



© AUREMAR / SHUTTERSTOCK

Willkommen am Arbeitsplatz: Eine Begrüßung, die auch nach einer Rückkehr aus dem Betriebsrat angesagt sein kann.

# Rückkehrer aus dem Betriebsrat

**ÜBERBLICK.** Was Arbeitgeber beachten müssen, um Mitarbeitern, die aus dem Betriebsrat ausscheiden, eine Rückkehr an ihren „normalen“ Arbeitsplatz zu ermöglichen.

Von **Fabienne Grun** und **Bernd Weller**

**O**b durch Abwahl oder Verzicht auf eine neue Kandidatur: Nach einer Betriebsratswahl sehen sich mitunter Betriebsräte nach zum Teil jahrzehntelanger Amtstätigkeit mit der Rückkehr in die Normalität konfrontiert. Dies ist eine große Herausforderung für die beteiligten Arbeitnehmer, aber auch die Personalabteilungen. Vor allem dann, wenn

das ehemalige Betriebsratsmitglied bereits seit mehreren Amtszeiten freigestellt ist und daher den Anschluss an seine ursprüngliche berufliche Tätigkeit verloren hat.

## Der allgemeine Tätigkeitsschutz

Die Übernahme des Betriebsratsamts führt dazu, dass sich der Amtsträger nicht mehr gleich intensiv seiner beruflichen Entwicklung und „eigentlichen“ Karriere widmen kann. Dies gilt vor

allem für Betriebsratsmitglieder, die nach § 38 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vollständig freigestellt sind. Um eine Abkoppelung der Betriebsratsmitglieder von der Entwicklung ihrer Arbeitskollegen zu verhindern, hat der Gesetzgeber in § 37 Absatz 5 BetrVG mit dem „vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung“ eine Mindestsicherung eingebaut (siehe Gesetzestext auf Seite 82). Dies nennt man Tätigkeitsschutz. Vergleichbar mit



**Checkliste** Beziehung zwischen Personalabteilung und Betriebsrat klären (HI2298408)

Die Arbeitshilfe finden Sie im Haufe Personal Office (HPO). Internetzugriff:

[www.haufe.de/hi2298408](http://www.haufe.de/hi2298408)

dem jeweiligen Betriebsratsmitglied sind solche Arbeitnehmer, die zum Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts eine im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeit wie das Betriebsratsmitglied ausgeübt haben. Hierbei ist sowohl die persönliche Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen als auch die betriebsübliche berufliche Entwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer. Eine betriebsübliche berufliche Entwicklung entsteht aus einem gleichförmigen Verhalten des Arbeitgebers und einer bestimmten Regel. Beförderungen müssen so typisch sein, dass aufgrund der betrieblichen Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten grundsätzlich, das heißt wenigstens in der überwiegenden Mehrzahl der vergleichbaren Fälle, damit gerechnet werden kann (BAG, Urteil vom 15.1.1992, 7 AZR 194/91).

Um Benachteiligungen von Betriebsratsmitgliedern wegen ihrer Betriebsratsfunktion zu vermeiden, sollen diese also wenigstens so gestellt werden wie die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer. Folgerichtig muss der Arbeitgeber eine Stelle für das abgewählte Betriebsratsmitglied finden, die der Entwicklung seiner bei Amtsantritt gegebenen Vergleichsgruppe entspricht.

### Die Tücke des Vergleichsmaßstabs

Die praktische Umsetzung ist naturgemäß tückisch. Bereits die Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer stellt den Unternehmer vor erhebliche Probleme. Wenn dies zum Zeitpunkt der erstmaligen Wahl in der Vergangenheit noch recht leicht war, erhöht sich die Komplexität über die Zeit. Die ursprünglich für vergleichbar erklärten Arbeitnehmer verlassen den Betrieb. Stellenprofile ändern sich maßgeblich über die Jahre. Das Betriebsratsmitglied tritt dem Management auf Augenhöhe entgegen und erwartet auch eine entsprechende Vergütung. Letzteres wäre aber eine klare – strafbare – Bevorzugung von Betriebsratsmitgliedern. Ihre Amtstätigkeit darf keinerlei Auswirkungen auf die Position

(und Vergütung) des Betriebsratsmitglieds haben.

