

RA/FAArbR Dr. Holger Lüders, Düsseldorf / RA/FAArbR Bernd Weller, Frankfurt/M.

# Die Kosten des Betriebsratsanwalts

– Wann und in welcher Höhe muss der Arbeitgeber die Anwaltskosten des Betriebsrats tragen? –

RA/FAArbR Dr. Holger Lüders und RA/FAArbR Bernd Weller sind Partner bei HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK in Düsseldorf bzw. in Frankfurt/M.  
Kontakt: autor@der-betrieb.de

Das Betriebsverfassungsgesetz verpflichtet den Arbeitgeber, die erforderlichen Kosten des Betriebsrats zu übernehmen (§§ 40 Abs. 1, 80 Abs. 3, 111 Satz 3 BetrVG). Dazu gehören auch die Kosten einer anwaltlichen Beratung, die der Betriebsrat in Anspruch nimmt. Es liegt auf der Hand, dass diese Kostenübernahmeverpflichtung des Arbeitgebers für gegen sich selbst gerichtete Beratung ein enormes Konfliktpotenzial haben kann. Der Konflikt wird weiter dadurch angeheizt, dass Betriebsräte mit ihren Interessensvertretern häufig ohne Beteiligung des Arbeitgebers und ohne Beachtung der dort generell geltenden Einkaufsgrundsätze (Einholung von Vergleichsangeboten etc.) Stundenhonorare vereinbaren. Dies auch deshalb, weil sich bislang keine gesicherte Rechtslage feststellen lässt, an welcher sich Arbeitgeber und Betriebsrat rechtssicher orientieren könnten. Wenn es um die Vergütung des Betriebsratsanwalts geht, ist unter Berücksichtigung der jeweiligen Inanspruchnahme des Betriebsratsanwalts zwischen der grundsätzlichen Erstattungsfähigkeit der Anwaltskosten des Betriebsrats („Ob“ der Vergütung) und der konkreten Höhe („Wie viel“ der Vergütung) zu differenzieren.

## I. Beisitzer in der Einigungsstelle

Der Arbeitgeber hat gem. § 76a Abs. 1 BetrVG die Kosten der Einigungsstelle zu tragen. Dazu gehört nach § 76a Abs. 3 BetrVG auch die Vergütung der externen Beisitzer. Die Vergütung als Beisitzer einer Einigungsstelle ist zwar gesetzlich geregelt. Solange von der eingeräumten Möglichkeit, die Vergütung durch eine Rechtsverordnung zu regeln, kein Gebrauch gemacht wurde, bleibt ein Konfliktpotenzial und damit Anlass für Diskussionen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bzw. dessen externem Beisitzer.

Der Betriebsrat benennt nach § 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG „seine“ Beisitzer in der Einigungsstelle selbst. Er entscheidet ohne Mitentscheidungsbefugnis des Arbeitgebers alleine, ob betriebsinterne oder externe Beisitzer benannt werden. Begrenzt wird dieses Auswahlrecht nach der Rspr. des BAG ausschließlich durch eine offenkundige Ungeeignetheit des benannten Beisitzers.<sup>1</sup> Bei der Wahl von Juristen ist eine Eignung jedoch grds. anzunehmen. Mit der Auswahl des Beisitzers ist zugleich die Entscheidung über die Vergütungspflicht des Arbeitgebers gefällt.

Die Vergütungshöhe ist jedoch zwischen dem Arbeitgeber und den Mitgliedern der Einigungsstelle zu vereinbaren. Im Fall der Nichteinigung können die Mitglieder der Einigungsstelle die Vergütungshöhe gem. §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen selbst festlegen, wobei insb. der erforderliche Zeitaufwand,

die Schwierigkeit der Streitigkeit und ein Verdienstausschlag zu berücksichtigen sind. Nach § 76a Abs. 4 Satz 4 BetrVG ist die Vergütung der externen Beisitzer dabei niedriger zu bemessen als die des Vorsitzenden. In der Praxis erhalten externe Beisitzer meist 7/10 der Vergütung des Einigungsstellenvorsitzenden.<sup>2</sup>

## II. Vertretung des Betriebsrats vor der Einigungsstelle

### 1. „Erforderlichkeit“ der Mandatierung

Da die Zahl der Beisitzer – sofern keine besonders komplexe Materie zu regeln ist – pro Partei i.d.R. auf zwei Beisitzer begrenzt ist,<sup>3</sup> finden sich meist nicht genug Plätze für alle Betriebsratsfraktionen und den Betriebsratsanwalt. Deshalb lassen sich Betriebsräte in der Einigungsstelle bisweilen durch einen anwaltlichen Bevollmächtigten begleiten. Ob eine solche Hinzuziehung auf Kosten des Arbeitgebers erfolgen darf, bestimmt sich nach § 40 Abs. 1 BetrVG. Danach muss der Arbeitgeber nur die *erforderlichen* Kosten der Betriebsratsarbeit übernehmen.

