

11. ZAAR-Tagung
„Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen“

Freitag, 22. November 2019
Hamburg, Bucerius Law School



Im Jahr 2019 wird intensiv über zwei vergütungsrechtliche Fragenkomplexe diskutiert, die größere Unternehmen betreffen.

Das Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) hat erhebliche Konsequenzen für die Festsetzung und Offenlegung der Vergütung von Vorstandsmitgliedern und für das Haftungsrecht. Im Zusammenspiel mit dem im Mai 2019 verabschiedeten überarbeiteten Deutschen Corporate Governance Kodex erreicht dieses Vergütungsthema einen hohen Komplexitätsgrad.

Das zweite Vergütungsthema ist die arbeitsvertragliche Bezahlung freigestellter Betriebsratsmitglieder. Spektakuläre Kriminalfälle haben die Vergütungsfortschreibung dauerhaft freigestellter Mitglieder des Betriebsrats nach der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer auf den Prüfstand gestellt. Vor diesem Hintergrund ist in den Blick zu nehmen, ob das geltende Recht Wege eröffnet, der zunehmenden Professionalisierung des Betriebsratsamts und damit dem Bedürfnis nach einer „angemessenen“ arbeitsvertraglichen Vergütung von Betriebsratsmitgliedern zu entsprechen, die sich in der Rolle des Co-Managers befinden.

I. Festsetzung einer „angemessenen“ Vorstandsvergütung nach dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie

Dr. Caspar Behme, Habilitand an der Ludwigs-Maximilians-Universität München und Lehrstuhlvertreter an der Universität Leipzig, gab einen Überblick über die Neuregelungen zur Festsetzung einer „angemessenen“ Vorstandsvergütung nach dem Umsetzungsgesetz zur Zweiten Aktionärsrichtlinie, welches voraussichtlich am 1.1.2020 in Kraft trete.

Der Referent weist, wie Prof. Dr. Matthias Jacobs in seinen einleitenden Worten, auf die Aktualität des Themas hin. Die letzten Änderungen am Entwurf zum Umsetzungsgesetz seien erst letzte Woche vorgenommen worden. Die Brisanz des Themas im öffentlichen Diskurs ergebe sich aus dem enormen Gehaltsgefälle zwischen DAX-Vorständen auf der einen und der Normalbevölkerung auf der anderen Seite. In rechtsökonomischer Hinsicht kämen Vorstandsgehälter durch Angebot und Nachfrage am Markt für die Tätigkeit als Vorstandsmitglied zustande. Die Vergütung diene der Incentivierung des Vorstands zu optimaler Leistung. Jedoch könnten Gestaltungen des Vergütungssystems auch Fehlanreize zulasten der Gesellschaft setzen (Prinzipal Agenten Problem).

Der Referent stellte zunächst die derzeitige Rechtslage mit der zentralen Norm des § 87 AktG dar. Die Grundaussage des § 87 I 1 AktG zur Angemessenheit und Üblichkeit der vom Aufsichtsrat festzusetzenden Vergütung bleibe durch das Umsetzungsgesetz unberührt. § 87 I 2 AktG regle die Vergütungsstruktur bei börsennotierten Gesellschaften. Diese ist nach dem Umsetzungsgesetz nicht mehr nur an eine „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ (a.F.), sondern vielmehr an eine „langfristige und nachhaltige Entwicklung der Gesellschaft“ auszurichten. § 120 IV AktG beschreibt die Mitwirkung der Hauptversammlung börsennotierter Aktiengesellschaften am Vergütungssystem der Vorstandsmitglieder. Nach § 120 IV AktG „kann“ die Hauptversammlung die Billigung des Vergütungssystems beschließen. Der unanfechtbare Beschluss begründe keine Rechten und Pflichten, insbesondere bleibt die Pflicht des Aufsichtsrats nach § 87 I AktG unberührt. Der Referent weist auf flankierende Regelungen aus dem Aufsichtsrecht (KWG, VAG) und Ziff. 4.2.2. sowie Ziff. 4.2.3. des Deutschen Corporate Governance Codex (DCGK) hin.

