

Dr. Jochen Keilich, LL.M. (Exeter)

Die Bemessung der Betriebsratsvergütung – Gut gemeint ist das Gegenteil von gut

Betriebsräte haben in der betrieblichen Wirklichkeit aufgrund der weitgehenden Mitbestimmung eine bedeutende Rolle. Muss sich das nicht in der Vergütung widerspiegeln? Nach der Rechtsprechung und Gesetzeslage lässt sich diese Frage nur mit nein beantworten. Der folgende Beitrag gibt einen Handlungsleitfaden für die Bemessung und stellt die aktuelle Rechtsprechung auch zu den einzelnen Vergütungsbestandteilen dar.

I. Einleitung

Nach den in diesem Jahr stattgefundenen Betriebsratswahlen stellt sich in vielen Unternehmen die Frage, wie die Vergütung der neu gewählten oder neu freizustellenden Betriebsratsmitglieder zu bemessen ist. Es bietet sich zudem die Chance eine falsch – d. h. zu niedrig oder zu hoch – bemessene Vergütung der in der Wahl bestätigten Betriebsratsmitglieder zu korrigieren. Für die Bemessung der Vergütung der Betriebsratsmitglieder gibt es klare gesetzliche Vorgaben, die durch die Rechtsprechung weiter präzisiert wurden. Im Grundsatz ist die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern nach dem Entgeltausfallprinzip ihrer bisherigen Vergütung zu bemessen. Die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer bildet den Maßstab. Vielfach geäußerte Kritik daran, dass sich die Vergütung der Mitglieder des Betriebsrates, die als Betriebspartner in Augenhöhe mit der Geschäftsführung eines Unternehmens für die Belegschaft wichtige Entscheidungen treffen und dennoch nicht entsprechend einer Managementaufgabe entlohnt werden, ist nicht ganz von der Hand zu weisen.¹ Schließlich wird die Höhe der Vergütung als Honorierung für das Geleistete verstanden. Gleichwohl geht das Gesetz um die Unabhängigkeit des Betriebsrates vom Unternehmen und damit eine echte Vertretung der Arbeitnehmerinteressen zu gewährleisten, davon aus, dass das Betriebsratsamt ein Ehrenamt ist. Zu beachten sind damit zwingend die verbotene Schlechter- aber auch Besserstellung von Betriebsratsmitgliedern in Vergütungsfragen. Es mit der Höhe der Vergütung der Betriebsratsmitglieder zugunsten einer dem Unternehmen gewogenen Arbeitnehmervertretung nicht so genau zu nehmen, verbietet sich sowohl in straf- als auch in haftungsrechtlicher Sicht wie die bekannten Fälle aus der näheren Vergangenheit zeigen, ohne dass die betreffenden Unternehmen genannt werden müssen.² Nachfolgend soll anhand aktueller Rechtsprechung aufgezeigt werden, dass es durchaus Kriterien und Verfahren gibt, die eine Ermittlung der Betriebsratsvergütung objektiv ermöglichen, womit ein wesentliches Risiko für die Unternehmensleitung im Rahmen der HR Compliance ausgeschlossen werden kann.³

II. Grundsätze zur Ermittlung der Vergütungshöhe von Betriebsratsmitgliedern

Der Ausgangspunkt für eine Bemessung der Höhe der Vergütung für Betriebsratsmitglieder ist § 78 Abs. 2 BetrVG, wonach Betriebsrats-

mitglieder wegen ihrer Tätigkeit und ihrer beruflichen Entwicklung nicht benachteiligt aber auch nicht begünstigt werden dürfen. Dieses grundsätzliche Benachteiligungs- und Besserstellungsverbot wird durch § 37 BetrVG weiter konkretisiert. Dementsprechend führen Betriebsratsmitglieder ihr Amt unentgeltlich aus und werden – soweit dies erforderlich ist – unter Fortzahlung ihres ungeminderten Arbeitsentgelts von ihrer beruflichen Tätigkeit befreit. Dabei ist vorgesehen, dass das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern nicht geringer bemessen sein darf, als das Arbeitsentgelt von Arbeitnehmern mit einer vergleichweisen betriebsüblichen Entwicklung. Von ihrer beruflichen Tätigkeit freigestellte Betriebsratsmitglieder sollen so gestellt werden, als ob sie in dem Betrieb normal weiter gearbeitet und nicht das Betriebsratsamt wahrgenommen hätten. Damit ist die Vorschrift des § 37 Abs. 4 BetrVG vor allem für die gemäß § 38 BetrVG freizustellenden Mitglieder des Betriebsrates bei Betrieben mit einer regelmäßigen Beschäftigtenzahl von mehr als zweihundert Arbeitnehmern relevant. Bedeutung hat die Vorschrift aber auch für die Betriebsratsmitglieder, die nicht vollständig, sondern nur während ihrer Betriebsrats Tätigkeit freizustellen sind, wenn sie durch häufige Amtstätigkeiten nicht eine betriebsübliche Entwicklung und damit einen beruflichen Aufstieg während einer Amtsperiode wahrnehmen konnten, wie dies vergleichbare Arbeitnehmer ohne die Belastung mit einem zusätzlichen Ehrenamt möglich war. Zu beachten ist außerdem, dass die Betriebsratsvergütung nach den Grundsätzen in § 37 BetrVG und dem damit verbundenen Entgeltausfallprinzip keine hierarchischen Unterschiede macht. Für Betriebsratsvorsitzende, stellvertretende Vorsitzende und die normalen Betriebsratsmitglieder gelten die gleichen Grundsätze. Der Vorsitz bzw. der stellvertretende Vorsitz werden nicht gesondert vergütet.⁴