Die zentrale Aufgabe der Einigungsstelle ist es allerdings, Sachverhalte zu regeln und nicht Rechtsfragen zu entscheiden. Aus diesem Grund ist die zusätzliche Einbindung eines Rechtsanwalts vor der Einigungsstelle zumindest nicht per se erforderlich. Da die Regelung von Sachverhalten (Betriebsvereinbarung Arbeitszeit, Betriebsvereinbarung Rauchverbot, etc.) zu den Kernaufgaben des Betriebsratsgremiums zählt, kann gerade im Einigungsstellenverfahren, in dem ein neutraler und juristisch vorgebildeter Vorsitzender das Prozedere leitet, über eben diese Erforderlichkeit gestritten werden. Sie wird wohl nur in komplexen Regelungsmaterien zu bejahen sein.<sup>4</sup> Teilweise wird die Erforderlichkeit eines Bevollmächtigten auf Betriebsratsseite aus Gründen der Verfahrensgerechtigkeit stets dann für erforderlich gehalten, wenn sich der Arbeitgeber durch einen Rechtsanwalt vertreten lässt.<sup>5</sup> Einen solchen Automatismus sieht das BAG bislang zu Recht nicht.<sup>6</sup> Maßgeblich bleibt eine pflichtgemäße Ermessensausübung unter Berücksichtigung des Streitstoffs.

### 2. Vergütungshöhe

Selbst wenn die Erforderlichkeit bejaht wird, stellt sich die Frage nach der Höhe der Anwaltsvergütung. Der Gesetzgeber hat als Grundmodell der anwaltlichen Honorare im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) geregelt, dass die rechtsanwaltliche Honorarhöhe überwiegend vom „Wert“ des Streitgegenstands und zu einem geringeren Anteil von der Komplexität der Materie abhängt. Da dies aber nichts darüber aussagt, wie lange der Anwalt an dem Mandat arbeitet, ist eine solche Vergütung auf Anwaltsseite eher unbeliebt.

1 BAG vom 24.04.1996 – 7 ABR 40/95, DB 1996 S. 2232, Rn. 22; vom 28.05.2014 – 7 ABR 36/12, DB 2014 S. 2539.

2 BAG vom 14.02.1996 – 7 ABR 24/95, DB 1996 S. 2233; teilweise wird diese Abhängigkeit des Beisitzers von der Vergütung des Einigungsstellenvorsitzenden als unbefriedigend erachtet: Schulze, ArbRAktuell 2012 S. 527 (530).

3 LAG Rheinland-Pfalz vom 07.01.2010 – 11 TaBV 45/09.

4 BAG vom 21.06.1989 – 7 ABR 78/87, BAG 62 S. 139 = DB 1989 S. 2436.

5 Korinth, ArbRB 2008 S. 53 (55).

6 BAG vom 14.02.1996 – 7 ABR 25/95, DB 1996 S. 2187; vom 05.11.1981 – 6 ABR 24/78, DB 1982 S. 604.

Rechtsschutzversicherungen allerdings verweisen stets auf das RVG als Höchstgrenze. Für das Betriebsratsgremium fungiert der Arbeitgeber gewissermaßen als beitragsfreie Rechtsschutzversicherung. Folgerichtig fordern Arbeitgeber eine entsprechende Beschränkung der Anwaltsvergütung für Betriebsratsberatungen.

Da Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat meist nicht um Geld, sondern um Mitbestimmungsfragen (z.B.: „Dürfen Überstunden angeordnet werden?“ „Darf die Software X eingeführt werden?“) kreisen, müssen die Gerichte einen Gegenstandswert bestimmen, der dann wiederum maßgeblich für die Vergütung nach dem RVG ist. Dabei vertritt das BAG regelmäßig die Auffassung, dass der Streit um Mitbestimmungsrechte immer gleich viel wert sei – egal, wie viele Mitarbeiter betroffen sind – und daher der Hilfwert gem. § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG (seit 01.08.2013: 5.000 €) anzunehmen ist.<sup>7</sup> Dieser Streitwert führt dann – unabhängig vom Arbeitsaufwand – zu einem Honorar von weniger als 1.000 €. Es liegt auf der Hand, dass dies gerade bei zeitintensiven (außer-)gerichtlichen Verhandlungen kein attraktives Honorar darstellt.<sup>8</sup> Umso eher werden Streitigkeiten über die Anwaltshonorierung angeheizt. Da der Auffangstreitwert des § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG keine hohe Vergütung für die Anwälte begründet, werden Wege gesucht, um die Vergütung zu erhöhen. So gehen verschiedene Arbeitsgerichte davon aus, dass das Mitbestimmungsrecht umso wertvoller ist, je mehr Mitarbeiter (potenziell) davon betroffen sind, also je größer das Betriebsratsgremium ist. Der Hilfwert von 5.000 € wird dann mit der Anzahl der Betriebsratsmitglieder oder der Zahl von betroffenen Mitarbeitern multipliziert.<sup>9</sup> Das BAG hingegen vertritt die Auffassung, dass ein Mitbestimmungsrecht nicht dadurch wertvoller wird, dass es mehr oder weniger Mitarbeiter betrifft.<sup>10</sup>

Die Vereinbarung von Stundensätzen ist in der Praxis zwar üblich, steht aber rechtlich weiterhin auf tönernen Füßen. Mit der Reform der Rechtsanwaltsvergütung und dem Inkrafttreten des § 34 RVG werden vermehrt Stimmen laut, die auch für die Betriebsratsberatung eine Zeitvergütung fordern.<sup>11</sup> In der Praxis werden Stundensätze bisweilen von Arbeitsgerichten mit den folgenden Argumenten gutgeheißen:

- ein Stundensatz in konkreter Höhe (180-300 €) sei üblich;
- auch der Arbeitgeber zahle seinem anwaltlichen Berater ein Stundenhonorar und
- auf dem Markt sei kein Betriebsratsanwalt bereit, ein Mandat anzunehmen, dass nicht auf Stundenbasis vergütet werde.<sup>12</sup>

Das erste Argument ist bei näherer Betrachtung kein Argument, sondern ein Tatsachenbefund. Er hat allerdings keinerlei Aussagekraft. Dass eine bestimmte Honorarabrede mit Zustimmung des Arbeitgebers in der Praxis häufig getroffen wird, sagt nichts darüber aus, welche Vergütung das Betriebsratsgremium gegen den Willen des Arbeitgebers auf dessen Kosten beschließen darf. Das Argument der „Waffengleichheit“ ist sozialromantisch, aber dem BetrVG nicht zu entnehmen. Die Behauptung, es sei kein (guter) Anwalt ohne Stundenhonorar zu finden, wird zwar Mantra-artig wiederholt; eine Beweisaufnahme dazu findet jedoch nie statt. Die Praxis

belegt sehr wohl, dass zahlreiche Betriebsratsanwälte auch auf Basis des RVG tätig werden und abrechnen. Da das Konzept der Erforderlichkeit nach § 40 BetrVG auch größtmögliche Kostenschonung des Arbeitgebers vorsieht, ist eine Stundenhonorarvereinbarung nur in Ausnahmefällen ohne Zustimmung des Arbeitgebers wirksam.

Das BAG hat auch die Zusage einer Pauschalvergütung durch den Betriebsrat an seinen anwaltlichen Berater akzeptiert, die sich an der Vergütung eines betriebsfremden Beisitzers orientiert, wenn der Rechtsanwalt seines Vertrauens nur gegen eine derartige Honorarzahung zur Mandatsübernahme bereit ist und sich das Erfordernis einer derartigen Honorarvereinbarung daraus ergibt, dass der Gegenstandswert der anwaltlichen Tätigkeit nach billigem Ermessen zu bestimmen wäre.<sup>13</sup>

### III. Rechtsstreitigkeiten

Natürlich hat der Betriebsratsanwalt in seiner forensischen Tätigkeit Anspruch auf Vergütung. Die Arbeitsgerichte sind bei der Frage, ob die Einschaltung eines Rechtsanwalts im Rahmen eines Gerichtsverfahrens erforderlich ist, zumeist großzügig.<sup>14</sup> Das BAG hat jedoch jüngst nochmals klargestellt, dass die Prüfung der Erforderlichkeit vom Betriebsrat nicht allein anhand seiner subjektiven Bedürfnisse vorzunehmen ist.<sup>15</sup> Er ist vielmehr gehalten, die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamts einerseits und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers andererseits gegeneinander abzuwägen. Der Betriebsrat darf bei der Wahl seiner Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung das Interesse des Arbeitgebers an der Begrenzung seiner Kostentragungspflicht nicht missachten. Er hat – wie jeder, der auf Kosten eines anderen handeln kann – die Maßstäbe einzuhalten, die er ggf. bei eigener Kostentragung anwenden würde (sprich: wenn er selbst bzw. seine beschließenden Mitglieder die Kosten tragen müssten).<sup>16</sup>

So darf der Betriebsrat bspw. in einem Verfahren nach § 78a Abs. 4 Satz 1 BetrVG, in welchem der Arbeitgeber die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung von Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung nach Beendigung der Ausbildung gerichtlich feststellen lassen will, neben der Mandatierung eines ihn vertretenden Rechtsanwalts regelmäßig nicht die weitere Beauftragung eines Rechtsanwalts zur gesonderten Vertretung der Jugend- und Auszubildendenvertretung für erforderlich halten.<sup>17</sup> Auch die Bestellung eines Bevollmächtigten ist vor der Rechtshängigkeit eines Zustimmungsersetzungsverfahrens regelmäßig nicht erforderlich.<sup>18</sup> Rechtsanwaltskosten des Betriebsrats sind vom Arbeitgeber zudem dann nicht zu erstatten, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung von vornherein offensichtlich aussichtslos erscheint oder die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten rechtsmissbräuchlich erfolgt und deshalb das Interesse des Arbeitgebers an der Begrenzung seiner Kostentragungspflicht missachtet wird.<sup>19</sup> Diese Hürde wird allerdings nur in Ausnahmefällen gerissen und scheitert eher an handwerklichen Fehlern des Betriebsrats(anwalts). Das BAG hat bspw. die Einleitung eines

7 BAG vom 29.07.2009 – 7 ABR 95/07, DB0336718.

8 Althoff, NZA 2014 S. 74.

9 LAG Rheinland-Pfalz vom 08.11.2007 – 9 TaBV 38/07.

10 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 7).