Im zweiten Schritt ging Dr. Caspar Behme auf die Änderungen durch das Umsetzungsgesetz ein. § 87a AktG n.F. schreibe vor, dass der Aufsichtsrat ein Vergütungssystem beschließe, welches für einen durchschnittlich mit dem Thema befassten Aktionär klar und verständlich sei. Insbesondere müsse dieses System eine Maximalvergütung enthalten § 87a I 2 Nr. 1 AktG n.F., die vorher nur in Ziff. 4.2.3. DCGK, jedoch noch nicht im AktG vorgesehen war. § 87a II 1 AktG n.F. regle, dass das vom Aufsichtsrat beschlossene Vergütungssystem der Hauptversammlung zur Billigung vorgelegt werden müsse.

Im Gesetzgebungsverfahren sei strittig gewesen, ob die Hauptversammlung in Form eines beratenden Votums oder einer verbindlichen Abstimmung einbezogen wird. Nach § 120a I 1 AktG n.F. beschließe die Hauptversammlung über die Billigung des vom Aufsichtsrat vorgelegten Vergütungssystems bei jeder wesentlichen Änderung, mindestens jedoch alle vier

Jahre. Der Beschluss begründe gemäß § 120a I 2 AktG n.F. weder Rechte und Pflichten. Bei Ablehnung des Vergütungssystems ist dieses in überprüfter Form spätestens in der darauffolgenden ordentlichen Hauptversammlung zum Beschluss vorzulegen (§ 120a III AktG n.F.). Dieser Beschluss habe ebenso nur beratenden Charakter.

Der „Knaller“ der Änderung sei, dass die Hauptversammlung gemäß § 87 IV AktG n.F. die nach § 87 I 2 Nr. 1 AktG n.F. vom Aufsichtsrat festgesetzte Maximalvergütung herabsetzen könne. Hier könne die Hauptversammlung gestaltend in das Vergütungssystem eingreifen. Darin liege der politische Kompromiss zwischen einer lediglich beratenden Ausgestaltung und einer verbindlichen Entscheidung, sogenanntes „say on pay“ nach angelsächsischen Vorbild. Das Kernargument für eine Stärkung der Hauptversammlung sei die Verhinderung des Prinzipal Agenten Problems. Andererseits liefe eine verbindliche Ausgestaltung dem dualistischen System des deutschen Aktienrechts sowie dem Einfluss der Arbeitnehmer über den Aufsichtsrat entgegen. Der Beschluss der Hauptversammlung sei nicht anfechtbar (§ 120a I 3 AktG n.F.). Es werde demnach kein Angriffspunkt für räuberische Aktionäre geboten.

Das Vergütungssystem gelte für zukünftig abzuschließende Anstellungsverträge. Der nach § 162 AktG n.F. durch den Aufsichtsrat und Vorstand zu erstellende Vergütungsbericht werfe hingegen einen Blick zurück auf die Vergütung im letzten Geschäftsjahr. Die neuen Anforderungen an den Bericht nach § 162 I 2 Nr. 2 AktG n.F. seien bereits aus dem DCGK bekannt. Nach der künftigen Rechtslage ist das Vergütungssystem mit individualisierter Aufschlüsselung und der Vergütungsbericht zu veröffentlichen (§§ 120a II, 162 IV AktG n.F.), §§ 285 S. 1 Nr. 9 lit. a S. 5, 286 V HGB werde ersatzlos gestrichen.