III. Die verbotene Benachteiligung bzw. Begünstigung im Einzelnen

Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern erfolgt nach dem Entgeltausfallprinzip, d. h. das von der beruflichen Tätigkeit freigestellte Betriebsratsmitglied hat einen Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das es erzielt haben würde, wenn es vertragsgemäß gearbeitet hätte. Dabei müssen in dem Grundgehalt sämtliche Nebenbezüge, vor allem Zuschläge und Zulagen eingerechnet werden, die im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung des Betriebsratsmitglieds standen. Auch allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers, wie z. B. Weihnachtsgratifikation, Urlaubsentgelt, Anwesenheitsprämien oder vermögenswirksame Leistungen müssen fortgezahlt werden. Zu dem fortzuzahlenden Ar-

¹ Vgl. Fischer, NZA 2014, 71 ff.; Byers, NZA 2014, 65.

² Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

³ Vgl. dazu Bittmann/Mujan, BB 2012, 637 ff. (Teil 1) und BB 2012, 1604 ff. (Teil 2).

⁴ BAG, 29.6.1988 – 7 AZR 651/87, juris, Rn. 13.

beitsentgelt gehören auch Überstundenvergütungen, die der Arbeitnehmer ohne seine Freistellung erzielt hätte.

Exemplarisch ist insoweit eine recht aktuelle Entscheidung des LAG Köln vom 19.12.2013 in der, anders als noch in der Vorinstanz das ArbG Köln, dem klagenden Betriebsratsmitglied ein Anspruch auf Zahlung von tariflichen Nachtzuschlägen zuerkannt wurde.⁵ Das Betriebsratsmitglied hatte – den Sachverhalt verkürzt wiedergegeben – einvernehmlich mit dem Arbeitgeber seinen Arbeitsbeginn für eine bessere Kontaktmöglichkeit während der Freistellung von 4.00 Uhr auf 6.00 Uhr verschoben. Damit waren zwar tatsächlich für die betreffenden zwei Stunden keine Nachtzuschläge geschuldet. Das ArbG Köln hatte noch maßgeblich darauf abgestellt, dass das Betriebsratsmitglied auch dann keine Nachtzuschläge verdient hätte, wenn es in der tatsächlichen Arbeitszeit gearbeitet hätte. Zudem seien die besonderen Erschwernisse der Nachtarbeit nicht angefallen. Anders das LAG: aus der nach § 37 Abs. 4 BetrVG gebotenen hypothetischen Betrachtung folge, dass dem Betriebsratsmitglied Nachtzuschläge in dem Umfang zugestanden hätten, wenn er sich nicht zur Amtsführung bereit gefunden hätte. Nur durch die Gewährung von Zuschlägen könne dem Sinn und Zweck von § 37 Abs. 2 und 4 BetrVG entsprochen werden, das Betriebsratsmitglied vor Nachteilen infolge seiner Amtsführung zu bewahren.⁶ Weiter stellt das LAG darauf ab, dass der Kläger ohne seine Amtstätigkeit weiter wie die vergleichbaren Arbeitnehmer in der Nachtschicht eingesetzt worden wäre, hätten die Betriebsparteien nicht seine Arbeitszeit einvernehmlich zur besseren Erreichbarkeit geändert. Zu dieser Arbeitszeitänderung wäre die Arbeitgeberin auch nach dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 Abs. 1 BetrVG möglicherweise verpflichtet gewesen. Aus der Entscheidung lässt sich also folgern, dass unter Umständen eine streng kausale Betrachtungsweise nicht den Anforderungen des Benachteiligungsverbotes genügt.