11 Althoff, NZA 2014 S. 74 (75).

12 LAG Rheinland-Pfalz vom 07.11.2011 – 7 TaBV 22/11.

13 BAG vom 21.06.1989, a.a.O. (Fn. 4).

14 Z.B. BAG vom 19.03.2003 – 7 ABR 15/02, BAGE 105 S. 311 = DB 2003 S. 1911; LAG Hessen vom 27.06.2011 – 16 TaBV 65/11; LAG Schleswig-Holstein vom 14.11.2000 – 1 TaBV 22a/00.

15 BAG vom 18.03.2015 – 7 ABR 4/13, DB 2015 S. 1788.

16 BAG vom 18.03.2015, a.a.O. (Fn. 15); ebenso bereits vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 7).

17 BAG vom 18.01.2012 – 7 ABR 83/10, DB 2012 S. 1696, Rn. 13.

18 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 12.

19 BAG vom 17.08.2005 – 7 ABR 56/04, DB 2006 S. 736.

Beschlussverfahrens mit dem Ziel der Einsetzung einer Einigungsstelle, in welcher die Beschwerde eines Mitarbeiters behandelt werden sollte, als nicht erforderlich nach § 40 Abs. 1 BetrVG erachtet, weil zuvor kein Versuch der Einigung unternommen wurde.<sup>20</sup> Demgegenüber hat das LAG Rheinland-Pfalz einerseits einen über drei Instanzen erfolglosen Versuch der gerichtlichen Feststellung, dass ein Konzernbetriebsrat wirksam errichtet wurde, trotz Verknennung des Konzernbegriffs als nicht offensichtlich aussichtslos erachtet. Andererseits aber ein auf § 23 Abs. 3 BetrVG (grober Verstoß des Arbeitgebers gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten) gestütztes Beschlussverfahren ohne jegliche Erfolgsaussicht bewertet, weil der erforderliche grobe Verstoß bei vernünftiger Betrachtung nicht erkennbar und die Ansicht des Konzernbetriebsrats unvertretbar waren.<sup>21</sup>

Außerdem darf der Betriebsrat bei der Wahl der Rechtsdurchsetzung unter mehreren gleich geeigneten Möglichkeiten nur die für den Arbeitgeber kostengünstigere Lösung für erforderlich halten. Die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers bei der Rechtsverfolgung des Betriebsrats darf insb. nicht dazu benutzt werden, den Arbeitgeber zum Nachgeben an anderer Stelle anzuhalten.<sup>22</sup> Wählt der Betriebsrat unter mehreren gleichermaßen in Betracht kommenden Möglichkeiten bei der Durchführung eines Beschlussverfahrens nicht den für den Arbeitgeber kostengünstigsten Weg, ist die gewählte Form der Rechtsdurchsetzung insoweit mutwillig. Dies kann z.B. dazu führen, dass der Betriebsrat bei der Einleitung eines Beschlussverfahrens anstelle von mehreren Einzelverfahren die Durchführung eines Gruppenverfahrens in Betracht ziehen muss.<sup>23</sup>

Im Hinblick auf die Höhe der Vergütung hingegen kann zunächst umfänglich auf die Ausführungen (unter vorstehender Ziff. II) verwiesen werden. Auch hier findet oft ein Streit über die Höhe der Vergütung und den jeweiligen Gegenstandswert i.S.d. RVG statt.<sup>24</sup> Erstaunlicherweise werden bei Gerichtsverfahren nur selten Stundensatzvereinbarungen getroffen, obwohl sich die gerichtliche Streitwertfestsetzung zumeist am Hilfwert des § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG orientiert und auch der Streitwertkatalog für die Arbeitsgerichtsbarkeit i.d.F. vom 09.07.2014<sup>25</sup> eine solche Bezugnahme vorsieht. Hier ist also nach der Praxiseinschätzung der Arbeitsgerichte der Betriebsratsanwalt unabhängig von der Komplexität der Materie und dem jeweiligen Gegenstandswert dazu bereit, forensisch auf Basis der RVG-Vergütung tätig zu werden. Warum dies dann bei außergerichtlichen Angelegenheiten nicht so sein soll, erschließt sich nicht.

#### IV. Außergerichtliche arbeitsrechtliche Beratung

##### 1. Mandatierung als Sachverständige i.S.d. § 80 Abs. 3 BetrVG

Für den Betriebsrat gibt es – auch nicht aus dem Gedanken der Waffengleichheit heraus – kein Recht auf arbeitsrechtliche Dauerberatung. Das BAG weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Betriebsratsmitglieder entsprechend § 36 Abs. 6 und 7 BetrVG umfangreich zur Teilnahme an Schulungen auf Kosten des Arbeitgebers berechtigt sind. Diese Schulungen sind kein Selbstzweck, sondern sollen das nötige Wissen vermitteln.<sup>26</sup>

Für die außergerichtliche Tätigkeit eines Anwalts gilt § 80 Abs. 3 BetrVG. Danach kann der Betriebsrat externe kostenpflichtige Sachverständige (auch Rechtsanwälte) nur beauftragen, wenn das Betriebsratsgremium zuvor durch Beschluss die Zustimmung des Arbeitgebers zur Beauftragung eines konkret benannten Rechtsanwalts mit der Beantwortung einer konkreten Frage zu einem konkret vorgesehenen Honorarvolumen erbeten hat und der Arbeitgeber seine Zustimmung hierzu erteilt hat.<sup>27</sup>

