überstunden, die Betriebsratsmitglieder aus betriebsratsbedingten Gründen leisteten, etwa, weil sie so viel zu tun hätten, keine Anspruchsgrundlage. Solche Überstunden könnten deshalb niemals mit Pauschalzahlungen abgegolten werden. Da das Betriebsratsamt ein Ehrenamt sei, müssten die Überstunden ehrenamtlich geleistet werden. Gegebenenfalls müssten weitere Betriebsratsmitglieder freigestellt werden. Zweitens ergebe sich für Überstunden, die Betriebsratsmitglieder geleistet hätten, wenn sie nicht im Betriebsrat tätig wären, sondern weiter gearbeitet hätten, der Anspruch aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit dem Lohnausfallprinzip. Für diese Überstundenbezahlung brauche der Arbeitgeber aber keine Pauschale, weil die Bezahlung im Rahmen des Lohnausfallprinzips sowieso aufgrund einer hypothetischen Betrachtung erfolge. Nur wenn das Betriebsratsmitglied schon als Arbeitnehmer eine Überstundenpauschale erhalten habe, sei diese wegen des Lohnausfallprinzips auch nach Beginn der Freistellung fortzuzahlen.

Damit bleibe - drittens - die Überstundenabgeltung nach dem schon angesprochenen § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG. *Jacobs* erinnerte daran, dass ein entsprechender Anspruch besteht, wenn das Betriebsratsmitglied aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit Betriebsratsarbeit leisten müsse und der Arbeitgeber aus betriebsbedingten Gründen nicht innerhalb von einem Monat eine entsprechende bezahlte Arbeitsbefreiung gewähren könne. Wie er schon eingangs geschildert habe, so *Jacobs*, seien diese Voraussetzungen bei vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern praktisch nie erfüllt. Schon deshalb dürften Überstundenpauschalen hier nicht gezahlt werden. Gegen eine Pauschalierung solcher Zahlungen spreche außerdem, dass die Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs bei einer Pauschalierung nicht eintreten könnten. Denn der Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung gehe dem Abgeltungsanspruch logisch vor. Er entstehe aber erst, wenn das Betriebsratsmitglied aus betriebsbedingten Gründen im konkreten Fall nicht während seiner persönlichen Arbeitszeit habe tätig werden können. Das müsse

dem Arbeitgeber konkret mitgeteilt werden. Dieser müsse dann als Voraussetzung des Abgeltungsanspruchs die konkrete Arbeitsbefreiung aus betriebsbedingten Gründen verweigern. Erst dann entstehe der Zahlungsanspruch des Betriebsratsmitglieds überhaupt. Gegen eine Pauschalierung spricht nach *Jacobs* Ansicht schließlich, dass die Abgeltungsansprüche weder regelmäßig noch gleichförmig entstehen, sondern - oft von Zufälligkeiten abhängig - situativ bedingt. Ihnen lägen Ausnahmetatbestände zugrunde, die durch eine Pauschale nicht realistisch abgebildet werden könnten.

Im Anschluss an diese Ausführungen zur pauschalen Überstundenabgeltung befasste sich *Jacobs* mit der dritten Fallgruppe von Pauschalzahlungen, den pauschalen Ausgleichszahlungen für versäumte Entgeltentwicklung. Diese Fallgruppe betreffe die betriebsübliche berufliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer. Da die Orientierung an ihrer Entgeltentwicklung, wie er geschildert habe, sehr schwierig sei, wäre es für den Arbeitgeber sehr einfach, wenn er dafür einfach Pauschalen zahlen könnte. Ein Anspruch auf die entsprechende Bezahlung sei immerhin vorhanden. Dieser ergebe sich aus § 37 Abs. 4 BetrVG. *Jacobs* warf angesichts des ungewissen Verlaufs der künftigen betriebsüblichen Entwicklung eines vergleichbaren Arbeitnehmers die Frage nach der Berechnung der Pauschale auf. Er meinte, dafür müsste man eine Prognose anstellen. Die Vergütung entwickle sich heute in aller Regel aber nicht nach festen, gleichförmigen und prognostizierbaren Mustern. Der Arbeitgeber könne deshalb nicht zuverlässig abschätzen, ob die Pauschale im Durchschnitt den tatsächlich erforderlichen Zahlungen entspreche. Ein Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG sei deshalb vorprogrammiert.

Als weiteres Problem führte *Jacobs* die leistungsbezogene Bezahlung bei vollständig oder teilweise freigestellten Betriebsratsmitgliedern an. Diese beschäftige die Praxis durchaus, sodass er abschließend noch einige Worte dazu verlieren möchte. Mit leistungsbezogener Bezahlung meine er nicht die Bezahlung für erbrachte Leistungen im Betriebsratsamt. Betriebsratsarbeit als solche dürfe nicht vergütet werden und erst recht nicht leistungsbezogen. Er meine die leistungsbezogene Bezahlung im Arbeitsverhältnis, die an die individuelle Leistung des Arbeitnehmers anknüpfe, beispielsweise Tantiemen, Provisionen, Zielvereinbarungsprämien und Prämien- oder Akkordlohn. Entsprechende Ansprüche könnten wieder aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit dem Lohnausfallprinzip folgen. Wie aber solle die Qualität oder die Quantität der Arbeitsleistung und daran anknüpfend die Vergütung bemessen wer-