Grundsätzlich dürfen allerdings Leistungen, die einen konkreten wegen der Freistellung nicht mehr vorhandenen Mehraufwand abdecken, nicht mehr gewährt werden. Hierzu zählen etwa Wegegelder oder Beköstigungszulagen. Entscheidend ist somit, ob die Leistung ihrem Zweck nach Mehraufwand kompensiert oder eine eigenständige Vergütungsfunktion hat.⁷

Diese Grundsätze gelten auch bei der Überlassung eines Dienstwagens. Dient diese allein der funktionsgerechten Erledigung der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen, so steht einem freigestellten Betriebsratsmitglied kein Anspruch auf Fortgewährung dieser Leistungen und damit der Überlassung eines Dienstwagens zu.⁸ Anders ist dies zu beurteilen, wenn dem Arbeitnehmer, wie so häufig, auch die private Nutzung erlaubt ist, denn in diesem Fall ist sie Bestandteil des Arbeitsentgelts und damit auch im Falle der Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes aufgrund des Schlechterstellungsverbotes gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG fortzugewähren. Denn insoweit handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts um eine zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeit in Form eines Sachbezugs.⁹

Die unzulässige versteckte Gewährung eines Entgelts kann auch darin liegen, dass dem Betriebsratsmitglied eine pauschale Aufwandsentschädigung ohne Rücksicht darauf gezahlt wird, ob im Einzelfall wirklich Aufwendungen in der Höhe entstanden sind. Die Bezahlung von Betriebsratsmehrarbeit, wenn die Voraussetzungen nach §§ 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG – Nichtfreistellung trotz Freistellungsanspruch – nicht vorliegen, stellt eine unzulässige Begünstigung dar.¹⁰

Allerdings ist bei Pauschalen sorgfältig nach den vorgenannten Grundsätzen zu differenzieren, was sich anschaulich aus einer Gegenüberstellung eines Urteils des LAG Berlin-Brandenburg vom 22.2.2012 und einem Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 13.12.2012 aufzeigen lässt:

In dem Urteil vom 22.2.2012 hatte das LAG Berlin-Brandenburg über eine Pauschalvergütung für eine Betriebsratsstätigkeit auf der Grundlage eines Tarifvertrages zu entscheiden.¹¹ Dabei war unstreitig, dass der zugrunde liegende Tarifvertrag keinen unmittelbaren Anspruch des freigestellten Betriebsratsmitglieds auf eine Pauschalvergütung begründete. Die Pauschalvergütung hing von der Erbringung gewisser Überstunden ab, die der Kläger unstreitig nicht erbracht hatte. Allerdings gab das LAG Berlin-Brandenburg dem Begehren des Klägers auf der Grundlage von § 37 Abs. 2 BetrVG statt. Denn der Kläger konnte nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg seine Überstunden nur deswegen nicht leisten, weil er Betriebsratsarbeit erbrachte. Deshalb sei die fehlende Anwendbarkeit des zugrunde liegenden Tarifvertrages allein auf die Betriebsratsstätigkeit des Klägers zurückzuführen.¹²

Mit Zusatzpauschalen für Betriebsräte setzte sich auch das Arbeitsgericht Stuttgart in einem Urteil vom 13.12.2012 ausführlich und anschaulich auseinander.¹³ Dabei stellte das Arbeitsgericht Stuttgart fest, dass die Gewährung von Pauschalen an Betriebsräte durch den Arbeitgeber keine versteckte Lohnerhöhung darstellen dürfe. Wehre sich ein Betriebsrat gegen die Streichungen oder Kürzungen einer lediglich der Betriebsräten gewährten Pauschale, so müsse er die Zulässigkeit der Pauschale nach diesen Kriterien darlegen und beweisen. Dies folge bereits aus dem Umstand, dass wegen der überragenden Bedeutung des Ehrenamtsprinzips und der damit korrespondierenden einzig zulässigen realitätsgerechten Typisierung es sich bei einer Pauschalierung immer um einen Ausnahmefall handeln müsse, der einer gesonderter Begründung im Einzelfall bedürfe.¹⁴ Den Sachverhalt verkürzt wiedergegeben, existierten bei der Beklagten, einem Automobilhersteller, seit 1972 Richtlinien über die pauschale Vergütung von Mehrarbeit sowie über die Aufwandsentschädigung von Betriebsratsmitgliedern. Als es auf der Grundlage von neuen Richtlinien zu Kürzungen der Mehrarbeitspauschale gegenüber dem Kläger und dem Entfallen der Aufwandsentschädigung kam, klagte dieser auf weitere Zahlung. Das Arbeitsgericht Stuttgart hat dem Begehren des betreffenden freigestellten Betriebsratsmitgliedes eine klare Absage erteilt: Bei § 37 Abs. 1 BetrVG in Verbindung mit § 78 S. 2 BetrVG handele es sich um Verbotsgesetze. Danach seien Vereinbarungen oder einseitige Zusagen, die gegen das Ehrenamtsprinzip bzw. Begünstigungsverbot verstoßen würden, unwirksam, unabhängig davon, ob die Beteiligten von dem Gesetzesverstoß wussten oder nicht. Sowohl der bislang gezahlte pauschale Aufwandsersatz als auch die bisherige Mehrarbeitspauschale würden gegen das¹⁵ Im Weiteren