Zwar sind für die Vereinbarung mit dem Arbeitgeber keine Formvorschriften einzuhalten,<sup>28</sup> jedoch empfiehlt sich eine entsprechende Dokumentation zu Beweis Zwecken und zur Streitvermeidung. Ohne Zustimmung des Arbeitgebers kann der Betriebsrat keinen Rechtsanwalt als außergerichtlichen Sachverständigen auf Kosten des Arbeitgebers mandatieren.<sup>29</sup> Er muss im Zweifel ein Verfahren vor den Arbeitsgerichten führen, in dem die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zustimmung zur Mandatierung des externen Anwalts erreicht werden soll.<sup>30</sup> Nach dem Gesetz sollen die Kosten von Sachverständigen gering gehalten und dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt werden, eigene Erkenntnisquellen (Mitarbeiter oder vorliegende Memoranda eines Anwalts) zu nutzen. Der Betriebsrat kann nicht einfordern, dass der Arbeitgeber ihm seinen eigenen Rechtsanwalt zahlt, weil der Betriebsrat die Aussagen interner Mitarbeiter oder des Arbeitgeberanwalts wegen deren „Befangenheit“ als nicht vertrauenswürdig ablehnt.<sup>31</sup>

Die Hinzuziehung eines externen Sachverständigen ist nach der Rspr. des BAG grds. nicht erforderlich, wenn sich der Betriebsrat die fehlende Sachkunde kostengünstiger als durch die Beauftragung des Sachverständigen verschaffen kann. Der Betriebsrat ist aus den Grundsätzen der vertrauensvollen Zusammenarbeit und der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, zum Erwerb des notwendigen Fachwissens zunächst die innerbetrieblichen Erkenntnisquellen zu erschließen, ehe er die mit Kosten verbundene Beauftragung eines Sachverständigen als erforderlich ansehen kann.<sup>32</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass die Beauftragung eines Sachverständigen immer dann nicht erforderlich ist, wenn der Betriebsrat seine Mitglieder stattdessen an einer Schulung (nach § 37 Abs. 6 BetrVG) teilnehmen lassen könne.<sup>33</sup> Ein Grundsatz, dass sich ein Betriebsrat zunächst das „Rüstzeug“ für die Wahrnehmung seiner Aufgaben durch Schulungen seiner Mitglieder verschaffen muss, bevor er einen Sachverständigen hinzuziehen kann, entspricht nicht den unterschiedlichen Funktionen der beiden Regelungen: Der Anspruch des Betriebsrats auf Schulung seiner Mitglieder nach § 37 Abs. 6 BetrVG hat eine andere Funktion als der Erwerb erforderlicher Kenntnisse zur Wahrnehmung konkreter Aufgaben durch den Betriebsrat als Organ. Anders als Sachverständigen-gutachten, die zu einem bestimmten Problem erstellt werden, haben Schulungsveranstaltungen typischerweise keine konkrete betriebliche Aufgabenstellung des Betriebsrats zum Gegenstand.<sup>34</sup> Ausschließlich in Fällen der Betriebsänderung in Betrieben mit mehr als 300 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat gem. § 111 Satz 2 BetrVG auch ohne Zustimmung des Arbeitgebers externe Berater hinzuziehen. Aber auch dann ist er an die Grenze der „Erforderlichkeit“ i.S.d. § 40 Abs. 1 BetrVG gebunden.<sup>35</sup>

20 BAG vom 18.03.2015, a.a.O. (Fn. 15).

21 LAG Rheinland-Pfalz vom 26.02.2015 – 19 TaBV 19/14.

22 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 17.

23 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 17; LAG Düsseldorf vom 09.01.1989 – 4 TaBV 127/87.

