

**Ein Arbeitgeber muss doppelt zahlen**

Arbeitgeber sind verpflichtet, die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten zu tragen. Dazu gehören auch Vergütungen, die einem von der Arbeitnehmervertretung beauftragten Rechtsanwalt entstanden sind (hier: in einem Kündigungsfall gegen ein Betriebsratsmitglied). Und das gilt sogar dann, wenn derselbe Anwalt auch das gekündigte Betriebsratsmitglied vertritt (hier: in einem Zustimmungseretzungsverfahren).

Quelle: Wolfgang Büser

**Beschlussverfahren zur Zustimmungseretzung des Betriebsrates bei Versetzung eines Betriebsratsmitglieds im Unternehmen ; Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen durch einen Rechtsanwalt unter dem Aspekt der gleichzeitigen Vertretung des Betriebsrates und des betroffenen Betriebsratsmitglieds; Generelles Verbot der gleichzeitigen Vertretung von Betriebsrat und Betriebsratsmitglied versus Berufsfreiheit eines Rechtsanwalts; Außerordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 25.08.2004

**Aktenzeichen:** 7 ABR 60/03

**Entscheidungsform:** Beschluss

**Referenz:** JurionRS 2004, 25950

**ECLI:** [keine Angabe]

**Rechtsgrundlagen:**

§ 43a Abs. 4 BRAO

§ 103 Abs. 2 BetrVG

Art. 12 Abs. 1 GG

**Fundstellen:**

BAGE 111, 371 - 376

AA 2005, 72

AnwBl 2005, 362-363

ARST 2004, 285 (Pressemitteilung)

AuA 2004, 44

AuR 2005, 119 (Kurzinformation)

AuR 2004, 391 (Kurzinformation)

AUR 2004, 391 (Kurzinformation)

AUR 2005, 119 (Kurzinformation)

BAGReport 2005, 251-253

BB 2005, 448 (amtl. Leitsatz)

BRAK-Mitt 2005, 92-93 (Volltext mit amtl. LS)  
DB 2005, IX Heft 3 (amtl. Leitsatz)  
DB 2005, 288-290 (Volltext mit amtl. LS)  
DStR 2004, XVI Heft 40 (amtl. Leitsatz)  
EBE/BAG 2005, 2-3  
EzA-SD 2/2005, 15-16  
EzA-SD 18/2004, 4 (Pressemitteilung)  
FA 2004, 345-346 (Pressemitteilung)  
FA 2005, 121-122  
FA 2005, 96 (amtl. Leitsatz)  
FAr 2004, 345-346  
FAr 2005, 121-122  
FAr 2005, 96  
KF 2005, 131  
MDR 2004, R9 (Kurzinformation)  
MDR 2005, 478-479 (amtl. Leitsatz)  
NJ 2004, V Heft 10 (Pressemitteilung)  
NJW 2005, VIII Heft 8 (amtl. Leitsatz)  
NJW 2005, 921-922 (Volltext mit amtl. LS)  
NJW-Spezial 2005, 144 (Volltext mit amtl. LS)  
NWB 2004, 3014 (Kurzinformation)  
NZA 2004, X Heft 17 (Kurzinformation)  
NZA 2005, 168-170 (Volltext mit amtl. LS)  
PersV 2006, 35-37  
RdA 2006, 120 (Volltext mit amtl. LS)  
SAE 2005, 218  
schnellbrief 2004, 7-8  
schnellbrief 2005, 4-5  
ZAP 2005, 449 (Kurzinformation)