5 LAG Köln, 19.12.2013 – 12 Sa 682/13, juris.

6 LAG Köln, 19.12.2013 – 12 Sa 682/13, juris.

7 Vgl. Rieble, NZA 2008, 276 f.; Frahm/Koch, ArbR Aktuell, 2010, 468.

8 BAG, 23.6.2004 – 7 AZR 514/03, AP Nr. 139 zu § 37 BetrVG 1972; BB 2005, 111; *Fitting* § 37 BetrVG, Rn. 66a.

9 BAG, 23.6.2004 – 7 AZR 514/03, AP Nr. 139 zu § 37 BetrVG 1972; BB 2005, 111; *Fitting* § 37 BetrVG, Rn. 66a.

10 Kreutz, in: GK, 9. Aufl. 2010, § 78 BetrVG, Rn. 65.

11 LAG Berlin-Brandenburg, 22.2.2012 – 17 Sa 2212/11, juris.

12 LAG Berlin-Brandenburg, 22.2.2012 – 17 Sa 2212/11, juris.

13 ArbG Stuttgart, 13.12.2012 – 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140 ff.

14 ArbG Stuttgart, 13.12.2012 – 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140 ff.

15 ArbG Stuttgart, 13.12.2012 – 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140 ff.

stellte das Arbeitsgericht Stuttgart darauf ab, das Pauschalen zwar auch unter bestimmten Umständen gegenüber einem freigestellten Betriebsratsmitglied bezahlt werden könnten. Sie müssten aber derart bemessen sein, dass sie im Großen und Ganzen gesehen, den tatsächlichen Aufwendungen entsprechen würden. Im vorliegenden Fall sei es nicht ersichtlich, für welche nach § 40 Abs. 1 BetrVG erstattungsfähigen, regelmäßig wiederkehrenden und damit pauschalierbaren Kosten der Aufwendungsersatz gezahlt werden würde. Auch die Tatsache, dass alle Mitglieder des Betriebsrates dieselbe Pauschale erhalten würden, spreche dagegen, dass es sich um den zulässig pauschalisierten Ersatz tatsächlicher Aufwendungen handele.¹⁶ Auch im Hinblick auf die Mehrarbeitspauschale sei bereits nicht ersichtlich, warum ein Betriebsratsmitglieds wegen seines Amtes Mehrarbeit im Umfang von acht Stunden/Monat entgehen solle, die aufgrund des Benachteiligungsverbotes und des Verbotes der Minderung des Arbeitsentgeltes auszugleichen wären. Auch insoweit widerspräche es jeglicher Lebenserfahrung, alle Betriebsratsmitglieder hätten in der Vergangenheit denselben oder auch nur einen ähnlichen Umfang an Mehrarbeitsstunden erbracht.

Im Ergebnis sollte man daher bei der Frage, ob Betriebsratsmitgliedern Pauschalen (weiter) zu gewähren sind, sorgfältig prüfen, ob hierfür die genannten Voraussetzungen vorliegen. Ein Anhaltspunkt mag sicher sein, ob es sich bei abstrakter Betrachtung bei den Pauschalen um Arbeitsentgelt (dann grundsätzlich fortzuzahlen) oder um Aufwendungsersatz (dann grundsätzlich nicht fortzuzahlen) handelt. Entscheidend ist dann aber bei näherer Betrachtung die inhaltliche Ausgestaltung und der objektive Zweck der Leistung.

1. Berücksichtigung der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung

Keine unzulässige Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds liegt bei Maßnahmen vor, durch die die Arbeitsleistung oder die soziale Lage des Betriebsratsmitglieds in betriebsüblicher Weise berücksichtigt werden.¹⁷

Zulässig und aufgrund des Benachteiligungsverbotes aus § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG auch geboten, ist die Entgelterhöhung im Rahmen einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung anhand eines Vergleichs mit vergleichbaren Arbeitnehmern. Dabei wird in zwei Schritten vorgegangen, in dem zunächst die Vergleichsgruppe einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung für das jeweilig individuelle Betriebsratsmitglied gebildet wird und sodann die hypothetische berufliche Entwicklung der Betriebsratsmitglieder unter Heranziehung der Vergleichsgruppe ermittelt wird.

