# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MARCO DARMON
## vom 5. Juli 1994 *

1. Man hätte meinen können, daß Ihr Urteil Bötel vom 4. Juni 1992 [1] die heikle Frage nach der Vereinbarkeit der in Deutschland geltenden Vergütungsregelung für Betriebsratsmitglieder mit Artikel 119 EWG-Vertrag und der Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 [2] beantwortet hat.

2. Die lebhafte Kontroverse, die dieses Urteil in Deutschland ausgelöst hat, hat zu zwei neuen Vorlagen geführt [3]. Hier haben wir die erste Vorlage zu prüfen, die vom Arbeitsgericht Bremen ausgeht.

3. Es ist klar, daß von Ihnen eine echte Überprüfung, seitens der deutschen Regierung sogar eine Änderung Ihrer Rechtsprechung erwartet wird.

4. § 46 des Bundespersonalvertretungsgesetzes (BPersVG) vom 15. März 1974 [4] bestimmt:

— „Die Mitglieder des Personalrates führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt" (Absatz 1).

— „Versäumnis von Arbeitszeit, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Personalrates erforderlich ist, hat keine Minderung der Dienstbezüge oder des Arbeitsentgeltes zur Folge. Werden Personalratsmitglieder durch die Erfüllung ihrer Aufgaben über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus beansprucht, so ist ihnen Dienstbefreiung in entsprechendem Umfang zu gewähren" (Absatz 2).

— „Die von ihrer dienstlichen Tätigkeit ganz freigestellten Personalratsmitglieder

* Originalsprache: Französisch.

1 — Rechtssache C-360/90, Slg. 1992, I-3589.

2 — Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. L 45, S. 19).

3 — In der Rechtssache C-457/93 (Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Lewark), die sich im Stadium der Sachverhaltsermittlung befindet, betrifft die vom Bundesarbeitsgericht gestellte Vorlagefrage denselben Gegenstand.

4 — BGBl. I S. 693, in der Fassung vom 16. Januar 1991, BGBl. I S. 47.

erhalten eine monatliche Aufwandsentschädigung" (Absatz 5).

— „Die Mitglieder des Personalrates sind unter Fortzahlung der Bezüge für die Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen vom Dienst freizustellen, soweit diese Kenntnisse vermitteln, die für die Tätigkeit im Personalrat erforderlich sind" (Absatz 6).

5. Das Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972 (BetrVG) [5] enthält entsprechende Bestimmungen für Betriebsräte in Privatunternehmen [6].

6. Im Urteil Bötel zum BetrVG haben Sie folgende Feststellungen getroffen:

1) Die den Vertretern der Arbeitnehmer gezahlte Vergütung stellt ein Entgelt im Sinne des Artikels 119 EWG-Vertrag und der Richtlinie 75/117 dar.

2) Die teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieder werden bezüglich der Vergütung bei der Teilnahme an Schulungsveranstaltungen gegenüber vollzeitbeschäftigten Betriebsratsmitgliedern benachteiligt. In Anbetracht des Umstands, daß es unter den teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitgliedern viel mehr Frauen als Männer gibt, ergibt sich daraus „beim Entgelt ... [eine] im Widerspruch zu Artikel 119 EWG-Vertrag und zur Richtlinie 75/117 stehende mittelbare Diskriminierung der weiblichen Arbeitnehmer gegenüber den männlichen Arbeitnehmern" [7].

3) Diese unterschiedliche Behandlung „kann ... nicht als durch objektive Faktoren gerechtfertigt angesehen werden, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, es sei denn, der betroffene Mitgliedstaat weist vor dem nationalen Gericht das Gegenteil nach" [8].

7. Der Hintergrund der vorliegenden Vorabentscheidungsfragen ist folgender:

8. Frau Freers und Frau Speckmann, die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, die bei der Deutschen Bundespost beschäftigt sind, sind Mitglieder des Personalrats beim Postamt Bremerhaven. Beide sind teilzeitbeschäftigt (mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von

5 — BGBl. I S. 13, in der Fassung vom 23. Dezember 1988, BGBl. I S. 1 und 902.

6 — Um dieses Gesetz ging es in der Rechtssache Bötel.

7 — Randnr. 20.

8 — Randnr. 26.

18 Stunden), während die entsprechende tarifliche Wochenarbeitszeit einer vollzeitbeschäftigten Kraft 38,5 Stunden beträgt [9].

9. Im Februar 1992 besuchten die Klägerinnen ein Fortbildungsseminar „Einführung in das Bundespersonalvertretungsgesetz".

10. Während dieses Seminars erhielten sie ihr anhand der Teilzeittätigkeit errechnetes übliches Arbeitsentgelt ohne Ausgleich für die Stunden, die über ihre regelmäßige Arbeitszeit hinausgingen.