---

**BAG, 25.08.2004 - 7 ABR 60/03**

**Amtlicher Leitsatz:**

- 1 Ein Rechtsanwalt verstößt nicht gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43a Abs. 4 BRAO und hat deshalb einen Vergütungsanspruch, wenn er in einem Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG gleichzeitig den Betriebsrat und das betroffene Betriebsratsmitglied vertritt. Denn Betriebsrat und Betriebsratsmitglied haben in diesem Verfahren in der Regel dasselbe Ziel, nämlich die Abwehr des Zustimmungsersetzungsantrags.
- 2 Gelangt der Betriebsrat allerdings zu der Auffassung, er wolle an der Zustimmungsverweigerung nicht mehr festhalten, können widerstreitende Interessen entstehen. Der Rechtsanwalt muss in diesem Fall beide Mandate niederlegen, um nicht gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43a BRAO zu verstoßen.
- 3 Diese mögliche Interessenentwicklung rechtfertigt kein generelles Verbot der gleichzeitigen Vertretung von Betriebsrat und Betriebsratsmitglied. Dem steht das Grundrecht der freien Berufsausübung der Rechtsanwälte nach Art. 12 Abs. 1 GG entgegen. Die verfassungsrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeit der Beschränkung ihres Rechts auf freie Berufsausübung rechtfertigt es nur, beim tatsächlichen Entstehen widerstreitender Interessen die Vertretung zu verbieten.

**Tenor:**

Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1. wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 10. Oktober 2003 - 10 TaBV 94/03 - unter Zurückweisung der Rechtsbeschwerde im Übrigen teilweise aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1. wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Dortmund vom 5. Dezember 2002 - 6 BV 97/02 - unter Zurückweisung der Beschwerde im Übrigen teilweise abgeändert.

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, an die Antragsteller 807,36 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14. August 2002 zu zahlen.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

**Gründe**

**1 I.**

Die Beteiligten streiten über die Erstattung von Rechtsanwaltskosten, die dem Betriebsrat in einem Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG entstanden sind.

- 2 Die Antragsteller sind Rechtsanwälte. Ihre Rechtsvorgänger haben den Betriebsrat und zugleich das Betriebsratsmitglied S in einem von der Arbeitgeberin eingeleiteten Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG vertreten.

- 3 Die Arbeitnehmerin S ist seit Dezember 1999 Betriebsratsmitglied in der Filiale Dortmund- der Arbeitgeberin. Im Juli 2001 beabsichtigte die Arbeitgeberin die außerordentliche Kündigung des mit der Arbeitnehmerin S bestehenden Arbeitsverhältnisses. Der Betriebsrat erteilte hierzu nicht seine Zustimmung. Am 2. August 2001 leitete deshalb die Arbeitgeberin ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG beim Arbeitsgericht ein. In diesem Verfahren (Arbeitsgericht Dortmund - 8 BV 98/01 -) bestellten sich die Rechtsanwälte Sc zu

Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats und der Beteiligten S. Nachdem der Vorsitzende der Kammer in der Anhörung vom 19. Oktober 2001 Bedenken äußerte, ob der Vortrag der Arbeitgeberin für eine außerordentliche Kündigung ausreiche, nahm diese ihren Antrag zurück. Das Arbeitsgericht setzte nach Einstellung des Verfahrens den Gegenstandswert auf 5.100,00 Euro fest. Mit Schreiben vom 30. Januar 2002 stellten die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats der Arbeitgeberin ihre Gebühren in Rechnung. Neben der Erörterungsgebühr und einer Post- und Telekommunikationsentgelt-Pauschale gem. des bis zum 30. Juni 2004 geltenden § 26 BRAGO machten sie Auslagen in Höhe von 4,09 Euro geltend. Der Gesamtbetrag der Rechnung betrug 811,45 Euro. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 31. Januar 2002 lehnte die Arbeitgeberin eine Kostenübernahme ab. Mit undatierter Vereinbarung trat der Betriebsrat seinen Anspruch auf Freistellung von der Gebührenforderung auf Grund Beschlusses vom 6. März 2002 an die Anwaltsgemeinschaft Sc ab. Mit weiterer Vereinbarung vom 23. Juli 2002 trat diese ihre Vergütungsansprüche an die Antragsteller ab, nachdem sich die erstgenannte Anwaltsgemeinschaft zum 31. März 2002 getrennt hatte.