den, wenn die dafür als Bezugspunkt erforderliche individuelle Leistung nicht erbracht werde? Höchstrichterliche Rechtsprechung fehle. Ein Blick ins Schrifttum sei ziemlich unergiebig. Meist rede man sich mit ungenauen Formulierungen heraus oder spreche den Arbeitsgerichten ein Schätzungsrecht analog § 287 ZPO zu. Eine Möglichkeit bestehe darin, sich bei der Anwendung von § 37 Abs. 2 BetrVG einfach an den Leistungen zu orientieren, die das Betriebsratsmitglied in einem bestimmten Referenzzeitraum vor seiner Freistellung erbracht habe. Allerdings könne man aus guten oder schlechten individuellen Leistungen in der Vergangenheit nicht unbedingt auf die Qualität oder Quantität künftiger Leistungen schließen. Die Berechnung nach dem Lohnausfallprinzip sei außerdem umso spekulativer, je länger das Betriebsratsmitglied bereits freigestellt sei. Noch schwieriger sei es, wenn das leistungsbezogene Entgeltsystem erst nach der Freistellung eingeführt werde. Dann gebe es keinen Bezugszeitraum, an den man anknüpfen könnte.

*Jacobs* vertrat die Auffassung, überzeugender sei es deshalb, von vornherein auf § 37 Abs. 4 BetrVG zurückzugreifen und zu fragen: „Welche Leistungen haben vergleichbare Arbeitnehmer mit einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung erbracht?“ Die Vorschrift solle zwar nur die Entgeltentwicklung korrigieren und diene nicht von vornherein der Entgeltberechnung. Auch passe der Rückgriff systematisch nicht besonders gut zur Bemessung einer individuellen Leistung, weil dieser sich auf fremde Leistungen beziehe. Ein solcher Rückgriff sei trotzdem wegen einer gewissen Objektivierung einem Schätzungsrecht des Richters vorzuziehen. Eine bessere Lösung, so *Jacobs*, sehe er nicht. Bei teilfreigestellten Betriebsratsmitgliedern brauche man § 37 Abs. 4 BetrVG nicht. Bei diesen sei weiterhin eine Teilarbeitsleistung vorhanden, die gemessen werden könne. Das Ergebnis sei dann im Rahmen des Lohnausfallprinzips auf die volle Arbeitsleistung hochzurechnen. Zwar sei nicht auszuschließen, dass der Arbeitgeber teilfreigestellten Betriebsratsmitgliedern von vornherein weniger Möglichkeiten zur Leistungsbewährung einräume. Die Hochrechnung im Rahmen des Lohnausfallprinzips sei aber näher an der individuellen Leistung „dran“ als die Orientierung am vergleichbaren Arbeitnehmer. Sie sei deshalb vorzugswürdig.

*Jacobs* hielt als Fazit fest, die „richtige“ Bezahlung freigestellter Betriebsratsmitglieder bleibe ein vermintes Terrain. Er sei allerdings fest davon überzeugt, dass Arbeitgeber und Betriebsrat sich gesetzeskonform verhalten können, wenn sie akzeptierten, dass das Betriebsratsamt ein Ehrenamt sei, das nicht dazu da sei, sich die Taschen zu füllen, sondern wirksam Arbeitnehmerinteressen zu vertreten. Wer

das akzeptiere, und da könnte er einige positive Beispiele nennen, könne auf die geschilderten Konstruktionen bei der Betriebsratsbezahlung verzichten. Dass ihre Berechnung trotzdem in Einzelfällen schwierig sein könne, räume er gerne ein. Das lasse sich aber nicht vermeiden und sei nach seinem Eindruck auch praktisch zu bewältigen.

Tagungsleiter *Nause* dankte dem Referenten für den mit großem Beifall aufgenommenen Vortrag, an den sich eine rege Aussprache anschloss. Nach dieser führte er in das zweite Thema des Vormittags ein und begrüßte herzlich *Prof. Dr. Hans Hanau* von der Helmut-Schmidt-Universität der Bundeswehr Hamburg.

### **Vortrag von Prof. Dr. Hans Hanau von der Helmut-Schmidt-Universität der Bundeswehr Hamburg über das Thema: „Neue Entwicklungen zur Haftung des Betriebsrats“**

Zu Beginn seines Vortrags meinte *Hanau*, die Haftung des Betriebsrats sei akademisch betrachtet ein Dauerbrenner. Reiz und Fluch bestünden darin, dass man sich notgedrungen Gedanken über die Rechtsnatur des (vermeintlichen) Haftungssubjekts machen müsse. Das stelle bekanntlich hohe Anforderungen, weil man Grundsatzüberlegungen dazu anstellen müsse, was die Betriebsverfassung rechtlich betrachtet überhaupt sei - eine Frage, über die man trotz bald hundertjähriger Praxis erstaunlich wenig wisse. Als akademisch gelte das Thema aber auch, weil die Praxis von solchen Grundsatzüberlegungen wenig bis nichts erwarte. *Ulrich Fischer* habe hierzu einmal sehr schön bemerkt, dass sich zu diesem Thema vornehmlich in Dissertationen ganz unbeschwert und ungestört von lästiger Praxis und einengender richterlicher Spruchtätigkeit Theorien und Strukturen entwickeln ließen. Das habe einen gewissen Charme, auch für die Praxis, weil diese so erfahre, in welchen diffizilen Konstruktionen sie sich bewege.