Im letzten Teil kommt Dr. Caspar Behme auf ausgewählte Probleme der Neuregelungen zu sprechen. Nach § 87 I 2 AktG n.F. solle das Vergütungssystem nicht mehr nur auf eine „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ sondern auf eine „langfristige und nachhaltige Entwicklung der Gesellschaft“ ausgerichtet werden. Laut Regierungsbegründung müsse der Aufsichtsrat auch soziale und ökologische Gesichtspunkte in den Blick nehmen. Die Begriffe „sozial“ und „ökologisch“ seien schwer in Zahlen zu fassen. Es fehlten die Kriterien und Kennzahlen. Der Referent schlägt vor, man könne die in der Praxis auf freiwilliger Basis erstellten Nachhaltigkeitsbilanzen heranziehen. Die Ermittlung der Umweltfreundlichkeit sei jedoch in jeder Einzelfallentscheidung sehr aufwendig oder sogar unmöglich. Vorstandsaufgabe sei es, die Interessen aller Stakeholder in praktische Konkordanz zu bringen. Die Frage wird aufgeworfen, ob auch die Umwelt oder Allgemeininteressen Stakeholder sind. Der Referent kritisiert, dem Vorstand könne in diesem Fall kein Pflichtenverstoß mehr nachgewiesen werden, da er unternehmerische Entscheidungen zulasten der Stakeholder über soziales und ökologische Interessen rechtfertigen könne. Diese weitreichende Haftungsentlastung des Vorstands sei durch den Gesetzgeber nicht gewollt. § 87 I 2 AktG n.F. sei nicht überzeugend geraten.

Die Festlegung der Maximalvergütung § 87a I 2 Nr. 1 AktG n.F. solle nicht „so heiß gegessen werden, wie sie gekocht wird“. Die Neuregelung ist aus dem DCGK bekannt und bei fast allen DAX-Konzernen bereits umgesetzt. Neu ist die Herabsetzung durch anfechtbaren Hauptversammlungsbeschluss. Der Referent geht nicht von einer regen Anwendung in der Praxis aus, da das Interesse institutioneller Investoren an einer Herabsetzung fehle. In Ländern, in denen Hauptversammlungen über die Vorstandsvergütung entscheiden, seien die Vorstandsgehälter

nicht niedriger. Bei der Änderung handle es sich um einen populistischer Versuch die Stärkung der Hauptversammlung im Gesetz zu suggerieren.

Dr. Caspar Behme kommt auf die Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats bei unangemessener Vergütung nach §§ 116, 93 II AktG zu sprechen. Die Business Judgement Rule des § 93 I 2 AktG sei anwendbar, da es sich um eine unternehmerische Entscheidung handle. Der Referent wirft letztlich die Frage auf, ob ein billiges Votum der Hauptversammlung zum Vergütungssystem die Haftung des Aufsichtsrats für Vergütungsentscheidungen auf dieser Grundlage entfallen ließe. Bei Erörterung der Vergütung in der Hauptversammlung wird regelmäßig derartiger Sachverstand zu den Fragen der Angemessenheit und Üblichkeit eingebracht, dass der Aufsichtsrat auf Grundlage angemessener Informationen handle. Über die Haftungsentlastung habe sich der Gesetzgeber bei Implementierung des „say on pay“ keine Gedanken gemacht. Dennoch sei sie die zwingende Folge.

Wegen geringerer Gehälter stellten sich parallele Probleme bei der Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern nicht in selber Schärfe. Bei Vergütungsfragen in GmbHs und Personengesellschaften gebe es keine Prinzipal Agent Problematik. Konflikte zwischen Mehrheit und Minderheit ließen sich über die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz abfedern.

II. Herabsetzung der Vorstandsvergütung und Rückforderung aufgrund von Clawback-Klauseln

Professorin Dr. Dörte Poelzig, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Leipzig thematisierte Clawback-Klauseln als Möglichkeit zur Herabsetzung der Vorstandsvergütung.

Einleitend beschreibt die Referentin den Unmut in der Allgemeinheit und unter Gläubigern, den hohe Bonizahlungen in Krisenfällen auslösen. Dies führe zur Forderung, bereits ausgezahlte variable Vorstandsvergütungsbestandteile zurückzufordern (Clawback). Neben Banken und Versicherungsunternehmen, welche nach der Institutsvergütungsverordnung zur Einführung von Clawback-Klauseln gezwungen seien, entschieden sich hierfür bisher zwei Drittel der DAX Unternehmen im aufsichtsrechtlich nichtregulierten Bereich. Durch das Inkrafttreten des ARUG II erhalte die Diskussion neuen Schwung. § 87a I 2 Nr. 6 AktG n.F. statuieren eine verstärkte Informationspflicht für börsennotierte Gesellschaften über einen Clawback in deren Vergütungssystem.

