

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 728/08
2 Sa 100/07
Landesarbeitsgericht
Saarland

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
05. Mai 2010

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

1.

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger zu 1),

2.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin zu 2),

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-

arbeitsgericht Linsenmaier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Hoffmann und Prof. Dr. Deinert für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Saarland vom 14. Mai 2008 - 2 Sa 100/07 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision haben der Kläger und die Klägerin jeweils zur Hälfte zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche für Tätigkeiten in einem restmandatierten Betriebsrat. 1

Die Beklagte erbringt Postdienstleistungen. Sie unterhielt eine Service-niederlassung Immobilien in S. Diese wurde von der Beklagten zum 1. Januar 2002 geschlossen. In der Niederlassung waren die beiden verbeamteten Kläger beschäftigt. Der Kläger war seit Juli 1999 freigestelltes Mitglied des in der Niederlassung errichteten Betriebsrats und zuletzt dessen Vorsitzender. Er wurde zum 31. Dezember 2001 wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt. Die seit November 1999 freigestellte Klägerin, die mit Ablauf des 31. Dezember 2002 wegen Erreichens der Altersgrenze in den Ruhestand versetzt wurde, nahm zuletzt die Funktion der stellvertretenden Vorsitzenden wahr. Beide übten ihr Amt nach Schließung der Niederlassung weiter aus. Ihre Tätigkeit betraf insbesondere die Durchführung von Betriebsratssitzungen sowie zahlreiche zwischen den Betriebsparteien geführte Beschlussverfahren. 2

Mit ihrer Klage haben die Kläger zuletzt Vergütung für Betriebsratstätigkeiten im Restmandat in der Zeit vom 1. Januar 2002 bis zum 10. April 2007 verlangt. Sie haben die Auffassung vertreten, die im Restmandat aufgewendete 3

Freizeit sei analog § 37 Absatz 3 Satz 3 BetrVG durch eine angemessene Vergütung auszugleichen. Dem Anspruch stehe nicht entgegen, dass der Kläger zum 31. Dezember 2001 und die Klägerin zum 31. Dezember 2002 in den Ruhestand versetzt worden seien. Eine Beendigung der Arbeitsverhältnisse wirke sich nicht auf die Mitgliedschaft im restmandatierten Betriebsrat aus.

Die Kläger haben - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung -
zuletzt beantragt, 4

die Beklagte zu verurteilen,

an den Kläger 33.330,40 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 16.825,70 Euro seit dem 12. März 2005, aus 28.773,70 Euro seit dem 11. Juni 2005 und aus 33.330,40 Euro seit Rechtshängigkeit,

sowie an die Klägerin 31.663,50 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 18.164,20 Euro seit dem 12. März 2005, aus 26.944,20 Euro seit dem 11. Juni 2005 und aus 31.663,50 Euro seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, die Vergütungsansprüche der Kläger bestünden schon deshalb nicht, weil das Betriebsratsamt mit deren Versetzung in den Ruhestand geendet habe. Aber auch wenn die Mitgliedschaft der Kläger im restmandatierten Betriebsrat nicht geendet haben sollte, gebe es keine Anspruchsgrundlagen für die geltend gemachten Vergütungsansprüche. Die Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG lägen nicht vor. Da die Niederlassung seit 1. Januar 2002 geschlossen sei, fehle es bereits an einer Arbeitspflicht, von der eine Arbeitsbefreiung nach dieser Bestimmung überhaupt erst in Betracht komme. 5

Das Arbeitsgericht hat - nach wiederholtem Wechsel der Verfahrensart - die bei ihm von den Klägern noch mit einem gemeinsamen Zahlungsantrag verfolgte Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. 6