Insoweit sind Arbeitnehmer vergleichbar, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im wesentlich objektiv gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben, wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren.¹⁸

Zur Feststellung der vergleichbaren Qualifikation sind neben formalen Voraussetzungen, wie z. B. Examina, auch eine herausragende wissenschaftliche Reputation oder Eignung der Arbeitnehmer zu berücksichtigen.¹⁹ Es müssen neben den Tätigkeitsvergleich auch persönliche Merkmale wie Bildungsstand, Fachkenntnisse, Entwicklungspotential und Arbeitserfolge berücksichtigt werden. Außergewöhnliche Leistungen müssen bei der Bewertung ebenso Berücksichtigung finden wie unterdurchschnittliche Leistungen.²⁰

Auf diese Art und Weise müssen die jeweiligen Vergleichsgruppen ermittelt werden. Zur Beurteilung der betriebsüblichen Entwicklung

muss die berufliche Entwicklung der betreffenden Arbeitnehmer betrachtet werden. Maßgeblich und daher bei der Vergütung des freigestellten Betriebsratsmitglieds kennzeichnend ist die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer. Wurde diese Mehrzahl mit höherwertigen Tätigkeiten betraut, dann muss auch das freigestellte Betriebsratsmitglied entsprechend der höherwertigen Tätigkeit vergütet werden. Ergibt jedoch eine Bewertung der Vergleichsgruppe, dass sich nur einige aber nicht die Mehrheit der Mitarbeiter so entwickelt haben, dass eine höhere Vergütung an die freigestellten Betriebsratsmitglieder zu zahlen wäre, so verbleibt es für die Betriebsratsmitglieder bei der alten niedrigeren Vergütung.²¹

Das LAG Rheinland-Pfalz hat sich in seinem Urteil vom 28.10.2013 mit einem Anspruch eines Betriebsratsmitgliedes gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG auf der Grundlage einer betriebsüblichen regelmäßigen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer auseinandergesetzt und im Ergebnis den Anspruch des Klägers verneint.²² Dabei hat das LAG darauf abgestellt, dass die von dem Kläger nach seiner Auffassung als vergleichbar herangezogenen drei ehemaligen Verkaufs- und Vertriebsleiter nicht in eine Vergleichsbetrachtung einzubeziehen seien, weil diese in dem Jahr, indem der Kläger sein Betriebsratsamt angetreten hatte, bei der Beklagten noch gar nicht beschäftigt gewesen seien. Weiter hatte der Kläger sich auf Tätigkeiten von zwei angeblich vergleichbaren Mitarbeitern berufen. Dabei konnte aber der Arbeitgeber darlegen, dass insgesamt fünf im Zeitpunkt des Antritts des Betriebsratsamtes des Klägers vergleichbare Arbeitnehmer seit diesem Zeitpunkt nicht höhergruppiert wurden. Daraus schloss das LAG, dass es bei der betreffenden Arbeitgeberin keine Regelmäßigkeiten gäbe, wonach die Mitarbeiter nach einem gewissen Zeitraum höhergruppiert und in höhere Entgeltgruppen oder sogar außertariflich vergütet werden würden.²³

2. Berücksichtigung einer (fiktiven) Beförderungsstelle

Eine im Rahmen der Entgeltfindung zu berücksichtigende betriebsübliche Entwicklung liegt auch vor, wenn unter Berücksichtigung der normalen betrieblichen personellen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer dem Betriebsratsmitglied eine höherwertige Tätigkeit hätte übertragen werden müssen. Auch dabei kommt es auf den Zeitpunkt der Amtsübernahme an, weil § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG auf das Betriebsamt abstellt. Bei Ersatzmitgliedern wird hingegen auf den Zeitpunkt des Nachrückens in den Betriebsrat abgestellt.²⁴ Steht nur eine Beförderungsstelle zur Verfügung, besteht ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf dessen höhere Vergütung nur dann, wenn genau diese eigene Stelle nach den betrieblichen Auswahlkriterien dem Betriebsratsmitglied hätte übertragen werden müssen.²⁵ Dem

16 ArbG Stuttgart, 13.12.2012 – 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140 ff.

17 *Fitting*, in: BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 78, Rn. 22; *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde-Buschmann*, in: BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 78, Rn. 33; LAG Düsseldorf, 13.9.2010 – 11 Sa 906/01, juris, Rn. 29.

18 BAG, 14.7.2010 – 7 AZR 359/09, juris, Rn. 30; BAG, 17.8.2005 – 7 AZR 528/04, juris, Rn. 13.

19 LAG Baden-Württemberg, 30.11.2006 – 3 Sa 38/06, juris, Rn. 19.

20 BAG, 13.11.1987 – 7 AZR 550/86, juris, Rn. 30f.; *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080 f.

21 BAG, 14.7.2010 – 7 AZR 359/09, juris, Rn. 30; BAG, 17.8.2005 – 7 AZR 528/04, juris, Rn. 13; BAG, 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, juris, Rn. 29, BB 1992, 2151.

