

# Betriebs Berater

32 | 2017

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Digitalisierung** ... **CSR** ... **BRS** ... Recht ... 7.8.2017 | 72. Jg.  
Seiten 1793–1856

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch**  
Tarifeinheit durch Tarifizensur?

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. York Schnorbus**, LL.M., RA, und **Dr. Felix Ganzer**, RA  
Haftung fakultativer Gesellschaftsorgane in der GmbH und KGaA | 1795

## STEUERRECHT

**Prof. DDr. Georg Kofler**, LL.M., **Prof. DDr. Gunter Mayr** und **Mag. Christoph Schlager**  
Digitalisierung und Betriebsstättenkonzept – Teil II | 1815

**Ulf Erik Belcke**, RA/StB, und **Eike Christian Westermann**, RA/StB/FAStR  
Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen: Hilfreiche Hinweise zum Querverbund –  
Ausgleichszahlungen vor dem Aus? – Umsatzsteuerliche Neuerungen | 1819

**Prof. Dr. Carsten Pohl**, LL.M.  
Anrechnung und Abzug ausländischer Steuern im Organkreis | 1825

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Prof. Dr. Stefan Müller** und **Oliver Scheid**  
Konkretisierung der Umsetzung der CSR-Richtlinie im DRS 20 –  
Erweiterung der Konzernlageberichterstattung durch E-DRÄS 8 | 1835

## ARBEITSRECHT

**Dr. Patrick Mückl**, RA/FAArbR, und **Mareike Götte**, RAin  
Wie gelingt der Auftakt zur Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-Gründung? –  
Richtige Aufforderung und Information in der Praxis | 1845

**Bernd Wilhelm**, LL.M.  
Das Optionsmodell – Entwicklung, aktueller Stand durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz  
und Auswirkungen in der Praxis | 1850

**Praxistipp:** Wird ein BVG trotz fehlerhafter oder unterbliebener Information ordnungsgemäß gebildet und konstituiert, beginnt die 6-Monatsfrist nach § 20 Abs. 1 SEBG mit der Konstituierung des BVG zu laufen. Alles andere würde einen Wertungswiderspruch zu § 37 Abs. 2 SEBG bedeuten.

## 6. Streitigkeiten

Die Anwendung des § 4 SEBG betreffende Streitigkeiten werden im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 3d, 80 ff. ArbGG entschieden. Örtlich zuständig ist das Arbeitsgericht am zukünftigen Sitz der SE (§ 82 Abs. 3 ArbGG). Vor dem Hintergrund der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg im Zalando-Verfahren stellt sich aber auch für die nicht richtige bzw. unvollständige Information die Frage, inwieweit dies überhaupt nachträglich im Rahmen des Beschlussverfahrens geltend gemacht werden kann. Hier dürften im Ergebnis die gleichen Grundsätze gelten wie für die gegenüber einem falschen bzw. unvollständigen Adressatenkreis erfolgte Information.

Die nicht erfolgte, nicht richtige, nicht vollständige oder nicht rechtzeitig erteilte Information ist gem. § 46 Abs. 1 Nr. 1 SEBG indes bußgeldbewehrt und sollte nicht nur deshalb, sondern auch mit dem Ziel eines Ausschlusses von Verzögerungsmöglichkeiten vermieden werden. Die unter III. 5 dargestellte Erheblichkeitsschwelle muss indes auch für den Bußgeldtatbestand des § 46 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 SEBG gelten. Es wäre widersinnig, einen formalen Fehler, der im Ergebnis keine Auswirkungen auf die Bildung des BVG gehabt hat, mit einem Bußgeld zu belegen.