- 4 Mit dem der Arbeitgeberin durch das Arbeitsgericht am 14. August 2002 zugestellten Antrag haben die Antragsteller ihre Gebühren geltend gemacht. Sie haben gemeint, ihr Anspruch ergebe sich aus abgetretenem Recht in Verbindung mit § 40 Abs. 1 BetrVG .
- 5 Die Antragsteller haben beantragt
- 6 der Arbeitgeberin aufzugeben, an die Antragsteller 811,45 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2002 zu zahlen.
- 7 Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen.
- 8 Sie hat die Auffassung vertreten, die Antragsteller hätten im Beschlussverfahren beim Arbeitsgericht Dortmund - 8 BV 98/01 - widerstreitende Interessen iSd. § 43a Abs. 4 BRAO vertreten. In einem Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG könne der Rechtsanwalt nicht gleichzeitig die Interessen des Betriebsrats und des zu kündigenden Betriebsratsmitglieds wahrnehmen. Ein Gebührenanspruch bestehe deshalb nicht.
- 9 Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben den Antrag zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Antragsteller ihren Anspruch weiter.
- 10 **II.**  
  
Die Rechtsbeschwerde ist im Wesentlichen begründet. Die antragstellenden Rechtsanwälte haben gegenüber der Arbeitgeberin Anspruch auf Vergütung für die Vertretung des Betriebsrats im Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG . Der Anspruch folgt aus abgetretenem Recht gem. § 398 BGB iVm. § 40 Abs. 1 BetrVG . Er ist lediglich in Höhe von 4,09 Euro unbegründet. § 43a Abs. 4 BRAO steht dem Anspruch nicht entgegen.
- 11 **1.**  
  
Nach § 40 Abs. 1 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten zu tragen.
- 12 **a)**  
  
Hierzu gehören auch Kosten, die im Zusammenhang mit der gerichtlichen Geltendmachung und Verteidigung von Rechten des Betriebsrats anfallen. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freistellung von Kosten, die dem Betriebsrat durch die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts entstanden sind, besteht allerdings nur dann, wenn der Betriebsrat bei pflichtgemäßer Berücksichtigung der objektiven Gegebenheiten und Würdigung aller Umstände, insbesondere auch

der Rechtslage, die Führung eines Prozesses und die Beauftragung eines Rechtsanwalts für erforderlich halten konnte. Keine Kostentragungspflicht besteht deshalb, wenn die Rechtsverfolgung offensichtlich aussichtslos oder mutwillig ist (BAG 19. März 2003 - 7 ABR 15/02 - AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 77 = EzA BetrVG 2001 § 40 Nr. 3, zu II 1 der Gründe). Hierfür bestehen keine Anhaltspunkte. Denn der Vorsitzende der Kammer in dem Verfahren - 8 BV 98/01 - äußerte in der mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 2001 bereits Bedenken darüber, ob der Vortrag der Arbeitgeberin für eine außerordentliche Kündigung ausreiche.

13 b)

Auf Grund der Abtretung an die beauftragten Rechtsanwälte hat sich der Freistellungsanspruch des Betriebsrats in einen Zahlungsanspruch gegen die Arbeitgeberin umgewandelt (vgl. BAG 24. Oktober 2001 - 7 ABR 20/00 - BAGE 99, 208 [BAG 24.10.2001 - 7 ABR 20/00] = AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 71 = EzA BetrVG 1972 § 22 Nr. 2, zu B II 3 der Gründe). Dieser Anspruch ist durch weitere Abtretungsvereinbarung auf die Antragsteller übergegangen, § 398 Satz 1 und Satz 2 BGB .

14 2.

Diesem Anspruch steht entgegen der Auffassungen der Vorinstanzen nicht § 43a Abs. 4 BRAO entgegen. Denn die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats haben mit der gleichzeitigen Vertretung von Betriebsrat und zu kündigendem Betriebsratsmitglied im Beschlussverfahren gem. § 103 Abs. 2 BetrVG nicht gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43a Abs. 4 BRAO verstoßen.