Entscheidungsgründe

- Die zulässige Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Zwar führte die Versetzung der Kläger in den Ruhestand nicht zum Erlöschen ihrer Mitgliedschaft im restmandatierten Betriebsrat. Sie haben aber keinen Anspruch auf Vergütung der dort geleisteten Betriebsratstätigkeit. 7
- I. Die Klage ist mit den zuletzt gestellten Anträgen zulässig. 8
1. Der Senat hat nach § 73 Abs. 2, § 65 ArbGG nicht zu prüfen, ob der von den Klägern beschrittene Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen zulässig ist. Eine entsprechende Prüfung wäre nur veranlasst, wenn wegen der Rüge einer Partei eine Vorabentscheidung des Arbeitsgerichts geboten gewesen wäre (*BAG 21. April 2009 - 3 AZR 285/07 - Rn. 16, AP BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 20; 23. Januar 2007 - 3 AZR 398/05 - Rn. 24, BAGE 121, 36*). Eine derartige Rüge ist nicht erhoben worden. 9
2. Die Zulässigkeit der von den Klägern im Berufungsverfahren vorgenommenen Klageänderung unterliegt nach § 268 ZPO ebenso keiner Überprüfung durch das Revisionsgericht (*vgl. BAG 21. April 2009 - 3 AZR 285/07 - Rn. 20, AP BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 20; BGH 25. Oktober 2007 - VII ZR 27/06 - zu II 2 der Gründe, NJW-RR 2008, 262*). 10
3. Die Klageforderungen sind, wie sich aus den vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Schriftsätzen ergibt, hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Wie die Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt haben, handelt es sich bei den zuletzt geltend gemachten Ansprüchen um eine abschließende Gesamtforderung auf Vergütung der in der Zeit vom 1. Januar 2002 bis zum 10. April 2007 von den Klägern geleisteten Betriebsratstätigkeit. 11
- II. Die Klage ist unbegründet. 12

1. Soweit die Klägerin - in geringem Umfang - einen Vergütungsanspruch für das Jahr 2002, in dem ihr Arbeitsverhältnis noch bestand, geltend macht, ist dieser Anspruch, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, bereits deshalb nicht schlüssig dargetan, weil es an jeglichem nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG erforderlichen Vortrag dazu fehlt, dass die Klägerin die insoweit wahrgenommene Betriebsratstätigkeit außerhalb der für sie maßgeblichen Dienstzeit ausüben musste und ein Freizeitausgleich nicht möglich war. 13
2. Die von der Klägerin ganz überwiegend und vom Kläger ausschließlich geltend gemachten Vergütungsansprüche für die nach der Beendigung der Dienstverhältnisse im Ruhestand geleistete Betriebsratstätigkeit im restmandatierten Betriebsrat sind unbegründet, weil es an der erforderlichen gesetzlichen Anspruchsgrundlage fehlt. 14
- a) Zugunsten des Klägers konnte davon ausgegangen werden, dass dieser trotz der mit Ablauf des 31. Dezember 2001 erfolgten Versetzung in den Ruhestand noch Mitglied des restmandatierten Betriebsrats in der nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts „zum 1. Januar 2002“ stillgelegten Serviceniederlassung geworden und nicht bereits vor der Entstehung des Restmandats aus dem Betriebsrat ausgeschieden ist. Es bedurfte im Streitfall keiner abschließenden Beurteilung, ob der Betrieb im Sinne von § 21b BetrVG zum 31. Dezember 2001, zum 1. Januar 2002 oder - wie vom Kläger im Revisionsverfahren behauptet - bereits früher durch Stilllegung untergegangen ist. 15
- b) Die Ansprüche der Kläger scheitern nicht an einer Beendigung ihrer Mitgliedschaft in dem restmandatierten Betriebsrat. Die Kläger sind entgegen der Auffassung der Beklagten durch ihre Versetzung in den Ruhestand nicht nach § 24 Nr. 3 BetrVG iVm. § 24 Abs. 2 Satz 1 PostPersRG aus dem restmandatierten Betriebsrat ausgeschieden. Nach der Begründung des Restmandats iSv. § 21b BetrVG endet die Mitgliedschaft im Betriebsrat nicht mehr durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Ende des Arbeitsverhältnisses Folge der Betriebsstilllegung ist oder ob das Arbeitsverhältnis nach dem Untergang des Betriebs aus einem anderen Grund, etwa durch Ablauf einer Befristung oder wegen Erreichens der Alters- 16

grenze, geendet hätte. Dies gilt auch, wenn es sich um Beamte handelt, die nach § 24 Abs. 2 Satz 1 PostPersRG für die Anwendung des BetrVG als Arbeitnehmer gelten.