22 LAG Rheinland-Pfalz, 28.10.2013 – 5 Sa 218/13, juris.

23 LAG Rheinland-Pfalz, 28.10.2013 – 5 Sa 218/13, juris.

24 BAG, 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, juris, Rn. 24, BB 1992, 2151.

25 BAG, 14.7.2010 – 7 AZR 359/09, juris, Rn. 30; BAG, 17.8.2005 – 7 AZR 528/04, juris, Rn. 13; BAG, 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, juris, Rn. 29, BB 1992, 2151; LAG Baden-Württemberg, 30.11.2006 – 3 Sa 38/06, juris, Rn. 20; LAG Hamm, 22.4.2005 – 10 Sa 2183/04, juris, Rn. 65.

Betriebsratsmitglied muss der Nachweis gelingen, dass er diese berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte.²⁶ Unterschiede in den Eignungs-, Befähigungs- und Leistungsbildern der jeweiligen Bewerber dürfen nicht zum Nachteil des Betriebsratsmitglieds berücksichtigt werden, wenn sie durch die Betriebsrats Tätigkeit und insbesondere die Freistellung entstanden sind, da anderenfalls eine Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds aufgrund des Betriebsratsamtes eintreten würde.²⁷ Zum Nachteil des Betriebsratsmitglieds wird allerdings auch vertreten, dass die Leistung eines Betriebsratsmitgliedes bei Beförderungsstellen – also die tatsächlichen unter Umständen herausragenden Leistungen eines Betriebsratsmitglieds in seinem Amt und während der Freistellung, keine Berücksichtigung finden dürfen.²⁸ Dieses Verständnis ist bei einem Betriebsratsmitglied, das während seiner Amtstätigkeit ein großes Leistungspotential gezeigt hat, nur schwer nachvollziehbar. Es entspricht allerdings den gesetzlichen Vorgaben der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer, wodurch die individuelle Entwicklung des Betriebsratsmitglieds während seines Amtes und in der Amtsausübung ausgeblendet ist. Im Ergebnis muss demnach ein Betriebsratsmitglied, wenn es sich auf eine Beförderungsstelle beruft, Folgendes darlegen:

1. Eine Bewerbung sei tatsächlich gerade wegen seiner Freistellung und/oder Betriebsrats Tätigkeit erfolglos geblieben, oder
2. eine fiktive Bewerbung, die aufgrund der Freistellung unterblieben ist, wäre ohne Freistellung erfolgreich gewesen, oder
3. bei einem Scheitern einer Bewerbung wegen fehlender Fachkenntnisse, seien die Fachkenntnisse gerade wegen fehlender Freistellung nicht erlangt worden.²⁹

Die Anwendung dieser Grundsätze stellt sich zugegebenermaßen dann als schwer dar, wenn es um die hypothetische Beförderung eines seit mehreren Amtsperioden freigestellten Betriebsratsmitgliedes geht, dessen eigentliches Tätigkeitsgebiet überhaupt nicht mehr vorhanden ist. Schwer zu ermitteln ist die Betriebsratsvergütung auch im Hinblick auf eine hypothetische Beförderung bei ohnehin nur wenigen zur Verfügung stehenden Führungspositionen. Insoweit kann und muss dem Arbeitgeber ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden werden.³⁰ In diesem Rahmen muss der Arbeitgeber gleichwohl zwingend das Besserstellungsverbot beachten. Dieses stellt die obere Grenze des Ermessensspielraums des Arbeitgebers dar, während die untere durch das Benachteiligungsverbot gezogen wird.

Ein bislang – soweit ersichtlich – von der Rechtsprechung nicht eindeutig entschiedener Fall liegt vor, wenn die Beförderungsstelle eine Position außerhalb der Anwendung des BetrVG beispielsweise als Geschäftsführer oder leitender Angestellter beinhaltet. An sich verliert ein Betriebsratsmitglied seine Mitgliedschaft im Betriebsrat bei Verlust seiner Wählbarkeit. Organe oder leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG sind weder wahlberechtigt noch wählbar. Die vergütungsrechtliche Einordnung nach § 37 Abs. 4 BetrVG könnte dementsprechend von Relevanz für den Verlust des Betriebsratsamtes mit der Höhervergütung nach Maßgabe der Beförderungsstelle sein. Diese Rechtsfolge wird jedoch in der Literatur abgelehnt.³¹ Begründet wird diese Ansicht damit, dass es immer auf die konkret ausgeübte Tätigkeit und nicht auf eine formelle Tätigkeitszuweisung, geschweige denn eine fiktive Tätigkeit ankommen kann. So knüpfe auch § 5 Abs. 3 Satz 2 BetrVG im Hinblick auf die dort beschriebenen Tätigkeiten an „Arbeitsvertrag und Stellung“ an. Das heißt, die tatsächlich nach Arbeitsvertrag und Stellung ausgeübte Tätigkeit muss

in einem Interessensgegensatz zwischen Arbeitgebervertreter und Arbeitnehmervertreter stehen.³² Leichter dürften die Fälle zu beurteilen sein, in denen die vertragliche Ausgestaltung nicht für eine Organtätigkeit oder die Tätigkeit eines leitenden Angestellten i.S.d. § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG spricht. Denn vielfach sind Geschäftsführer bei der Konzernobergesellschaft als Arbeitnehmer beschäftigt und haben in Ausübung dieser Tätigkeit eine Geschäftsführertätigkeit für Tochtergesellschaften. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ändert diese Tätigkeit als Organ einer Tochtergesellschaft jedoch nicht den Charakter des Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis zur Konzernobergesellschaft. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung wäre demnach die Berücksichtigung dieser Beförderungsstellen bei § 37 Abs. 4 BetrVG möglich.³³