Selbstverständlich darf auch ein Betriebsratsmitglied sich fortlaufend auf Beförderungsstellen bewerben und dem internen Auswahlprozess stellen. Sein Amt und seine Freistellung, das heißt der Umstand, dass das Betriebsratsmitglied die Beförderungsstelle jedenfalls bis zur nächsten Wahl nicht antreten wird, darf nicht berücksichtigt werden – weder zugunsten noch zulasten des Bewerbers. Das ist wiederum eine kritische Situation für den Arbeitgeber. Er muss dokumentieren können, warum er eine Entscheidung zugunsten oder zulasten des Betriebsratsmitglieds getroffen hat, um behauptete Bevorzugungen oder Benachteiligungen widerlegen zu können. Im Beförderungsfall muss der Arbeitgeber unter Umständen eine neue Vergleichsgruppe definieren.

Es ist daher in der Praxis dringend anzuraten, mit dem Betriebsrat zu Beginn seiner Freistellungsphase eine Absprache zu treffen, wonach ein numerisch möglichst großer Kreis von Arbeitnehmern als Vergleichsmaßstab definiert wird. Während der Amtszeit sind dann Stärke und Rückgrat gefordert. Wenn das Betriebsratsmitglied eine Beförderung einklagen will, obliegt ihm die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Beförderung „betriebsüblich“ für mit ihm vergleichbare Arbeitnehmer ist – eine doppelte Hürde.

### Der nachwirkende Entgeltsschutz

Parallel erstreckt sich neben dem Tätigkeitsschutz der Entgeltsschutz nach § 37 Absatz 4 BetrVG ein Jahr über die Amtszeit hinaus, das heißt, das Arbeitsentgelt des Betriebsratsmitglieds darf nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Der Zeitraum für den Entgeltsschutz verlängert sich nach § 38 Absatz 3 BetrVG auf zwei Jahre nach Ablauf der Amtszeit, wenn das Betriebsratsmitglied drei volle

aufeinanderfolgende Amtszeiten freigestellt war. Auch hier stellen sich also die schon beim Tätigkeitsschutz gestellten Fragen. Die Vergleichbarkeit bestimmt sich nicht nur anhand eines Tätigkeitsvergleichs. Eine Rolle spielen auch persönliche Merkmale wie Bildungsstand, Fachkenntnisse, Entwicklungspotenzial und Arbeitserfolge (BAG, 21.4.1983, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 43), sodass auch hier die persönliche Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen sein kann.

### Der besondere Kündigungsschutz

Nach Beendigung der Amtszeit ist die ordentliche Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats innerhalb eines Jahres unzulässig. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Beendigung der Mitgliedschaft auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht (§ 15 Absatz 1 Satz 2 KSchG). Eine innerhalb des nachwirkenden Zeitraums ausgesprochene außerordentliche Kündigung unterliegt nur dem „normalen“ Anhörungsverfahren des Betriebsrats nach § 102 BetrVG und nicht mehr dem Zustimmungsvorbehalt nach § 103 BetrVG.

Der nachwirkende Kündigungsschutz soll vorrangig eine „Abkühlungsphase“ im Hinblick auf etwaige Differenzen zwischen ehemaligem Betriebsratsmitglied und Arbeitgeber aus der Betriebsrats Tätigkeit gewähren. Im Fall von Personalüberhängen – gegebenenfalls durch die Rückkehr des abgewählten Betriebsrats ins Berufsleben – zahlt sich dieser Schutz aus. Dann sind andere Arbeitnehmer vorrangig zu kündigen.

### Die Nachholung der betriebsüblichen Entwicklung

Das Betriebsverfassungsgesetz baut abgewählten Betriebsratsmitgliedern eine weitere Brücke zurück in ein „norma-

les“ Arbeitsleben. Von der Arbeitspflicht freigestellte Betriebsratsmitglieder verfolgen ihre berufliche Fort- und Weiterbildung selten mit der notwendigen Konsequenz. Bei der Rückkehr in den Beruf ist das ein echtes Hindernis. Schließlich ändern sich Berufsbilder und die Umstände, unter denen die Arbeit zu erbringen ist, immer schneller. Noch vor 20 Jahren (fünf Amtszeiten) war die Fax-Kommunikation das schnellste verfügbare Medium; E-Mails verwendeten nur wenige Unternehmen.