aa) Nach § 21b BetrVG bleibt der Betriebsrat, dessen Betrieb durch Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung untergeht, solange im Amt, wie dies zur Wahrnehmung der damit im Zusammenhang stehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte erforderlich ist. Das Restmandat ist die Fortsetzung des originären Mandats. Es entsteht mit dem Wegfall der betrieblichen Organisation und ist von dem Betriebsrat auszuüben, der zu diesem Zeitpunkt im Amt war. Die Betriebsratsmitglieder im Restmandat führen die Geschäfte nach § 22, § 13 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG weiter, solange im Zusammenhang mit der Betriebsstilllegung oder Zusammenlegung noch Verhandlungsgegenstände offen sind (*vgl. BAG 6. Dezember 2006 - 7 ABR 62/05 - Rn. 23 - 26 mwN, AP BetrVG 1972 § 21b Nr. 5*). Das Restmandat kann deshalb über das Ende der regelmäßigen Amtszeit hinausgehen (*BAG 1. April 1998 - 10 ABR 17/97 - zu B II 2 der Gründe mwN, BAGE 88, 247*). 17

bb) Die Mitgliedschaft im restmandatierten Betriebsrat endet nicht durch die Beendigung der Arbeitsverhältnisse seiner einzelnen Mitglieder. § 24 Nr. 3 BetrVG ist auf den restmandatierten Betriebsrat nicht anwendbar. Die Anwendung der Vorschrift wäre mit dem Sinn und Zweck des Restmandats nicht vereinbar. Dies gilt sowohl dann, wenn die Beendigung der Arbeitsverhältnisse Folge des Untergangs des Betriebs ist, als auch dann, wenn sie aus anderen Gründen eintritt. 18

(1) Das BetrVG regelt nicht ausdrücklich, ob und inwieweit die Regelung in § 24 BetrVG auch auf den Betriebsrat im Restmandat anwendbar ist. Die Frage lässt sich für die unterschiedlichen in § 24 Nr. 1 bis 6 BetrVG genannten Erlöschenstatbestände nicht einheitlich beantworten. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Anwendung der Erlöschenstatbestände unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Restmandats gerechtfertigt ist. Hiernach ist ersichtlich für den Erlöschenstatbestand des § 24 Nr. 1 BetrVG im Restmandat kein Raum. Auch eine Ausgliederung aus dem Betrieb, die beim originären Mandat zum Verlust 19

der Wählbarkeit und damit nach § 24 Nr. 4 BetrVG zum Erlöschen der Mitgliedschaft führt, hat diese Rechtsfolge im Restmandat, das gerade an den Untergang des Betriebsrats anknüpft, nicht. Dagegen ist § 24 Nr. 2 BetrVG auch im Restmandat anwendbar, da kein Betriebsratsmitglied gezwungen werden kann, sein Amt gegen seinen Willen fortzuführen (*BAG 12. Januar 2000 - 7 ABR 61/98 - zu B II 2 d dd der Gründe, AP BetrVG 1972 § 24 Nr. 5 = EzA BetrVG 1972 § 24 Nr. 2*).