Selbst sein akademischer Lehrer *Wolfgang Zöllner*, so *Hanau*, habe, als sie sich bei der Vorbesprechung zu einem betriebsverfassungsrechtlichen Seminar das erste Mal begegnet seien, erstaunlich milde angemerkt, er habe zwar die Rechtsnatur des Betriebsrats ganz oben auf die Themenliste gesetzt, aber er erwarte sich davon eigentlich nichts, zu einem solchen Seminar gehöre die Problematik halt dazu. Da von solcher Zurückhaltung bei ihm später nicht mehr viel zu bemerken gewesen sei, sei ihm dieser Einstieg unvergesslich geblieben. Solchermaßen gestimmt, sei er

umso überraschter gewesen, als sich fast auf den Tag genau vor einem Jahr das Thema als ungeahnt aktuell entpuppt und die frohe Kunde verbreitet habe, ausgerechnet der Bundesgerichtshof habe in besagtem Glasperlenspiel den Stein der Weisen gefunden und in einer Grundsatzentscheidung ein stimmiges Modell für die rechtsgeschäftliche Außenhaftung des Betriebsrats entwickelt. Seitdem wüssten wir - vorläufig grob verkürzt auf den Punkt gebracht -, dass der Betriebsrat in eng beschränktem Umfang selbst haften könne, der Arbeitgeber aber dafür bezahlen müsse, und im Übrigen die Betriebsratsmitglieder persönlich zur Kasse gebeten werden könnten.

*Hanau* war der Ansicht, dieses griffige Konzept stelle die Arbeitsrechtlerzunft vor eine nicht geringe praktische wie dogmatische Herausforderung. Immerhin sei nunmehr für die Betriebsratsmitglieder gegenüber der bislang herrschenden Meinung eine nicht unerhebliche Haftungsverschärfung zu konstatieren - mit bislang nicht absehbaren Konsequenzen für das ehrenamtliche Engagement. Er warf die Fragen auf: „Handelt es sich bei der Entscheidung des Bundesgerichtshofs um eine willkommene Frischblutzufuhr aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit, aus dem sonst eher distanziert betrachteten allgemeinen Privatrecht, die das Arbeitsrecht von einem Grundlagenproblem befreit oder zumindest dessen Irrelevanz ein für allemal nachgewiesen hat? Oder gilt es, sich gegen eine Einmischung zu wehren, der es an Verständnis für die betriebsverfassungsrechtlichen Besonderheiten fehlt?“ Diesen Fragen wolle er im Folgenden nachgehen. Hierfür werde er das Urteil zunächst in seinen Grundzügen vorstellen und dann berichten, welche Konsequenzen die Praxis aus dem Urteil ziehe. Hieraus ließen sich schon erste Schlüsse ziehen, ob das Haftungsmodell die gesetzgeberischen Zwecke fördere oder eher hemme. Dieser Fingerzeig könnte dann für eine dogmatische Analyse genutzt werden, die in zwei Stufen das Feld vermessen solle. In einem ersten Schritt werde das Urteil auf seine innere Stimmigkeit überprüft, der Bundesgerichtshof also zunächst beim Wort genommen. In einem zweiten Schritt werde gefragt, ob die dogmatischen Annahmen des Bundesgerichtshofs nicht zumindest der Ergänzung bedürfen, ob der Bundesgerichtshof also sein Konzept zu Ende gedacht habe.

Anschließend befasste sich *Hanau* mit dem Sachverhalt, über den der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 25. Oktober 2012 (- III ZR 266/11 -) entschieden hat. Im Jahr 2007 habe ein Unternehmen mit mehr als 300 Arbeitnehmern innerbetriebliche Umstrukturierungsmaßnahmen geplant, die zum Abbau und zur Verlegung zahl-

reicher Arbeitsplätze ins Ausland führen sollten. Der Betriebsrat habe daraufhin beschlossen, im Verfahren über einen Interessenausgleich gemäß § 111 Satz 2 BetrVG zu seiner Unterstützung in betriebswirtschaftlichen Fragen einen Berater hinzuziehen. Aufgrund eines mit dem Betriebsrat geschlossenen Vertrags habe ein solcher Berater verschiedene Beratungsleistungen erbracht, die er schließlich mit 86.762,90 Euro abgerechnet habe. Als der Betriebsratsvorsitzende die Rechnung an den Arbeitgeber mit der Bitte um Begleichung weitergereicht habe, habe dieser die Bezahlung mit der Begründung verweigert, der Berater habe seine Leistungen unzulänglich dokumentiert, zudem sei ein Teil der Beratungsleistungen nicht erforderlich gewesen. Daraufhin habe der Berater den Betriebsratsvorsitzenden, seinen Stellvertreter sowie den Betriebsrat als Gremium vor dem zuständigen Landgericht, nicht vor dem Arbeitsgericht, auf Zahlung verklagt, weil der Anspruch aus dem Beratungsvertrag keinen unmittelbaren arbeitsrechtlichen Bezug gehabt habe. Aus dieser Konstellation erkläre sich die besagte Frischblutzufuhr. Klage und Berufung seien erfolglos geblieben. Der Revision habe der Bundesgerichtshof stattgegeben.