11. Für ihr Begehren, eine bezahlte Freistellung für diese zusätzliche Dauer zu erhalten, berufen sich die Klägerinnen nicht auf ihr nationales Recht, das ihnen diesen Anspruch nicht verschaffen könnte [10].

12. Da die Klägerinnen festgestellt haben, daß die teilzeitbeschäftigten Personalratsmitglieder in der Mehrzahl Frauen sind, machen sie unter Berufung auf Ihr Urteil Bötel geltend, daß die deutschen Rechtsvorschriften gegen Artikel 119 EWG-Vertrag und die Richtlinie 75/117/EWG verstießen.

13. Dem vorlegenden Gericht ist dieses Urteil bekannt. Es fragt sich jedoch, ob es „mit grundlegenden Prinzipien des nationalen Rechts" [11] vereinbar ist, und bringt einige Bedenken zum Ausdruck, die vom Urteil Bötel nicht zerstreut würden:

14. Erstens sei die Personalratstätigkeit ehrenamtlich.

15. Das Gesetz sehe in bestimmten Fällen sogar die Freistellung der Personalvertreter von ihrer dienstlichen Tätigkeit vor (§ 46 Absätze 3 und 4 BPersVG und § 38 BetrVG). Sie erhielten keine Vergütung für diese dienstliche Tätigkeit, sondern als Ausgleich einen Betrag, der dem Arbeitsentgelt entspreche, das sie erhalten hätten, wenn sie normal gearbeitet hätten. Daraus ergäben sich mithin unvermeidliche Unterschiede beim Arbeitsentgelt, die nicht mit der Tätigkeit als Personalvertreter, sondern mit der wöchentlichen Arbeitszeit, wie sie im individuellen Arbeitsvertrag vorgesehen sei, zusammenhingen.

9 — Vorlagebeschluß, Nr. 1 der Gründe I.

10 — A. a. O., S. 4.

11 — A. a. O., S. 6.

16. Würde eine Qualifizierung des Ausgleichs als Arbeitsentgelt nicht darauf hinauslaufen, daß die Personalvertretertätigkeit als *bezahlte Tätigkeit* zu betrachten wäre, was der deutsche Gesetzgeber stets mit der Begründung abgelehnt habe, daß die Ehrenamtlichkeit es ermögliche, die Unabhängigkeit der Personalvertreter zu gewährleisten?

17. Außerdem nehme das Betriebsratsmitglied grundsätzlich die Interessen der Arbeitnehmer wahr und übe in erster Linie keine Tätigkeit aus und nehme keine Funktion wahr, die im Interesse des Arbeitgebers stünden und von diesem zu entlohnen wären.

18. Zweitens fragt sich das vorlegende Gericht, ob diese Grundsätze der ehrenamtlichen Tätigkeit und des Lohnausgleichs nicht einen *sachlichen Differenzierungsgrund* darstellten, der mit einer Frauendiskriminierung nichts zu tun habe.

19. Drittens meint das vorlegende Gericht, wenn der Arbeitgeber dem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer eine Vergütung zahlen müßte, die genauso hoch sei wie die der Vollzeitkraft gewährte, würde sie nicht mehr von der regelmäßigen Arbeitszeit, sondern von der Dauer der Seminarteilnahme abhängen. Dies würde zusammen mit der Verpflichtung, den Arbeitnehmern, die in der betreffenden Woche normalerweise Überstunden geleistet hätten, das Überstundenentgelt weiterzuzahlen, zu einer Häufung der finanziellen Belastungen führen, denen keine Gegenleistung gegenüberstehe und die über den Rahmen der vertraglichen Arbeitszeit hinausgingen. Lasse sich nicht gerade durch das sachliche Kriterium des Ausgleichs des Lohnausfalls eine solche Belastungshäufung vermeiden?

20. Aus alledem ergeben sich die folgenden drei Vorlagefragen:

1) Ist der für die Tätigkeit in einer gesetzlich geschaffenen Arbeitnehmervertretung wirtschaftlich dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin zufließende Ausgleich Arbeitsentgelt im Sinne der europäischen Vorschriften über die Lohngleichheit von Mann und Frau (Artikel 119 EWG-Vertrag, Richtlinie des Rates 75/117/EWG vom 10. Februar 1975)?

2) Falls die Frage zu 1 bejaht wird: Ist es ein sachlicher Grund zur Ungleichbehandlung, der nichts mit der Diskriminierung von Frauen zu tun hat, daß nach nationalem Recht die Tätigkeit in einer Arbeitnehmervertretung nicht entlohnt wird, sondern grundsätzlich das Lohnausfallprinzip gilt?

