



SCHRIFTEN ZUM DEUTSCHEN UND
EUROPÄISCHEN ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Herausgegeben von Ulrich Preis

Band 29

Patrick Esser

Die Begünstigung von Mitgliedern des Betriebsrats

Einleitung

„Einen Schnaps mehr.“ So zitiert die FAZ den Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrats der *Daimler AG*, Erich Klemm, auf die Frage nach seiner Vergütung.¹ Dem sei ein Zitat des Arbeitsrechtlers Volker Rieble gegenübergestellt, der die Vergütungspraxis von Mitgliedern des Betriebsrats als „Edelwandglitzghetto mit viel Funktionärsplüsch“ beschreibt.²

Beide Zitate stammen aus einer Diskussion, die seit der sog. *Volkswagen-Affäre*³ im Jahr 2005 stetig geführt wird und immer dann neuen Schwung erhält, wenn die Betriebsratsvergütungen größerer Unternehmen an die Öffentlichkeit gelangen, was zuletzt bei der *Adam Opel AG*⁴ (im Folgenden: *Opel*) und der *Ferrostaal GmbH*⁵ der Fall war. Die Konstellation ist meist ähnlich und schnell erklärt: Das Betriebsverfassungsgesetz schreibt vor, dass Mitglieder des Betriebsrats nicht begünstigt werden dürfen und ihr Amt ehrenamtlich zu führen haben. Gleichwohl zeigen die o.g. Beispiele aus der Praxis, dass offensichtlich viele Unternehmen die Arbeit ihrer Betriebsräte äußerst großzügig vergüten.⁶ Dass durch diese Zahlungen nicht nur die Betriebsratstätigkeit honoriert, sondern die Betriebsräte gezielt „geschmiert“ werden sollten, konnte in den bekannt gewordenen Fällen indes nicht nachgewiesen werden. Dennoch halten Kritiker das deutsche System der Mitbestimmung

1 FAZ v. 20.08.2005, S. 12.

2 FAS v. 01.04.2007, S. 46.

3 Die Firmenleitung der *Volkswagen AG* (im Folgenden: *Volkswagen*) zahlte Mitgliedern des Betriebsrats zum Teil erhebliche Sonderboni und sog. „Lustreisen“. Einen Überblick liefert: SZ v. 10.11.2006, S. 20.

4 FAZ v. 16.10.2011, S. 41.

5 FAZ v. 13.03.2012, S. 14; SZ v. 02.04.2012, S. 20.

6 So wurden etwa Fälle bekannt, in denen ein Gesamtbetriebsratsvorsitzender als gelernter Lackierer ca. 500.00 Euro jährlich verdient (vgl. FAS v. 01.04.2007, S. 46) oder in denen ein Gesamtbetriebsratsvorsitzender sein Gehalt innerhalb von zehn Jahren verzehnfachen konnte (vgl. SZ v. 10.11.2006, S. 20). Auch wurde bekannt, dass Mehrarbeit von Betriebsratsmitgliedern mit Pauschalzahlungen von bis zu 1.500 Euro abgegolten wird (vgl. FAS v. 16.10.2011, S. 41).

für „strukturell korrupt“⁷. Der ehemalige Gesamtbetriebsratsvorsitzende bei *Opel*, *Klaus Franz*, verteidigt sich: „Die Berufung ist wichtiger als die Bezahlung. Aber so ganz umsonst geht das natürlich auch nicht.“⁸

Die Diskussion hat mittlerweile auch die juristische Praxis erreicht. Die nach der *Volkswagen-Affäre* offenbar verunsicherten Unternehmen und Betriebsräte haben zunehmend Beratungsbedarf: Arbeitsrechtler sind gefragt, wenn die Zulässigkeit des Vergütungssystems für Mitglieder des Betriebsrats zu beurteilen ist. Das ist eine betriebsverfassungsrechtliche Frage. Erweist sich das Vergütungssystem als unzulässig, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen, zivilrechtlich insbesondere die nach einer Rückforderungsmöglichkeit überhöhter Vergütungen. Das ist im Wesentlichen eine Frage des Schuldrechts. Auch für Strafrechtler eröffnet sich ein neues Tätigkeitsfeld, weil sich die Beteiligten auch diversen strafrechtlichen Vorwürfen ausgesetzt sehen. Schließlich kann die Thematik auch steuerrechtlich relevant werden, wenn Unternehmen unzulässige Zahlungen als Betriebsausgaben steuerlich geltend machen.