Danach ging *Hanau* auf die Urteilsbegründung ein. Der Bundesgerichtshof habe eine auf den ersten Blick ebenso schlichte wie ergreifende ultra-vires-Lehre entlang dem Kostenerstattungsanspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG entwickelt. Er habe angenommen, ein solcher Erstattungsanspruch könne nur wirksam entstehen, wenn der Betriebsrat seinerseits im Außenverhältnis solche Kosten überhaupt wirksam begründen könne, und daraus gefolgert, der Betriebsrat müsse im Rahmen seines Wirkungskreises im Verhältnis zu Dritten teilrechtsfähig sein. Das rechtliche Können folge insoweit dem vermögensmäßigen Können. Da der Kostenerstattungsanspruch gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG jedoch nur die zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Kosten umfasse, sei ein Vertrag, den der Betriebsrat zu seiner Unterstützung gemäß § 111 Satz 2 BetrVG mit einem Beratungsunternehmen schließe, nur wirksam, wenn und soweit die vereinbarte Beratung in ihrer konkreten Ausgestaltung für die Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats ihrerseits im Einzelfall erforderlich sei. Im Rahmen eines solchen Vertrags könne sich der Betriebsrat zur Zahlung eines Entgelts verpflichten, sei also nicht lediglich auf die Abtretung des Erstattungsanspruchs gegen den Arbeitgeber verwiesen. Die Frage der Erforderlichkeit sei aus einer ex-ante-Sicht zu beurteilen, wobei dem Betriebsrat ein Beurteilungsspielraum zustehe, dessen Grenzen im Interesse der Funktions- und Handlungsfähigkeit des Betriebsrats nicht zu eng zu ziehen sei-

en. Betriebsratsmitglieder, die als Vertreter des Betriebsrats mit einem Beratungsunternehmen eine Beratung vereinbarten, die zur Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats gemäß § 111 BetrVG nicht erforderlich sei, müssten allerdings gegenüber dem Beratungsunternehmen analog § 179 Abs. 1 BGB mit ihrem eigenen Vermögen haften, soweit ein Vertrag zwischen Beratungsunternehmen und dem Betriebsrat nicht wirksam zustande gekommen sei.

Ein insgesamt unangemessenes Entgelt zerfalle nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, so *Hanau*, demzufolge in zwei genau zu unterscheidende Teile: Einen angemessenen Teil, den der Betriebsrat als Gremium wirksam abschließen und sich vom Arbeitgeber bezahlen lassen könne und einen überschießenden unangemessenen Teil, den der Betriebsrat als Gremium mangels Rechtsfähigkeit mit Wirkung gegen sich gar nicht wirksam begründen könne und der deshalb zum Schutz des Vertragsgläubigers dem handelnden Betriebsratsmitglied, also typischerweise dem Betriebsratsvorsitzenden, auferlegt werde. § 179 BGB gelte nicht nur für Vertreter ohne Vertretungsmacht, sondern sei auch auf die Konstellation übertragbar, dass der Handelnde die rechtliche Bindung seines Hintermanns deshalb nicht begründen könne, weil dieser gar nicht existent sei. Diese Kosten blieben allerdings nicht notwendig vollständig beim Betriebsratsvorsitzenden hängen. Zum einen hatte er gemäß § 179 Abs. 2 BGB analog nur auf das negative Interesse, wenn er nicht gewusst habe, dass Beratungsleistung bzw. das Beratungshonorar die Erforderlichkeitsgrenze überschritten hätten. Zum anderen sei die Haftung gemäß § 179 Abs. 3 BGB sogar völlig ausgeschlossen, wenn umgekehrt dem Vertragspartner dieser Umstand bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen sei.

*Hanau* wies darauf hin, dass das Bundesarbeitsgericht die Frage einer Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats bisher nicht ausdrücklich entschieden habe, in der Literatur diese Frage jedoch bereits überwiegend bejaht worden sei. Gänzlich neu sei hingegen die strenge Handelndenhaftung *ultra vires* der Betriebsratsmitglieder. Die Vorinstanz habe eine persönliche Einstandspflicht der Betriebsratsmitglieder noch ausdrücklich verneint und angenommen, die Beurteilung der Erforderlichkeit des Beratungsaufwands falle in den Risikobereich des vom Betriebsrat beauftragten Beraters. Dieses Haftungsrisiko sei nicht unbeträchtlich, könne es doch, so sei es in ersten Urteilsbesprechungen zu lesen, gerade bei der Beratung von Betriebsräten im Rahmen von Betriebsänderungen um sechsstelligen Honorar beträge gehen.

*Hanau* meinte, zusammenfassend lasse sich sagen, dass der Bundesgerichtshof hier unter Ausklammerung der von ihm eingangs beschworenen Frage nach der Rechtsnatur des Betriebsrats sozusagen mit BGB-Bordmitteln eine schneidige Lösung versucht habe. Der Bundesgerichtshof habe ein Haftungsmodell entwickelt, das dem Betriebsrat zwar bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Heranziehung eines Sachverständigen einen gewissen Spielraum einräume, bei Überschreitung des Beurteilungsspielraums jedoch allein den Betriebsratsvorsitzenden einer strengen Handelndenhaftung gemäß § 179 Abs. 1 BGB auf das positive Interesse unterziehe. Dieser könne der Garantiefhaftung nur entgehen, wenn der Vertragsgläubiger gemäß § 179 Abs. 3 BGB seinerseits bei Vertragsschluss Kenntnis von der fehlenden Erforderlichkeit gehabt habe oder sich dieser Erkenntnis bewusst verschlossen habe. Handle es sich bei dem Sachverständigen um einen Anwalt, werde diesem meist die fehlende Erforderlichkeit bewusst sein. Da als Sachverständige aber auch Angehörige anderer Professionen, wie etwa im Ausgangsfall ein Betriebswirt, in Betracht kämen, helfe dem Betriebsratsvorsitzenden dieser Haftungsausschluss nur begrenzt weiter. Obwohl ein Betriebsratsvorsitzender meist gutgläubig handeln dürfte - denn gutgläubig wäre er sogar noch bei bewusster Fahrlässigkeit -, verschaffe ihm auch § 179 Abs. 2 BGB keine Erleichterung, der bekanntlich bei Gutgläubigkeit die Haftung auf das negative Interesse begrenze. Denn die fraglichen Beratungsleistungen dürften in aller Regel im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrags mit dem Betriebsrat erbracht worden sein, also dem negativen Interesse unterfallen. Selbst wenn der Betriebsratsvorsitzende bei seiner fehlerhaften Einschätzung der Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Sachverständigen Rechtsrat eingeholt habe, entgehe er nach der Vorstellung des Bundesgerichtshofs der Haftung nicht. Ihm bleibe allenfalls ein Regressanspruch gegen den Anwalt.

