

## **Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern – Klärung im Beschluss- oder im Urteilsverfahren?**

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen, und  
Rechtsanwalt Dieter Stang, Stuttgart

*Aufgrund der Rechtsprechung des BGH ist die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern zu einem Problemfall geworden. Der Beitrag behandelt die Frage der zulässigen Verfahrensart, die sich insbesondere bei der Kostentragung auswirkt.*

### **I. Die Problematik**

Die Entscheidung des BGH vom 10. Januar 2023<sup>1</sup> zur Strafbarkeit der finanziellen Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern hat in der Praxis zu erheblicher Verunsicherung geführt. Geschäftsleitungen und Personalverantwortliche sehen sich in der Verpflichtung, die Eingruppierung und Vergütung von Betriebsratsmitgliedern einer gründlichen Überprüfung zu unterziehen, um so - verständlicherweise - von vorne herein das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung wegen Untreue nach § 266 StGB auszuschließen. In dem einen oder anderen Fall mag die Gründlichkeit auch sehr weit getrieben werden, weil sich die Beziehungen zu einzelnen Betriebsratsmitgliedern aus ganz anderen Gründen drastisch verschlechtert haben und eine deutliche Herabgruppierung der aktuellen Stimmungslage entspricht.

In vielen Fällen, in denen die Überprüfung zu einer Reduzierung der Vergütung eines Betriebsratsmitglieds geführt hat, sind Rechtsstreitigkeiten bei den Arbeitsgerichten anhängig. Dabei wird seitens der Betroffenen geltend gemacht, die Herabgruppierung oder der Entzug von Leistungen sei zu Unrecht erfolgt und stelle daher eine Benachteiligung nach § 78 Satz 2 BetrVG dar. Überwiegend wird auf § 37 Abs. 4 BetrVG verwiesen und geltend gemacht, vergleichbare Arbeitnehmer würden eine höhere Vergütung erhalten. Teilweise wird von den Betroffenen auch vorgetragen, dass sie ohne das Betriebsratsamt eine bessere betriebliche Entwicklung genommen hätten. In Extremfällen, bei denen die Vergütung nahezu halbiert wurde, liegt der Verdacht einer

---

<sup>1</sup> 6 StR 133/22 - NZA 2023, 301

gezielten Behinderung der Betriebsratsstätigkeit nahe, da sich die betroffene Person primär um die Sicherung ihrer materiellen Existenz kümmern muss und darunter die „normale“ Ausübung der gesetzlichen Betriebsratsrechte leidet.<sup>2</sup>

Die bisher den Arbeitsgerichten unterbreiteten Fälle wurden teils im Urteils-, teils im Beschlussverfahren anhängig gemacht. Eine Klärung der Verfahrensart scheint deshalb geboten, um so wenigstens in prozessualer Hinsicht Sicherheit zu gewinnen.

## **II. Das Votum des BAG zugunsten des Beschlussverfahrens**

Das BAG hatte in jüngerer Zeit über den Fall zu entscheiden, dass ein Betriebsratsmitglied zu einer Schulungsveranstaltung nach § 37 Abs. 6 BetrVG gefahren war, die sein Arbeitgeber nicht für erforderlich gehalten hatte.<sup>3</sup> Dieser weigerte sich, für die Zeit der Schulung das Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Der Arbeitnehmer sah dies als Behinderung seiner Betriebsratsstätigkeit an und verlangte Schadensersatz wegen Verletzung des § 78 Satz 1 BetrVG. Dazu zählte er insbesondere seinen Lohnausfall von einer Woche in Höhe von 500 Euro; ein arbeitsvertraglicher Anspruch wurde „ausdrücklich“ nicht geltend gemacht.

Im Gegensatz zu den beiden Vorinstanzen entschied das BAG, über den erhobenen Anspruch sei im Beschlussverfahren zu befinden. Entscheidend komme es darauf an, ob der geltend gemachte Anspruch seine Grundlage in einem betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis habe. Es müsse im Verfahren um die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Betriebspartner als Träger der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung gehen; dazu gehörten auch die Mitglieder der einzelnen Organe.<sup>4</sup> Das Betriebsratsmitglied habe sich ausschließlich auf ein solches Recht berufen. Dies werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Mitglied auch einen Anspruch auf Zahlung von Arbeitsentgelt nach § 611a Abs. 2 BGB iVm § 37 Abs. 2 und Abs. 6 BetrVG geltend machen könne, der auf dasselbe wirtschaftliche Ergebnis hinauslaufe.<sup>5</sup> In einer früheren Entscheidung war dies anders gewesen: Der Arbeitnehmer hatte ausschließlich individuelle Ansprüche auf Entfernung einer Abmahnung und auf Gehaltsnachzahlung geltend gemacht; dass dabei auch

