



# Betriebs Berater

45 | 2021

**Vertikal-GVO ... Grunderwerbsteuer ... Unternehmensbewertung ... Dienstnehmer ... Recht ...**

8.11.2021 | 76. Jg.  
Seiten 2625–2688

## **DIE ERSTE SEITE**

**Prof. Dr. Thorsten Sellhorn**

Dauerbaustelle Goodwillbilanzierung

## **WIRTSCHAFTSRECHT**

**Dr. Jörg-Martin Schultze**, LL.M., RA/Notar, **Dr. Stephanie Pautke**, LL.M., RAin, und  
**Dr. Dominique S. Wagener**, RAin

Vertikal-GVO: Die Reformentwürfe aus Praxissicht | 2627

**Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler**, LL.M., und **MMag. Lisa Stumpf**

GmbH & Co. KG: Kompetenzverteilung bei Drittanstellung der Geschäftsführer | 2632

## **STEUERRECHT**

**Tino Duttiné**, StB

Der koordinierte Ländererlass zur Grunderwerbsteuer-Reform – Teil I | 2645

## **BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT**

**Alexander Thees**, WP/StB, und **Hendrik von der Lippe**

Empfehlungen für rückwirkende Unternehmensbewertungen in der COVID-19-Pandemie | 2665

## **ARBEITSRECHT**

**Prof. Dr. Michele Dilenge**, LL.M.

Der freie Dienstnehmer in Österreich: Ein Modell für Deutschland? | 2676

## BB-Kommentar

### Equal-Pay-Anspruch eines freigestellten Betriebsratsmitglieds und hypothetische Personalgestellung

#### PROBLEM

Die Entscheidung des 7. Senats bewegt sich auf der Schnittstelle zwischen Arbeitnehmerüberlassungsrecht und den Regelungen des BetrVG, die für die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern gelten:

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Betriebsratsmitglieder ohne Minderung des Arbeitsentgelts von ihrer beruflichen Tätigkeit zu befreien, wenn und soweit es zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Das Arbeitsentgelt ist nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen, wobei die Berechnung der geschuldeten Vergütung eine hypothetische Betrachtung erfordert, welches Arbeitsentgelt das Betriebsratsmitglied ohne die Arbeitsbefreiung erhalten hätte. Der 7. Senat hat in seinem Urteil vom 14.10.2020 klargestellt, dass der Anspruch eines freigestellten Betriebsratsmitglieds auf eine Equal Pay Vergütung nach dem AÜG nicht bereits daran scheitert, dass für das Betriebsratsmitglied kein Personalgestellungsvertrag vereinbart wurde und keine Personalgestellung des Betriebsratsmitglieds erfolgte. Vielmehr sei maßgebend, ob das Betriebsratsmitglied bei hypothetischer Betrachtung (d. h. ohne die Freistellung als Betriebsratsmitglied) gestellt worden wäre.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Die Parteien streiten über mögliche Equal-Pay-Ansprüche eines von seiner Tätigkeit freigestellten Betriebsratsmitglieds:

Die Beklagte ist eine GmbH, deren Gesellschaftsanteile zu 100 % in öffentlicher Hand sind. Der Kläger ist seit vielen Jahren Betriebsratsmitglied und seit Juni 2014 in dieser Funktion von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt. Im Unternehmen der Beklagten findet ein mit ver.di im Februar 2015 abgeschlossener Firmentarifvertrag Anwendung, der auf den TvöD verweist, und auch für das Arbeitsverhältnis des Klägers gilt. Mit Wirkung zum 1.9.2015 übertrug die Beklagte den überwiegenden Teil des Geschäftsbereichs, in dem der Kläger tätig war, im Wege eines Betriebsteilübergangs nach § 613a BGB auf die A-GmbH („A“). In einem in diesem Zusammenhang geschlossenen Personalüberleitungsvertrag wurde außerdem geregelt, dass Arbeitnehmer, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB widersprechen, Arbeitnehmer der Beklagten bleiben und nach § 4 Abs. 3 TvöD an die A gestellt werden (Personalgestellung). Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A und lehnte deren Vertragsangebot ab. Er übte unverändert weiterhin Betriebsratsfunktionen aus. Ein Personalgestellungsvertrag wurde für ihn zwischen der A und der Beklagten nicht vereinbart. Der Kläger begehrte daraufhin die Zahlung der monatlichen Differenz zwischen dem ihm von der Beklagten gewährten Entgelt nach TvöD und der (höheren) von der A angebotenen Vergütung.