IV. Konsequenzen bei einem Verstoß gegen das Besserstellungs- und Schlechterstellungsverbot

Zahlen Arbeitgeber bewusst ihren Betriebsratsmitgliedern nicht die betriebsübliche Vergütung, so kann dies einen groben Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG bedeuten. In diesem Fall kann der Betriebsrat oder eine in dem Betrieb vertretene Gewerkschaft ein Verfahren gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG einleiten, das auf Unterlassung, Duldung oder Handlung gegen den Arbeitgeber unter Androhung von Zwangsgeld durchgesetzt werden kann. So stellt eine rechtswidrige Schlechterstellung von Betriebsräten in der Vergütung im Grundsatz einen groben Pflichtverstoß im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG dar, zumindest dann, wenn das Betriebsratsmitglied auf eine angemessene Vergütung im Rahmen des § 37 Abs. 2 BetrVG gedrungen hat und der Arbeitgeber trotzdem die Vergütung nicht entsprechend anpasst.

§ 23 Abs. 3 BetrVG zielt insoweit auf die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Verhaltens des Arbeitgebers ab. Vergangenes rechtswidriges Verhalten wird hierüber allerdings nur eingeschränkt sanktioniert. Die Vorschrift des § 23 Abs. 3 BetrVG kommt grundsätzlich auch in Betracht, wenn ein Arbeitgeber rechtswidrig einen Betriebsrat durch eine überhöhte nicht im Rahmen von § 37 BetrVG angemessene Vergütung besserstellt.

Hinzu kommt eine mögliche Strafbarkeit gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG wegen Begünstigung eines Betriebsratsmitgliedes, die ein Strafmaß einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorsieht. Die Zahlung überhöhter Betriebsratsvergütungen stellt eine unzulässige Begünstigung dar. Erforderlich ist außerdem ein vorsätzliches Handeln, das gegeben ist, wenn der Leistende zumindest billigend in Kauf nimmt, dass die bevorzugende Zahlung arbeitsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.³⁴ Dabei muss sich der Vorsatz auf die Begünstigung erstrecken.

26 BAG, 11.12.1991 – 7 AZR 75/91, juris, Rn. 23.

27 LAG Düsseldorf, 3.8.2007 – 10 Sa 112/07, juris, Rn. 68.

28 Weber, in: GK, 9. Aufl. 2010, § 37 BetrVG, Rn. 111; Rieble, NZA 2008, 276, 277; Triemel, AuA 2011, 482, 483.

29 BAG, 14.7.2010 – 7 AZR 359/09, juris, Rn. 25; BAG, 27.6.2001 – 7 AZR 496/99, juris, Rn. 22, BB 2001, 2328.

30 Vgl. hierzu Bayreuther, NZA 2014, 235 ff.

31 Vgl. etwa Lipp, Heidrun, „Honorierung und Tätigkeitsschutz von Betriebsratsmitgliedern“, 2008, S. 82 sowie Hennecke, BB 1986, 936 (937).

32 Vgl. BAG, 11.1.1995 – 7 ABR 33/94, AP Nr. 55 zu § 5 BetrVG 1972; BAG, 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, AP Nr. 69 zu § 5 BetrVG 1972.

33 Vgl. BAG, 25.10.2007 – 6 AZR 1045/06, AP KSchG 1969 § 14 Nr. 11.

34 Fitting, in: BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 119, Rn. 10.

Hingegen wäre für die betreffenden Betriebsratsmitglieder nicht zwangsläufig eine Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG gegeben. Denn allein die Annahme einer Begünstigung ist nicht strafbewehrt. Erforderlich wäre insoweit, dass das Betriebsratsmitglied den Arbeitgeber zur Zahlung einer überhöhten Vergütung auffordert. Nur dann wäre eine strafbare Anstiftung oder Beihilfe gegeben.³⁵

Da die Straftat aus § 119 BetrVG nur auf Antrag verfolgt wird und antragsberechtigt nur der Betriebsrat, eine im Betrieb vertretenen Gewerkschaft sowie der Arbeitgeber ist, sind entsprechende Verfahren kaum ein taugliches Mittel, um unzulässige Betriebsratsvergütungen zu verfolgen.³⁶

Bedeutender ist daher eine mögliche Strafbarkeit der Untreue gemäß § 266 StGB. Dabei ist die Anknüpfung an eine Vermögensbetreuungspflicht bei Organen, das heißt Geschäftsführern einer GmbH und Vorständen einer Aktiengesellschaft, die Grundlage dafür, dass bei einer Auszahlung einer überhöhten Betriebsratsvergütung unter Umständen eine strafbare Untreue gemäß § 266 StGB vorliegen kann. Bei diesem Straftatbestand ist kein Antrag erforderlich, sondern die Staatsanwaltschaft wird von Amts wegen tätig. Das Vorliegen der Strafbarkeit begründet zudem einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen das handelnde Organ aus § 823 Abs. 2 BGB.

