

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 12. September 2019 / 19:00 Uhr

Rechtsfragen bei Freistellung von Betriebsratsmitgliedern

Referent:

Professor Dr. Oliver Ricken

(Universität Bielefeld)

Übersicht

I. Einleitung

II. Voraussetzung der Freistellung

1. Anzahl der Freistellungen
2. Dispositivität der Freistellung
3. Arbeitnehmerzahl

III. Verfahren

1. Personelle Anforderungen
2. Grundsatz Verhältniswahl
3. Beratung mit dem Arbeitgeber
4. Teilfreistellung
5. Änderung der Freistellung
6. Ersatzfreistellungen

IV. Rechtsfolgen der Freistellungswahl

1. Freistellungsvorgang
2. Anspruch auf Freistellung
3. Rechtsfolgen der Freistellung

Anzahl der Freistellung - § 38 BetrVG

(1) Von ihrer beruflichen Tätigkeit sind mindestens freizustellen in Betrieben mit in der Regel

- 200 bis 500 Arbeitnehmern ein Betriebsratsmitglied,
- 501 bis 900 Arbeitnehmern 2 Betriebsratsmitglieder,
-
- 9.001 bis 10.000 Arbeitnehmern 12 Betriebsratsmitglieder.

In Betrieben mit über 10.000 Arbeitnehmern ist für je angefangene weitere 2.000 Arbeitnehmer ein weiteres Betriebsratsmitglied freizustellen. Freistellungen können auch in Form von Teilfreistellungen erfolgen. Diese dürfen zusammengenommen nicht den Umfang der Freistellungen nach den Sätzen 1 und 2 überschreiten. Durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung können anderweitige Regelungen über die Freistellung vereinbart werden.

Die Schwellenwerte

- § 38 Abs. 1 BetrVG enthält **Mindestzahlen**
- Überschreitung der Mindestzahlen nur nach Maßgabe der Voraussetzungen des § 37 Abs. 2 BetrVG (Erforderlichkeit !)
- Regelmäßig sind Freistellungen im gesetzlichen Rahmen ausreichend
→ Darlegungslast beim Betriebsrat

LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 16.07.2015 – 5 TaBV 5/15: *Der Betriebsrat muss Abweichungen von dem in § 38 Abs. 1 BetrVG gesetzlich unterstellten Normalfall dertun, aufgrund derer die Arbeitsbelastung des gesamten Betriebsrats in zeitlicher Hinsicht derart erhöht ist, dass eine generelle Freistellung eines Betriebsratsmitglieds für die gesamte Amtszeit erforderlich sei, obwohl in einem Betrieb regelmäßig weniger als 200 Arbeitnehmer beschäftigt werden. Aus dem Tatsachenvortrag des Betriebsrats muss insbesondere ersichtlich werden, dass die Möglichkeit konkreter Arbeitsbefreiungen nach § 37 Abs. 2 BetrVG nicht ausreicht, um sämtliche erforderlichen Betriebsratsaufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen.*

Dispositivität der Schwellenwerte

- Abweichungen von § 38 Abs. 1 BetrVG möglich aufgrund von Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen unabhängig vom Maßstab des § 37 Abs. 2 BetrVG
 - **LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 14.12.2016 – 4 TaBV 10/16:** § 38 Abs. 1 Satz 5 BetrVG erlaubt nicht nur Abweichungen von der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nach oben, sondern **auch nach unten**. Die Grenze der Absenkung der Anzahl der Freistellungen liegt im Rechtsmissbrauch
 - **Andere Staffelung** möglich
 - Freistellungen auch **unterhalb der gesetzlichen Schwellenwerte**

Schwellenwerte – Wer zählt mit ?