Demgegenüber ist die rechtswissenschaftliche Aufarbeitung der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern noch zurückhaltend. *Weinspach* fasst insoweit zutreffend zusammen: „Das Thema sollte angesichts der Tatsache, dass die Vorschriften fast 55 Jahre alt sind, eigentlich geklärt sein. Ist es aber offensichtlich nicht.“⁹ Jedenfalls hatte die Rechtsprechung bisher kaum Gelegenheit, zur „Klärung“ beizutragen, weil ihr die Problematik meist vorenthalten bleibt. Solange sich Unternehmen und Betriebsräte einig sind, bleiben die Arbeitsgerichte außen vor und die strafrechtliche Relevanz bleibt auf die „spektakulären“ Fälle beschränkt.¹⁰ Im arbeitsrechtlichen Schrifttum dagegen haben sich bereits einzelne Autoren des Themas angenommen.¹¹ Politisch ist das Thema indes nicht unbekannt: Jedenfalls hat es Niederschlag in den Koalitionsverhandlungen im Jahr 2009 zwischen CDU, CSU und FDP gefunden. Dort wurde festgehalten, dass ein sog. „Ehrenkodex“ für Betriebsräte eingeführt werden

7 So zitiert die FAS den Wirtschaftsjuristen *Michael Adams* in ihrer Ausgabe vom 01.04.2007, S. 46.

8 SZ v. 19.01.2012, S. 22.

9 *Weinspach*, FS Kreutz, 485 (485).

10 So z.B. das Revisionsverfahren *Volkert/Gebauer*: BGH v. 17.09.2009 – 5 StR 521/08, NJW 2010, 92.

11 Siehe vor allem die Beiträge von *Rieble*, NZA 2008, 276; *ders.*, BB 2009, 1016; *ders.*, BB 2009, 1612; aber auch *Fischer*, NZA 2007, 484; *ders.*, BB 2007, 997; neuere Beiträge von *Moll/Roebers*, NZA 2012, 57; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637 und 1604.

soll.¹² Trotz des näher rückenden Endes der Legislaturperiode wurde dieses Vorhaben aber bislang nicht konkretisiert.

Angesichts dieser juristischen Ausgangslage ist eine grundlegende Aufarbeitung der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern angezeigt. Aufgabe dieser Arbeit soll die Beantwortung zweier Kernfragen sein: Zum einen soll versucht werden, die Grenze zwischen einer zulässigen Behandlung von Mitgliedern des Betriebsrats und deren unzulässiger Begünstigung herauszuarbeiten. Kurz: Was ist (noch) zulässig und wo beginnt die unzulässige Begünstigung? Zum anderen soll in einem zweiten Schwerpunkt geklärt werden, welche Folgen sich für die Beteiligten aus einer unzulässigen Begünstigung ergeben können. Um sich diesen Kernfragen zu nähern, ist zunächst die betriebsverfassungsrechtliche Ausgangssituation zu untersuchen. Dabei soll die Rechtsstellung von Betriebsräten zunächst im Allgemeinen und sodann im Besonderen mit Blick auf deren Vergütung geklärt werden. Insbesondere das Ehrenamtsprinzip wird näher zu untersuchen sein. Die Frage der Begünstigung kann nur beantwortet werden, wenn feststeht, welche Leistungen das Betriebsratsmitglied von Gesetzes wegen verlangen kann. Der Blick darf daher nicht einseitig in die Richtung einer unzulässigen Begünstigung, sondern muss auch stets auf eine mögliche – ebenfalls unzulässige – Benachteiligung gerichtet werden. Im Anschluss soll auf dieser Grundlage anhand theoretischer, aber vor allem typischer Begünstigungsformen aus der betrieblichen Praxis die Kernfrage nach zulässigen Zuwendungen beantwortet werden. Sodann wird zunächst der Blick auf die zivilrechtlichen Rechtsfolgen einer unzulässigen Begünstigung zu richten sein. Anschließend werden strafrechtliche, aber auch steuerrechtliche Sanktionen zu untersuchen sein.