V. Fazit

Die rechtssichere Bemessung der Betriebsratsvergütung ist kein Hexenwerk. Die zu den einzelnen Regelungstatbeständen des § 37 BetrVG ergangene Rechtsprechung liefert deutliche Hinweise für das Vorgehen. Bei einer sorgfältigen Anwendung des dort geregelten Arbeitseingelteschutzes der Betriebsratsmitglieder kann deren Unabhängigkeit gewähr-

leistet werden. In Grenzfällen, in denen die Höhe der Betriebsratsvergütung weder im Rahmen einer betriebsüblichen Entwicklung noch anhand der Grundsätze zu einer fiktiven Beförderungsstelle gelöst werden können, empfiehlt es sich schon fast, für die Bemessung der Betriebsratsvergütung den Weg über die Arbeitsgerichte zu gehen. Denn die Konsequenzen einer zu lax gehandhabten Vergütung für die Arbeitnehmervertreter sind für die Unternehmensleitung deutlich. Dagegen sprechen Unwägbarkeiten eines gerichtlichen Verfahrens aufgrund der abgestuften Darlegungs- und Beweislast sowie einer in den genannten Fällen überwiegend entscheidenden subjektiven Einschätzung von beruflichen Fähigkeiten und Kenntnissen. Daher ist es eher anzuraten, zur Risikominimierung für die Unternehmensleitung Rechtsgutachten unter Umständen mit professioneller Stellenbewertung durch eine Personalberatung im Hinblick auf die Angemessenheit einer Betriebsratsvergütung heranzuziehen. Losgelöst davon sollten für eine spätere Nachvollziehbarkeit die entsprechenden Prüfungen der Angemessenheit einer Betriebsratsvergütung schriftlich dokumentiert sein.

Dr. Jochen Keilich, LL.M (Exeter), ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der Arbeitsrechtsboutique Pusch Wahlig Legal in Berlin. Er ist auf die Beratung nationaler und internationaler Unternehmen sowie von Führungskräften und Vorstandsmitgliedern in allen Belangen des Individual- und des Kollektivarbeitsrechts spezialisiert.



³⁵ Vgl. hierzu Byers, NZA 2014, 65, 68.

³⁶ Byers, NZA 2014, 65, 68.

Stefan Richter, RA

Nach der Betriebsratswahl: In welchem Umfang muss der Arbeitgeber die Schulung von Betriebsratsmitgliedern finanzieren?

Im Frühjahr 2014 haben deutschlandweit die turnusmäßigen Betriebsratswahlen stattgefunden. Im Anschluss an die Wahlen stellt sich traditionell für die Betriebsparteien die Frage, in welchem Umfang die neuen und die ggf. wiedergewählten Betriebsratsmitglieder Anspruch auf Schulungen haben, um die für ihre Betriebsratsarbeit notwendigen Kompetenzen zu erlangen bzw. aufzufrischen oder zu vertiefen. Dabei findet sich insbesondere im Bereich der mehr oder weniger standardisierten Grundschulungen zur Einführung in die Betriebsratsarbeit eine Vielzahl von Anbietern auf dem Markt, die um die Gunst der frisch gewählten Betriebsräte werben. Da ist es aus Sicht der Anbieter naheliegend, den Betriebsräten besonders attraktive Angebote zu machen,

um frühzeitig neue Betriebsräte an sich zu binden. Die Anbieter werben daher nicht nur mehr oder weniger offen mit attraktiven Schulungs-orten und interessanten Begleitprogrammen, sondern in jüngerer Zeit zunehmend auch mit „Gratisbeigaben“ in Form von Fachliteratur oder sogar „Betriebsrats-Tablet-PCs“ etc. Was dem Betriebsrat lieb ist, kann jedoch für den Arbeitgeber teuer sein. Der Beitrag beleuchtet die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber die Kosten für Schulungen tragen muss und wann er die Kostenübernahme zulässigerweise verweigern darf. Nach § 37 Abs. 6, 7 BetrVG und § 40 BetrVG ist der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet, Betriebsratsmitglieder für Schulungen in gewissem Umfang bezahlt von der Arbeit freizustellen bzw. Frei-