## IV. Fazit

Der Auftakt zur Arbeitnehmerbeteiligung bei der SE-Gründung durch Aufforderung und Information ist komplex und deshalb fehleranfällig. Die Praxis hat mittlerweile allerdings die hier vorgestellten

Strategien entwickelt, um ergebniswirksame Fehler zu vermeiden. Hilfreich und in weiten Teilen überzeugend ist in diesem Kontext auch der Beschluss des LAG Berlin-Brandenburg,<sup>79</sup> der die in der Literatur h. M. vielfach bestätigt. Lediglich hinsichtlich der in Erwägung gezogenen ausnahmsweisen Informationspflicht gegenüber positiv bekannten Gewerkschaften überzeugt er nicht. Relativiert wird das damit für die Praxis verbundene Risiko aber durch das Ausreichenlassen einer Veröffentlichung des Gründungsvorhabens bei ETUI. Insofern besteht für die betroffenen Gewerkschaften eine „Holschuld“. Ob von Seiten des Gesetzgebers noch wünschenswerte Klarstellungen erfolgen, bleibt abzuwarten.<sup>80</sup> Denkbar ist, dass infolge des derzeit laufenden Antrags „Unternehmensmitbestimmung stärken – Grauzonen schließen“<sup>81</sup> auch hier noch einmal Bewegung entsteht.

**Dr. Patrick Mückl** ist Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner im Fachbereich Employment & Pensions bei Noerr LLP am Standort Düsseldorf. Er berät und vertritt Investoren und Unternehmen insbesondere bei (strategischen) arbeitsrechtlichen Re- und Umstrukturierungen.



**Mareike Götte** ist Rechtsanwältin im Fachbereich Employment & Pensions bei Noerr LLP. Sie berät und vertritt vom Standort Düsseldorf aus Investoren und Unternehmen insbesondere bei (strategischen) arbeitsrechtlichen Re- und Umstrukturierungen.



79 LAG Berlin-Brandenburg, 10.2.2017 – 6 TaBV 1585/16, BeckRS 2017, 103234.

80 Pessimistisch Löw/Stolzenberg, NZA 2016, 1489, 1496.

81 BT-Drucks. 18/10253.

Bernd Wilhelm, LL.M.

# Das Optionsmodell – Entwicklung, aktueller Stand durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz und Auswirkungen in der Praxis

Mit der Einführung des Rechtsanspruchs auf Entgeltumwandlung hat sich der Verbreitungsgrad von Betriebsrenten gesteigert. Doch noch immer verfügen zu wenig Beschäftigte über eine (arbeitnehmerfinanzierte) bAV. Besserung soll das sogenannte Optionsmodell bringen. Dabei nimmt der Arbeitnehmer automatisch an der Entgeltumwandlung teil, solange er nicht widerspricht. Bisher gab es in Deutschland hierfür keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz wird ab 2018 erstmalig eine gesetzliche Grundlage für dieses Modell im deutschen Betriebsrentensystem geschaffen. Als unmittelbare Rechtsgrundlage ist ein Tarifvertrag erforderlich. Für nicht-

tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer sieht die gesetzliche Neuregelung ebenfalls Lösungen vor, um Optionsmodelle einrichten zu können. Der vorliegende Beitrag stellt die bisherige Auffassung in der Literatur dar, erläutert die gesetzliche Neuregelung sowie die Auswirkungen auf bestehende Optionsmodelle.

## I. Einleitung

Ende 2015 verfügten ca. 17,7 Mio. und somit knapp 60% der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten über eine Betriebsrentenanwart-

schaft. Seit der Einführung des Rechtsanspruchs auf Entgeltumwandlung zum 1.1.2002 hat sich der Verbreitungsgrad um 30% gesteigert. Verbesserungsbedarf besteht aber noch bei Beschäftigten in kleinen Unternehmen und bei Beschäftigten mit geringerem Einkommen.<sup>1</sup> Internationale Studien haben ergeben, dass es einen deutlichen Anstieg der Teilnahmequoten in der betrieblichen Altersversorgung durch die Einführung sogenannter Auto-Enrolment-Systeme gibt.<sup>2</sup> Das bedeutet: Die Mitarbeiter nehmen automatisch an der bAV teil, sofern sie ihre Teilnahme an der Entgeltumwandlung nicht aktiv abwählen („to opt out“).

