

Nicht
zu wenig,

Von Hans-Peter Löw



nicht
zu viel

Die Vergütung von Betriebsräten ist ein Thema, das immer wieder die Gerichte beschäftigt. Nach welchen rechtlichen Grundlagen wird eigentlich das Arbeitsentgelt freigestellter Betriebsratsmitglieder berechnet, die ihre Arbeit ruhen lassen und sich nur noch ihren Aufgaben als Betriebsrat widmen?

● Dass Betriebsräte ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt ausüben, ist in § 37 Abs. 1 BetrVG niedergelegt und dieses Prinzip gilt schon, seit es Betriebsräte und Betriebsrätinnen gibt. Das hat Auswirkungen auf die Gehaltsfindung und -entwicklung von Mitgliedern des Betriebsrats. Dabei ist die Ermittlung der Gehälter von Mitgliedern des Betriebsrats im Einklang mit dem Betriebsverfassungsgesetz keine exakte Wissenschaft. Die gesetzlichen Vorgaben enthalten ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe. Die dazu ergangene arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hat zwar einige Grundsätze aufgestellt, ist aber einzelfallbezogen und fast ausnahmslos auf Basis unterschiedlicher Auffassungen von Arbeitgeber und Betriebsratsmitglied über die angemessene Vergütung ergangen. Die wenigen bisher ergangenen strafrechtlichen Entscheidungen betreffen krasse Missbrauchsfälle.

In jüngster Zeit sind zwei viel beachtete Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts dazugekommen (BAG, Urteil vom 20. Januar 2021, Az. 7 AZR 52/20 und Urteil vom 22. Januar 2020, Az. 7 AZR 222/19). Sie bieten Anlass, zunächst einmal die bisher geltenden Prinzipien darzulegen und dann zu untersuchen, wie weit sich aus den beiden genannten Entscheidungen neue Aspekte ergeben, die bei der Bemessung von Gehältern für Betriebsratsmitglieder zu beachten sind.

Anfang September hat auch ein Prozess vor dem Landgericht Braunschweig gegen zwei frühere VW-Personalmanager für Aufsehen gesorgt, bei denen die an den ehemaligen Betriebsratsvorsitzenden Bernd Osterloh und vier weitere Betriebsratsmitglieder gezahlte Vergütung auf dem strafrechtlichen Prüfstand stand. Der Prozess endete mit einem Freispruch für beide Angeklagten.

Rechtlicher Rahmen für die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

Nach § 37 Abs. 4 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Dies gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers.

Nach § 78 Satz 2 BetrVG dürfen Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre betriebliche Entwicklung.

§ 38 Abs. 4 Satz 2 und 3 BetrVG schreibt vor, dass freigestellten Betriebsratsmitgliedern innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Freistellung Gelegenheit zu geben ist, eine wegen der Freistellung unterbliebene betriebsübliche berufliche Entwicklung nachzuholen. Für Mitglieder des Betriebsrats, die drei volle aufeinanderfolgende Amtszeiten freigestellt waren, erhöht sich der Zeitraum auf zwei Jahre.

Betriebsübliche Entwicklung

Durch § 37 Abs. 4 BetrVG soll sichergestellt werden, dass Betriebsratsmitglieder sowohl während ihrer Amtszeit als auch ein Jahr nach deren Beendigung bei der Bemessung ihres Arbeitsentgelts und auch hinsichtlich der zugewiesenen beruflichen Tätigkeit nicht schlechter gestellt werden als vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebs mit betriebsüblicher Entwicklung. Das Einkommen und die betriebsübliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds sollen nicht durch die Wahrnehmung eines Betriebsratsamts beeinträchtigt werden.

Die Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG stellt eine besondere Ausprägung und Konkretisierung des allgemeinen Benachteiligungsverbots des § 78 Satz 2 BetrVG dar, indem sie seine Durchsetzung durch einfach nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen erleichtert. Die Vorschrift enthält allerdings keine Sonderregelung, durch die § 78 Satz BetrVG verdrängt würde. Sie bleibt vielmehr daneben anwendbar.