24 LAG Hessen vom 23.05.2013 – 9 TaBV 17/13.

25 Vgl. die Meldung unter DB0665273; der neue Streitwertkatalog ist abrufbar unter DB0665271.

26 BAG vom 25.06.2014 – 7 ABR 70/12, DB 2014 S. 2655.

27 BAG vom 11.11.2009 – 7 ABR 26/08, BAGE 132 S. 232 = DB 2010 S. 734.

28 BAG vom 19.04.2009 – 7 ABR 87/87, BAGE 61 S. 333 = DB 1989 S. 1774.

29 BAG vom 11.11.2009, a.a.O. (Fn. 27), Rn. 27.

30 BAG vom 25.06.2014, a.a.O. (Fn. 26); LAG Berlin-Brandenburg vom 29.05.2012 – 7 TaBV 576/12.

31 BAG vom 16.11.2005 – 7 ABR 12/05, BAGE 116 S. 192 = DB 2006 S. 1437.

32 BAG vom 25.06.2014, a.a.O. (Fn. 26), Rn. 22; vom 16.11.2005, a.a.O. (Fn. 31), Rn. 31.

33 So LAG Berlin-Brandenburg vom 29.05.2012, a.a.O. (Fn. 30); BAG vom 25.06.2014, a.a.O. (Fn. 26).

34 BAG vom 25.06.2014, a.a.O. (Fn. 26), Rn. 23.

35 Althoff, NZA 2014 S. 74 (75); BGH vom 25.10.2012 – III ZR 266/11, DB 2012 S. 2752.

## 2. Einzelfälle aktueller Rechtsprechung

### a) LAG Niedersachsen zur Honorarvereinbarung eines Betriebsanwalts bei der Beratung bzgl. einer Restrukturierung

Das LAG Niedersachsen hat in einer viel beachteten Entscheidung die Vereinbarung eines Stundenhonorars für den Rechtsanwalt des Gesamtbetriebsrats in einer größeren Konzernrestrukturierung gestattet.<sup>36</sup> Die Entscheidung belegt deutlich, wie schwierig es für die Arbeitsgerichte ist, überzeugende Argumente für die Genehmigung von Stundenhonoraren zu finden. In dem Bemühen um eine treffende Begründung zieht das LAG Niedersachsen eine Reihe von Gesichtspunkten heran, die keinerlei Überzeugungskraft haben, darunter bezeichnenderweise den Hinweis, dass die Bestimmung eines Gegenstandswerts schwierig und streitträchtig sei.<sup>37</sup> Das Gericht belegt damit eindrucksvoll, auf welch rechtlich unsicherem Terrain Arbeitgeber und Betriebsrat – jeweils selbst in der Gefahr der persönlichen Haftung bei einer Falschbewertung des Sachverhalts – lavieren.

### b) BAG: Vorrang der Mandatierung nach § 40 Abs. 1 BetrVG bei konkretem Streit über Mitbestimmungsrechte

Das BAG hat einem Betriebsrat mit Beschluss vom 25.06.2014 die beantragte Zustimmungsersetzung zur Hinzuziehung eines Rechtsanwalts nach § 80 Abs. 3 BetrVG verwehrt.<sup>38</sup> In Fällen, in denen zwischen den Betriebsparteien ein konkreter Streit über das Bestehen und den Umfang von Mitbestimmungsrechten hinsichtlich eines bestimmten Regelungsgegenstands besteht, kann der Betriebsrat die Zuziehung eines Rechtsanwalts als Sachverständiger nach § 80 Abs. 3 BetrVG nicht gegen den Willen des Arbeitgebers beanspruchen. Vielmehr ist in einer solchen Situation der betriebsverfassungsrechtlich vorgesehene Weg die Beauftragung des Rechtsanwalts nach § 40 Abs. 1 BetrVG. Dieser prüft im Rahmen eines solchen Mandats zunächst das Bestehen und den Umfang des in Betracht kommenden Mitbestimmungsrechts. Dadurch wird regelmäßig dem berechtigten Interesse des Betriebsrats an der Klärung einer zwischen ihm und dem Arbeitgeber streitigen betriebsverfassungsrechtlichen Frage weniger zeitaufwändig, effizienter und i.d.R. auch kostensparender Rechnung getragen.<sup>39</sup>

Dagegen soll § 80 Abs. 3 BetrVG die alleinige Rechtsgrundlage für die Heranziehung sachkundiger Personen durch den Betriebsrat darstellen, wenn es nicht um die Vertretung des Betriebsrats in einem Verfahren vor der Einigungsstelle oder vor Gericht geht, sondern um die Beratung des Betriebsrats außerhalb solcher Verfahren.<sup>40</sup>

Das BAG hat dabei ausdrücklich dahinstehen lassen, ob die zur früheren Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO) entwickelte Rspr.,<sup>41</sup> wonach der Betriebsrat die Beauftragung eines Rechtsanwalts mit der Interessenwahrnehmung im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren grds. auf der Grundlage der gesetzlichen Vergütung vorzunehmen hat und zur Zusage eines höheren Zeithonorars nicht berechtigt ist, uneingeschränkt auch für § 34 Abs. 1 RVG gilt.<sup>42</sup>

36 LAG Niedersachsen vom 14.10.2014 – 11 TaBV 51/14 (nach erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerde ist die Rechtsbeschwerde beim BAG unter dem Az. 7 ABR 8/15 anhängig).

37 Siehe hierzu ausführlich den Blogbeitrag von Weller unter DB0697023.

38 BAG vom 25.06.2014, a.a.O. (Fn. 26), Rn. 26.

39 BAG vom 25.06.2014, a.a.O. (Fn. 26), Rn. 26.

40 BAG vom 25.06.2014, a.a.O. (Fn. 26), Rn. 27; LAG Köln vom 02.02.2007 – 4 TaBV 61/06, Rn. 26.

41 BAG vom 20.10.1999 – 7 ABR 25/98, DB 2000 S. 524.

42 BAG vom 25.06.2014, a.a.O. (Fn. 26).

## V. Wirksamer Betriebsratsbeschluss als Voraussetzung für Kostentragungspflicht

Das BAG hat aktuell mit Beschluss vom 18.03.2015 (nochmals) klargestellt, dass ein Arbeitgeber nur diejenigen Kosten einer anwaltlichen Tätigkeit zu tragen hat, die auf eine Beauftragung aufgrund eines ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschlusses zurückgehen.<sup>43</sup> Der Betriebsrat muss sich als Gremium mit dem entsprechenden Sachverhalt befassen und durch Abstimmung eine einheitliche Willensbildung herbeigeführt haben. Insoweit liegt die Darlegungs- und Beweislast beim Betriebsrat.<sup>44</sup>