In der Praxis trifft man Optionsmodelle an, die auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen wie z.B. Gesamtzusagen oder Betriebsvereinbarungen beruhen. Dabei wurde in der Literatur die Zulässigkeit von Optionsmodellen auf betrieblicher Ebene kontrovers diskutiert. Ab 2018 schafft das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSG)<sup>3</sup> erstmalig eine gesetzliche Grundlage im deutschen Betriebsrentensystem. Die Sozialpartner können dann Modelle der automatischen Entgeltumwandlung („Opting-Out“ oder „Optionsmodelle“) regeln.<sup>4</sup>

## II. Bisherige Auffassungen in der Literatur

Als Rechtsgrundlagen für ein Optionsmodell kamen bislang individual- oder kollektivrechtliche Regelungen in Betracht.

### 1. Individualrechtliche Grundlage

In der arbeitsrechtlichen Literatur besteht Einigkeit, dass ein individualrechtliches Optionsmodell mit einer entsprechenden Widerspruchsmöglichkeit keinen Verstoß gegen die Regelung des § 1a Abs. 1 BetrAVG darstellt.<sup>5</sup> Denn auch hier kann der Arbeitgeber keine Entgeltumwandlung erzwingen. Kernelement des Optionsmodells ist: Der Versorgungsberechtigte kann der Entgeltumwandlung widersprechen. Damit kann jeder Arbeitnehmer den Einbezug in eine Entgeltumwandlungsvereinbarung verhindern und ein Optionsmodell verstößt nicht gegen § 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG, wonach von den Bestimmungen des Betriebsrentengesetzes nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. Denn aufgrund der Widerspruchsmöglichkeit des Arbeitnehmers bleibt auch hier die Entgeltumwandlungsvereinbarung freiwillig.

### 2. Kollektivrechtliche Grundlage

#### a) Tarifvertragliche Grundlage

§ 1a Abs. 1 BetrAVG sieht in Satz 2 lediglich vor, dass die Durchführung des Anspruchs durch Vereinbarung geregelt wird. Bei kollektivrechtlichen Vereinbarungen besteht Einigkeit darüber, dass Tarifverträge Rechtsgrundlage für ein Optionsmodell sein können.<sup>6</sup> Jedenfalls wäre es aber schon nach bisheriger Rechtslage erlaubt, aufgrund von § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG von der Regelung des § 1a BetrAVG abzuweichen, so dass § 1a BetrAVG einem Optionsmodell nicht im Wege stehen kann.

#### b) Betriebsvereinbarung

Kontrovers diskutiert wurde, ob man Optionssysteme durch Betriebsvereinbarungen einführen kann.

Ein Argument für die Zulässigkeit eines Optionsmodells über eine Betriebsvereinbarung ist, dass sich in § 1a Abs. 1 S. 2 BetrAVG bei der Regelung der Durchführung der Entgeltumwandlung nur der Begriff „Vereinbarung“ findet. Aufgrund dieser weiten Formulierung kann auch eine Betriebsvereinbarung darunter fallen. Zudem nimmt die

Gesetzesbegründung zu § 1a BetrAVG ausdrücklich auf Betriebsvereinbarungen Bezug.<sup>7</sup> Die Befürworter sehen keinen Verstoß gegen den Freiwilligkeitsvorbehalt, wenn eine Betriebsvereinbarung Regelungen zur Höhe des Umwandlungsbetrages trifft, solange ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird. Ferner soll die Einführung über eine Betriebsvereinbarung keine unzulässige Lohnverwendungsabrede darstellen, weil der Lohn nicht auf bestimmte Art und Weise verwendet werden muss, sondern Barlohn wertgleich in Versorgungslohn umgewandelt wird.<sup>8</sup> Daher wird man schwer argumentieren können, dass die Entgeltumwandlung ungünstiger wäre als der arbeitsvertraglich vereinbarte Barlohn. § 17 Abs. 5 BetrAVG ist auch hier zu beachten. Tarifentgelt kann nur insoweit umgewandelt werden, als der Tarifvertrag selbst die Umwandlung vorsieht und zulässt.