(2) Der Erlöschenstatbestand des § 24 Nr. 3 BetrVG ist nach Sinn und Zweck des Restmandats auf die Mitgliedschaft im restmandatierten Betriebsrat nicht anwendbar. 20

(a) Für die stilllegungsbedingte Beendigung des Arbeitsverhältnisses geht das Bundesarbeitsgericht selbstverständlich von der Unanwendbarkeit des § 24 Nr. 3 BetrVG auf den Betriebsrat im Restmandat aus (*vgl. BAG 28. Oktober 1992 - 10 ABR 75/91 - zu B I 1 der Gründe, AP BetrVG 1992 § 112 Nr. 63 = EzA BetrVG 1972 § 112 Nr. 60; 14. August 2001 - 1 ABR 52/00 - zu B II c der Gründe, AP BetrVG 1972 § 21b Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 24 Nr. 3; ebenso DKK-Buschmann BetrVG 12. Aufl. § 21b Rn. 4, § 24 Rn. 23; ErfK/Koch 10. Aufl. § 21b BetrVG Rn. 4; Richardi/Thüsing BetrVG 12. Aufl. § 21b Rn. 13 mwN; Auktor NZA 2003, 950, 951*). Andernfalls hätte die durch § 15 Abs. 4 KSchG ausdrücklich eröffnete Möglichkeit der betriebsbedingten Kündigung für sämtliche Betriebsratsmitglieder den Wegfall des durch § 21b BetrVG gerade vorgesehenen Restmandats zur Folge. 21

(b) § 24 Nr. 3 BetrVG ist auf die Mitgliedschaft im restmandatierten Betriebsrat auch dann unanwendbar, wenn das Arbeitsverhältnis eines Betriebsratsmitglieds nach Entstehung des Restmandats unabhängig von dem Untergang des Betriebs endet oder geendet hätte (*ebenso Richardi/Thüsing § 21b Rn. 13*). Auch dies entspricht dem Zweck des Restmandats, durch das sichergestellt werden soll, dass die bei der Abwicklung des Betriebs noch bestehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte sachgerecht wahrgenommen werden. Die Erreichung dieses Zwecks wäre gefährdet, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen als stilllegungsbedingten 22

Gründen zum Erlöschen der Mitgliedschaft im restmandatierten Betriebsrat führen würde. Der mit § 24 Nr. 3 BetrVG verbundenen Gefahr einer personellen Ausdünnung des Betriebsrats wird im Vollmandat durch die Regelungen in § 22, § 13 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG begegnet. Diese Bestimmungen sind auf den Betriebsrat im Restmandat nicht anwendbar. Hier kommt mangels Fortbestands des Betriebs eine Neuwahl des Betriebsrats nicht in Betracht. Im Übrigen ist es im Hinblick auf den Zweck des Restmandats, die Verwirklichung der noch bestehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu ermöglichen, weder geboten noch gerechtfertigt, die Betriebsratsmitglieder, deren Arbeitsverhältnis aus anderen als Stilllegungsgründen - etwa wegen Erreichens einer Altersgrenze oder Ablauf einer Befristung - anders zu behandeln als die stilllegungsbedingt gemäß § 15 Abs. 4 KSchG gekündigten Arbeitnehmer. In beiden Fällen üben die Betriebsratsmitglieder ihr Restmandat aus, obwohl es an dem im originären Mandat erforderlichen arbeitsvertraglichen Band zum Arbeitgeber fehlt.

c) Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, haben die Kläger keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Vergütung von Betriebsratstätigkeiten im Restmandat in der Zeit 1. Januar 2002 bis zum 10. April 2007. Nimmt ein Betriebsratsmitglied sein nach § 37 Abs. 1 BetrVG unentgeltliches Ehrenamt nach einer Stilllegung des Betriebs und Beendigung des Arbeitsverhältnisses im restmandatierten Betriebsrat wahr, kommt eine Befreiung von der dem Arbeitgeber geschuldeten Arbeitsleistung bei Fortzahlung des Entgelts oder ein Freizeitausgleich nach § 37 Abs. 2, 3 BetrVG nicht mehr in Betracht. Das Betriebsratsmitglied kann in diesem Fall auch keine Vergütung für das mit der Betriebsratstätigkeit verbundene Freizeitopfer verlangen. Ein anderes Ergebnis widerspräche dem Ehrenamtsprinzip. 23