Vergleichbare Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen

Entscheidend ist das Arbeitsentgelt solcher Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebs, die mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbar sind. Maßgebender Zeitpunkt für den Vergleich ist zunächst der Zeitpunkt der Wahl des Betriebsratsmitglieds, das heißt der Zeitpunkt, in dem das Betriebsratsmitglied sich noch – ohne gleichzeitig das Amt eines Betriebsratsmitglieds inne zu haben – ausschließlich seiner beruflichen Tätigkeit gewidmet hat.

Bei der Bestimmung des Begriffs der Vergleichbarkeit sind auch individuelle Aspekte zu beachten. Es kommt auch darauf an, einen Vergleich des jeweiligen Betriebsratsmitglieds mit entsprechenden anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vorzunehmen. Ist ein Betriebsratsmitglied zum Bei-

spiel besonders qualifiziert und in seiner beruflichen Tätigkeit überdurchschnittlich gewesen, so kommen als vergleichbare Arbeitnehmer nur solche mit ähnlicher Qualifikation und überdurchschnittlicher Leistung in Betracht. Es muss also auch die jeweilige fachliche und persönliche Qualifikation angemessene Berücksichtigung finden. Außergewöhnliche Leistungen müssen dabei ebenso besondere Beachtung finden wie unter dem Durchschnitt liegende Leistungen.

Nicht zu berücksichtigen sind besondere Leistungen des Betriebsratsmitglieds in seiner Amtsführung. Allerdings können solche besonderen Leistungen ein Indiz für eine überdurchschnittliche Qualifikation im Allgemeinen sein. Zusätzlich verpflichtet § 37 Abs. 4 BetrVG den Arbeitgeber auch, dem Betriebsratsmitglied die berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, die es ohne die Amtstätigkeit genommen hätte. Dieser Anspruch kommt insbesondere bei einer Freistellung für die ausgeübte Betriebsratsstätigkeit in Betracht.

Bei der Festlegung der Betriebsratsgehälter besteht das Risiko strafrechtlicher Verfolgung.

Um zu ermitteln, ob die Amtsträgerin oder der Amtsträger dadurch in ihrem oder seinem beruflichen Aufstieg benachteiligt wurde, muss ihr oder sein beruflicher Werdegang ohne die Freistellung nachgezeichnet werden. Durch eine solche fiktive Nachzeichnung darf das Betriebsratsmitglied weder besser noch schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer Arbeitnehmer ohne Betriebsratsamt. Dabei ist es grundsätzlich nicht ausreichend, dass die Besserstellung eines vergleichbaren Arbeitnehmers auf individuellen beziehungsweise nur auf diesen Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruht.

„Fiktiver Beförderungsanspruch“

Mit Blick auf mögliche Beförderungsansprüche muss nach § 78 Satz 2 BetrVG der berufliche Werdegang fiktiv nachgezeichnet werden. Will ein Betriebsratsmitglied geltend machen, dass es ohne Ausübung des Amtes oder ohne die Freistellung durch Beförderungen einen beruflichen Aufstieg genommen hätte, bestehen hierzu mehrere Möglichkeiten. Das Betriebsratsmitglied kann zum einen dartun, dass die Bewerbung auf eine bestimmte Stelle gerade wegen der Freistellung oder der Betriebsratsstätigkeit erfolglos geblieben ist. Hat sich das Betriebsratsmitglied auf eine bestimmte Stelle tatsächlich nicht beworben, kann und muss es zur Begründung des fiktiven Beförderungsanspruchs darlegen, dass die Bewerbung gerade wegen der Freistellung unterblieben ist und eine Bewerbung ohne die Freistellung entweder erfolgreich gewesen wäre oder erfolgreich hätte sein müssen.

