

## BB-Kommentar

### Freigestelltes Betriebsratsmitglied – Abgrenzung von fortbestehendem Vergütungsanspruch und nicht fortzuzahlender Aufwandsentschädigung

#### PROBLEM

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien.

In der Entscheidung des BAG (27.11.2024 – 7 AZR 291/23) musste das Gericht abgrenzen, ob ein vollständig freigestelltes Betriebsratsmitglied Anspruch auf zusätzliche Getränkemarken für Außendienstmitarbeiter „als Arbeitsentgelt“ beanspruchen kann, oder ob es sich dabei um eine reine – nicht fortzuzahlende – Aufwandsentschädigung handelt.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Bei der Arbeitgeberin, einem Getränkehersteller, gab es eine Gesamtbetriebsvereinbarung, wonach alle Mitarbeitenden Getränkemarken für vom Getränkehersteller selbst hergestellte Getränke (sog. Hausgetränke) beanspruchen können. Für Außendienstmitarbeitende sollte es zudem eine „zusätzliche unterwegsversorgung Außendienst“ in Form von 90 weiteren Marken pro Quartal geben. Die 90 Marken sollten der unterwegsversorgung der Mitarbeitenden während der Arbeitszeit dienen, wobei ein Vorortverzehr nicht ausgeschlossen war.

Der Kläger, vormals im Außendienst tätig und seit 2018 vollständig freigestelltes Betriebsratsmitglied, erhielt diese Marken nach seiner (vollständigen) Freistellung (vgl. § 38 Abs. 1 BetrVG) nicht mehr. Er verlangte die Herausgabe von 270 Marken für drei Quartale des Jahres 2021.

Die Arbeitgeberin argumentierte, es handle sich um eine pauschale Aufwandsentschädigung, die dem Kläger nicht mehr zustehe, da er keinen entsprechenden Mehraufwand mehr habe. Das BAG musste klären, ob die Getränkemarken als Arbeitsentgelt oder als Aufwandsentschädigung zu qualifizieren sind.

Das BAG entschied nach Auslegung der Gesamtbetriebsvereinbarung, dass die streitgegenständlichen Getränkemarken als Arbeitsentgelt im Sinne des § 37 Abs. 2 BetrVG zu werten sind. Nach dem Lohnausfallprinzip solle ein freigestelltes Betriebsratsmitglied so gestellt werden, als habe es regulär gearbeitet. Dazu würden alle Vergütungsbestandteile gehören, die ohne Freistellung gewährt worden wären – auch Sachleistungen wie Getränkemarken, sofern sie nicht als echte Aufwandsentschädigung zu qualifizieren seien. Eine solche liege nur vor, wenn typischerweise Mehraufwendungen entstünden, die durch die Leistung abgedeckt werden sollten.

Das BAG kam zu dem Schluss, dass ein solcher Mehraufwand nicht ersichtlich war. Die Marken könnten frei verwendet werden, was gegen eine zweckgebundene Entschädigung spreche. Auch steuerrechtliche Einordnungen (z. B. als Aufmerksamkeit) seien für die betriebsverfassungsrechtliche Bewertung nicht maßgeblich. Die Gesamtbetriebsvereinbarung enthalte keine Einschränkung der Nutzung der Marken auf dienstliche Zwecke. Zudem sei die Gleichbehandlung mit anderen Außendienstmitarbeitern geboten (§ 78 S. 2 BetrVG). Eine Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds durch den Entzug der Marken sei unzulässig.

Das Gericht wies auch den Einwand zurück, der Kläger habe durch den Vorortverzehr bereits eine gleichwertige Leistung erhalten. Die Gesamtbetriebsvereinbarung sehe ausdrücklich vor, dass der Vorortverzehr und das zusätzliche Guthaben kumulativ gewährt würden. Auch eine Anrechnung oder Erfüllung durch den Vorortverzehr sei nicht vorgesehen. Steuerrechtliche Erwägungen (z. B. Einordnung einer Sachleistung als Aufmerksamkeit)

würden hingegen keine entscheidende Rolle spielen. Eine dritte Kategorie von Leistungen des Arbeitgebers außer Arbeitsentgelt und Aufwandsersatz sei der gesetzlichen Regelung des § 37 Abs. 2 BetrVG fremd.