Nach den Gründen für die Rückforderung der bereits ausgezahlten variablen Vergütung sei zwischen Performance-Clawback und Compliance-Clawback zu differenzieren. Der Performance-Clawback knüpfe daran an, dass vereinbarte Erfolgsziele nicht erreicht worden sind. Der Compliance-Clawback greife bei Fehlverhalten des Vorstandsmitglieds. Beim Performance-Clawback komme es weder auf eine Pflichtverletzung, noch auf das Verschulden des Vorstandsmitglieds an. Die aktienrechtliche Grundlage seien § 87 I 2 und 3 AktG n.F., die von der Vergütungsstruk-

tur forderten, dass sie auf eine langfristige und nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sei und variable Vergütungsbestandteile daher eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben. Der Performance-Clawback fordere also eine ungerechtfertigte Belohnung wegen Nichterreichens der eigentlich vereinbarten Ziele zum Schutz des Gesellschaftsvermögens zurück. Im Gegensatz dazu sei das Ziel des Performance-Clawbacks die Incentivierung des Vorstands zur Einhaltung der rechtlichen Regelungen. Die Rückforderung der variablen Vergütung erfolge bei schwerwiegender Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds, ohne dass es auf einem wirtschaftlichen Nachteil der Gesellschaft ankomme.

Zum Schutz der Stabilität des Finanzmarktes besteht eine Pflicht zur Implementierung vertraglicher Clawback-Regelungen nach § 20 VI Institutsvergütungsverordnung in bedeutenden Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten. Nach § 18 V Institutsvergütungsverordnung entfalle die variable Vergütung bei einem Verhalten, das zu wesentlichen Verlusten oder einer erheblichen regulatorischen Sanktion führt (Nr. 1) oder einer schwerwiegenden Verletzung relevanter interner oder externer Regelungen (Nr. 2). Auf den unregulierten Bereich könnten diese Vorschriften aufgrund der anderen Schutzrichtung nicht übertragen werden. Eine Pflicht zum Clawback folge auch nicht aus dem Aktienrecht. § 87 a I 2 Nr. 6 AktG n.F. enthält nur Informationspflichten. Der DCGK empfehle in begründeten Fällen die variable Vergütung einzubehalten oder zurückzufordern. Dies sei hinsichtlich Tatbestand und Rechtsfolge recht vage, sodass eine relativ schwache Ausformung des Clawbacks, z.B. bei Auszahlung auf Grundlage falscher Zahlen, bereits genüge. Praktisch steige jedoch der Druck zur Implementierung von Clawbacks, aufgrund der Empfehlung im DCGK, der Informationspflicht aus § 87 a I 2 Nr. 6 AktG n.F. und den Empfehlungen der Stimmrechtsberater bei Beschlüssen zur Billigung des Vergütungssystems nach § 120a I AktG n.F..

Weiterhin stellt die Referentin klar, dass eine Rückforderung kraft Gesetzes möglich ist. Die aktienrechtliche Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach § 87 II AktG im Falle der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft gelte nur für die Zukunft. Ebenso sei die variable Vergütung kein Schaden nach Pflichtverletzung im Rahmen der Vorstandshaftung nach § 93 II AktG. Der Performance-Clawback könne über das Bereicherungsrecht erreicht werden. Die „Achillesferse“ des Bereicherungsrechts liege bekanntermaßen im Entreicherungsseinwand nach § 818 III BGB. Diesem könne durch eine vertragliche Regelung entgegengewirkt werden.

Die Referentin schlägt verschiedene Formen zur vertraglichen Implementierung des Clawbacks vor. Zum einen könne ein aufschiebend bedingter Rückzahlungsanspruch oder ein Widerrufsrecht der Gesellschaft vereinbart werden. Obwohl eine Verhaltenssteuerung des Vorstandsmitglieds beabsichtigt sei, wird die Vertragsstrafe nach § 339 BGB weithin abgelehnt, da es sich letztlich um eine bloße Entgeltregelung handle. Professorin Dr. Dörte Poelzig fordert eine Differenzierung nach den Gründen des Clawbacks. Die objektiven Erfolgsziele des Performance-Clawback dienen nicht dazu, den Vorstand zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten zu zwingen. Der Compliance-Clawback sei eine Vertragsstrafe nach § 339 BGB, da lediglich die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens des Vorstands bezweckt werde.