<sup>2</sup> Zur Unterscheidung zwischen Benachteiligung und Behinderung s. GK-BetrVG-Kreutz, 12. Aufl. § 78 Rn.2; Richardi-Thüsing, BetrVG, 17. Aufl., § 78 Rn.20

<sup>3</sup> Hierzu und zum Folgenden BAG 22.10.2019 – 9 AZB 19/19, AuR 2020, 94 (Ls)

<sup>4</sup> Ebenso schon zuvor BAG 12.6.2018 – 9 AZB 9/18, NZA 2018, 1423 Tz. 10.

<sup>5</sup> So auch LAG Niedersachsen, 7.11.2017 – 3 Ta 166/17, AiB 5/2018 S. 62

betriebsverfassungsrechtliche Vorfragen zu entscheiden waren, änderte nichts an der Anwendung des Urteilsverfahrens.<sup>6</sup>

Soweit die Entscheidung vom 22.10.2019 in der Literatur verarbeitet wurde, hat sie Zustimmung erfahren.<sup>7</sup>

### **III. § 78 Satz 1 und 2 BetrVG als eigenständige Anspruchsgrundlagen**

Bei der Entscheidung über die richtige Verfahrensart unterschied das BAG danach, ob ein vertraglicher Anspruch oder ein auf § 78 BetrVG gestützter Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird. Aus dem Behinderungsverbot des § 78 Satz 1 BetrVG könne sich ein „betriebsverfassungsrechtlicher Leistungsanspruch“ ergeben,<sup>8</sup> der im konkreten Fall auf Zahlung der zu Unrecht einbehaltenen Vergütung ging. Ein Jahr später wurde dasselbe auch für das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG angenommen.<sup>9</sup> Sei dieses durch eine zu geringe Vergütung verletzt, könne der Arbeitnehmer Zahlung des höheren Gehalts unmittelbar aufgrund dieser Vorschrift verlangen.<sup>10</sup> Auch hier liegt der Sache nach ein Schadensersatzanspruch vor, da § 78 ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist. Daneben bestehen wie bei Verstößen gegen andere gesetzliche Verbote Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung. Dem Arbeitgeber können im Wege des Unterlassungsanspruchs künftige gleichartige Behinderungen und Benachteiligungen untersagt werden. Wirken schon eingetretene Beeinträchtigungen der Betriebsratstätigkeit noch nach, so besteht ein Beseitigungsanspruch, der sich beispielsweise auf die Nachzahlung einzelner zu Unrecht einbehaltener Vergütungsbestandteile beziehen kann.

Voraussetzung ist in allen Fällen, dass die Handlung des Arbeitgebers einen Bezug zur Betriebsratstätigkeit hat. Dies ist bei Behinderungen unproblematisch, kann jedoch bei behaupteten Benachteiligungen im Einzelfall fehlen. Wird etwa gegenüber der ganzen Belegschaft die Zahlung von Weihnachtsgeld verweigert, weil in Wahrheit die vom Betriebsrat angenommene Betriebsübung nicht bestehe, so stellt dies mangels Amtsbezugs keine „Benachteiligung“ nach § 78 Satz 2 BetrVG dar. Anders ist es dann, wenn gerade

<sup>6</sup> BAG 12.6.2018 – 9 AZB 9/18, NZA 2018, 1423.

<sup>7</sup> Fitting, BetrVG, 31. Aufl., § 78 Rn. 15; DKW-Buschmann, 18. Aufl. § 78 Rn. 39; Tiedemann, jurisPR-ArbR 24/2020 Anm. 6

<sup>8</sup> BAG 22.10.2019 – 9 AZB 19/19, Tz. 11

<sup>9</sup> BAG 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594

<sup>10</sup> BAG a.a.O. Tz. 29

deshalb die Bezüge gekürzt werden, weil das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (angeblich) in der Vergangenheit verletzt worden sei. Hier geht es gerade um die Tätigkeit als Betriebsrat, um eine spezifisch betriebsverfassungsrechtliche Frage und nicht um ein alltägliches Berechnungsproblem, wie es bei jedem Arbeitnehmer auftauchen kann.