Aber auch wenn eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung keinen Erfolg gehabt hätte oder hätte haben müssen, steht dies einem entsprechend höheren Entgeltanspruch nicht entgegen. Scheiterte nämlich eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung des freigestellten Betriebsratsmitglieds an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen oder daran, dass der Arbeitgeber sich zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation infolge der Freistellung außer Stande gesehen hat, so kann in einem solchen Fall ein fiktiver Beförderungsanspruch des Amtsinhabers bestehen, wenn das Fehlen von feststellbarem aktuellem Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist.

Neues aus Erfurt

In seiner Entscheidung vom 22. Januar 2020 hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, die Vorschrift des § 37 Abs. 4 BetrVG solle sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden. Die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds dürfe während der gesamten Dauer seiner Amtszeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer nicht zurückbleiben. Vergleichbar seien Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleichqualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise fachlich und persönlich qualifiziert gewesen seien. Üblich sei eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen hätten. Üblichkeit entstehe aufgrund gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und einer von ihm aufgestellten Regel. Dabei müsse der Geschehensablauf so typisch sein, dass aufgrund der



DR. HANS-PETER LÖW ist Partner bei Allen & Overy in Frankfurt am Main und dort Leiter des Arbeitskreises Vergütung.

Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten zumindest in der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle mit der jeweiligen Entwicklung gerechnet werden könne.

Dies gelte auch für ein freigestelltes Betriebsratsmitglied. Für die Bestimmung des Kreises der vergleichbaren Arbeitnehmer sei daher nicht der Zeitpunkt der Freistellung, sondern der Zeitpunkt der Amtsübernahme maßgebend.

Ganz neu ist diese Auffassung nicht. Das Bundesarbeitsgericht vertrat schon bisher die Auffassung, dass „grundsätzlich“ auf diesen Zeitpunkt abzustellen sei. Die Vorinstanz hatte das zum Anlass genommen, hier einen Ausnahmefall festzustellen. Das war für das BAG wiederum Veranlassung für die Feststellung, dass der Zeitpunkt der erstmaligen Wahl in den Betriebsrat ausnahmslos der zutreffende Anknüpfungspunkt ist.

Auch die zweite wesentliche Aussage in dieser Entscheidung ist nicht neu: Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber aus § 78 BetrVG unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen.

Darlegungs- und Beweislast

Keine Rolle spielte in dieser Entscheidung die Frage der Darlegungs- und Beweislast. Das war jedoch entscheidend in dem Fall, den das BAG am 20. Januar 2021 zu beurteilen hatte. Bei dieser Gelegenheit hat das Gericht folgende Grundsätze formuliert:

Für das Vorliegen einer unzulässigen Benachteiligung trägt das Betriebsratsmitglied grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast. Dabei genügt es nicht, dass sich aus dem Vortrag ergibt, die Beförderung auf eine höher bezahlte Stelle sei ohne das Betriebsratsamt möglich und wahrscheinlich. Vielmehr müsste das Gericht aufgrund der vorgetragenen Tatsachen zu der Überzeugung gelangen können, dass dem Betriebsratsmitglied ohne das Betriebsratsamt die höherwertige Tätigkeit tatsächlich übertragen worden wäre.

Bei der Frage, ob die Ablehnung der Beförderung wegen der Betriebsratsratsstätigkeit erfolgte, handle es sich um eine in der Sphäre des Arbeitgebers liegende innere Tatsache, die einer unmittelbaren Wahrnehmung durch den Arbeitnehmer nicht zugänglich sei. Dem sei in einem Rechtsstreit durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen. Der Amtsinhaber muss seine Beweisführung durch den Vortrag von Hilfstatsachen und Indizien bestreiten, die ihrerseits den Schluss auf die zu beweisende Haupttatsache ermöglichen. Auch zu diesen Hilfstatsachen müsse sich der Arbeitgeber nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen konkret erklären. Er habe die Möglichkeit, die Hilfstatsachen zu bestreiten oder seinerseits Umstände darzutun, die geeignet sind, die Indizwirkung der vom Arbeitnehmer vorgetragenen Hilfstatsachen zu entkräften.