Die unterschiedliche Ausgestaltung spiegele sich in der rechtlichen Bewertung der aktienrechtlichen Zulässigkeit und der AGB-Kontrolle wider. Der Performance-Clawback sei aktienrechtlich zulässig. Der Compliance-Clawback stünde neben der Vorstandshaftung nach § 93 II AktG als Sanktion für Pflichtverletzungen, wie andere zulässige Vertragsstrafen in Anstellungsverträgen.

Es werde an bestehende Vorstandspflichten angeknüpft und diese nicht erweitert. Clawback-Klauseln in Vorstandsverträgen unterlägen den §§ 305ff. BGB und seien nach der Empfehlung im DCGK nicht mehr überraschend i.S.d. § 305c I BGB. Der Performance-Clawback benachteilige den Vorstand nicht nach § 307 II Nr. 1 BGB unangemessen. Nach der Rechtsprechung des BAG zu Rückzahlungs- und Stichtagsklauseln verbiete das Leitbild des § 611 BGB, dass bereits verdienter Lohn zurückgezahlt werden müsse. „Verdient“ sei die variable Vergütung des Vorstands nicht am Ende des Geschäftsjahrs, wenn sie regelmäßig ausgezahlt wird, sondern erst am Ende des mehrjährigen Bemessungszeitraums nach § 87 I 3 AktG.

Der Compliance-Clawback unterliege den Anforderungen an Vertragsstrafen. Der Compliance-Clawback erlange insbesondere bei profitablen Gesetzesverstößen und bloßen Reputationschäden Bedeutung, da kein Schaden und somit kein Ersatzanspruch nach § 93 II AktG bestehe. Dieses berechnete Interesse an der Verhaltenssteuerung stehe einer unangemessenen Benachteiligung des Vorstands entgegen. Ein Compliance-Clawback müsse an schuldhaftes Handeln nach dem Maßstab des § 93 II AktG anknüpfen. Aus dem Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB folge, dass in der Praxis die Pflichtverletzungen klar benannt und die Auszahlungsdetails geklärt werden müssten. Vor dem Hintergrund der rechtlichen Unsicherheit und der Durchsetzbarkeit, sei ein Bonus-Bank-Modell für die variable Vergütung empfehlenswert, bei dem die variable Vergütung erst am Ende des Bemessungszeitraums ausbezahlt werde.

III. Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in der Rechtsprechung des BAG

Darauf folgte der Vortrag von *Professor Dr. Dr. h.c. Christoph Weber* (Julius-Maximilians-Universität Würzburg) zur Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in der Rechtsprechung des BAG. § 78 S. 2 BetrVG verbiete zugleich die Benachteiligung und Begünstigung betriebsverfassungsrechtlicher Amtsträger und markiere mit diesen beiden Polen das Spannungsverhältnis und Dilemma in der Praxis. Unabhängig von den strafrechtlichen Folgen habe eine Fehlbemessung der Vergütung weitreichende Konsequenzen für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat und das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Betriebsratsarbeit.

Nach § 37 I BetrVG sei das Betriebsratsamt als Ehrenamt ausgestaltet. Es sei deshalb hypothetisch zu ermitteln, welche Vergütung das Betriebsratsmitglied hätte beanspruchen können, wenn es statt der Betriebsrats Tätigkeit seiner normalen Arbeit nachgegangen wäre (Entgeltausfallprinzip). Die gesetzlich verobjektivierte Hypothese des § 37 IV BetrVG besage, dass das Betriebsratsmitglied sich beruflich jedenfalls nicht schlechter entwickelt hätte als vergleichbare Arbeitnehmer. Hiermit wolle der Gesetzgeber verhindern, dass das Betriebsratsmitglied von der betriebsüblichen Entwicklung abgekoppelt werde und berufliche sowie vergütungsbezogene Nachteile erleide. Die Schwierigkeit liege darin, Kriterien der Vergleichbarkeit zu benennen, vergleichbare Arbeitnehmer zu identifizieren und eine betriebsübliche Entwicklung zu beschreiben. § 78 Satz 2 BetrVG verpflichte dazu, die hypothetische Entwicklung des Betriebsratsmitglieds selbst in den Blick zu nehmen. An § 78 Satz 2 BetrVG knüpften ebenso die Diskussionen über das