#### **IV. Probleme der Kostentragung**

Die Durchführung eines Beschlussverfahrens anstatt eines Urteilsverfahrens hat erhebliche Konsequenzen für die Tragung der gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten. Im Urteilsverfahren ist die unterliegende Partei mit sämtlichen Kosten belastet. Eine Ausnahme besteht nur für die Anwaltskosten der ersten Instanz, die nach § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG jede Seite selbst tragen muss. Die Gesamtkosten des Verfahrens können durchaus erheblich sein, da der Streitwert anders als bei Kündigungsschutzklagen nicht auf drei Monatsbeträge beschränkt ist. Auch gibt es häufig Fälle, in denen eine Stufenklage unvermeidbar ist, weil das Betriebsratsmitglied erst Auskunft darüber benötigt, wie die Einkommensentwicklung bei vergleichbaren Personen beschaffen war.<sup>11</sup>

Im Gegensatz dazu kennt das Beschlussverfahren keine Kostenentscheidung. Die dem Betriebsratsmitglied oder dem Gremium selbst entstehenden Kosten muss der Arbeitgeber nach § 40 BetrVG erstatten, soweit sie der Betriebsrat oder sein Mitglied für erforderlich halten durfte. Liegt der Schwerpunkt einer Streitigkeit innerhalb der Betriebsverfassung, geht es z. B. wie hier um die Rechte und Pflichten einzelner Organe und ihrer Mitglieder, so ist es Sache des Arbeitgebers, die mit einer Klärung verbundenen Aufwendungen zu tragen.<sup>12</sup> Dass er generell für die Kosten der Betriebsverfassung aufkommen muss, stellt einen allgemein anerkannten Grundsatz dar, der im Übrigen durch die Vorschrift des § 41 BetrVG „abgesichert“ wird, wonach die Erhebung und Leistung von Beiträgen der Arbeitnehmer „für Zwecke des Betriebsrats“ unzulässig ist.<sup>13</sup> Jede andere Lösung würde zudem auf eine grobe Ungerechtigkeit hinauslaufen: Wäre ein effektiv benachteiligtes Betriebsratsmitglied gezwungen, seine Ansprüche im Urteilsverfahren geltend zu machen, so würde es zwar in der Sache obsiegen, wäre jedoch dauerhaft mit den Kosten der

---

<sup>11</sup> Vgl. etwa die Fälle BAG 4.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 und BAG 19.1.2005 – 7 AZR 208/04

<sup>12</sup> Nur wenn der Schwerpunkt auf individualrechtlichen Fragen liegt, ist eine andere Kostenverteilung angemessen; vgl. dazu Salamon NZA 2018, 1367 ff.

<sup>13</sup> Zur Rolle des Arbeitgebers als „Finanzier“ der Betriebsverfassung s. Däubler, SR 2017, 85 ff.

Prozessvertretung in der ersten Instanz belastet. Von daher droht keineswegs eine Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern,<sup>14</sup> sondern stattdessen eine eindeutige Benachteiligung. Die neuere Rechtsprechung des BAG fügt sich so ohne Wertungswiderspruch in das System der Betriebsverfassung ein.

Eine Klärung der hier strittigen Vergütungsfragen im Beschlussverfahren liegt auch im Interesse der Arbeitgeberseite. Angesichts des Amtsermittlungsgrundsatzes besitzt das Beschlussverfahren eine höhere Richtigkeitsgewähr. Eine in diesem Rahmen getroffene Gerichtsentscheidung über die zutreffende Höhe der Vergütung schützt deshalb sehr viel stärker gegen strafrechtliche Vorwürfe, als dies bei einem Urteilsverfahren der Fall wäre.<sup>15</sup> Bei diesem ließen sich mit Rücksicht auf den Beibringungsgrundsatz bestimmte Fakten ausklammern, was im Beschlussverfahren nicht möglich ist. Bei diesen Fragen besondere Sorgfalt walten zu lassen, empfiehlt sich auch deshalb, weil der BGH bei der Beurteilung eines möglichen Verbotsirrtums deutliche Skepsis gegenüber Rechtsgutachten und Auskünften von Rechtsanwälten zum Ausdruck gebracht hat.<sup>16</sup>

## **V. Das Wahlrecht des Betriebsratsmitglieds bei der Verfahrensart**

Nach der Rechtsprechung des BAG hat das Betriebsratsmitglied ein Wahlrecht, ob es seine betriebsverfassungsrechtlichen oder seine arbeitsvertraglichen Ansprüche geltend machen will. Damit stellt es zugleich die Weichen, ob ein Beschluss- oder ein Urteilsverfahren stattfinden muss. Die Verfahrensart richtet sich so nach dem vom Kläger bzw. Antragsteller eingebrachten Streitgegenstand: Dieser wird durch das Begehren und den zugrunde liegenden Sachverhalt bestimmt. Der das Verfahren Initiierende hat dabei nach der Dispositionsmaxime die Wahl, wie er den „Stoff“ zuschneiden will.