3) Falls die Frage zu 2 verneint wird: Ist es ein solcher sachlicher Grund zur Ungleichbehandlung, daß zwar Teilzeitkräfte nur entsprechend der Teilzeitarbeit Lohnfortzahlung für die Teilnahme an einem ganztägigen Seminar erhalten, auf der anderen Seite aber solchen Arbeitnehmern, die normalerweise Überstunden leisten, diese fortgezahlt werden, auch wenn die Seminardauer zeitlich dem Normalarbeitstag angepaßt ist?

Zur ersten Frage

21. Zum Entgeltbegriff habe ich mich bereits in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Bötel auseinandergesetzt [12].

22. In Ihrem Urteil vom 4. Juni 1992 haben Sie die Frage, „ob die Vergütung — in Form von bezahlter Arbeitsfreistellung oder der Bezahlung von Überstunden — für Schulungsveranstaltungen, die für die Betriebsratstätigkeit erforderliche Kenntnisse vermitteln, unter den Begriff des ‚Entgelts' im Sinne des Artikels 119 EWG-Vertrag und der Richtlinie 75/117 fällt" [13], unter folgenden vier Gesichtspunkten bejaht:

(i) Ihre herkömmliche Definition des Entgeltbegriffs:

„[Der] Begriff des ‚Entgelts' im Sinne von Artikel 119 EWG-Vertrag [umfaßt] alle gegenwärtigen oder künftigen in bar oder in Sachleistungen gewährten Vergütungen, vorausgesetzt, daß sie der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wenigstens mittelbar aufgrund des Dienstverhältnisses gewährt, sei es aufgrund eines Arbeitsvertrages, aufgrund von Rechtsvorschriften oder freiwillig." [14]

(ii) Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses:

Die Vergütung wird „aufgrund von Rechtsvorschriften" und „aufgrund eines

12 — Nrn. 4 bis 7.

13 — Randnr. 11.

14 — Randnr. 12. Siehe auch Urteile vom 9. Februar 1992 in der Rechtssache 12/81 (Garland/British Rail, Slg. 1982, 359, Randnr. 5) und vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88 (Barber, Slg. 1990, I-1889, Randnr. 12). Die Definition des Entgeltbegriffs entspricht ständiger Rechtsprechung. *Nach* Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährte Leistungen können den Charakter eines Entgelts im Sinne des Artikels 119 haben (siehe Urteil vom 17. Februar 1993 in der Rechtssache C-173/91, Kommission/Belgien, Slg. 1993, I-673, Randnr. 13).

Arbeitsverhältnisses" gezahlt, auch wenn sie sich nicht aus dem Arbeitsverhältnis ergibt [15].

(iii) Ausübung der Tätigkeit im allgemeinen Interesse des Unternehmens:

„Die Betriebsratsmitglieder ... sind damit betraut, für die Interessen des Personals einzutreten; sie fördern damit das Bestehen harmonischer Arbeitsbeziehungen innerhalb des Betriebs und liegen in dessen allgemeinem Interesse." [16]

(iv) Zweck der Vergütung:

„[Die] Vergütung ... [soll] den Betriebsratsmitgliedern ein Einkommen sichern, selbst wenn sie während der Dauer von Schulungsveranstaltungen keine in ihrem Arbeitsvertrag vorgesehene Tätigkeit ausüben." [17]

23. Die Diskussion über diesen Entgeltbegriff wird hier in zweierlei Hinsicht erweitert.

24. Erstens werden Sie nicht nur gefragt, ob die Vergütung für *Schulungsveranstaltungen* als Entgelt im Sinne des Gemeinschaftsrechts anzusehen ist [18], sondern allgemein, ob „der für die Tätigkeit in einer gesetzlich geschaffenen Arbeitnehmervertretung wirtschaftlich dem Arbeitnehmer ... zufließende Ausgleich Arbeitsentgelt [ist]".

25. Zweitens sind Ihnen neue Argumente und Gesichtspunkte vorgelegt worden, die Sie veranlassen könnten, die dieser Vergütung beigemessene Entgelteigenschaft zu überprüfen.

26. Untersuchen wir diese beiden Aspekte.

27. Sie sind also aufgefordert, nicht nur die Vergütungsregelung bei Schulungsveranstaltungen, sondern auch diejenige im Zusammenhang mit den normalen Aufgaben der Personalvertreter, wie der Teilnahme an den Sitzungen des Personalrats, zu prüfen.

28. Die Tätigkeit der Personalvertreter hat grundsätzlich während der Arbeitszeit stattzufinden.

15 — Randnr. 14.
16 — A. a. O.
17 — Randnr. 15.

18 — Siehe Randnr. 11 des Urteils Bötel.

29. Während des für die Erfüllung seiner Aufgabe erforderlichen Zeitraums erhält der Personalvertreter das Einkommen, das er erhalten hätte, wenn er gearbeitet hätte, und zwar einschließlich des Überstundenentgelts, falls die Leistung von Überstunden durch ihn vorgesehen war: Es liegt also weder ein Lohnzuwachs noch ein Lohnausfall vor.

