



**Z A A R**

Zentrum für Arbeitsbeziehungen  
und Arbeitsrecht

## **VORTRAGSREIHE**

Donnerstag, 16. Oktober 2014 / 18.30 Uhr

### **Betriebsratsvergütung**

Referent:

**Professor Dr. Matthias Jacobs**

Bucerius Law School

## **Betriebsratsvergütung**

– Grundlagen und Grenzen der Bezahlung freigestellter Betriebsratsmitglieder –

### *Gliederung*

- A. Einleitung
  - B. Bezahlung (teil-)freigestellter Betriebsratsmitglieder de lege lata
    - I. Grundsätze des betriebsverfassungsrechtlichen Entgeltschutzes
      - 1. Betriebsratsamt als unentgeltliches Ehrenamt
      - 2. Bezahlung nach dem Entgeltausfallprinzip
        - a) Arbeitsbefreiung und Entgeltschutz
        - b) Freizeitausgleich und Abgeltung bei Betriebsratsstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit
      - 3. Ergänzender Entgeltschutz bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern
        - a) Bestimmung vergleichbarer Arbeitnehmer
          - aa) Kriterien der Vergleichbarkeit
          - bb) Zeitpunkt für die Vergleichbarkeit?
          - cc) Fehlen vergleichbarer Arbeitnehmer
          - dd) Hilfe durch vertragliche Vereinbarungen?
        - b) Bestimmung der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung
          - aa) Maßgeblichkeit des „Normalfalls“
          - bb) Sonderfall Beförderung
    - II. Anwendung der Grundsätze auf praktisch wichtige Fallgruppen
      - 1. Keine betriebsratsstätigkeitsbezogene Bezahlung
        - a) Beispiele aus der Praxis
        - b) Ausweg Beförderung?
      - 2. Pauschalzahlungen als Königsweg?
        - a) Grundsätzliche Überlegungen
        - b) Beispiele aus der Praxis
          - aa) Pauschaler Aufwendungsersatz
          - bb) Pauschale Überstundenabgeltung?
          - cc) Pauschale Ausgleichszahlungen für versäumte Entgeltentwicklung?
      - 3. Leistungsbezogene Bezahlung bei (teil-)freigestellten Betriebsratsmitgliedern
    - III. Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Bezahlung
      - 1. Betriebsverfassungsrechtliche Folgen
      - 2. Zivilrechtliche Folgen
      - 3. Strafrechtliche Folgen
  - C. Abschied vom Ehrenamtsprinzip de lege ferenda?
    - I. Alternative gesetzliche Regelungsmodelle
    - II. Statt dessen: Vereinbarungslösungen?
  - D. Fazit
- Gesetzestexte (Auszug)**

### *§ 37 BetrVG (Ehrenamtliche Tätigkeit, Arbeitsversäumnis)*

- (1) Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt.
- (2) Mitglieder des Betriebsrats sind von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist.
- (3) <sup>1</sup>Zum Ausgleich für Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. <sup>2</sup>Betriebsbedingte Gründe liegen auch vor, wenn die Betriebsratstätigkeit wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der Betriebsratsmitglieder nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit erfolgen kann. <sup>3</sup>Die Arbeitsbefreiung ist vor Ablauf eines Monats zu gewähren; ist dies aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich, so ist die aufgewendete Zeit wie Mehrarbeit zu vergüten.
- (4) <sup>1</sup>Das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats darf einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. <sup>2</sup>Dies gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers.
- (5) bis (6) (...)

### *§ 78 BetrVG (Schutzbestimmungen)*

<sup>1</sup>(...) <sup>2</sup>Sie [die Mitglieder des Betriebsrats] dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.

### *§ 119 BetrVG (Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder)*

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
  1. und 2. (...),
  3. ein Mitglied (...) des Betriebsrats (...) um ihrer Tätigkeit willen benachteiligt oder begünstigt.
- (2) Die Tat wird nur auf Antrag des Betriebsrats (...), des Unternehmers oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft verfolgt.

### *§ 266 Untreue*

- (1) Wer die ihm durch Gesetz (...) oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes (...), Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) (...)

## **Ergebnisse und Thesen**

1. Betriebsratsmitglieder führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Sie sollen ihr Amt unparteiisch und innerlich und äußerlich unabhängig führen können. Der Arbeitgeber oder ein Dritter soll sie mit Geld nicht in der Amtsführung beeinflussen können. Ihre Bezahlung soll außerdem nicht davon abhängen, wie ihre Arbeit im Betriebsrat vom Arbeitgeber oder von der Belegschaft bewertet wird.
2. Das Ehrenamtsprinzip garantiert auf diese Weise Basisnähe, Gespür für Gerechtigkeit und sozialen Anstand und sichert auf diese Weise die Akzeptanz des Betriebsrats in der Belegschaft (Ulrich Fischer). Es hat damit herausragende Bedeutung für eine funktionsfähige Betriebsverfassung. Das Bundesarbeitsgericht wendet es deshalb zu Recht sehr strikt an.
3. Reformvorschläge aus dem Schrifttum – zum Beispiel Bemessungsmodelle für die Betriebsratsbezahlung, die an die tatsächlich geleistete Betriebsratstätigkeit anknüpfen, oder Vereinbarungslö-

sungen – weichen das Ehrenamtsprinzip auf und sind zum Teil auch nicht praktikabel. Sie überzeugen deshalb nicht.