- Arbeitnehmer des Betriebs - Personengruppe des § 5 Abs. 1 BetrVG
 - Arbeiter und Angestellte
 - Azubis
 - Telearbeit/Homeoffice (sofern dem Betrieb zugeordnet)
 - Freistellungen ? – grds. ja, aber ?
 - Leiharbeitnehmer (§ 14 Abs. 2 S. 4 AÜG), sofern die übrigen Voraussetzungen d. § 38 Abs. 1 BetrVG vorliegen (BAG, Beschl. v. 02.08.2017 – 7 ABR 51/15: Leiharbeitnehmer sind mitzurechnen, wenn sie zu dem regelmäßigen Personalbestand des Betriebs zählen)
- Zählweise nach Köpfen nicht nach VK-Anteilen

Schwellenwerte – Maßstab

- Gesetzeswortlaut: „in der Regel“
- Prognose erforderlich
 - Rückblickende Betrachtung (6 Monate bis 2 Jahre)
 - Zukünftige Veränderung der Beschäftigtenzahl, nur wenn unmittelbar bevorstehend

BAG, Beschl. v. 02.08.2017 – 7 ABR 51/15: „Die Feststellung der maßgeblichen Betriebsgröße erfordert daher sowohl eine rückblickende Betrachtung, für die ein Zeitraum zwischen sechs Monaten bis zwei Jahren als angemessen erachtet wird, als auch eine Prognose, bei der konkrete Veränderungsentscheidungen zu berücksichtigen sind. Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres, dh. länger als sechs Monate, beschäftigt werden.“

Freistellungsverfahren - § 38 Abs. 2 BetrVG

- (2) Die freizustellenden Betriebsratsmitglieder werden nach Beratung mit dem Arbeitgeber vom Betriebsrat aus seiner Mitte in geheimer Wahl und nach den **Grundsätzen der Verhältniswahl** gewählt. Wird nur ein Wahlvorschlag gemacht, so erfolgt die Wahl nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl; ist nur ein Betriebsratsmitglied freizustellen, so wird dieses mit einfacher Stimmenmehrheit gewählt. **Der Betriebsrat hat die Namen der Freizustellenden dem Arbeitgeber bekannt zu geben. Hält der Arbeitgeber eine Freistellung für sachlich nicht vertretbar, so kann er innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach der Bekanntgabe die Einigungsstelle anrufen. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.** Bestätigt die Einigungsstelle die Bedenken des Arbeitgebers, so hat sie bei der Bestimmung eines anderen freizustellenden Betriebsratsmitglieds auch den Minderheitenschutz im Sinne des Satzes 1 zu beachten. **Ruft der Arbeitgeber die Einigungsstelle nicht an, so gilt sein Einverständnis mit den Freistellungen nach Ablauf der zweiwöchigen Frist als erteilt.** Für die Abberufung gilt § 27 Abs. 1 Satz 5 entsprechend.

Freistellungsverfahren

- Freistellungswahl durch den Betriebsrat
- Wählbar nur Betriebsratsmitglieder
- Grundsätzlich: Verhältniswahl
- Alle Freistellungen sind in einem Wahlgang zu bestimmen
- Keine Wahl nach Gruppen (Minderheitenschutz - BAG, Beschl. v. 20.06. 2018 – 7 ABR 48/16)
- Keine „Sonderwahl“ etwa für die Freistellung des Betriebsratsvorsitzenden

ArbG Bonn, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 BV 87/18: Von der nach § 38 Abs. 2 BetrVG gesetzlich vorgeschriebenen Verhältniswahl bei der Wahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder kann auch dann nicht abgewichen werden, wenn der Betriebsrat beabsichtigt, jedem freizustellenden Mitglied bestimmte Aufgaben zuzuweisen.