*Hanau* war der Ansicht, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs sei damit schwerlich als Fördermaßnahme zur Stärkung des Ehrenamts anzusehen. Die Praxis habe längst darauf reagiert und halte eine ganze Reihe von Maßnahmen bereit, um die Betriebsratsmitglieder vor solchen Haftungsfolgen zu bewahren. Zunächst werde bei Mandatierung eines nicht anwaltlich tätigen Sachverständigen zur anwaltlichen Beratung über die Erforderlichkeit der Maßnahme geraten. Die Beauftragung eines Sachverständigen solle also durch einen weiteren Sachverständigen abgesichert werden. Weiter werde dazu geraten, keine Zahlungsverpflichtung mehr einzugehen, sondern nur die Abtretung des Freistellungsanspruchs zu versprechen. Der Bundes-



gerichtshof rate selbst dazu, die Haftung nach § 179 BGB durch Vereinbarung mit dem Dritten einzuschränken oder gar auszuschließen, was allerdings erhebliche Eigeninitiative und Durchsetzungskraft voraussetze. Zwar sehe § 111 Satz 2 BetrVG anders als der Regelfall des § 80 Abs. 3 BetrVG, der für die Beauftragung eines Sachverständigen die Zustimmung des Arbeitgebers verbindlich mache, eine solche Rücksprache gerade nicht vor. In der Praxis scheine der Königsweg allerdings zu sein, sich gleichwohl über das Mandat vorher mit dem Arbeitgeber abzustimmen. Das geschehe zum einen als Vorsichtsmaßnahme zugunsten des Betriebsrats, sei aus anwaltlicher Sicht aber nicht zuletzt auch ein Gebot wirtschaftlicher Klugheit, weil eine halbwegs auskömmliche Honorarvereinbarung nur mit dem Arbeitgeber abgeschlossen werden könne, während eine Mandatierung allein durch den Betriebsrat zur Abrechnung nach dem RVG zwingt. Schließlich werde über den Abschluss einer einschlägigen Haftpflichtversicherung nachgedacht. Passende Angebote analog einer D&O-Versicherung scheine der Markt aber nach wie vor nicht bereitzuhalten. Für die Kosten der Police hätte wohl so oder so der Arbeitgeber aufzukommen. Wenn man ihn nicht ohnehin schon zum Abschluss einer solchen Versicherung für verpflichtet halte, dürfte der Betriebsrat den Aufwand zumindest als erforderliche Kosten der Betriebsratsarbeit gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG wieder eintreiben können.

Als Fazit hielt *Hanau* fest: „Die Risikoerhöhung provoziert Vermeidungs- oder Kompensationsstrategien. Alle diese Maßnahmen haben eines gemeinsam. Sie erschweren, verlangsamen oder verteuern die Mandatierung des Sachverständigen. Damit wird der Beschleunigungszweck, den § 111 Satz 2 BetrVG gegenüber § 80 Abs. 3 BetrVG eigentlich haben sollte, konterkariert.“

Zu Beginn seiner dogmatischen Analyse meinte *Hanau*, schon diese erste Einschätzung lasse erkennen, dass der Bundesgerichtshof offensichtlich dem gesetzgeberischen Zweck nicht gerecht geworden sei, seine Konstruktion also eine angemessene Risikoverteilung verfehle. Dieser Konstruktion wolle er deshalb auf den Grund gehen und wie angekündigt in mehreren Schritten darlegen, dass sie nicht konsequent zu Ende gedacht sei.

Zunächst berühre merkwürdig, dass der Betriebsratsvorsitzende als handelndes Betriebsratsmitglied die Suppe ganz alleine auslöffeln soll, nach Ansicht des Bundesgerichtshofs wohl deshalb, weil er allein auch für den nicht erforderlichen Anteil des Mandats gegenüber dem Berater eine Willenserklärung abgegeben habe, für die er nun gemäß § 179 BGB einstehen müsse. Nun wüssten wir doch alle, so *Ha-*

*nau*, dass der Betriebsratsvorsitzende gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG den Betriebsrat im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse vertrete. Das werde nach herrschender Meinung so verstanden, dass der Vorsitzende an den Beschluss des Gremiums eng gebunden sei. Er werde deshalb ja auch als Vertreter nicht im Willen, sondern als sog. Vertreter in der Erklärung bezeichnet. Das sei zwar zivilrechtsdogmatisch ziemlich grauslich, aber gerade für unsere Zwecke sehr erhellend. Der Betriebsratsvorsitzende sei nur deshalb kein Bote, weil er nicht nur eine fertige Erklärung, also den bereits gefassten Beschluss, verbal transportiere, sondern eine eigene Erklärung abgebe. Diese Engführung der Vertretung führe in Kombination mit der strengen ultra-vires-Lehre zu einer unangemessenen Belastung allein des Vorsitzenden, der ja sogar dann persönlich zur Verantwortung gezogen werden könne, wenn er zuvor noch im Gremium gegen die Mandatierung gestimmt habe. Das greife jedenfalls zu kurz. Richtigerweise dürfe nicht derjenige zur Verantwortung gezogen werden, der den Beschluss eng gebunden vollziehe, sondern müsse vielmehr derjenige belangt werden, der ihn getroffen und damit auch zu verantworten habe. In der Literatur finde sich vielfach der Hinweis, dass bei einer Pflichtverletzung durch den Betriebsrat diejenigen Betriebsratsmitglieder verantwortlich seien, die dem entsprechenden Beschluss zugestimmt hätten. Das scheine ihm, so *Hanau*, in der Tat die angemessene Lösung zu sein. Wenig bis nichts finde sich allerdings dazu, wie sich ein solcher Durchgriff im Einzelnen begründen lasse. Da der Bundesgerichtshof naheliegenderweise an der zum Vertragsschluss führenden Willenserklärung des Betriebsratsvorsitzenden ansetze, empfehle es sich, deren Inhalt noch einmal eingehender zu betrachten.