4. Ergänzend zum Entgeltausfallprinzip ordnet § 37 Abs. 2 BetrVG an, dass Betriebsratsmitglieder für ihre Tätigkeit unter Fortzahlung der Vergütung von der Pflicht zur Arbeitsleistung befreit sind (Entgeltausfallprinzip).
5. Das Entgeltausfallprinzip versagt, wenn Betriebsratsarbeit außerhalb der persönlichen Arbeitszeit durchzuführen ist. Liegen dafür betriebsbedingte – nicht: betriebsratsbedingte – Gründe vor, hat das Betriebsratsmitglied gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG einen Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung der Vergütung. Nur wenn die bezahlte Arbeitsbefreiung aus betriebsbedingten Gründen nicht vor Ablauf eines Monats gewährt werden kann, muss der Arbeitgeber die aufgewendete Zeit wie Überstunden vergüten.
6. Bei vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern ist § 37 Abs. 3 BetrVG zu modifizieren. Weil sie von der Erbringung der Arbeitsleistung bereits befreit sind, muss sich der Freizeitausgleich auf die Betriebsrats Tätigkeit während der betriebsüblichen Arbeitszeit beziehen. Ist er aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich, kann auch hier grundsätzlich abgegolten werden. Allerdings sind für diese Konstellation betriebsbedingte Gründe kaum vorstellbar.
7. Freigestellte Betriebsratsmitglieder entfernen sich mit zunehmender Dauer der Freistellung von ihrer ursprünglichen Arbeit und können sich nicht mehr ihrer eigentlichen „Karriere“ im Unternehmen widmen. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG bestimmt deshalb, dass die Bezahlung von Betriebsratsmitgliedern nicht geringer ausfallen darf als diejenige vergleichbarer Arbeitnehmer mit einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung.
  - a) Nach der Rechtsprechung müssen die vergleichbaren Arbeitnehmer bei objektiver Betrachtung im Zeitpunkt der Vergleichbarkeit eine im Wesentlichen gleiche Tätigkeit wie das Betriebsratsmitglied (als Arbeitnehmer) ausgeübt haben. Sie müssen außerdem persönlich und fachlich vergleichbar qualifiziert sein. Besonders an dieser Anforderung scheitert in der Praxis oft die Suche nach vergleichbaren Arbeitnehmern. Die sehr strenge Rechtsprechung sollte an dieser Stelle etwas großzügiger sein. Die Unabhängigkeit des Betriebsratsamts geriete dadurch nicht in Gefahr.
  - b) Der maßgebliche Zeitpunkt der Vergleichbarkeit ist nach der Rechtsprechung die erstmalige Wahl in den Betriebsrat. Das ist der Zeitpunkt, in dem sich das Betriebsratsmitglied noch ausschließlich seiner beruflichen Tätigkeit widmen konnte. Überzeugender ist es, zu differenzieren: § 37 Abs. 4 BetrVG soll verhindern, dass die berufliche Entwicklung durch die Betriebsrats Tätigkeit beeinträchtigt wird. Ist das Betriebsratsmitglied nach dem Amtsantritt weiterhin teilweise beruflich tätig, darf diese berufliche Weiterentwicklung bei der Bemessung der Vergütung nicht außer Acht gelassen werden. In diesen Fällen ist die Vergleichbarkeit alle vier Jahre neu zu ermitteln. Kommt es irgendwann zur vollständigen Freistellung, muss zu diesem Zeitpunkt ein letztes Mal die Vergleichbarkeit ermittelt werden.
  - c) Sind keine vergleichbaren Arbeitnehmer vorhanden, ist zunächst in anderen Betrieben desselben Unternehmens nach Vergleichsarbeitnehmern zu suchen. Nur wenn dort kein vergleichbarer Arbeitnehmer vorhanden ist, ist auf einen gedachten Arbeitnehmer abzustellen, der abstrakt-hypothetisch zu ermitteln ist.
  - d) Nach der Rechtsprechung ist eine betriebsübliche berufliche Entwicklung eine Entwicklung, die unter Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen worden ist. Entscheidend ist, dass auf Grund eines gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und einer von ihm aufgestellten Regel betriebliche Gesetzmäßigkeiten entstehen.
8. Viele aus der Praxis bekannte Vergütungsmodelle für freigestellte Betriebsratsmitglieder sind vor diesem Hintergrund rechtswidrig.
  - a) Zahlungen, die Betriebsratsmitglieder für ihre Tätigkeit im Betriebsrat erhalten, sind wegen des Ehrenamtsprinzips rechtswidrig. Rechtswidrig ist auch jede „Vergütungsordnung“, welche die Bezahlung der Betriebsratsmitglieder von ihrer hypothetischen beruflichen Entwicklung abkoppelt.