aa) § 37 Abs. 2, 3 BetrVG begründet unmittelbar keinen Anspruch auf Vergütung von Betriebsratsarbeit im restmandatierten Betriebsrat. Der Freistellungsanspruch bei Entgeltfortzahlung aus § 37 Abs. 2 BetrVG sowie der Vergütungsanspruch für aufgewendete Mehrarbeit nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG, die aus betriebsbedingten Gründen nicht innerhalb der Frist des § 37 24

Abs. 3 Satz 2 BetrVG ausgeglichen werden kann, setzen eine Arbeitspflicht des Betriebsratsmitglieds voraus. Daran fehlt es nach einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

bb) Ein Anspruch auf die Vergütung von Betriebsratsarbeit ist auch mit einer analogen Anwendung des § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG nicht zu begründen. 25

(1) Eine den Wortsinn übersteigende Gesetzesanwendung durch Analogie ist geboten, wenn der gesetzessprachlich nicht erfasste Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt wie ein gesetzessprachlich erfasster Fall (*BAG 29. September 2004 - 1 ABR 39/03 - zu B III 2 b der Gründe, BAGE 112, 100*). Eine Gesetzesanwendung über den Wortsinn hinaus bedarf einer besonderen Legitimation. Die Analogie setzt das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke voraus. Hat sich der Gesetzgeber hingegen bewusst für die Regelung oder Nichtregelung eines bestimmten Sachverhalts entschieden, sind die Gerichte nicht befugt, sich über diese gesetzgeberische Entscheidung durch eine Auslegung der Vorschrift gegen ihren Wortlaut hinwegzusetzen (*BAG 11. November 2009 - 7 ABR 26/08 - Rn. 22, EzA BetrVG 2001 § 80 Nr. 11*). 26

(2) Das Fehlen einer Vorschrift über die Vergütung für Betriebsratstätigkeiten während des Restmandats stellt - jedenfalls dann, wenn die Betriebsratstätigkeit nicht mit einem Vermögensnachteil, sondern nur mit einem Freizeitopfer verbunden ist - keine planwidrige Gesetzeslücke dar, die durch eine entsprechende Anwendung des § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG zu schließen wäre. Sofern und solange das Arbeitsverhältnis eines Mitglieds des restmandatierten Betriebsrats fortbesteht, hat dieses regelmäßig nach § 37 Abs. 2 BetrVG einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Aber auch in Fällen, in denen wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ansprüche nach § 37 Abs. 3 Satz 1 bis 3 BetrVG unmittelbar nicht mehr in Betracht kommen, besteht für die lediglich mit einem Freizeitopfer verbundene Betriebsratstätigkeit keine gesetzliche Regelungslücke. Nach der Gesamtkonzeption des BetrVG besteht jedenfalls grundsätzlich kein Entgeltanspruch für die von Betriebsratsmitgliedern erbrachten Freizeitopfer. Dies folgt insbesondere aus dem in § 37 Abs. 1 BetrVG normier- 27

ten Ehrenamtsprinzip, den Regelungen in § 37 Abs. 2 und 3 BetrVG sowie dem in § 78 Satz 2 geregelten Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot.

(a) Nach § 37 Abs. 1 BetrVG führen die Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Das Ehrenamtsprinzip wahrt die innere und äußere Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder. Es stärkt maßgeblich das Vertrauen der vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer darauf, dass die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte durch den Betriebsrat nicht durch die Gewährung oder den Entzug materieller Vorteile für die Betriebsratsmitglieder beeinflussbar sind (vgl. BAG 5. März 1997 - 7 AZR 581/92 - zu II 4 b bb der Gründe, BAGE 85, 224; 11. November 2008 - 1 AZR 646/07 - Rn. 21, AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 51 = EzA TzBfG § 4 Nr. 19). Mit dem Ehrenamtsprinzip ist es insbesondere nicht vereinbar, dass Betriebsratsmitglieder durch ihre Betriebsratstätigkeit zusätzliche Vergütungsansprüche erwerben (BAG 12. Dezember 2000 - 9 AZR 508/99 - zu I 2 c aa der Gründe, BAGE 96, 344).