30. Findet jedoch die Personalvertretungstätigkeit außerhalb der individuellen Arbeitszeit statt, so ist den Personalvertetern nach § 46 Absatz 2 Satz 2 BPersVG (und nach § 37 Absatz 3 BetrVG) Dienstbefreiung für den entsprechenden Stundenüberschuß zu gewähren.

31. Nach dem BetrVG wird die Betriebsratstätigkeit, die außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, nur vergütet, wenn sie aus „betriebsbedingten Gründen" gerechtfertigt ist [19]. Im Rahmen des BPersVG muß die entsprechende Tätigkeit in „Erfüllung ihrer Aufgaben" [20] als Personalratsmitglieder ausgeübt werden.

32. Somit kann die Tätigkeit eines Personalratsmitglieds zwar als „Ehrenamt" bezeichnet werden; sie zieht jedoch verschiedene Formen der Vergütung nach sich:

— soweit sie sich im Rahmen der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit bewegt: durch Aufrechterhaltung des Arbeitsentgelts;

— soweit sie über diese Arbeitszeit hinausgeht: durch Dienstbefreiung, sofern es um die Erfüllung der Aufgaben des Betreffenden geht. Der Umfang der Vergütung richtet sich hier nicht nur nach der vertraglich geregelten Arbeitszeit, sondern auch nach der vom Personalvertreter für die Ausübung seines Amtes aufgewendeten Zeit.

33. Die Teilnahme an Bildungs- und Schulungsveranstaltungen unterliegt einer besonderen Regelung.

34. Der deutsche Gesetzgeber hat vorgesehen, daß „die Mitglieder des Personalrates ... unter Fortzahlung der Bezüge" für die Teilnahme an diesen Veranstaltungen „vom Dienst freizustellen [sind]" (§ 46 Absatz 6 BPersVG und § 37 Absatz 6 BetrVG).

35. Diese Bestimmungen sind vom Bundesarbeitsgericht und vom Bundesverwaltungs-

19 — § 37 Absatz 3 BetrVG.
20 — § 46 Absatz 2 BPersVG.

gericht [21] dahin ausgelegt worden, daß sie für die Mitglieder des Betriebsrats oder des Personalrats, unabhängig von der Dauer der betreffenden Veranstaltung, keinen Anspruch auf eine höhere Vergütung als die begründen, die sie normalerweise erhalten hätten, wenn sie gearbeitet hätten.

36. Es ist genau zu unterscheiden: Die außerhalb der persönlichen Arbeitszeit

1) für Personalratssitzungen oder andere Tätigkeiten des Personalrats aufgewendete Zeit wird zusätzlich zu dem Ausgleich für den Ausfall des Arbeitsentgelts vergütet, das der Betreffende erhalten hätte, wenn er gearbeitet hätte (§ 46 Absatz 2 BPersVG);

2) für *Schulungsveranstaltungen* zum Zweck des Erwerbs von Kenntnissen, die für die Tätigkeit im Personalrat erforderlich sind, aufgewendete Zeit wird *nur dadurch vergütet*, daß der Ausfall des der Wochenarbeitszeit entsprechenden Arbeitsentgelts ausgeglichen wird (§ 46 Absatz 6 BPersVG).

21 — Siehe die auf S. 4 des Vorlagebeschlusses angeführte Rechtsprechung.

37. So führt ein und dieselbe Schulungsveranstaltung, die 38,5 Stunden pro Woche dauert, zu einer Vergütung, die stets dem Arbeitsentgelt entspricht, das der Personalvertreter erhalten hätte, wenn er gearbeitet hätte, einem Arbeitsentgelt also, das unterschiedlich hoch ist, je nachdem, ob der Betreffende ein vollzeit- oder ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer ist.

38. Um dem Entgeltbegriff hier jeden Boden zu entziehen, macht die deutsche Regierung im wesentlichen geltend, daß „nach dem Lohnausfallprinzip keine Gegenleistung für die Personalratstätigkeit als solche gewährt wird, sondern lediglich der aufgrund der ausgefallenen Arbeitszeit eintretende Einkommensverlust des jeweiligen Personalratsmitglieds ausgeglichen wird“ [22].

39. Jedes Personalratsmitglied erhalte nur eine „finanzielle Absicherung“ [23], deren Umfang nur von seiner üblichen Arbeitszeit abhänge, von seiner eigentlichen Tätigkeit als Personalvertreter aber unabhängig sei, die als solche nicht *vergütet* werde: Das sei das Lohnausfallprinzip.

22 — Erklärungen der deutschen Regierung, Nr. 7. Vgl. im gleichen Sinne B. Schiefer in „Die Rechtsprechung des EuGH zur Vergütung teilzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder bei ganztägiger Schulungsteilnahme“, *DB*, 1993, 1822, 1823: „Gegenstand der im Falle der Schulungsteilnahme gezahlten Vergütung ist also nicht die Schulungsteilnahme, sondern die versäumte Arbeitsleistung ...“

23 — Vorlagebeschluß, Gründe II, 1.