Das BAG hob ausdrücklich hervor, der das Verfahren Einleitende habe „ausdrücklich“ keinen vertraglichen Anspruch geltend gemacht.<sup>17</sup> Daraus muss man schließen, dass es ihm freigestanden hätte, den Weg des Urteilsverfahrens zu gehen und sich primär auf seinen arbeitsvertraglichen Entgeltanspruch zu stützen, der nach § 37 Abs. 2 und 6

<sup>14</sup> So aber Salamon, NZA 2018, 1367 ff.

<sup>15</sup> LAG Sachsen 21.2.2023 – 3 TaBV 26/21, Tz. 42: Nach Durchführung eines Beschlussverfahrens (im konkreten Fall eines Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 BetrVG) „dürfte für den Tatbestand der Untreue mangels Vorsatzes kein Raum mehr sein.“

<sup>16</sup> BGH (oben Fn.1) Tz. 39

<sup>17</sup> BAG (oben Fn.3) Tz. 11

BetrVG aufrechterhalten bleibt. Ein solches Wahlrecht zwischen Beschluss- und Urteilsverfahren wurde schon zuvor angenommen, wenn sich ein Betriebsratsmitglied gegen eine Abmahnung zur Wehr setzen wollte, die sich auf ein mit der Betriebsratstätigkeit zusammenhängendes Verhalten bezog.<sup>18</sup>

Erfolgt keine ausdrückliche Bekundung zugunsten der einen oder der anderen Verfahrensart, so kommt es letztlich darauf an, wo der Schwerpunkt des Vorbringens liegt – im Individualrecht oder im Betriebsverfassungsrecht. Wird beispielsweise zu einem auf § 78 gestützten Schadensersatzanspruch substantiiert vorgetragen und auch das Verschulden des Arbeitgebers einbezogen, so spräche dies entscheidend für das Beschlussverfahren. Dasselbe gilt dann, wenn nähere Ausführungen zu einem Beseitigungs- oder einem Unterlassungsanspruch gemacht werden, bei denen allerdings kein Verschulden vorausgesetzt ist. Wird hingegen ganz überwiegend zu Eingruppierungsfragen argumentiert, so läge eine individualrechtliche Streitigkeit vor, über die im Urteilsverfahren zu entscheiden ist. Man kann insoweit von einer konkludenten Wahl sprechen.

Offen ist eine ganze Reihe von Folgefragen. Ist eine einmal (ausdrücklich oder konkludent) getroffene Wahl bindend oder kann die Entscheidung wieder rückgängig gemacht und z. B. vom Urteils- ins Beschlussverfahren gewechselt werden? Soweit eine gerichtliche Festlegung erfolgt ist, ist diese bindend. Wurde noch nicht streitig verhandelt, kommt auch eine Klagerücknahme und die anschließende Einleitung eines Beschlussverfahrens in Betracht. In einem anhängigen Rechtsstreit von einer Verfahrensart in eine andere überzugehen, erscheint reichlich gewagt. Sicherer Boden unter den Füßen hat man allerdings dann, wenn es um die Heranziehung einer weiteren Rechtsgrundlage geht, über die an sich in einer anderen Verfahrensart zu entscheiden wäre: In entsprechender Anwendung des § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG steht dem Gericht eine verfahrensüberschreitende Sachentscheidungskompetenz zu. Das BAG hat es deshalb für zulässig erachtet, in einem Beschlussverfahren den Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte auf §§ 242, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB zu stützen, obwohl über einen ausschließlich darauf gestützten Anspruch im Urteilsverfahren zu entscheiden wäre.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> BAG 4.12.2013 – 7 ABR 7/12, NZA 2014, 803; BAG 9.9.2015 – 7 ABR 69/13, NZA 2016, 57

<sup>19</sup> BAG 4.12.2013 – 7 ABR 7/12, NZA 2014, 803 Os. 3; BAG 9.9.2015 – 7 ABR 69/13, NZA 2016, 57 Tz. 38