Hauptargument der Gegenauffassung ist, dass den Betriebsparteien keine Regelungsmacht eingeräumt sei, weil § 17 Abs. 3 BetrAVG im Hinblick auf § 1a BetrAVG nur den Tarifparteien abweichende Regelungen erlaube. Die Gesetzssystematik und die Gesetzesbegründung zu § 1a Abs. 1 S. 2 BetrAVG ergäbe, entgegen dem weiteren Wortlaut der Vorschrift, dass lediglich der Durchführungsweg durch Betriebsvereinbarungen vorgegeben werden könne.<sup>9</sup>

## III. Gesetzliche Neuregelung durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz

Im Rahmen der Neuerungen durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz verbleiben im bisherigen § 17 BetrAVG die Regelungen zum persönlichen Geltungsbereich. Die Regelungen zu Tariföffnungsklauseln werden aus dem bisherigen § 17 BetrAVG herausgelöst und finden sich zukünftig in dem neuen siebten Abschnitt „Betriebliche Altersversorgung und Tarifvertrag“ im Unterabschnitt 1 „Tariföffnung, Optionssysteme“. Die Regelungen des § 17 Abs. 3 S. 1 bis 3 BetrAVG a.F. zur allgemeinen Tariföffnungsklausel finden sich inhaltsgleich in den § 19 Abs. 1 bis 3 BetrAVG n.F. Die Regelung, dass Tarifentgelt nur umgewandelt werden kann, wenn dies durch Tarifvertrag vorgesehen oder zugelassen ist, findet sich in § 20 Abs. 1 BetrAVG n.F.

§ 20 Abs. 2 BetrAVG n.F. sieht zukünftig vor, dass Tarifverträge vorsehen können, dass Arbeitgeber für alle oder Teile der Arbeitnehmer eine automatische Entgeltumwandlung einführen müssen oder können. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Tarifvertragsparteien die Entscheidung darüber haben, ob sie die Einführung eines Optionsmodells verpflichtend gestalten oder den Arbeitgebern nur die Möglichkeit zur Einführung geben wollen. Damit soll den Tarifparteien die Entscheidung über die Regelungstiefe überlassen bleiben.<sup>10</sup> Im Rahmen der Beschlussempfehlungen des Ausschusses für Arbeit und Soziales wurde die Regelung dahin gehend ergänzt, dass Optionssysteme auch aufgrund von Betriebs- und Dienstver-

1 BT-Drs. 18/11286, 31.

2 Neufeld/Knitter, BB 2013, 2421; auch das Konzeptpapier zur Deutschlandrente aus Hessen nimmt darauf Bezug (S. 4).

3 Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Stärkung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz).

4 BT-Drs. 18/11286, 29.

5 Kisters-Kölkes, FS Höfer, 2011, S. 110ff.; Engert, ZfA 2004, 318; Neufeld/Knitter, BB 2013, 2421.

6 Kisters-Kölkes, FS Höfer, 2011, S. 114; Engert, ZfA 2004, 327ff.; Neufeld/Knitter, BB 2013, 2421.

7 BT-Drs. 14/4595, 67.

8 Neufeld/Knitter, BB 2013, 2421.

9 Kisters-Kölkes, FS Höfer, 2011, S. 115.

10 BT-Drs. 18/11286, 44.

einbarungen eingeführt werden können, wenn der Tarifvertrag dies zulässt.<sup>11</sup>

Kernpunkt des Optionsmodells ist das Widerspruchsrecht. Wird das Widerrufsrecht nicht ausgeübt, gilt das Angebot des Arbeitgebers als angenommen. Dies gilt aber nur, wenn das Angebot bestimmten Erfordernissen genügt. Das Angebot muss

- in Textform mindestens drei Monate vor dem ersten umzuwandelnden Betrag unterbreitet werden;
- deutlich darauf hinweisen,
  - welcher Betrag und welche Vergütungsbestandteile umgewandelt werden sollen;
  - dass der Arbeitnehmer für den Widerspruch mindestens einen Monat Zeit haben muss und keine Gründe angeben muss und
  - die Entgeltumwandlung mit einer Frist von einem Monat wieder beendet werden kann.