28

(b) Zugleich sorgen die Regelungen in § 37 Abs. 2 und 3 BetrVG dafür, dass den Betriebsratsmitgliedern durch ihre Betriebsratstätigkeit keine Vermögensnachteile entstehen. Dementsprechend sind die Betriebsratsmitglieder nach § 37 Abs. 2 BetrVG im erforderlichen Umfang ohne Minderung des Arbeitsentgelts von ihrer beruflichen Tätigkeit zu befreien. Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat ein Betriebsratsmitglied Anspruch auf entsprechende bezahlte Arbeitsbefreiung, wenn es Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen hat. Wenn der Freizeitausgleich innerhalb eines Monats aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich ist, muss der Arbeitgeber die aufgewendete Zeit gem. § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG wie Mehrarbeit vergüten. Mitglieder des Betriebsrats erhalten danach weder eine Amtsvergütung noch ist die Betriebsratstätigkeit eine zu vergütende Arbeitsleistung. Vielmehr gilt das Lohnausfallprinzip. Dieses wird durch § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht durchbrochen. Der dort geregelte Freizeitausgleich für die außerhalb der Arbeitszeit durchgeführte Betriebsratstätigkeit betrifft lediglich die Folgen einer aus betriebsbedingten Gründen notwendigen Abweichung von dem Grundsatz, dass Betriebsratstätigkeit während der Arbeits-

29

zeit stattzufinden hat. Es handelt sich im Ergebnis um ein zeitlich verschobenes Arbeitsentgelt für eine sonst in der persönlichen Arbeitszeit anfallende Betriebsratstätigkeit, die nur infolge eines dem Arbeitgeber zuzurechnenden Umstands in die Freizeit verlegt worden ist (vgl. BAG 5. März 1997 - 7 AZR 581/92 - zu II 4 b aa der Gründe, BAGE 85, 224 zu § 37 BetrVG in seiner bis zum 27. Juli 2001 geltenden Fassung; zuletzt zu § 19 des Kirchengesetzes über die Mitarbeitervertretung in der Evangelischen Kirche in Deutschland idF vom 19. Dezember 2003 BAG 11. November 2008 - 1 AZR 646/07 - Rn. 20, AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 51 = EzA TzBfG § 4 Nr. 19). Soweit § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG ausnahmsweise eine Vergütung der aufgewendeten Zeit wie Mehrarbeit vorsieht, ist damit weder ein anderes gesetzliches Regelungskonzept noch die Aufgabe des Lohnausfallprinzips verbunden. Der in § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG vorgesehene Vergütungsanspruch für die außerhalb der Arbeitszeit aufgewendete Zeit ist vielmehr lediglich eine Kompensation dafür, dass der in § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG vorgesehene gerade nicht auf eine zusätzliche Vergütung gerichtete Freizeitausgleich aus Gründen, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen, zeitnah nicht möglich ist. Ein von dem Grundsatz des unentgeltlichen Ehrenamts abweichender gesetzlicher Regelungsplan, dass Freizeitopfer durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung auszugleichen wären, liegt darin nicht.