40. Hierzu zwei Bemerkungen:

41. Erstens habe ich bereits dargelegt, daß eine solche Vergütung im Rahmen der Ausübung der Tätigkeiten des Personalvertreters nicht fremd ist, da sie doch auch von der Dauer dieser Tätigkeit abhängen kann [24].

42. Zweitens ist dieser Ausgleich zwar nicht die Gegenleistung für eine *unmittelbar für Rechnung des Arbeitgebers erbrachte Arbeitsleistung*. Das Gemeinschaftsrecht verlangt aber eine solche Leistung auch nicht, um ein Einkommen als Entgelt im Sinne des Artikels 119 zu qualifizieren. Der Entgeltbegriff umfaßt nämlich, wie wir gesehen haben, allgemein *jeden aus Anlaß des Beschäftigungsverhältnisses erlangten Vorteil.*

43. Im Urteil Bötel haben Sie darauf hingewiesen, daß

„die rechtlichen Begriffe und Qualifizierungen des nationalen Rechts die Auslegung oder die Verbindlichkeit des Gemeinschaftsrechts und damit auch die Tragweite des ... Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen unberührt lassen“ [25].

44. So haben Sie die Auffassung vertreten, daß die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall als Entgelt zu qualifizieren sei [26]. Die Beträge werden in diesem Fall gezahlt, ohne daß der Arbeitgeber eine unmittelbare Gegenleistung erhält, da der Arbeitnehmer gerade nicht arbeitet. Der Lohnausfallausgleich nach § 46 Absatz 2 BPersVG weist eine viel stärkere Bindung zum Beschäftigungsverhältnis auf, da Grund für ihn der Beitrag des Arbeitnehmers zum Funktionieren einer *Einrichtung des Unternehmens* ist. Die Teilnahme an Schulungsveranstaltungen weist, sofern diese für die Personalvertreter bei der Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlich sind, ebenfalls — wenn auch nur mittelbar — eine Bindung zum Beschäftigungsverhältnis auf. Wie ich in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Bötel hinsichtlich der Vergütung der für eine Fortbildungsveranstaltung aufgewendeten Stunden hervorgehoben habe, „handelt es sich sehr wohl um Beträge, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses zahlt“ [27].

45. Dann muß die Vergütung des Arbeitnehmers, der seine Aufgabe als Personalvertreter *unmittelbar* erfüllt, erst recht als Entgelt qualifiziert werden.

46. Zudem weist der Lohnausfallausgleich einige gemeinsame Merkmale auf, ob er nun gewährt wird, wenn der Personalvertreter an einer Fortbildungsveranstaltung teilnimmt oder aber dann, wenn dieser seinen eigentlichen Auftrag erfüllt.

24 — Siehe § 46 Absatz 2 Satz 2 BPersVG sowie oben, Nrn. 30 und — vor allem — 32.

25 — Randnr. 23.

26 — Urteil vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, 2743, Randnr. 7).

27 — Nr. 6.

47. Der Ausgleich wird vom Arbeitgeber gezahlt und entspricht in seiner Höhe genau dem Arbeitsentgelt, das der Personalvertreter bezogen hätte, wenn er normal gearbeitet hätte [28]. Darüber hinaus wird er sowohl steuer-als auch sozialrechtlich einem Arbeitsentgelt gleichgestellt [29].

**Zur zweiten Frage**

48. Wie wir gesehen haben, wird der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer bei der Erfüllung seines eigentlichen Auftrags als Personalvertreter nicht diskriminiert; denn die über die in seinem Arbeitsvertrag festgelegte Wochenarbeitszeit hinaus aufgewendete Zeit wird vergütet [30].

49. Nimmt die Teilzeitkraft dagegen an Schulungsveranstaltungen teil, deren Dauer über die eigene arbeitsvertragliche Arbeitszeit hinausgeht, so wird er insoweit diskriminiert, als er zum Ausgleich nur den Lohnausfallbetrag erhält, während eine Vollzeitkraft bei einer Schulungsveranstaltung gleicher Dauer eine höhere Vergütung erhalten kann, da diese seinem Arbeitsentgelt gleichkommen kann.