*Hanau* stellte heraus, folge man dem Bundesgerichtshof, sterbe der Betriebsrat zwar als rechtsfähiges Subjekt ultra vires einen juristischen Tod, sodass mit Wirkung für und gegen ihn auch keine Erklärung mehr abgegeben werden könne. Das gelte aber nur für den Betriebsrat als Rechtssubjekt mit Außenwirkung, nicht jedoch für die Betriebsratsmitglieder, die ja zum Glück in der gleichen Sekunde nicht auch einen physischen Tod erlitten. Deshalb sei zwar das Resultat der Willensbildung im Ausschuss in seiner Gestalt als Beschluss mit betriebsverfassungsrechtlicher Gestaltungswirkung nichtig, die zugrunde liegende Willensbildung bleibe aber als Summe kollektiver Willenserklärungen beständig. Wenn der Betriebsratsvorsitzende nun daran gehe, diese Willensbekundung umzusetzen, handle er zwar nicht mehr wirksam im Namen des Betriebsrats als Gremium. Getreu dem kollektiv gebildeten Willen tre-

te er aber konkludent jedenfalls im Namen derjenigen Mitglieder des Gremiums auf, die dem Beschluss zugestimmt hätten. Insoweit gebreche es dem Vorsitzenden auch nicht an Vertretungsmacht. Die Mitglieder hätten diesen Beschluss gemeinsam gefasst, den Betriebsratsvorsitzenden damit gemeinschaftlich in Bewegung gesetzt und müssten nun auch gemeinsam für die daraus erwachsenden rechtlichen Konsequenzen einstehen.

*Hanau* war der Auffassung, die Konstruktion des Bundesgerichtshofs konsequent zu Ende gedacht, die zustimmenden Betriebsratsmitglieder hafteten also richtigerweise gesamtschuldnerisch und nicht allein der Betriebsratsvorsitzende. Dieser bleibe vielmehr sogar verschont, wenn er gegen den Beschluss gestimmt habe. Allein müsse er nur haften, wenn er sich über den Beschluss des Betriebsrats hinweggesetzt habe. Schwierigkeiten dürfte es dem Sachverständigen allerdings bereiten herauszufinden, welche Mitglieder denn nun seiner Mandatierung zugestimmt haben. Spätestens bei einer geheimen Abstimmung würden auch Protokolle, sofern überhaupt zugänglich, nicht weiterhelfen.

*Hanau* wies darauf hin, dass im Gesellschaftsrecht, in dem sich solche Fragen etwa bei der Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft gleichermaßen stellen, bei Mehrheitsbeschlüssen das pflichtwidrige Verhalten aller Organmitglieder vermutet werde. Das Organmitglied habe also den Entlastungsbeweis zu führen. Zum einen könne - anders als der Geschädigte - allein der Schädiger seinen Herrschafts- und Organisationsbereich überschauen. Zum anderen werde dadurch verhindert, dass sich einzelne Organmitglieder hinter der Entscheidung der Mehrheit verschanzten. Diese Beweislastumkehr schein ihm - im Anschluss an *Belling* - auf unsere Konstellation unmittelbar übertragbar zu sein. Nur die Betriebsratsmitglieder könnten den genauen Hergang der Sitzung aufklären. Sie müssten also ggf. über ihr Stimmverhalten Auskunft geben, wenn sie die Haftung vermeiden wollten. Würde man das anders sehen, würde ein mehrgliedriger Betriebsrat einen stärkeren Schutz genießen als ein eingliedriger, also ein Betriebsobmann oder eine Betriebsobfrau, deren Entscheidungen ja immer klar auf der Hand lägen.

Nach Ansicht *Hanaus* fällt an der Entscheidung des Bundesgerichtshofs weiter auf, dass dieser dem haftenden Betriebsratsvorsitzenden, obgleich dieser ein unentgeltliches Ehrenamt bekleide, über § 179 Abs. 3 BGB hinaus ausdrücklich keinerlei Haftungsprivilegierung gewähre. Das Haftungsrisiko des handelnden Betriebsratsmitglieds sei nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs bereits dadurch reduziert,