## **VI. Antragsbefugnis des Betriebsratsmitglieds**

Bewegen sich die Beteiligten im Rahmen des Beschlussverfahrens, so kann das einzelne Betriebsratsmitglied Anträge stellen. Dazu gehört nicht allein die Fortzahlung der Vergütung in der bisherigen Höhe (oder ggf. deren Erhöhung), sondern beispielsweise auch die Frage, wie die Vergleichsgruppe zusammengesetzt sein muss, deren „betriebsübliche berufliche Entwicklung“ für die Vergütungshöhe des Betriebsratsmitglieds maßgebend ist.<sup>20</sup> In der Regel verfügt nur die Arbeitgeberseite über die dafür notwendigen Informationen. Nur wenn sie auch dem Betriebsratsmitglied zur Verfügung stehen, kann dieses beurteilen, ob überhaupt eine Benachteiligung vorliegt oder nicht.<sup>21</sup> In diesem Auskunftsanspruch liegt keine Besserstellung von Betriebsratsmitgliedern gegenüber Arbeitnehmern ohne entsprechendes Amt: Geht es um die Eingruppierung, müssen „normale“ Arbeitnehmer im Grundsatz nur ihre eigene, ihnen wohl vertraute Tätigkeit beschreiben. Lediglich Betriebsratsmitglieder kommen in die Situation, Tatsachen zur Arbeitssituation und zur Qualifikation anderer Arbeitnehmer vortragen zu müssen.

## **VII. Antragsbefugnis des Betriebsrats als Gremium**

Fraglich ist jedoch, ob auch der Betriebsrat selbst entsprechende Anträge stellen oder gar das Beschlussverfahren einleiten kann. Wird um die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte gestritten, so handelt es sich nach der Rechtsprechung um eine höchstpersönliche Frage, die nur das einzelne Betriebsratsmitglied entscheiden kann.<sup>22</sup> Dem Betriebsrat kommt insoweit keine Antragsbefugnis zu. Von diesem Sonderfall abgesehen, kann er jedoch immer dann Anträge stellen, wenn ein Verbotsgesetz wie § 78 BetrVG auch seine Rechtsstellung als Gremium schützen will.<sup>23</sup> Dies ist für das Verbot der Behinderung nach § 78 Satz 1 BetrVG unschwer zu bejahen, gilt jedoch nach der Rechtsprechung auch für das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG.<sup>24</sup> Dem ist

<sup>20</sup> Dafür auch ArbG Hannover, 26.5.2023 – 7 BV 3/23, Urteilsausfertigung S. 4, das im Übrigen im Widerspruch zur BAG-Rechtsprechung das Urteilsverfahren für die richtige Verfahrensart hält. Im Prinzip wie hier dagegen ArbG Stuttgart, 9.3.2023 – 30 BV 116/22.

<sup>21</sup> Zu den Voraussetzungen im Einzelnen BAG 4.11.2015 – 7 ABR 872/13, NZA 2016, 1339

<sup>22</sup> BAG 4.12.2013 – 7 ABR 7/12, NZA 2014, 803 Tz. 39; BAG 9.9.2015 – 7 ABR 69/13, NZA 2016, 57

<sup>23</sup> Ebenso im Ergebnis Richardi-Thüsing § 78 Rn. 41

<sup>24</sup> BAG 25.6.2014 – 7 AZR 847/12, NZA 2014, 1209; BAG 8.11.2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528; BAG 20.6.2018 – 7 AZR 690/16, NZA 2019, 324; a. A. GK-BetrVG-Kreutz § 78 Rn. 94

zuzustimmen, weil sich die Behinderung bzw. Benachteiligung eines Mitglieds auch auf die Handlungsfähigkeit des Gesamtgremiums auswirkt. Dies bedeutet, dass auch der Betriebsrat als Gremium einen geeigneten Antrag stellen kann, um die Benachteiligung aus der Welt zu schaffen.

## **VIII. Zusammenfassung**

Macht ein Betriebsratsmitglied geltend, es sei z. B. durch Einbehaltung von Gehaltsbestandteilen unter Verletzung des § 78 Satz 2 BetrVG benachteiligt worden, so muss über einen Anspruch auf Beseitigung dieses Zustands im Beschlussverfahren entschieden werden. Dabei kommt die Antragsbefugnis sowohl dem betroffenen Betriebsratsmitglied wie auch dem Betriebsrat als Gremium zu. Daneben bleibt die alternative Möglichkeit bestehen, Individualansprüche im Urteilsverfahren geltend zu machen.