Im Fall einer Rechtsverfolgung über mehrere Instanzen bedarf es nicht nur vor der erstmaligen Beauftragung eines Anwalts eines Beschlusses, sondern grds. auch, bevor im Namen des Betriebsrats ein Rechtsmittel eingelegt wird. Dies gilt erst Recht, wenn der Betriebsrat in der ersten Instanz unterlegen war.<sup>45</sup> Nicht zuletzt im Kosteninteresse des Arbeitgebers muss der Betriebsrat prüfen, ob und ggf. mit welchen Argumenten ein Rechtsmittel gegen eine zu seinen Lasten ergangene Entscheidung erfolgversprechend ist. Ob das Verfahren in der nächsten Instanz fortgesetzt werden soll, kann der Betriebsrat nicht bereits bei der Einleitung des Verfahrens, sondern erst dann beurteilen, wenn er die Gründe der anzufechtenden Entscheidung kennt und sich damit auseinandergesetzt hat.<sup>46</sup> Nach bisheriger Rspr. des BAG muss der Beschluss des Betriebsrats zudem einen bestimmten Rechtsanwalt umfassen.<sup>47</sup> Nunmehr hat das BAG ausdrücklich offengelassen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen es ausnahmsweise genügen könne, eine Rechtsanwaltskanzlei mit der Erstellung eines Sachverständigengutachtens zu beauftragen.<sup>48</sup>

## VI. Folgen von Verstößen des Betriebsrats

Werden die oben geschilderten Grenzen bei der Mandatierung vom Betriebsrat überschritten, ist es wie auch sonst im Leben: Wer Grenzen überschreitet, hat dafür zu haften. Tatsächlich haftet dann das handelnde Betriebsratsmitglied dem externen Sachverständigen gegenüber für das Honorar, ohne dass damit ein Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber verbunden wäre. Nach Auffassung von BAG<sup>49</sup> und BGH<sup>50</sup> ist dies „der Preis einer freien Gesellschaft“ – wer handelt, muss die Konsequenzen für sein Handeln tragen. Dies ist kein Verstoß gegen den Grundsatz, wonach das Betriebsratsamt nicht mit finanziellen Nachteilen/Vorteilen verbunden sein darf. Das Prinzip gewährt aber keine „Narrenfreiheit“ und auch keine Generalfreistellung.

Allerdings kommt dies in der Praxis so gut wie nie zum Tragen. Zum einen wird der Betriebsratsanwalt denjenigen, der ihm regelmäßig Mandate bringt, unter normalen Umständen nicht in Haftung nehmen. Zum anderen kann sich der Betriebsrat gegenüber dem externen Anwalt darauf berufen, dass für diesen die Unzulässigkeit der Mandatierung erkennbar war. Insoweit trifft den Anwalt ein entsprechendes (Mit-)Verschulden.

43 BAG vom 18.03.2015, a.a.O. (Fn. 15); ebenso bereits vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 18; LAG Köln vom 17.08.2009 – 2 TaBV 20/09, Rn. 16.

44 BAG vom 29.07.2009, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 19.

45 LAG Düsseldorf vom 16.01.2013 – 7 TaBV 31/12, Rn. 29; Fitting, BetrVG, § 40 Rn. 21 ff.

46 BAG vom 18.03.2015, a.a.O. (Fn. 15).

47 BAG vom 16.11.2005, a.a.O. (Fn. 31), Rn. 19.

48 BAG vom 25.06.2014, a.a.O. (Fn. 26), Rn. 25.

49 BAG vom 18.01.2012 – 7 ABR 73/10, BAGE 140 S. 277 = DB 2012 S. 1755.

50 BGH vom 25.10.2012, a.a.O. (Fn. 35).

## VII. Mögliche Schadensersatzansprüche gegen den Betriebsratsanwalt

Ein Kostenfreistellungsanspruch kann nicht nur aufgrund offensichtlicher Aussichtslosigkeit oder Rechtsmissbrauch unbegründet sein. Vielmehr kann sich ein solcher Anspruch nach dem Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB auch von vornherein um einen dem Arbeitgeber zustehenden Schadensersatzanspruch gegen den Prozessbevollmächtigten des Betriebsrats mindern oder ganz entfallen. Denn der zwischen dem Betriebsrat und seinem Prozessbevollmächtigten geschlossene Anwaltsvertrag beinhaltet nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte Sorgfaltspflichten des Betriebsratsanwalts auch gegenüber dem Arbeitgeber aufgrund der Regelung in § 40 BetrVG (Kostenübernahmeverpflichtung des Arbeitgebers).<sup>51</sup> Insofern kann sich auch der Arbeitgeber auf eine pflichtwidrige Verletzung des Beratungsvertrags berufen, die Kostentragung ablehnen und darüber hinaus gehenden Schadensersatz verlangen.

Der Betriebsrat hat im Rahmen des Anwaltsvertrags einen Anspruch darauf, dass sich sein hinzugezogener Prozessbevollmächtigter mit der höchstrichterlichen Rspr. und den entwickelten Grundsätzen bzw. Voraussetzungen für eine erfolgreiche Geltendmachung von Rechten oder Ansprüchen auseinandersetzt und diese bei der Fertigung der Schriftsätze beachtet. Insb. bei politisch motivierten Streitigkeiten treten prozessuale Belange leider häufig in den Hintergrund, was sich in fehlerhaften Anträgen oder lückenhaftem bzw. unschlüssigem Sachvortrag zeigt. Darin liegt eine Pflichtverletzung im Rahmen des Anwaltsvertrags mit entsprechenden Ansprüchen gegen den Betriebsratsanwalt.