Durch die Neuregelung des Betriebsrentenstärkungsgesetzes wird man also davon ausgehen müssen, dass künftig für ein Optionsmodell ein Tarifvertrag als unmittelbare Rechtsgrundlage erforderlich ist oder ein Tarifvertrag vorliegen muss, der die Betriebsparteien ermächtigt, eine entsprechende Regelung zu treffen. Eine Betriebsvereinbarung als alleinige Rechtsgrundlage dürfte zukünftig nicht mehr ausreichen. Denn im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Betriebsrentenstärkungsgesetz finden sich ausdrücklich folgende Formulierungen:

- „Auf der Grundlage des geltenden Rechts ist in bestehenden Arbeitsverhältnissen ein automatischer Einbehalt von Arbeitnehmerentgelten durch den Arbeitgeber zur Finanzierung von Betriebsrenten nach verbreteter Meinung nicht möglich.“<sup>12</sup>
- „Im Betriebsrentengesetz wird verankert, dass die Sozialpartner künftig rechtssicher Modelle der automatischen Entgeltumwandlung regeln können („Opting-Out“ bzw. Optionsmodelle).“<sup>13</sup>

Für nichttarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer sieht die gesetzliche Neuregelung vor, dass diese die Anwendung eines einschlägigen tariflichen Optionssystems vereinbaren oder aufgrund eines einschlägigen Tarifvertrages durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung die Einführung eines Optionssystems regeln können.

Einschlägig ist ein Tarifvertrag, wenn es sich um einen räumlich, zeitlich, fachlich und persönlich maßgeblichen Tarifvertrag handelt, der bei beiderseitiger Tarifbindung der Parteien ohnehin gelten würde.<sup>14</sup> Um möglichst vielen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern die Möglichkeit zu eröffnen, ein Optionssystem einzuführen, weist die Gesetzesbegründung darauf hin, dass die Einschlägigkeit einer gesetzlichen Regelung auch gegeben sei, wenn Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften oder Zusammenschlüsse von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften mit dem Ziel einer branchenübergreifenden und bundesweiten Inbezugnahmemöglichkeit abgeschlossen werden würden.<sup>15</sup> Es bleibt abzuwarten, ob sich die Idealvorstellung des Gesetzgebers erfüllt bzw. inwieweit tatsächlich entsprechende Tarifverträge geschaffen werden, die die Einführung von Optionsmodellen ermöglichen.

Durch die Inbezugnahme soll Kleinbetrieben, die häufig nicht tarifgebunden sind, die Möglichkeit gegeben werden, Optionsmodelle einzuführen, deren Qualitätsstandards durch die zwingend einzuhaltenen Tarifvorgaben gesichert sind. Dadurch will man erreichen, dass die Beschäftigten in die Systeme vertrauen und nicht hinausoptieren. Sofern Tarifverträge jedenfalls keine entsprechende Klausel für eine Einführung per Betriebsvereinbarung enthalten, wird man nach dem Gesetzeswortlaut davon ausgehen müssen, dass hier nur eine einzel-

vertragliche Inbezugnahme in Betracht kommt und nicht etwa eine Bezugnahme durch eine Betriebsvereinbarung.

Arbeitgeber haben bei einer Inbezugnahme in der Regel zudem Interesse daran, tarifliche Regelungen in ihrer jeweils gültigen Fassung anzuwenden, um einen Gleichklang innerhalb der Mitarbeiterschaft zu erreichen.

Grundsätzlich könnte man eine Jeweiligkeitsklausel auch durch eine Betriebsvereinbarung einführen. Allerdings akzeptiert das BAG dabei das „Anhängen“ an den Tarifvertrag nicht. Anders als in Arbeitsverträgen, in denen die dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag gängig und zulässig ist, besteht diese Möglichkeit im Rahmen einer Betriebsvereinbarung nicht. Betriebsvereinbarungen können, soweit im Tarifvertrag nur Regelungen enthalten sind, die der Mitbestimmung unterliegen, auf den Tarifvertrag in einer bestimmten Fassung (*statisch*) verweisen. Die *dynamische Verweisung* der Betriebsvereinbarung auf den jeweils geltenden Tarifvertrag hält das BAG für unzulässig, da sonst Nichtorganisierte über die Betriebsvereinbarung dem ihnen gegenüber mitgliedschaftlich nicht legitimierten Tarifvertrag normativ unterstellt würden.<sup>16</sup> Zudem verstieße der Betriebsrat gegen seine koalitionspolitische Neutralität. Schließlich liegt die Regelungsaufgabe der Betriebspartner darin, eine spezifische betriebliche Regelung zu finden. Eine dynamische Verweisung widerspräche dieser.<sup>17</sup> Unzulässige dynamische Verweisungen bleiben daher lediglich als statische Verweisungen in Kraft.<sup>18</sup> Ein statischer Verweis wiederum würde das Risiko bergen, Regelungen zu begründen, die nicht umgesetzt werden können, weil ursprünglich vorgesehene Produktvarianten z. B. für Neuzugänge nicht mehr verfügbar sind.