- b) Zahlungen für die Betriebsrats Tätigkeit sind rechtswidrig, selbst wenn das freigestellte Betriebsratsmitglied während seiner Tätigkeit wegen der im Amt erworbenen Fähigkeiten und Kenntnisse auf einen besser bezahlten Arbeitsplatz befördert wird.
  - c) Pauschalzahlungen an Betriebsratsmitglieder setzen Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf die entsprechenden Zahlungen voraus. Weil die Pauschalierung die Abwicklung wiederkehrender Ansprüche vereinfachen soll, müssen die Zahlungen regelmäßig und gleichförmig auftreten. Pauschalzahlungen dürfen die Betriebsratsmitglieder weder benachteiligen noch begünstigen. Davon kann man nur ausgehen, wenn die Pauschale bei einer Gesamtbetrachtung über einen längeren Zeitraum hinweg „im Großen und Ganzen“ den tatsächlich erforderlichen Zahlungen entspricht.
    - (1) Für Überstunden, die Betriebsratsmitglieder aus betriebsratsbedingten Gründen leisten, gibt es keine Anspruchsgrundlage. Sie können deshalb (auch) nicht mit Pauschalzahlungen abgegolten werden.
    - (2) Für die Bezahlung von Überstunden, die Betriebsratsmitglieder geleistet hätten, wenn sie nicht im Betriebsrat tätig wären, sondern weiter gearbeitet hätten, sind Pauschalen für den Arbeitgeber überflüssig, da die Bezahlung im Rahmen des Entgeltausfallprinzips ohnehin aufgrund einer hypothetischen Betrachtung erfolgt.
    - (3) Eine Überstundenabgeltung nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG scheidet außerdem aus, weil seine Voraussetzungen bei vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern praktisch nie erfüllt sind. Außerdem können die Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs bei einer Pauschalierung nicht eintreten: Solche Abgeltungsansprüche entstehen weder regelmäßig noch gleichförmig.
  - d) Pauschalzahlungen, welche die betriebsübliche berufliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer, abbilden, können praktisch nicht berechnet werden. Die Vergütung entwickelt sich heute regelmäßig nicht mehr nach festen, gleichförmigen und prognostizierbaren Mustern.
  - e) Die leistungsbezogene Bezahlung von Betriebsratsmitgliedern, die an die individuelle Leistung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis anknüpft (z.B. eine Provision), ist nach dem Entgeltausfallprinzip nur schwer zu berechnen. Anstatt sich an den Leistungen zu orientieren, die das Betriebsratsmitglied in einem bestimmten Referenzzeitraum vor seiner Freistellung erbracht hat, ist auf § 37 Abs. 4 BetrVG zurückzugreifen: Welche Leistungen haben vergleichbare Arbeitnehmer mit einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung erbracht? Bei teilfreigestellten Betriebsratsmitgliedern könnte zwar an deren Teilarbeitsleistung angeknüpft werden, um sie im Rahmen des Entgeltausfallprinzips auf die volle Arbeitsleistung hochzurechnen ist. Vorzugswürdig ist es aber, voll- und teilfreigestellte Betriebsratsmitglieder gleich und damit nach § 37 Abs. 4 BetrVG zu behandeln.
9. Bei den Folgen einer rechtswidrigen Betriebsratsbezahlung ist zu differenzieren.
- a) Der Arbeitgeber kann die rechtswidrige Überzahlung an das Betriebsratsmitglied nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB herausverlangen. § 817 Satz 2 BGB ist nicht anzuwenden.
  - b) Handelt auf Arbeitgeberseite als Leistender ein Arbeitnehmer, verletzt er seine arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Vermögensinteressen des Arbeitgebers. Daraus kann sich ein Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers ergeben. Organmitglieder haften nach §§ 92 II AktG, 43 II GmbHG.
  - c) Betriebsratsbegünstigung ist nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG strafbar.
  - d) Deklariert der Arbeitgeber Leistungen an die Betriebsratsmitglieder als Betriebsausgaben, macht er sich wegen Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO strafbar.
  - e) Ob eine Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB besteht, ist noch nicht abschließend geklärt. Die Untreue setzt vor allem eine Vermögensbetreuungspflicht voraus, die verletzt worden sein muss.