15 a)

Das Verbot des § 43a Abs. 4 BRAO ist auf die Vertretung widerstreitender rechtlicher Interessen auf Grund der konkreten Interessenlage beschränkt. Ein Interessengegensatz folgt maßgeblich aus der durch den Auftrag der Partei abgegrenzten wirklichen Interessenlage, die ihrerseits vom Willen der Partei gestaltet wird (OLG Karlsruhe 19. September 2002 - 3 Ss 143/01 - NJW 2002, 3561, zu II der Gründe zur Vorschrift des § 356 StGB über den Parteiverrat). Diese subjektive Sicht ist geboten, da § 43a Abs. 4 BRAO auch eine Schutznorm des Mandanten ist. Der Mandant und nicht der Anwalt bestimmt mit der Mandatserteilung, welche Interessen zu vertreten sind (Henssler/Prütting-Eylmann BRAO 2. Aufl. § 43a Rn. 145). Deshalb ist es in erster Linie Sache des Mandanten einzuschätzen, ob eine Interessensbeeinträchtigung konkret droht. Er muss sodann verantwortlich selbst prüfen, ob die Mandatsniederlegung geboten ist (Henssler NJW 2001, 1521, 1522). Damit wird § 43a Abs. 4 BRAO allerdings nicht dispositiv. Ein zum Ausschluss des Anwalts führender Interessengegensatz wird nicht durch die Einwilligung in ein pflichtwidriges Handeln ausgeräumt. Insoweit besteht keine Dispositionsbefugnis der Parteien (Kleine-Cosack BRAO 4. Aufl. § 43a Rn. 103).

16 b)

Betriebsrat und vom Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG betroffenes Betriebsratsmitglied haben keine widerstreitenden rechtlichen Interessen in diesem Sinne.

17 aa)

Das Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG steht in einem engen Zusammenhang mit der nachfolgenden Kündigung und der ihr ggf. folgenden Klage des Arbeitnehmers (BAG 15. August 2002 - 2 AZR 214/01 - BAGE 102, 190 [BAG 15.08.2002 - 2 AZR 214/01] = AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 48 = EzA BetrVG 1972 § 103 Nr. 44, zu II 1 b bb der Gründe). Ohne eine die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats ersetzende Entscheidung des Arbeitsgerichts ist eine außerordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds durch den Arbeitgeber unwirksam. Das Verfahren wird vom Arbeitgeber nur deshalb eingeleitet, weil der Betriebsrat seine Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds gem. § 103 Abs. 1 BetrVG versagt hat. Mit dieser Weigerung hat er zu erkennen gegeben, dass er im gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren ebenso wie das betroffene Betriebsratsmitglied eine gerichtliche

Ersetzung verhindern will. Es besteht somit für den anwaltlichen Auftrag kein Interessengegensatz, sondern Interessenidentität. Dem steht nicht entgegen, dass im Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG das betroffene Betriebsratsmitglied keine kollektivrechtlichen Interessen, sondern lediglich seine persönlichen Interessen auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wahrnimmt. Zwar hat der Betriebsrat auch die Aufgabe, die kollektiven Interessen des Betriebsrats und der Belegschaft wahrzunehmen (BAG 3. April 1979 - 6 ABR 63/76 - AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 16 = EzA BetrVG 1972 § 40 Nr. 43, zu III 2 der Gründe). Diese unterschiedliche Motivation von Betriebsrat und Betriebsratsmitglied begründet aber keine widerstreitenden Interessen. Der Betriebsrat will die Funktionsfähigkeit seines Organs erhalten und die Kündigung eines seiner Mitglieder verhindern. Beide Mandatenaufträge an den Rechtsanwalt sind deshalb auf die Abwehr des Zustimmungsersetzungsantrags gerichtet. Das begründet gleiche Interessen. Welche Motive diesen Interessen zugrunde liegen, ist unerheblich. Jedenfalls besteht solange kein Interessengegensatz, wie auch der Betriebsrat den Rechtsanwalt beauftragt, die Zustimmungsersetzung zu verhindern. Zudem ist selbst bei teilweise divergierenden Interessen die Einschaltung eines gemeinsamen Rechtsanwalts nicht prinzipiell verboten (Kleine-Cosack BRAO 4. Aufl. § 43a Rn. 99 mwN). Solange die Gemeinsamkeiten überwiegen und ein Interessenkonflikt nicht ausgebrochen ist, kann der Rechtsanwalt trotz partieller Interessendivergenz tätig werden (Kleine-Cosack aaO).