Begünstigungsverbot an. Es würde regelmäßig eine berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds unterstellt, die im normalen Arbeitsverhältnis nicht gelungen wäre. Die Unwägbarkeiten der hypothetischen Betrachtung erklärten auch die Forderung nach einer Professionalisierung des Betriebsratsamts und dem leistungsbezogenen Entgelt.

Bei der hypothetischen Ermittlung leistungsbezogener Vergütungsbestandteile nach § 37 II BetrVG nehme das BAG eine Schätzung nach § 278 II ZPO unter Einbezug von Hilfstatsachen vor. Der Referent schlägt vor, die Ansprüche vergleichbarer Arbeitnehmer nach § 37 IV BetrVG als Hilfstatsache im Rahmen des § 278 II ZPO zu berücksichtigen. Zulagen für hypothetische Nacht- und Sonntagsarbeit, die in Folge der Freistellung des Betriebsrats nicht angefallen sind, könnten laut BAG gefordert werden. Überstunden für Betriebsratsarbeit, die aus betriebsbedingten Gründen anfallen, werden nach § 37 III 3 BetrVG nur dann vergütet, wenn der vorrangige Freizeitausgleich betriebsbedingt nicht innerhalb eines Monats gewährt werden kann. Nimmt ein Betriebsratsmitglied während seiner Amtszeit an einem betriebsüblichen Aufstieg, vergleichbarer Arbeitnehmer teil (§ 37 IV BetrVG), so käme es für Erschwernis- und Zeitzuschläge auf die neue Position an. Es dürfe keine Pauschale wegen des Betriebsratsamts gezahlt werden.

§ 37 IV BetrVG wähle für die Vergleichbarkeit bewusst einen inhaltlichen und zeitlichen Anknüpfungspunkt außerhalb der Tätigkeit, da er auf objektivierte und handhabbare Typisierung angelegt sei. Zur Bestimmung vergleichbarer Arbeitnehmer nach § 37 IV BetrVG ginge das BAG deshalb vom Zeitpunkt der Amtsübernahme aus. Der Referent kritisiert, dass das BAG bei mehreren aufeinanderfolgenden Amtszeiten ebenso auf die erste Amtsübernahme abstelle. Bei einer Wiederwahl berücksichtige es die berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds. Kompetenzen, die allein durch Betriebsratsstätigkeit erworben wurden, dürften nach bisherigem System keine Rolle spielen, wenn diese für den Beruf keine Bedeutung hätten. Dies folge aus der begrenzenden Wirkung des § 78 Satz 2 BetrVG innerhalb des § 37 IV BetrVG. Dem könne nicht entgegengehalten werden, dass § 37 IV BetrVG nur einen Mindestschutz gewährleiste, da der Gesetzgeber keine Begünstigungen erlauben wollte, die es ohne § 37 IV BetrVG nicht hätte geben können. Typische Fähigkeiten, wie Verhandlungsgeschick oder Einsatzfähigkeit können beruflicher Natur sein und müssten dann wegen der interpretatorischen Leitplanke des Benachteiligungsverbots aus § 78 Satz 2 BetrVG in § 37 IV BetrVG zur Wiederwahl Berücksichtigung finden.

Die betriebsübliche berufliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer nach § 37 IV BetrVG solle den statistischen Regelfall erfassen und keine Sonderkarrieren bewältigen. Nach dem BAG fände § 37 IV BetrVG auch Anwendung, wenn die Untersuchung der Vergleichsgruppe zwar keine berufliche Entwicklung ergebe, das Betriebsratsmitglied diese jedoch darlegen könne. Dies solle nach Meinung des Vortragenden über § 78 Satz 2 BetrVG gelöst werden.