dass die Frage, wann und in welchem Umfang die Hinzuziehung eines Beraters erforderlich sei, aus der ex-ante-Sicht zu beurteilen sei, wobei dem Betriebsrat ein Beurteilungsspielraum zustehe, dessen Grenzen im Interesse der Funktions- und Handlungsfähigkeit des Betriebsrats nicht eng zu ziehen seien. Die Haftung nach § 179 BGB sei daher keineswegs schon dann begründet, wenn der Vertragsschluss sich im Nachhinein in seinem konkreten Umfang objektiv als nicht erforderlich darstelle. Das lasse, so *Hanau*, aufhorchen, bleibe aber denkbar vage. In der Literatur werde hingegen verschiedentlich auf belastbarere Kriterien gesetzt und eine Beschränkung der Außenhaftung auf leichte Fahrlässigkeit postuliert. Dem Bundesgerichtshof sei beizupflichten, dass dafür schwerlich eine Rechtsgrundlage zu finden sei. Der in diesem Zusammenhang häufig bemühte § 31a BGB, der bei Vereinen die Haftung von Organmitgliedern im Innenverhältnis auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränke, sei ersichtlich eine reine Regressnorm. Sehr viel erfolgsträchtiger scheine es ihm zu sein, über eine innerbetriebliche Regressmöglichkeit des Betriebsratsmitglieds nachzudenken. Das Betriebsratsmitglied trete uns hier zwar prima facie als Amtsträger gegenüber. In dieser Funktion unterliege es nicht der Organisationsgewalt, nicht einmal dem Weisungsrecht des Arbeitgebers. Die Amtstätigkeit finde auch nicht unmittelbar im Interesse des Arbeitgebers statt, sondern richte sich vielmehr oftmals ausdrücklich gegen dessen erklärten Willen. Aus dieser Perspektive scheine die Anwendbarkeit der Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich, die privilegierte Arbeitnehmerhaftung, denkbar abwegig.

*Hanau* meinte, dieser Eindruck sei aber vordergründig. Denn - und jetzt müssten wir uns eben doch Gedanken über die Rechtsnatur des Betriebsrats machen - das Betriebsratsmitglied sei auch als Amtsträger Arbeitnehmer. Seine Rolle ergebe sich aus dem Betriebsverfassungsgesetz, das - wie der Name schon sage - dem Arbeitgeber im Verhältnis zur Belegschaft umfangreiche Bindungen auferlege. Das Gesetz heiße bewusst nicht mehr nur Betriebsrätegesetz. Ein Betriebsratsmitglied sei also anders als ein Gewerkschaftsfunktionär kein Externer, sondern ein Interner. Es tue gewissermaßen nur seine Pflicht. Gemäß § 78 Satz 2 BetrVG dürfe ihm ausdrücklich aus seiner Tätigkeit kein Nachteil erwachsen. Der Betriebsrat trete zwar als Antagonist auf, sei aber gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG nicht nur auf das Wohl der Arbeitnehmer, sondern auch auf das des Betriebs verpflichtet. Dementsprechend sei bei *Otto/Schwarze* in ihrem Standardwerk zur Arbeitnehmerhaftung zu lesen, dass auch die Betriebsratstätigkeit eine betriebliche Tätigkeit im haftungsrechtlichen Sinne sei.

Zu den Kosten, die der Arbeitgeber gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG zu tragen habe, gehörten deshalb auch Eigenschäden, die der Anspruchsberechtigte in Verfolgung seiner Amtstätigkeit erleide. Der Arbeitnehmer könne sie gemäß den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen. Unter diese Eigenschäden fiele auch der Anspruch eines Dritten, mithin genau unsere Konstellation. Sofern das Betriebsratsmitglied bei der Fehlbeurteilung der Erforderlichkeit nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt habe, könne es also vom Arbeitgeber entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs auch Freistellung bzw. Erstattung der oberhalb der Erforderlichkeitsgrenze liegenden Entgeltanteile des Sachverständigen verlangen.

*Hanau* hielt die Berücksichtigung einer eigenen Kategorie mittlerer Fahrlässigkeit, wie sie sonst bei der Arbeitnehmerhaftung mit der Folge einer Schadensteilung geläufig sei, im Hinblick auf die Wertung des § 31a BGB nicht angebracht, weil für das Ehrenamt im Innenverhältnis ersichtlich eine Haftung unterhalb der Schwelle zur groben Fahrlässigkeit ausscheiden solle. Er kam unter Zugrundelegung der Konstruktion des Bundesgerichtshofs zu dem anscheinend frappierenden Ergebnis, dass uns der Erstattungsanspruch aus § 40 Abs. 1 BetrVG richtigerweise gleich doppelt begegne: Zum einen als Anspruch des Betriebsrats als teilrechtsfähiges Gremium für die erforderlichen Kosten, zum anderen als Anspruch des Betriebsratsmitglieds für die nicht erforderlichen Kosten.

Auch dieser Eindruck sei aber nur vordergründig. Denn wenn für das einzelne Betriebsratsmitglied diese Haftungsprivilegierung greife, dann müsse der gleiche Maßstab auch bereits für die Beurteilung durch den Betriebsrat auf der ersten Stufe der „Zwei-Reiche-Lehre“ des Bundesgerichtshofs gelten. Sei der Betriebsrat bei seiner Beschlussfassung also nur einer leichten Fehlbeurteilung unterlegen, so müssten die dadurch begründeten Kosten als noch erforderlich im Sinne von § 40 Abs. 1 BetrVG gelten, der Beratungsvertrag sei dann in toto wirksam mit dem Betriebsrat geschlossen. Diese geradezu salomonische Lösung finde sich übrigens - nicht in der Herleitung, aber im Ergebnis - schon seit Jahren, anscheinend weitgehend unbeachtet, im Kommentar von *Löwisch* und *Kaiser* zum BetrVG (6. Aufl., § 40 Rn. 7). Der Betriebsrat behielte dann auch insoweit seine Rechtsfähigkeit, die Frage einer Haftung des Betriebsratsmitglieds würde sich gar nicht erst stellen. Das vertrage sich gar nicht so schlecht mit den Überlegungen, die der Bundesgerichtshof selbst zur Erforderlichkeitsprüfung angestellt habe. Immerhin habe auch dieser einen weiten Beur-

teilungsspielraum für den Betriebsrat reklamiert. Eben habe er, so *Hanau*, ja insofern noch hinreichende Beurteilungskriterien vermisst. Der Bundesgerichtshof müsste sich also nur wenig bewegen, um diese Lücke im Sinne einer subjektiveren Ausdeutung systemkonform zu schließen.