(c) Im Einklang mit dem Ehrenamts- und dem Lohnausgleichsprinzip bestimmt § 78 Satz 2 BetrVG, dass die Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden dürfen. Diese Bestimmung dient, ebenso wie das Ehrenamtsprinzip, der inneren und äußeren Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder (BAG 25. Februar 2009 - 7 AZR 954/07 - Rn. 17 mwN). Daraus folgt ebenfalls, dass die Betriebsratsmitglieder für ihre Tätigkeit im Vergleich zu den von ihnen vertretenen Arbeitnehmern keine zusätzliche Vergütung erhalten dürfen. Zugleich dürfen sie diesen gegenüber durch Wahrnehmung der nicht in ihrem Belieben stehenden, sondern aufgrund ihres Amtes geschuldeten Tätigkeit keine Vermögenseinbußen erleiden.

30

(3) Nach diesem gesetzlichen Regelungskonzept ist § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG nicht entsprechend auf Fallgestaltungen anwendbar, in denen Betriebsratsmitglieder im Restmandat nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses Betriebsratstätigkeit leisten, die nicht mit einem Entgeltausfall oder einem sonstigen Vermögensopfer verbunden ist. Allein das in einem solchen Fall mit der Betriebsratstätigkeit verbundene Freizeitopfer rechtfertigt die analoge Anwendung des § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG nicht. Eine Vergütung für die ohne Vermögenseinbußen aufgewendete Freizeit widerspräche vielmehr dem Ehrenamtsprinzip. Auch das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG gebietet keine Vergütung der von einem Betriebsratsmitglied aufgewendeten Freizeit. Vielmehr geriete die Zuerkennung eines Entgelts an die Betriebsratsmitglieder in Konflikt mit dem Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG. Die Betriebsratsmitglieder erhielten dann eine Vergütung, auf welche die Arbeitnehmer ohne Betriebsratsmandat keinen Anspruch hätten. Gerade im Restmandat wäre damit die Gefahr der „Kommerzialisierung“ des Betriebsratsamts verbunden. 31

(4) Die von dem Kläger angeführte Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Oktober 1982 (- 2 AZR 568/80 - BAGE 41, 72) gebietet keine Anfrage beim Zweiten Senat nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG. Der erkennende Senat weicht nicht im Sinne von § 45 Abs. 2 ArbGG von der Entscheidung des Zweiten Senats ab. Es spricht bereits viel dafür, dass die Erwägung des Zweiten Senats, es reiche aus, die von Betriebsratsmitgliedern nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für Betriebsratsaufgaben aufgewendete Zeit in entsprechender Anwendung des § 37 Abs. 3 BetrVG als Mehrarbeit zu vergüten, für dessen Entscheidung nicht selbständig tragend war, zumal der Zweite Senat den Rechtsstreit, in dem es um die Wirksamkeit einer nach § 15 Abs. 4 KSchG ausgesprochenen Kündigung ging, auch ohne diese Erwägung in gleicher Weise entschieden hätte. Das kann jedoch dahinstehen. Die Entscheidung des Zweiten Senats erging vor der Kodifizierung des § 21b BetrVG und betraf damit eine andere Gesetzeslage. 32

cc) Hiernach haben die Kläger keinen Anspruch auf Entgelt für die Zeit, in der sie nach ihrer Versetzung in den Ruhestand Betriebsratsaufgaben wahr- 33

genommen haben. Die Kläger erhielten in dieser Zeit Versorgungsbezüge, die durch die Ausübung ihrer Betriebsratstätigkeit im Restmandat nicht geschmälert wurden. Sie erlitten somit durch die Wahrnehmung ihres Amtes keine Vermögenseinbußen. Eine Vergütung dieser Tätigkeit wäre mit dem Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG und dem Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG unvereinbar. Der Rechtsstreit verlangt keine Entscheidung des Senats darüber, ob Mitglieder eines Betriebsrats im Restmandat einen Ausgleich für Vermögensopfer verlangen können, die dadurch entstehen, dass sie von einem neuen Arbeitgeber unbezahlt für Tätigkeiten im restmandatierten Betriebsrat des alten Betriebs freigestellt werden.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 iVm. § 100 Abs. 1 ZPO.

34

Linsenmaier

Kiel

Schmidt

Hoffmann

Deinert