Um den abgewählten Betriebsrat vor einem Realitätsschock zu bewahren und ihm eine berufliche Tätigkeit wieder zu ermöglichen, muss der Arbeitgeber nach § 38 Absatz 4 Satz 2, 3 BetrVG dem Betriebsratsmitglied innerhalb eines Jahres Gelegenheit geben, eine wegen der Freistellung unterbliebene betriebsübliche Entwicklung nachzuholen. Der Zeitraum erhöht sich auf zwei Jahre, wenn die Freistellung drei volle aufeinanderfolgende Amtszeiten umfasste. Voraussetzung ist jedoch, dass eine betriebsübliche berufliche Entwicklung wegen der Freistellung unterblieb, also nicht aus Gründen in der Person (Fitting, § 38 Rn. 99; GK-Weber, § 38 Rn. 98).

### Die Maßnahmen müssen für den Betrieb vertretbar sein

Mit dem Nachholen einer unterbliebenen beruflichen Entwicklung soll ein beruflicher Entwicklungsstand erreicht werden, wie er ohne die Freistellung gegeben wäre. Der Anspruch erstreckt sich hierbei auf alle erforderlichen inner- und außerbetrieblichen Berufsbildungsmaßnahmen. Die hierdurch entstehenden Kosten – auch soweit es sich um notwendige überbetriebliche Berufsbildungsmaßnahmen handelt – hat stets der Arbeitgeber zu tragen (Fitting/Aufarth/Kaiser, § 38 Anm. 50).

Der Anschluss an die berufliche Entwicklung hat jedoch nur „im Rahmen der Möglichkeiten des Betriebs“ zu geschehen. Die entsprechenden Maßnahmen müssen somit für den Betrieb noch

vertretbar sein. Hierbei ist zugunsten des Betriebsratsmitglieds zu bedenken, dass es wegen eines Ehrenamts auf seine berufliche Weiterentwicklung ganz oder teilweise verzichtet hat. Solche Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen hätte der Arbeitgeber über die Jahre ohnehin – wenn auch nicht in der Ballung – gefördert.

Sind notwendige Maßnahmen wegen der Dauer und des finanziellen Aufwands daher unzumutbar, haben jedenfalls alle noch vertretbaren Bildungsmaßnahmen zu erfolgen, die eine weitgehende Annäherung an die notwendige berufliche Qualifikation ermöglichen.

In der Praxis ist aber oft etwas anderes zu beobachten – die Furcht vor

einer Rückkehr in den Beruf, dem man nicht mehr gewachsen ist. Nicht selten bitten abgewählte Betriebsratsmitglieder um einen Aufhebungsvertrag mit Abfindung. ■

## RECHTSGRUNDLAGE

### Nachwirkende Betriebsratsrechte

Im Betriebsverfassungs- und Kündigungsschutzgesetz finden sich folgende Regelungen, die für unterschiedliche Betriebsratsmitglieder gelten.

#### Der nachwirkende Tätigkeitsschutz (Auszug aus § 37 BetrVG)

(4) Das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats darf einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Dies gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers.

(5) Soweit nicht zwingende betriebliche Notwendigkeiten entgegenstehen, dürfen Mitglieder des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nur mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die den Tätigkeiten der in Absatz 4 genannten Arbeitnehmer gleichwertig sind.

#### Die Nachholungsmöglichkeit der beruflichen Entwicklung (Auszug aus § 38 BetrVG)

4) Freigestellte Betriebsratsmitglieder dürfen von inner- und außerbetrieblichen Maßnahmen der Berufsbildung nicht ausgeschlossen werden. Innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Freistellung eines Betriebsratsmitglieds ist diesem im Rahmen der Möglichkeiten des Betriebs Gelegenheit zu geben, eine wegen der Freistellung unterbliebene betriebsübliche berufliche Entwicklung nachzuholen. Für Mitglieder des Betriebsrats, die drei volle aufeinanderfolgende Amtszeiten freigestellt waren, erhöht sich der Zeitraum nach Satz 2 auf zwei Jahre.

#### Der nachwirkende Kündigungsschutz (Auszug aus § 15 KSchG)

Nach Beendigung der Amtszeit ist die Kündigung eines Mitglieds eines Betriebsrats, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung oder eines Seebetriebsrats innerhalb eines Jahres, die Kündigung eines Mitglieds einer Bordvertretung innerhalb von sechs Monaten, jeweils vom Zeitpunkt der Beendigung der Amtszeit an gerechnet, unzulässig.



**FABIENNE GRUN** ist Rechtsanwältin in der Praxisgruppe Arbeitsrecht der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Frankfurt am Main.



**BERND WELLER** ist Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Frankfurt am Main und leitet dort den arbeitsrechtlichen Bereich.