Das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG könne einen eigenständigen Anspruch des Betriebsratsmitglieds begründen, wenn es diesem gelinge, eine eigene hypothetische Entwicklung nachzuweisen, die nur durch das Betriebsamt verhindert wurde. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG reiche eine bloße Möglichkeit oder konkrete Chance nicht aus. Diese hohen Anforderungen an die Darlegung seien gerechtfertigt, da privatautonome Auswahl- und Beförderungsentscheidungen nur begrenzt objektiv überprüfbar seien. Das Betriebsratsmitglied dürfe nicht gegenüber anderen Arbeitnehmern, die eine Beförderung begehren, begünstigt werden.

In der derzeitigen Diskussion würden mehr Spielräume für die betriebliche Praxis gefordert. Man sehe sogar eine Gefahr der Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern durch eine zu strikte Auslegung des Begünstigungsverbots. Die konkrete Wirkkraft der engen bzw. weiten Auslegung bemesse sich an unterschiedlichen prozessualen Situationen. Im Strafrecht gelte die Unschuldsvermutung, im Zivilrecht käme es auf die Darlegungs- und Beweislast an. Es gebe Spielräume für Vereinbarungslösungen zwischen Benachteiligung und Begünstigung nach § 78 Satz 2 BetrVG. Die Betriebspartner dürfen nicht nur das Regeln, was sich ohnehin aus § 37 IV BetrVG ergebe. Die Norm diene nur der leichteren Durchsetzung. Eine Begünstigung liege jedoch in einer Vergütung oder Beförderung, die ohne das Betriebsratsamt nicht stattgefunden hätte, beziehungsweise eine Benachteiligung in einer Vergütung oder Beförderung, die wegen des Betriebsratsamtes nicht stattgefunden hat.

Wann ein Richter nach streitiger Sachlage von einem Kausalzusammenhang überzeugt ist, lasse sich nicht abstrakt sagen, da es keine Vermutungsregel gibt. Für eine Begünstigung spreche eine singuläre Berufskarriere, große Karrieresprünge oder erhebliche Diskrepanzen im Vergütungsbereich. Das BAG verweise auf § 278 II ZPO, was bedeute, dass den Parteien ein gewisser Spielraum zugebilligt werden müsse.

Nach Ansicht von Professor Dr. Dr. h.c. Christoph Weber interpretiert das BAG die Normen zutreffend und berücksichtige das Ehrenamts- und Entgeltausfallprinzip sowie Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot als Eckpunkte der im Gesetz angelegten Konzeption. Eine Korrektur sei nur in Einzelpunkten erforderlich.

IV. Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder – Richtig verstanden

Im letzten Vortrag des Kongresses spricht *Professor Dr. Georg Annuß* ebenso über die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder. Er nimmt vorweg, dass er in den meisten Punkten einig mit Professor Dr. Dr. h.c. Weber sei.

Betriebsratsmitglieder würden in der Diskussion über ihre Vergütung „geframed“. Der Referent wolle das Missverständnis ausräumen, dass ein Betriebsratsmitglied keine 750.000€, wie Herr Osterloh, verdienen dürfe. Hierin liege eine strukturelle Benachteiligung nach § 78 S. 2 BetrVG, da von vornherein ausgeschlossen werde, dass ein Betriebsratsmitglied eine Ausnahmekarriere mache. Die Vergütung eines Betriebsratsmitglieds über der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer sei keine unzulässige Begünstigung im Sinne des § 78 S. 2 BetrVG. § 37 IV BetrVG gebe keinen Maßstab für die Beurteilung, da er lediglich der Linderung von Beweisproblemen innerhalb der hypothetischen Ermittlung des § 78 S. 2 BetrVG diene.

Einzigster Ausgangspunkt dürfe die hypothetische Ermittlung nach § 37 II BetrVG sein. Zu jedem Zeitpunkt sei die Leitfrage zu stellen, auf welcher Stelle ein Personaler das Betriebsratsmitglied einsetze, wenn es heute aus dem Amt ausscheide und welche Vergütung es dafür bekäme. § 78 S. 2 BetrVG definiere die Leitplanken für die Sachverhaltshypothese.