50. Dies haben Sie im Urteil Bötel festgestellt:

„Beide Gruppen von Betriebsratsmitgliedern wenden für die Teilnahme an diesen Schulungsveranstaltungen die gleiche Stundenzahl auf. Wenn jedoch die Dauer der während der betrieblichen Vollarbeitszeit veranstalteten Schulungen über die individuelle Arbeitszeit der teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieder hinausgeht, erhalten diese vom Arbeitgeber eine niedrigere Vergütung als die vollzeitbeschäftigten Mitglieder und werden folglich unterschiedlich behandelt." [31]

51. Ist diese unterschiedliche Behandlung objektiv gerechtfertigt?

52. Sie vertreten allgemein die Ansicht, daß es Sache des vorlegenden Gerichts sei, zu beurteilen, ob eine Bestimmung, die zwar unabhängig vom Geschlecht der Arbeitnehmer angewandt wird, im Ergebnis jedoch Frauen stärker trifft als Männer, aus objektiven Gründen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt ist [32]. So sind Sie auch in der Rechtssache Bötel verfahren [33]. In anderen Entscheidungen haben Sie ausgeschlossen, daß die von den am Vorabentscheidungsverfahren Beteiligten vorgebrachten Begründungen „objektive Gründe, die

28 — Vorbehaltlich der Anwendung von § 46 Absatz 2 Satz 2 BPersVG.

29 — Schriftliche Antwort der deutschen Regierung vom 13. April 1994 auf die Fragen des Gerichtshofes, S. 1.

30 — § 46 Absatz 2 Satz 2 BPersVG.

31 — Randnr. 17.

32 — Siehe meine Schlußanträge in der Rechtssache Bötel, Nr. 18.

33 — Randnr. 26.

nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben", darstellen können [34].

53. Hier wird Ihnen die Frage ausdrücklich gestellt: Ist die Geltung des Lohnausfallprinzips ein sachlicher Grund zur Ungleichbehandlung?

54. Die Kommission hat in ihren Erklärungen [35] hervorgehoben, daß der Grundsatz der Ehrenamtlichkeit die innere Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter gewährleisten solle, die aus der Führung ihres Amtes weder Vorteile haben noch Einbußen erleiden dürften. In seinem Vorlagebeschluß vom 20. Oktober 1993, der der Rechtssache C-457/93 zugrunde gelegen hat, hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt:

„Der deutsche Gesetzgeber hat im Interesse einer sachbezogenen Betriebsratsarbeit die Unabhängigkeit des Betriebsrats höher bewertet als wirtschaftliche Anreize für die Übernahme des Betriebsratsamts." [36]

34 — Siehe meine Schlußanträge in der Rechtssache Bötel, Nr. 19. Siehe zuletzt Urteil vom 24. Februar 1994 in der Rechtssache C-343/92 (Roks u. a., Slg. 1994, I-571, Randnrn. 31 ff.).

35 — Nr. 36.

36 — S. 20.

55. Das Lohnausfallprinzip soll diese Unabhängigkeit gewährleisten.

56. Nach deutschem Recht wird dieses Prinzip auf Schulungsveranstaltungen, unabhängig von deren tatsächlicher Dauer, strikt angewandt.

57. Daraus folgt, daß beispielsweise die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens das Seminar, das 38,5 Stunden dauerte, zumindest teilweise ohne Vergütung besuchten, da sie als Ausgleich nur ihr anhand der Teilzeittätigkeit errechnetes normales Arbeitsentgelt erhielten. Läßt sich Gleiches auch von dem vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer sagen, der eine Vergütung erhalten hat, die 38,5 Stunden entspricht?

58. Zu keinem Zeitpunkt während dieser Dauer ist die Veranstaltung vom vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer vergütungslos besucht worden. Dies ist jedoch bei der Teilzeitkraft der Fall, soweit es um den Teil der Veranstaltungsdauer geht, der ihre Wochenarbeitszeit übersteigt. In einem Urteil vom 30. Januar 1990 hat dies das Landesarbeitsgericht Berlin [37] so ausgedrückt: „Um ein Freizeitopfer außerhalb der individuellen Arbeitszeit geht es auch bei der Schulung teilzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder." [38]

37 — *DB*, 1991, 50.

38 — Gegenstandslos in dieser deutschen Fassung der Schlußanträge (Anm. d. Ü.).

59. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der deutschen Regierung geltend gemacht, die Aufgabe eines Betriebsratsmitglieds setze persönliches Engagement und das Opfern von Freizeit voraus. Damit dieses Argument aber überzeugend ist, müßte dieses Opfer von allen Arbeitnehmern gleichermaßen gebracht werden [39].

60. Das ist nicht der Fall, und das fragliche System übt ganz offensichtlich eine *abschreckende Wirkung* auf die teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer — also überwiegend Frauen — aus, da sie ein Arbeitsentgelt beziehen, das der in ihrem Arbeitsvertrag vorgesehenen Wochenarbeitszeit entspricht, die weniger als die Zeit beträgt, die tatsächlich für die Schulung aufgewendet wurde.

61. So wird sich der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer veranlaßt sehen, nicht an den für die Tätigkeit als Personalvertreter erforderlichen Schulungsveranstaltungen teilzunehmen, zumal seine Wochenarbeitszeit niedrig ist.