Freistellungsverfahren - Beratungspflicht

- **Zeitpunkt:** Vor der Wahl
- **Bedeutung der Beratungspflicht**
 - **BAG, Beschl. v. 22.11.2017 – 7 ABR 26/16:** Die Beratungspflicht ist keine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren. Die Beratung soll dem Arbeitgeber vor der Freistellungswahl Gelegenheit geben, etwaige Bedenken gegen die Freistellung bestimmter Betriebsratsmitglieder äußern zu können. Den durch die Beratungspflicht ausschließlich geschützten Belangen des Arbeitgebers wird durch das vorgesehene Einigungsstellenverfahren abschließend und hinreichend Rechnung getragen.
 - **A.A.:** Beratung mehr als sanktionslose Ordnungsvorschrift - Beratungspflicht: Umfassende Berücksichtigung der Interessen der Belegschaft und des Betriebs

Teilfreistellungen

- **Entscheidung über Teilfreistellungen trifft der Betriebsrat**

BAG, Beschl. v. 26.06.1996 – 7 ABR 48/95: „Der Betriebsrat darf eine ihm nach § 38 Abs. 1 BetrVG zustehende Freistellung anteilig für mehrere seiner Mitglieder verwenden, wenn dies zur ordnungsgemäßen Erledigung seiner Betriebsratsaufgaben erforderlich ist. Soweit er bei dieser Aufteilung insgesamt **im zeitlichen Rahmen der in § 38 Abs. 1 BetrVG vorgesehenen Vollzeitfreistellungen** bleibt, braucht er nicht darzulegen, dass die volle Ausschöpfung dieses zeitlichen Rahmens für die gesamte Amtsperiode erforderlich ist.“

- Beratung mit dem Arbeitgeber erforderlich
- Entscheidungen über Freistellungen müssen vor der Wahl getroffen werden.

LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 18.01.2012 – 20 TaBV 1/11: „Die betriebsratsinterne Wahl zur Freistellung (Voll- und Teilfreistellung) von Betriebsratsmitgliedern verstößt gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren, wenn es an einer **vorherigen Entscheidung des Betriebsrats** dazu fehlt, ob und ggf. in welchem Umfang Vollfreistellungen durch Teilfreistellungen ersetzt werden sollen.“

Änderungen bei Freistellungen

- Bei **Absinken unter den niedrigsten Schwellenwert**, erlischt die Freistellung (LAG Hamm, Urt. v. 19.08.2009 – 10 Sa 295/09), in anderen Fällen ist eine erneute Freistellungswahl durch den Betriebsrat erforderlich
- Bei **Veränderungen in der personellen Zusammensetzung** des Betriebsrates:
 - BAG, Beschl. v. 21.02. 2018 – 7 ABR 54/16: Für den Fall des Ausscheidens eines im Wege der Verhältniswahl in die Freistellung gewählten Betriebsratsmitglieds ist in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 S. 1 BetrVG das ersatzweise freizustellende Mitglied derjenigen Vorschlagsliste zu entnehmen, der das zu ersetzende Mitglied angehörte. Ist diese Vorschlagsliste erschöpft, ist das Ersatzmitglied nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl zu wählen

Ersatzfreistellungen ?

- Vorsorgliche Wahl aus praktischen Gesichtspunkten möglich
 - **BAG, Beschl. v. 21.02. 2018 – 7 ABR 54/16:** „*Der Betriebsrat kann ohne weiteres aus seiner Mitte ein ersatzweise freizustellendes Betriebsratsmitglied wählen.*“
- **Aber:** Gesetz sieht einheitlichen Wahlakt von Freigestellten vor – Ersatzfreistellungen sind nicht vorgesehen.

Rechtsfolgen der Freistellung

- Freistellungswahl = reine Auswahlentscheidung
- Individualrechtlich muss die Freistellung durch den Arbeitgeber vorgenommen werden
- Einigungsstelle ersetzt lediglich die Einigung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber
- Kompetenz der Einigungsstelle beschränkt sich nur auf die Auswahlentscheidung

Anspruch auf die Freistellung

- Anspruchsinhaber für die Freistellung ist der Betriebsrat
- Individualanspruch des gewählten Betriebsratsmitglieds
 - Bereits mit der Wahl (-)
 - Erst mit Einverständnis des Arbeitgebers bzw. Einigungsstellenentscheidung

Freistellung - Rechtsfolgen

- Auswirkung der Freistellung – Beschäftigungsverhältnis
 - Freistellung führt zu keiner sozialversicherungsrechtlichen Privilegierung (Sächs. LSG, Urt. v. 13.11.2018 – L 4 KN 130/16)
 - Aber: Funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess
- „eingeschränktes“ Direktionsrecht – Problem: Wie frei ist der Freigestellte ?