51 LAG Düsseldorf vom 09.01.1989, a.a.O. (Fn. 23).

Dem Arbeitgeber kann daher in solchen Fällen aus dem zwischen dem Betriebsrat und seinem Prozessbevollmächtigten geschlossenen Anwaltsvertrag ein Schadensersatzanspruch in Höhe der Mehrkosten zustehen, die er seinem eigenen Prozessbevollmächtigten aufgrund von pflichtwidrig eingeleiteten Verfahren durch den Prozessbevollmächtigten des Betriebsrats zu zahlen hat.

## VIII. Fazit

Die Grundkonstellation, wonach der Arbeitgeber die gegen ihn selbst gerichtete Beratung des Betriebsrats zu vergüten hat, birgt per se Konfliktpotenzial. Folgerichtig kann es nicht richtig sein, wenn der Arbeitgeber selbst die Grenzen dieser Kostentragungspflicht festlegt. Umgekehrt ist eine „Kostenübernahmegarantie“ für den Betriebsrat ebenso fehl am Platz. Nicht zu Unrecht hat der BGH im Jahr 2012 die persönliche Haftung von Betriebsratsmitgliedern für das Auslösen unangemessener, nicht erforderlicher Kosten bejaht.<sup>52</sup>

Zuzugestehen ist sowohl dem LAG Niedersachsen<sup>53</sup> als auch den Betriebsräten und ihren Anwälten, dass sich Stundensatzvereinbarungen – auf freiwilliger Basis – durchaus „eingebürgert“ haben. Dieses Entgegenkommen zur Unterstreichung einer vertrauensvollen Zusammenarbeit wird jedoch vielfach als Selbstverständlichkeit betrachtet, weshalb der Arbeitgeber bei einem Abweichen in den Fällen des § 80 Abs. 3 BetrVG in Rechtfertigungsdruck gerät. Der Streit um die Anwaltsvergütung wird zum einen durch Überreaktionen sowohl auf Arbeitgeber- als auch Betriebsratsseite angeheizt. Zum anderen sorgen auch die Arbeitsgerichte durch uneinheitliche und großzügige Einzelfallentscheidungen für Rechtsunsicherheit. Hier wäre eine einheitlichere Linie wünschenswert.

52 BGH vom 25.10.2012, a.a.O. (Fn. 35).

53 LAG Niedersachsen vom 14.10.2014, a.a.O. (Fn. 36).

## Kurz kommentiert

### Urlaubsrecht/Elternrecht

»DB1075677

### Kürzung des Urlaubsanspruchs bei Elternzeit

Das Urlaubsrecht war bereits in den letzten Jahren Gegenstand zahlreicher Entscheidungen des BAG bzw. des EuGH. In der Folge hat sich die Rechtslage beim Urlaubsrecht erheblich gewandelt, insb. was den Verfall von Urlaubsansprüchen zum Ende des Übertragungszeitraums (31.03. des jeweiligen Folgejahres) gem. § 7 Abs. 3 BUrlG anbetrifft. In einer aktuellen Entscheidung hat das BAG nunmehr seine bisherige Rspr. im Zusammenhang mit der Kürzung des Urlaubsanspruchs bei Elternzeit gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG aufgegeben und so die Rechtslage nun auch in diesem Punkt verändert. Es ist Arbeitgebern anzuraten, Ihr Verhalten entsprechend anzupassen, um die Kürzungsmöglichkeit des Urlaubs nicht zu verlieren.

BAG, Urteil vom 19.05.2015 – 9 AZR 725/13, RS1046715

RA/FAArbR Martin Fink ist Partner bei Beiten Burkhardt in München.  
Kontakt: autor@der-betrieb.de

### I. Die Entscheidung

Der 9. Senat des BAG hat mit Urteil vom 19.05.2015 (9 AZR 725/13, DB 2015 S. 1906) entschieden, dass die in § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG vorgesehene Kürzungsmöglichkeit des Urlaubsanspruchs für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit voraussetzt, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub noch besteht. Daran fehle es nach Auffassung des BAG, wenn das Arbeitsverhältnis bereits beendet ist und sich der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers in einen Urlaubsabgeltungsanspruch gewandelt hat.

#### 1. Bisherige Rechtsprechung des BAG

Nach der bisherigen Rspr. des BAG war der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Kürzungserklärung im (noch) bestehenden Arbeitsverhältnis abzugeben. Selbst die Abgabe der Erklärung erst im Rechtsstreit wegen der Zahlung der Urlaubsabgeltung ist als wirksam angesehen worden (vgl. etwa BAG vom 23.04.1996 – 9 AZR 165/95, DB 1996 S. 2132).

#### 2. Neue Rechtslage

Das BAG hat durch die genannte Entscheidung vom 19.05.2015 diese Rspr. aufgegeben und vertritt nunmehr die Auffassung,