Während der Kläger in den ersten beiden Instanzen erfolglos war, erwies sich die Revision des Klägers als überwiegend begründet:

Der 7. Senat stellte klar, dass der Kläger gem. § 37 Abs. 2 BetrVG Anspruch auf das Arbeitsentgelt habe, welches er ohne die Freistellung von der Arbeitspflicht als Betriebsratsmitglied verdient hätte. Sofern eine Gestellung nur deshalb unterblieben sei, weil der Kläger als freigestelltes Betriebsratsmitglied für einen tatsächlichen Einsatz bei der A nicht in Betracht kam, so würde es ihn gem. § 78 S. 2 BetrVG unzulässig benachteiligen, wenn ihm das korrigierte Entgelt ausschließlich unter Hinweis auf die fehlende Gestellungsvereinbarung verweigert würde. Für den Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 37 Abs. 2 BetrVG sei hier ausschließlich relevant, ob der Kläger ohne seine Mandatstätigkeit im Wege der Personalgestellung bei der A eingesetzt worden wäre. Eine dahingehende Prüfung habe das LAG fälschlicherweise unterlassen, weshalb die angefochtene Entscheidung teilweise aufzuheben und an das LAG zurückzuverweisen sei.

Des Weiteren meldet der 7. Senat in verschiedenerlei Hinsicht Bedenken betreffend die Vereinbarkeit des AÜG mit der europäischen Leiharbeits-Richtlinie (RL 2008/104/EG) an:

– So sei die Sache auch nicht deshalb – ohne Zurückverweisung – entscheidungsreif, weil eine Personalgestellung nicht vom Anwendungsbereich des AÜG erfasst werde. Der Senat habe Zweifel daran, ob es mit Europarecht vereinbar sei, die Schutzvorschriften des AÜG auf die Fälle der Personalgestellung nicht anzuwenden, wie es § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG regele.

– Ebenso sei eine Abweisung der Zahlungsanträge derzeit nicht mit der Begründung denkbar, die Vergütung des Klägers sei bei unterstellter Personalgestellung an die A und Anwendbarkeit des AÜG auf diese auf der Grundlage eines zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz berechtigenden Tarifvertrages erfolgt. Auch in dieser Hinsicht meldet der 7. Senat Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der im AÜG geregelten Abweichungsmöglichkeit vom Equal-Pay-Grundsatz durch Tarifvertrag mit europäischem Recht an.

Die Notwendigkeit einer Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 AEUV verneint der 7. Senat allerdings.

#### PRAXISFOLGEN

Nicht neu ist, dass die Berechnung der Vergütung eines Betriebsratsmitglieds nach dem Lohnausfallprinzip eine hypothetische Betrachtung dahingehend erfordert, welches Arbeitsentgelt das Betriebsratsmitglied ohne die Arbeitsbefreiung verdient hätte (z. B. BAG, 25.10.2017 – 7 AZR 731/15). Lediglich als konsequente Anwendung dieses Grundsatzes ist es dementsprechend zu betrachten, wenn das BAG nun ausdrücklich klargestellt hat, dass für den Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 37 Abs. 2 BetrVG i.V.m. dem Equal-Pay-Grundsatz nach § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG keine tatsächliche, sondern eine hypothetische Betrachtung dahingehend zu erfolgen hat, ob das Betriebsratsmitglied ohne seine Mandatstätigkeit in einem anderen Unternehmen eingesetzt worden wäre.

Wesentlich bedeutsamer und unter Umständen folgenschwerer als der erneute Hinweis auf die Notwendigkeit einer hypothetischen Betrachtung im Rahmen des § 37 Abs. 2 BetrVG sind die Bedenken, die der 7. Senat an der Vereinbarkeit mancher Regelungen des AÜG mit der europäischen Leiharbeits-Richtlinie äußert: Insbesondere die vom 7. Senat in Zweifel gezogene Vereinbarkeit der Abweichungsmöglichkeit vom Equal-Pay-Grundsatz durch Tarifvertrag gem. § 8 Abs. 2 und Abs. 4 AÜG mit Europarecht, da möglicherweise der „Gesamtzuschutz von Leiharbeitnehmern“ nach Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG nicht gewahrt sein könnte, lässt aufhorchen: Schließlich findet ein Großteil der Arbeitnehmerüberlassungen dergestalt statt, dass – sofern und soweit es § 8 AÜG zulässt – vom Equal-Pay-Grundsatz durch Tarifvertrag abgewichen wird. Würde sich nun nachträglich herausstellen, dass die Regelungen des AÜG hierzu nicht europarechtskonform sind, so hätte dies gravierende Konsequenzen für die Leiharbeitsbranche und könnte deren gesamtes Geschäftsmodell in Frage stellen. Dass dieser Themenkreis „brandheiß“ ist zeigt auch ein Beschluss des BAG vom 16.12.2020 (5 AZR 143/19 (A), BB 2021, 1267 Ls). In diesem hat der 5. Senat in einem Vorabentscheidungsersuchen Fragen an den EuGH im Zusammenhang mit der Abweichung vom Grundsatz der Gleichstellung durch Tarifvertrag gestellt.

**Dr. Bettina Scharff**, RAin/FAinArbR, ist als Counsel im Münchener Büro von Allen & Overy LLP tätig. Sie berät deutsche und internationale Unternehmen in allen Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Ein besonderer Schwerpunkt ihrer Arbeit liegt in den Bereichen Fremdpersonaleinsatz, in der Vertretung von Unternehmen in arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren und Einigungsstellen sowie im Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht.