Freistellung – Anwesenheits- und Abmeldepflicht

- **Grundsatz (st. Rspr.: BAG, Urt. v. 25.10.2017 – 7 AZR 731/15):** Für die Dauer der vollständigen Freistellung nach § 38 Abs. 1 BetrVG tritt an die Stelle der Arbeitspflicht die Verpflichtung des Betriebsratsmitglieds, sich während seiner **arbeitsvertraglichen Arbeitszeit** im Betrieb am Sitz des Betriebsrats, dem es angehört, **anwesend** zu sein und sich dort **für anfallende Betriebsratsarbeit bereitzuhalten**.
- **BAG, Beschl. v. 24.02.2016 – 7 ABR 20/14:** Freigestellte Betriebsratsmitglieder sind verpflichtet, sich beim Arbeitgeber unter Angabe der voraussichtlichen Dauer der Betriebsratsstätigkeit **abzumelden**, wenn sie außerhalb des Betriebes erforderlichen Betriebsratsaufgaben nachgehen, und sich bei der Rückkehr in den Betrieb zurückzumelden
- Allein die „**Organisationhoheit des Betriebsrats**“ enthält kein Rechtfertigung, um die grundsätzliche Anwesenheitspflicht zu suspendieren (so aber: ArbG Frankfurt, Beschl. v. 03.08.2016 – 6 BV 846/15)

Freistellung - Arbeitszeit

BAG, Urt. v. 28.09.2016 – 7 AZR 248/14:

- Nimmt ein freigestelltes Betriebsratsmitglied an einem Gleitzeitsystem teil, kann es eine etwaige Überschreitung der persönlichen Arbeitszeit dann, wenn die **Betriebsratstätigkeit innerhalb des Gleitzeitrahmens** erbracht wird, grundsätzlich im Rahmen des vorgegebenen Zeitrahmens ausgleichen.
- Bleibt am Ende eines Ausgleichszeitraums ein **positiver Stundensaldo**, hat das vollständig freigestellte Betriebsratsmitglied seine vertraglich geschuldete Arbeitszeit im Bezugszeitraum überschritten. Dann ist die Betriebsratstätigkeit insoweit als "außerhalb der Arbeitszeit" iSv. § 37 Abs. 3 BetrVG erbracht anzusehen.
- Ein Anspruch auf Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts als Ausgleich für Betriebsratstätigkeit besteht aber nur dann, wenn **die Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen** außerhalb der Arbeitszeit erbracht wurde.

Freistellung - Entgeltsschutz

- **Grundsatz § 37 Abs. 2 BetrVG:** Fortzahlung des - vereinbarten - Arbeitsentgelts für die Dauer der Arbeitsbefreiung zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben
- **Aber § 37 Abs. 4 BetrVG:** Das Betriebsratsmitglied hat einen Anspruch auf Erhöhung seines Entgelts in dem Umfang, in dem das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steigt (vgl. BAG 29.04.2015 - 7 AZR 123/13).
- **Daraus folgt** (BAG, Urt. v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17): Ist während der Dauer der Freistellung ein betriebsüblicher beruflicher Aufstieg des Betriebsratsmitglieds eingetreten, ist für die Höhe der nach dem Lohnausfallprinzip gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG zu zahlenden Vergütung darauf abzustellen, welche Vergütung das Betriebsratsmitglied mit der Tätigkeit erzielt hätte, in die es zwischenzeitlich aufgestiegen ist.
- **Problem:** Was ist denn die „betriebsübliche berufliche Entwicklung“ des freigestellten BR-Mitglieds?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Professor Dr. Oliver Ricken
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht
Universität Bielefeld
Fakultät für Rechtswissenschaft
Raum H1 – 112a
Universitätsstraße 25
33615 Bielefeld

Tel. 0521 - 106 6971