62. Die Anwendung des Lohnausfallprinzips führt zu Differenzierungen bei der Vergütung der Arbeitnehmer, da sich diese Vergütung unmittelbar nach der jeweiligen Arbeitszeit richtet.

63. Ist es rechtens, wenn bei ein und derselben Schulungsveranstaltung ein Personalvertreter, der Teilzeitarbeit leistet, eine niedrigere Vergütung erhält als ein Personalvertreter, der die volle Zeit arbeitet? Setzt er sich weniger für die Interessen der Arbeitnehmer ein? Braucht seine Fortbildung nicht so ernsthaft und wirkungsvoll zu sein wie die des Vollzeitarbeitnehmers [40]? Ist es nicht erforderlich, daß er seine Erfahrung mit den durch die Teilzeitarbeit aufgeworfenen spezifischen Problemen vermitteln kann?

64. Ich habe bereits von den negativen Auswirkungen eines solchen Systems gesprochen, die dazu führen könnten, daß die teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer derartige Aufgaben ablehnen und daß Bewerbungen aus dem Kreise dieser Arbeitnehmer zur Seltenheit werden.

65. Wie Sie im Urteil Bötel deutlich gemacht haben,

„ist eine solche Lage auch geeignet, die Gruppe der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, bei der der Frauenanteil unstreitig überwiegt, davon abzuhalten, die Tätigkeit eines Betriebsratsmitglieds auszuüben oder die für die Ausübung dieser Tätigkeit erforderlichen Kenntnisse zu erwerben, und erschwert damit die Vertretung dieser Arbeitnehmerkategorie durch qualifizierte Betriebsratsmitglieder." [41]

39 — Nicht ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Feststellung des vorlegenden Gerichts: „Teilzeitbeschäftigte Männer als Personalratsmitglieder gibt es im Direktionsbereich Bremen nicht" (Vorlagebeschluß, Gründe I, 1., dritter Absatz).

40 — Siehe dazu meine Schlußanträge zum Urteil Bötel, Nr. 24.

41 — Randnr. 25.

66. Das Lohnausfallprinzip, das die Unabhängigkeit der Personalvertreter gewährleisten soll, hat eben auch die Wirkung, daß es den Teilzeitbeschäftigten bestraft, der sich sinnvoll auf die Ausübung dieser Tätigkeit vorbereiten will, wobei darüber hinaus anzumerken ist, daß die Dauer dieser Vorbereitung in keinem Zusammenhang mit der Eigenschaft als Vollzeit- oder als Teilzeitkraft steht.

67. Nach Ihrer ständigen Rechtsprechung verstößt eine Gesetzesbestimmung, die eine wesentlich größere Anzahl von weiblichen als von männlichen Arbeitnehmern trifft, dann nicht gegen Artikel 119, wenn

„der Mitgliedstaat ... darlegen [kann], daß die gewählten Mittel einem notwendigen Ziel seiner Sozialpolitik dienen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind" [42].

68. Das Lohnausfallprinzip dient der Wahrung eines *Grundprinzips* des Sozialrechts der Bundesrepublik Deutschland, nämlich desjenigen der Unabhängigkeit der Personalvertreter gegenüber ihrem Arbeitgeber.

42 — Urteil Rinner-Kühn, oben angeführt in Fußnote 26, Randnr. 14. Vgl. auch das Urteil vom 19. November 1992 in der Rechtssache C-226/91 (Molenbroek, Slg. 1992, I-5943, Randnr. 13) und das in Fußnote 34 angeführte Urteil Roks u. a., Randnr. 34.

69. Die Personalvertreter befinden sich hinsichtlich ihres Einkommens in der gleichen Lage wie die Arbeitnehmer, die sie vertreten. Für die Ausübung der Tätigkeit eines Personalvertreters wird keinerlei finanzieller Anreiz geboten.

70. Für den Arbeitgeber besteht keine andere finanzielle Verpflichtung als die zur Zahlung des normalen Entgelts.

71. Wie wir gesehen haben, ist die strikte Anwendung des Lohnausfallprinzips im Bereich der Fortbildung geeignet, die *Qualifikation* der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer als Personalvertreter zu schmälern (da manche unter ihnen darauf verzichten werden, eine Fortbildungsveranstaltung, die sie zwingen würde, ihre Freizeit vergütungslos zu opfern, in vollem Umfang zu besuchen) und die *Respräsentation* der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer in der Personalvertretung in Frage zu stellen (sie könnten sich veranlaßt sehen, auf die Schulungsmaßnahme zu verzichten und sich mithin nicht zu bewerben). Die Repräsentationsfähigkeit und die Kompetenz der Personalvertreter sind aber nicht minder wichtig als ihre Unabhängigkeit. Es handelt sich hierbei um unteilbare Voraussetzungen für die Wahrnehmung dieser Aufgabe.