#### PRAXISFOLGEN

Die Entscheidung hat erhebliche Bedeutung für die betriebliche Praxis, auch wenn die Entscheidung, die die bisherige Rechtsprechung zur Anwendung des Lohnausfallprinzips bestätigt, auf die *lege artis* Auslegung einer Gesamtbetriebsvereinbarung heruntergebrochen werden kann. Das BAG unterscheidet weiterhin zwischen erstattungspflichtigem Arbeitsentgelt (relativ weit verstanden, darunter können auch Sachbezüge fallen) und nicht fortzuzahlenden Aufwandsentschädigungen, sofern damit solche Aufwendungen abgegolten werden sollen, die dem Betriebsratsmitglied infolge seiner Befreiung von der Arbeitspflicht nicht entstehen.

Wichtigste Erkenntnis für die Praxis ist dabei, dass durch andere Gestaltung der Gesamtbetriebsvereinbarung eine weitere Gewährung der Zusatzmarken während der Freistellung hätte verhindert werden können, indem die Zusatzmarken klar als Aufwandsentschädigung (ausschließlich für Mehraufwendungen im Außendienst) deklariert worden wären. Gerade bei derartigen Sachleistungen verbleibt nach der Rechtsprechung nach wie vor ein Gestaltungsspielraum für die Betriebsparteien, den es zu nutzen gilt.

Wird dieser Gestaltungsspielraum jedoch nicht genutzt, kann ein erhebliches Rechtsrisiko bestehen. Arbeitgeber müssen dann zur Vermeidung von Haftungsrisiken gut (anwaltlich) prüfen (lassen), ob sie derartige – wirtschaftlich wohl häufig unnötige – Verfahren bis zu einer finalen gerichtlichen Entscheidung führen und kontraintuitive, praxisfremde Entscheidungen in Kauf nehmen (nicht jede juristisch plausibel begründete Entscheidung führt zu befriedigenden Ergebnissen). Bei unklarer Rechtslage besteht bei einer – in anderen Fällen sicherlich empfehlenswerten – (zu) pragmatischen Handhabung nämlich das nicht unerhebliche Risiko, sich dem Vorwurf der Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds auszusetzen (Straftat nach § 119 Nr. 3 BetrVG und sogar Untreuestrafbarkeit nach § 266 Abs. 1 StGB; vgl. BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22, BGHSt 67, 225). Umgekehrt entschied sich die Arbeitgeberseite mutmaßlich zur Vermeidung einer vorsätzlichen Benachteiligung eines Betriebsratsmitglieds (ebenfalls Straftat nach § 119 Nr. 3 BetrVG) im vorliegenden Fall, ein objektiv wirtschaftlich unnötig anmutendes Verfahren mit hohen Kosten letztinstanzlich durchentscheiden zu lassen.

In letzterem Fall muss dann damit gerechnet werden, dass Gerichte durch korrekte juristische Auslegung zu kontraintuitiven und praktisch wenig plausibel anmutenden Ergebnissen gelangen.

Die Entscheidung trägt zwar zur Rechtsklarheit bei, offenbart allerdings erneut die bekannten – vom Gesetzgeber bis heute nicht zufriedenstellend gelösten – Schwierigkeiten bei Fragen der Betriebsratsvergütung.

Es wäre weiterhin wünschenswert, wenn der Gesetzgeber endlich einen praxisnahen, umsetzbaren und für die Betriebsparteien risikoarmen Rahmen für die Thematik insgesamt vorgeben würde. Die jüngste Reform des § 37 Abs. 4 und § 78 S. 3 BetrVG haben diesen Wunsch bisher in vielen Konstellationen leider (noch) nicht zufriedenstellend erfüllt (im Ergebnis mit anderem Fokus ebenfalls *Jacobs*, BB 2024, 117, 117 ff.; dagegen (zu) optimistisch *Dzida/Castrup*, ArbRB 2024, 307).

**Dr. Samir Buhl**, LL.M. (Boston), RA/FAArbR, Senior Associate bei DLA Piper UK LLP (Büro Hamburg).