Zum Schluss kam *Hanau* nach seiner Ansicht zu einem fast versöhnlichen Ergebnis. Aus seiner Perspektive ergibt sich folgendes Gesamtbild:

1. Eine persönliche Haftung von Betriebsratsmitgliedern für die Hinzuziehung eines Beraters gemäß § 111 Satz 2 BetrVG kommt nur für den nicht erforderlichen Teil und auch nur dann in Betracht, wenn die Betriebsratsmitglieder die Erforderlichkeit einer Mandatierung grob fahrlässig oder vorsätzlich falsch beurteilen.
2. Die Haftung trifft dann gesamtschuldnerisch diejenigen Betriebsratsmitglieder, die für den Beschluss des Betriebsrats gestimmt haben, der der Auftragsvergabe zugrunde lag.

Auch dieser Vortrag wurde mit großem Beifall aufgenommen. Nach der sich anschließenden regen Aussprache sprach *Nause* dem Referenten und den Diskutanten seinen herzlichen Dank aus und entließ gegen 12:00 Uhr die Tagungsteilnehmer in die Mittagspause.

### **Referate zum Thema „Wert und Kosten der betrieblichen Mitbestimmung“**

Nach der Mittagspause wurde die Tagung gegen 13:30 Uhr mit Referaten von *Prof. Dr. Uwe Jirjahn* von der Universität Trier und *Dr. Oliver Stettes* vom Institut der Deutschen Wirtschaft, Köln, zum Thema „Wert und Kosten der betrieblichen Mitbestimmung“ fortgesetzt.

*Jirjahn* befasste sich in seinem Power-Point-Vortrag eingehend mit den ökonomischen Konsequenzen der betrieblichen Mitbestimmung. Er stellte zunächst fest, die Mitbestimmung sei ein zentraler Bestandteil einer Demokratisierung und Humanisierung der Arbeitswelt, und ging danach auf die theoretischen Aspekte ein. Aus theoretischer Sicht könne Mitbestimmung die betriebliche Leistungsfähigkeit erhöhen oder verringern. Letztlich lasse sich die Frage nach den ökonomischen Konsequenzen nur empirisch beantworten. Neuere Studien sprächen dafür, dass betriebliche Mitbestimmung das Potenzial zur Steigerung der betrieblichen Leistungsfähigkeit habe (positiver Einfluss auf die Produktivität, Verringerung der Personalfuktuation, positiver Einfluss auf betrieblich finanzierte Weiterbildung, positiver Einfluss auf leis-

tungsorientierte Entlohnungsformen, Verringerung geschlechtsspezifischer Lohnunterschiede, positiver Einfluss auf eine familienfreundliche Personalpolitik, positiver Einfluss auf Arbeitszeitmodelle). In seiner Schlussbemerkung meinte *Jirjahn* allerdings auch, die betriebliche Mitbestimmung müsse ihre Funktionsfähigkeit immer wieder erneut unter Beweis stellen. Das gelte besonders vor dem Hintergrund sich verändernder Rahmenbedingungen (Globalisierung, technologische und arbeitsorganisatorische Änderungen). Wie sich diese Rahmenbedingungen änderten, sei jedoch häufig auch eine Frage der politischen Gestaltung.

*Stettes* beschäftigte sich in seiner Power-Point-Präsentation zunächst mit dem Nutzen und den direkten und indirekten Kosten der betrieblichen Mitbestimmung und ging auf die zwei ökonomischen Funktionen der Mitbestimmung ein, die Überwachungs-/Schutzfunktion und die Aktivierungsfunktion. Er wies auf die Befunde empirischer Studien hin und erläuterte diese.

Die wesentlichen Aussagen in den Power-Point-Präsentationen von *Jirjahn* und *Stettes* zum Wert und den Kosten der betrieblichen Mitbestimmung sind auf der Homepage des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. ([www.arbeitsgerichtsverband.de/Tagungsberichte](http://www.arbeitsgerichtsverband.de/Tagungsberichte)) ungekürzt veröffentlicht.

### **Podiumsdiskussion zum Thema „Wert und Kosten der betrieblichen Mitbestimmung“**

Die Tagung wurde mit einer lebhaften Podiumsdiskussion zum Thema „Wert und Kosten der betrieblichen Mitbestimmung“ unter der Moderation des Tagungsleiters *Nause* fortgesetzt. An dieser nahmen neben den Referenten *Prof. Dr. Uwe Jirjahn* von der Universität Trier und *Dr. Oliver Stettes* vom Institut der Deutschen Wirtschaft als Vertreter der Arbeitgeberseite *Dirk Hartmann*, Freemet AG, Büdelsdorf, sowie als Vertreter der Arbeitnehmerseite *Kay Pietsch*, Still AG, Hamburg, teil. An die Podiumsdiskussion schloss sich eine rege Aussprache mit dem Plenum an. Gegen 15:30 Uhr schloss Tagungsleiter *Nause* mit dem Dank an alle Podiumsteilnehmer und Diskutanten die 9. Landestagung Hamburg.

Dr. Gernot Brühler

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht

Geschäftsführer des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V.