Der Referent zeichnet Beispiele von Ausnahmekarrieren außerhalb eines Betriebs, vergleicht diese mit solchen innerhalb des Betriebsrats und betont, dass steile Betriebsratskarrieren wegen des Benachteiligungsverbots nicht ausgeschlossen werden dürften. Die persönlichen Eigenschaften, die diesen Karrieren zugrunde liegen, seien grundsätzlich dieselben. Man müsse auffallen, eloquent sowie einsatzfreudig sein und sich gut verkaufen. Das vor Augen, würde ein Personaler nach 15-jähriger Freistellung den Betriebsrat in der Führungsebene einsetzen.

Erst im zweiten Schritt sei § 37 IV BetrVG als Mindestsicherung heranzuziehen. Diese sieht der Referent als strukturelle Begünstigung „underperformender“ Betriebsratsmitglieder, die von dem Mindestmaßstab der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer profitieren. Betriebsratsmitglieder stünden deshalb in der Gesamtheit besser als die vergleichbaren Arbeitnehmer.

Der Maßstab einer Benachteiligung nach § 78 S. 2 BetrVG sei so hoch, dass das BAG sie bisher nur in einem Fall angenommen habe, in welchem der Arbeitgeber in der Begründung der geringen Vergütung auf das Betriebsamt verwiesen habe. Beim Begünstigungsverbot müsse ein ebenso enger Maßstab gelten, was zu dem von Professor Dr. Dr. h.c. Christoph Weber beschriebenen Spielraum führe. Dieser Spielraum sei das Personalauswahlermessen des Personalers. Dissidentierend zum Vorredner käme es im Strafprozess nicht auf die Unschuldsvermutung, sondern das materiell-rechtliche Auswahlermessen des Personalers an. Dieser solle nicht für eine Entscheidung nach besten Wissen und Gewissen für das Unternehmen kriminalisiert werden. Solange es sich nicht ausschließen lasse, dass das Betriebsratsmitglied eine solche Entwicklung auch ohne Betriebsratsamt genommen hätte, könne keine Benachteiligung nach § 78 S. 2 BetrVG angenommen werden.

Bei Beförderungsentscheidung dürften nur die Qualifikationen berücksichtigt werden, die für eine zu besetzende Stelle maßgeblich seien. Es spiele keine Rolle, ob Eignungsmerkmale im Betriebsrat, sonstiger ehrenamtlicher oder privater Tätigkeit erworben wurden. Eine unterschiedliche Behandlung sei eine strafbare Benachteiligung im Sinne des § 78 S. 2 BetrVG. Der Sprungbretteffekt der Betriebsrats Tätigkeit sei mit außerberuflichen Leistungen, die die Aufmerksamkeit im Betrieb erregen, gleichzustellen. Diesen Vorteil des Betriebsrats bei Personalentscheidungen auszublenden, sei ebenso eine Benachteiligung.

Bei der Bildung von Vergleichsgruppen nach § 37 IV BetrVG müsse der Erwerb von Zusatzqualifikationen unmittelbar zum Zeitpunkt des Erwerbs und nicht erst mit der Wiederwahl berücksichtigt werden. Auch nach der Freistellung des Betriebsratsmitglieds müssten zusätzliche Qualifikationen berücksichtigt werden. Ergebe die hypothetische Betrachtung, dass das Betriebsratsmitglied aufgrund einer Beförderung eine höhere Vergütungsebene erreiche, so müsse eine neue Vergleichsgruppe auch nach der Freistellung gebildet werden.

§ 37 IV BetrVG diene einer einfach handhabbaren Regelung und sehe deshalb die Mehrheitsbetrachtung vor. Unter Ausblendung von Sonderkarrieren sei auf die Karriere des Medianarbeitnehmers abzustellen. Die Durchschnittsbetrachtung des BAG bei kleinen Vergleichsgruppen ginge nicht aus Wortlaut oder Normzweck hervor. Das Betriebsratsmitglied solle nicht von Ausnahmekarriere profitieren, die nicht betriebsüblich sind.

Alexander Bömer, wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZAAR



Im Rahmen der ZAAR Schriftenreihe erscheint ein Tagungsband, der diese Veranstaltung umfassend dokumentiert.