18 bb)

Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, dass der Betriebsrat im Verlaufe des gerichtlichen Verfahrens den anwaltlichen Auftrag ändert, zB weil er nach Klärung streitiger Tatsachen zu der Auffassung gelangt ist, er wolle seine Zustimmung nicht mehr verweigern. Dann beginnt das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43a Abs. 4 BRAO. Der von Betriebsrat und Betriebsratsmitglied beauftragte Rechtsanwalt darf den Betriebsrat nicht mehr vertreten und gleichzeitig das betroffene Betriebsratsmitglied bei der Abwehr der Zustimmungsersetzung unterstützen. Diese denkbare Interessenentwicklung rechtfertigt allerdings nicht ein generelles Verbot der gleichzeitigen Vertretung von Betriebsrat und Betriebsratsmitglied. Das verbietet die verfassungskonforme Auslegung von § 43a Abs. 4 BRAO. Die Vorschrift schränkt das Grundrecht der freien Berufsausübung der Rechtsanwälte nach Art. 12 Abs. 1 GG ein. Die verfassungsrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeit dieser Beschränkung im Interesse der Rechtspflege sowie eindeutiger und geradliniger Rechtsbesorgung rechtfertigt es nur, im konkreten Fall die Vertretung widerstreitender Interessen zu vermeiden (BVerfG 3. Juli 2003 - 1 BvR 238/01 - BVerfGE 108, 150 [BVerfG 03.07.2003 - 1 BvR 238/01] = NJW 2003, 2520, zu B I 3 b cc der Gründe, zur Bedeutung der Berufsfreiheit beim Sozietätswechsel von Rechtsanwälten). Dem Schutzzweck von § 43a Abs. 4 BRAO wird schon Rechnung getragen, wenn der Rechtsanwalt verpflichtet wird, seine Mandate niederzulegen, sobald die Interessengleichrichtung in Interessengegensätzlichkeit umschlägt (Kleine-Cosack BRAO 4. Aufl. § 43a Rn. 101). Das war vorliegend nicht der Fall.

19 3.

Der Anspruch ist in Höhe von 4,09 Euro unbegründet.

20 Auf Erstattung der in dieser Höhe geltend gemachten Auslagen besteht kein Anspruch. Die Antragsteller haben nicht dargelegt, welche konkreten Auslagen über die Auslagenpauschale gem. des bis zum 30. Juni 2004 geltenden § 26 Satz 2 BRAGO hinaus entstanden waren.

21 III.

Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 286 Abs. 1 Satz 2 BGB nach Zustellung der Antragschrift am 14. August 2002. Ein früherer Zinsbeginn kommt nicht in Betracht. Als die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats im Januar 2002 ihre Gebühren der Arbeitgeberin in Rechnung stellten, waren sie noch nicht Inhaber der Forderung. Es bestand in der Zeit nur ein Anspruch des Betriebsrats. Ein weiteres Verzugsschreiben seitens des Betriebsrats oder seines Verfahrensbevollmächtigten oder der Antragsteller ist nicht vorgetragen.

**22** Dörner  
Krasshöfer  
Gräfl  
Hökenschnieder  
Hoffmann