72. Die strikte Durchführung des Ausgleichsprinzips, wie sie sich aus § 46 Absatz 6 BPersVG ergibt, erscheint um so weniger gerechtfertigt, als die deutsche Regelung in § 46 Absatz 2 Satz 2 BPersVG bereits Lockerungen dieses Grundsatzes vorsieht.

73. Schließlich ist diese strikte Durchführung auch *nicht notwendig*, um die Wahrung des Grundsatzes der Unabhängigkeit zu gewährleisten; denn hierzu können Mittel und Wege in Betracht gezogen werden, die dem Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen Männern und Frauen besser gerecht werden. Ich denke hierbei insbesondere an eine zeitliche Streckung der Schulungsveranstaltungen, um diese den Arbeitszeiten der Teilzeitbeschäftigten anzupassen.

74. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung beweist es: Das Lohnausfallprinzip läßt sich nicht als sachlicher Grund, der nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hat, qualifizieren.

**Zur dritten Frage**

75. Da zu Lasten der Teilzeitbeschäftigten eine nach Artikel 119 EWG-Vertrag verbotene Diskriminierung erfolgt, haben diese einen Anspruch darauf, für ihre Teilnahme an Schulungsveranstaltungen die gleiche Vergütung wie die vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer zu erhalten.

76. Muß der Arbeitgeber darüber hinaus dem Vollzeitbeschäftigten das Arbeitsentgelt für Überstunden zahlen, wenn vorgesehen war, daß dieser Arbeitnehmer in der betreffenden Woche Überstunden leisten sollte?

77. Können die finanziellen Mehrbelastungen, die sich daraus für den Arbeitgeber ergeben würden, einen sachlichen Grund zur Ungleichbehandlung darstellen [43]?

78. Leitet sich aus der Verbindung der Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts mit denen des nationalen Rechts nicht eine Kumulierung der Belastungen ab? Wäre es nicht vorzuziehen, sich an einen einfachen, objektiven Grundsatz, nämlich den der Vermeidung von Lohnausfall, zu halten?

79. In bezug auf die Mitgliedstaaten haben Sie bereits festgestellt:

„Würde man ... anerkennen, daß *Haushaltserwägungen* eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen rechtfertigen können, die anderenfalls eine nach Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen würde, so hätte dies zur Folge, daß die Anerkennung und die Tragweite einer so grundlegenden Regel des Gemeinschaftsrechts wie der der Gleichheit von Männern und Frauen zeitlich und räumlich je nach dem Zustand der Staatsfinanzen der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein könnten." [44]

43 — Siehe Vorlagebeschluß, S. 9 f.

44 — Randnr. 36 des in Fußnote 34 angeführten Urteils Roks u. a.; Hervorhebung von mir.

80. Entsprechend kann meines Erachtens auch das Risiko übermäßiger finanzieller Belastungen, soweit es von erheblicher Bedeutung sein kann, nicht die Aufrechterhaltung eines diskriminierenden Vergütungssystems rechtfertigen [45].

81. Demgemäß schlage ich Ihnen vor, wie folgt für Recht zu erkennen:

1) Der den Mitgliedern des Personalrats aus Anlaß der Erfüllung ihrer eigentlichen Aufgabe oder aus Anlaß der Teilnahme an Schulungsveranstaltungen vom Arbeitgeber gezahlte Ausgleich stellt ein „Entgelt" im Sinne des Artikels 119 Absatz 2 EWG-Vertrag und der Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen dar.

2) Diese Vorschriften stehen nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die für eine erheblich größere Zahl von Frauen als von Männern gelten und die Vergütung, die teilzeitbeschäftigten Personalratsmitgliedern von ihrem Arbeitgeber bei Teilnahme an Schulungsveranstaltungen — die für die Personalratstätigkeit erforderliche Kenntnisse vermitteln — zu zahlen ist, auf ihre individuelle Arbeitszeit beschränken, während vollzeitbeschäftigte Personalratsmitglieder bei Teilnahme an denselben Schulungsveranstaltungen eine Vergütung bis in Höhe der Vergütung erhalten, die ihrer Arbeitszeit entspricht.

Weder das Lohnausfallprinzip noch das Risiko einer zusätzlichen finanziellen Belastung des Arbeitgebers können sachliche Gründe, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, darstellen.

45 — Was die Auswirkung einer strikten Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zwischen Männern und Frauen auf die Gesamtheit der Arbeitnehmer angeht, so geht aus dem Vorlagebeschluß hervor, daß von dieser Anwendung im Direktionsbereich Bremen weniger als 30 Personen bei einem Gesamtpersonalbestand von mehr als 14 000 Arbeitnehmern betroffen wären, was einem Anteil von etwas über 0,2 % dieses Personalbestands entspräche.