## IV. Auswirkungen für bestehende Opting-Out-Modelle

Nach der Übergangsregelung des § 30j BetrAVG n.F. gilt die Regelung des § 20 Abs. 2 BetrAVG n.F. nicht für Optionssysteme, die auf der Grundlage von Betriebs- oder Dienstvereinbarungen vor dem 1.6.2017 eingeführt wurden. Insofern ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber durch diese Übergangsregelung für bereits auf betrieblicher Ebene eingeführten Optionssystemen von einem Bestandsschutz ausgeht. Die weite Formulierung der Regelung spricht dafür, dass diese Regelung nicht nur auf die am 1.6.2017 bereits teilnehmende Mitarbeiter abstellt, sondern darauf, ob der Arbeitgeber sich bereits generell für die Einführung eines derartigen Systems entschieden hat. Dieser Gedanke dürfte sich auf den Grundgedanken des Betriebsrentenstärkungsgesetzes stützen lassen, dass gerade die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung fördern will. Ob diese Absicht Wirklichkeit wird, richtet sich unter anderem danach, ob und wenn ja, welche tariflichen Regelungen zukünftig für die betroffenen Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigen sind.

## V. Zusammenfassung

Zu begrüßen ist, dass die gesetzliche Neuregelung Klarheit darüber schafft, auf welcher Basis zukünftig Optionsmodelle eingerichtet wer-

11 BT-Drs. 18/12615, 30.

12 BT-Drs. 18/11286, 44.

13 BT-Drs. 18/11286, 31.

14 Dauner-Lieb/Langen, BGB – Schuldrecht, 3. Aufl. 2016, § 622, Rn. 22; BT-Drs. 18/11286, 47.

15 BT-Drs. 18/12612, 31.

16 BAG, 25.2.2015 – 5 AZR 481/13, AP TVG, § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 129.

17 Löwisch, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3, Rn. 736–738.

18 BAG, 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, BB 1993, 289, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 55.

den können und Arbeitgeber mit bestehenden betrieblichen Optionslösungen aufgrund der Übergangsregelung ihre Optionssysteme fortführen können.

Für nicht-tarifgebundene Arbeitgeber wird die Entwicklung zeigen, ob die Tarifparteien zukünftig entsprechende Öffnungsklauseln für Betriebsvereinbarungen schaffen oder allenfalls eine einzelvertragliche Inbezugnahme tariflicher Optionssysteme in Frage kommt.

**Bernd Wilhelm, LL.M.**, ist Syndikusrechtsanwalt und Leiter des Geschäftsbereichs Beratung der Longial GmbH, Düsseldorf. Er berät zu Rechts- und Steuerfragen der betrieblichen Altersversorgung.



## BAG: Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten in § 38 BetrVG

**BAG**, Beschluss vom 18.1.2017 – 7 ABR 60/15

ECLI:DE:BAG:2017:180117.B.7ABR60.15.0

Volltext des Beschlusses: [BB-ONLINE BBL2017-1267-3](#) unter [www.betriebs-berater.de](#)

### AMTLICHER LEITSATZ

**Leiharbeitnehmer sind bei der Feststellung der für die Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen, wenn sie zu dem regelmäßigen Personalbestand des Betriebs gehören.**