Für den Arbeitnehmer sei der Vortrag ausreichend, er habe die fachlichen Qualifikationsanforderungen der höher dotierten Stelle erfüllt. Der Arbeitgeber müsse sich dann zu der Behauptung, der Bewerber sei wegen der Betriebsratsratsstätigkeit nicht ausgewählt worden, wahrheitsgemäß erklären. Er habe seine Motive für die Auswahlentscheidung zugunsten eines anderen Bewerbers so konkret zu benennen, dass sich das Betriebsratsratsmitglied hierauf seinerseits einlassen könne.

Betriebsratsvergütung aus strafrechtlicher Sicht

Der soeben vor dem Landgericht Braunschweig beendete Prozess über die strafrechtliche Beurteilung der Vergütung von Betriebsratsratsmitgliedern bei VW gibt Veranlassung, die zugrunde liegenden rechtlichen Prinzipien im Überblick darzustellen. Nach § 119 BetrVG wird bestraft, wer ein Mitglied des Betriebsrats um seiner Tätigkeit willen benachteiligt oder begünstigt. Allerdings wird die Tat nur auf Antrag des Betriebsrats, des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats, des Wahlvorstands, des Unternehmers oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft verfolgt. Wegen dieses Erfordernisses eines Strafantrags sind Strafverfahren aufgrund dieser Vorschrift äußerst selten.

Das Strafantragserfordernis für eine Verurteilung nach § 119 BetrVG ändert nichts daran, dass eine Vergütungsabrede zwischen Unternehmer und einzelner Betriebsratsratsmitglied, die gegen §§ 37, 78 Satz 2 BetrVG verstößt, zivilrechtlich unwirksam ist. Die Zahlung aufgrund einer unwirksamen Vergütungsabrede wird von der Rechtsprechung als Untreue behandelt. Darüber hinaus sind Zahlungen, die ohne wirksame zivilrechtliche Grundlage erfolgen, keine abzugsfähigen Betriebsausgaben, sodass in diesen Fällen häufig auch die Steuererklärung mit Blick auf abzugsfähige Betriebsausgaben falsch werden kann. Das kann zusätzlich steuerstrafrechtliche Konsequenzen haben. Es bleibt abzuwarten, welche Anforderungen das Landgericht Braunschweig an die Angemessenheit der Vergütung von Betriebsratsratsmitgliedern im Strafverfahren stellen wird.

Fazit: Mehr Rechtsklarheit wäre wünschenswert

Die beiden aktuellen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts enthalten nichts sensationell Neues. Sie stellen eine konsequente und behutsame Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung dar und sind geeignet, den Beteiligten realistische Maßstäbe für die Beurteilung der angemessenen Vergütung von Betriebsratsratsmitgliedern an die Hand zu geben.

Wünschenswert wäre aus Sicht der Praxis zusätzlich, dass auch die nachgewiesene persönliche und fachliche Entwicklung des Betriebsratsratsmitglieds bei der Entgeltfindung berücksichtigt werden kann, etwa bei der Bestimmung neuer Vergleichsgruppen. Bei sehr langjähriger Betriebsratsratsstätigkeit sollte es möglich sein, auch die Stelle, auf die das Betriebsratsratsmitglied nach § 38 Abs. 4 BetrVG nach Beendigung der Freistellung zu entwickeln ist, bei der angemessenen Gehaltsfindung zu berücksichtigen.

Mehr Rechtsklarheit über die rechtlich zutreffende Ermittlung der angemessenen Vergütung von Betriebsratsratsmitgliedern ist auch deswegen wünschenswert, weil dadurch das Risiko strafrechtlicher Verfolgung eingedämmt werden kann. Insofern kann man auf die Urteilsbegründung des Landgerichts Braunschweig gespannt sein. ■