BetrVG § 38 Abs. 1 S. 1, § 38 Abs. 2, § 9; AÜG vom 28.4.2011 § 1 Abs. 1 S. 2

### SACHVERHALT

A. Die Beteiligten streiten über die Anzahl der nach § 38 BetrVG freizustellenden Betriebsratsmitglieder.

Die zu 3. beteiligte Arbeitgeberin ist ein Unternehmen der kunststoffverarbeitenden Industrie. Bei ihr ist der zu 1. beteiligte Betriebsrat gebildet. Im Rahmen seiner konstituierenden Sitzung am 21. März 2014 wählte der Betriebsrat den Vorsitzenden sowie dessen Stellvertreter, den Beteiligten zu 2., als freigestellte Betriebsratsmitglieder. Vor der Sitzung hatte der Betriebsrat die Arbeitgeberin über die beabsichtigte Wahl von zwei freizustellenden Betriebsratsmitgliedern informiert. Nachdem die Arbeitgeberin einer zweiten Freistellung unter Hinweis auf die aus ihrer Sicht zutreffende Anzahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer widersprochen hatte, verlangte der Betriebsrat von der Arbeitgeberin aufgrund eines Beschlusses vom 23. April 2014 die Freistellung auch des Beteiligten zu 2. Zu diesem Zeitpunkt beschäftigte die Arbeitgeberin 488 Stammarbeitnehmer einschließlich der Auszubildenden sowie 22 Leiharbeitnehmer. Die Anzahl der beschäftigten Stamm- und Leiharbeitnehmer im Betrieb der Arbeitgeberin entwickelte sich wie folgt: ... [wird ausgeführt]

Höchstens fünf der Leiharbeitnehmer wurden zur Vertretung von ausgefallenen Stammarbeitnehmern eingesetzt.

[...]

Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 2. haben beantragt

1. festzustellen, dass ein zweites Mitglied des Betriebsrats freizustellen ist, 2. die Arbeitgeberin zu verpflichten, das Mitglied des Betriebsrats B zum Zwecke der Betriebsratsstätigkeit von der Erbringung der Arbeitsleistung in vollem Umfang für die Dauer der Wahlperiode freizustellen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen. ...

Das Arbeitsgericht hat den Anträgen des Betriebsrats und des Beteiligten zu 2. stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Ar-

beitgeberin zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt die Arbeitgeberin die Abweisung der Anträge weiter. Der Betriebsrat sowie der Beteiligte zu 2. begehren die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

### AUS DEN GRÜNDEN

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist überwiegend unbegründet. Die Vorinstanzen haben dem Antrag des Betriebsrats festzustellen, dass ein zweites Mitglied des Betriebsrats freizustellen ist, sowie dem Antrag des Betriebsrats und des Beteiligten zu 2., die Arbeitgeberin zu verpflichten, den Beteiligten zu 2. zum Zwecke der Betriebsratsstätigkeit von der Erbringung der Arbeitsleistung freizustellen, zu Recht entsprochen. Die Rechtsbeschwerde hat nur insoweit Erfolg, als das Landesarbeitsgericht dem Feststellungsantrag (Antrag zu 1.) des Beteiligten zu 2. stattgegeben hat. Insoweit ist die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aufzuheben und der Antrag zu 1. des Beteiligten zu 2. als unzulässig abzuweisen.

I. Die Rechtsbeschwerde ist begründet, soweit das Landesarbeitsgericht dem Antrag des Beteiligten zu 2. auf Feststellung, dass ein zweites Betriebsratsmitglied freizustellen ist, stattgegeben hat. Dieser Antrag ist unzulässig, da dem Beteiligten zu 2. hierfür die Antragsbefugnis fehlt.

[...]

II. Im Übrigen ist die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin unbegründet. 14

### Der Betriebsrat kann nach § 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG die Freistellung von zwei seiner Mitglieder beanspruchen

1. Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag zu 1. des Betriebsrats zu 15 Recht stattgegeben.

a) ... b) Der Antrag zu 1. ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu 21 treffend erkannt, dass der Betriebsrat nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Freistellung von zwei seiner Mitglieder beanspruchen kann.

### Da § 38 Abs. 1 BetrVG selbst nicht bestimmt, wer Arbeitnehmer ist, ...

aa) Nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind in Betrieben mit in der 22 Regel 501 bis 900 Arbeitnehmern zwei Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. § 38 Abs. 1 BetrVG bestimmt nicht selbst, wer Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift ist. Daher ist von dem allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff in § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auszugehen, den das Gesetz in § 5 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3, Abs. 2 und Abs. 3 BetrVG erweitert sowie einschränkt.