Die zu den Kernfragen erarbeiteten Ergebnisse werden jedoch Folgefragen aufwerfen: Zum einen wird der beratende Praktiker nach möglichen Vermeidungsstrategien fragen. Hierzu soll eine betriebliche Regelung in Form einer Richtlinie vorgeschlagen werden. Zum anderen wird schließlich die Frage zu stellen sein, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht und welche Möglichkeiten sich für eine etwaige Reaktion des Gesetzgebers anbieten.

12 Koalitionsvertrag der 17. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und FDP, S. 23, abrufbar unter <http://www.cdu.de/doc/pdfs/091026-koalitionsvertrag-cdcsu-fdp.pdf> (abgerufen am 01.01.2013).

A. Betriebsverfassungsrechtliche Grundkonzeption

I. Begünstigungsverbot und Ehrenamtsprinzip

Die Rechtsstellung des Betriebsrats und dessen Mitglieder bestimmt sich nach den Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG). Viele dieser Vorschriften bezwecken den Schutz der Betriebsratsmitglieder vor Nachteilen und wollen eine mögliche Benachteiligung dieser Mitglieder und eine Behinderung ihrer Arbeit für den Betriebsrat verhindern. Andererseits verbietet das Gesetz aber auch eine Besserstellung von Betriebsratsmitgliedern. Das BetrVG setzt damit sowohl Grenzen für Benachteiligungen als auch für Begünstigungen von Betriebsratsmitgliedern. Systematischer Ausgangspunkt der Begrenzung einer möglichen Besserstellung ist dabei § 78 Satz 2 BetrVG, welcher neben einem Benachteiligungsverbot auch ein umfassendes Begünstigungsverbot statuiert:

§ 78 Satz 2 BetrVG: Sie dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.

Dieser allgemeine Grundsatz erhält im Hinblick auf das Begünstigungsverbot eine ergänzende Flankierung durch § 37 Abs. 1 BetrVG, das sog. Ehrenamtsprinzip:

§ 37 Abs. 1 BetrVG: Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt.

Das Verhältnis beider Vorschriften zueinander wurde bislang weder im Schrifttum noch von der Rechtsprechung in ausreichender Präzision beleuchtet. Das BAG stellt immerhin fest, dass beide Vorschriften die innere und äußere Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder sichern sollen.¹³ Beide Normen verbindet daher der Regelungszweck. Das Schrifttum zieht zudem eine ältere Entscheidung des BAG¹⁴ heran und meint, die gesamte Vorschrift des § 37 BetrVG konkretisiere den allgemeinen Grundsatz des § 78 Satz 2 BetrVG, weshalb die letztgenannte Vorschrift zur Auslegung der zuerst genannten herangezogen werden könne.¹⁵

13 BAG v. 25.02.2009 – 7 AZR 954/07, AP Nr. 146 zu § 37 BetrVG 1972; BAG v. 05.05.2010 – 7 AZR 728/08, NZA 2010, 1025 (1028).

14 BAG v. 03.06.1969 – 1 ABR 1/69, DB 1969, 1705.

15 *Fitting*, § 37, Rn. 1; GK-BetrVG/*Weber*, § 37, Rn. 6; DKKW/*Wedde*, § 37, Rn. 1.

Diese Aussagen sind in ihrer Allgemeinheit zwar zutreffend, lassen jedoch eine präzise Abgrenzung beider Vorschriften vermissen. Indes lässt sich eine solche an der Normcharakteristik ablesen: Das Begünstigungsverbot ist eine Verbotsnorm. Sie untersagt eine begünstigende Behandlung. Demgegenüber ist das Ehrenamtsprinzip eine Systemvorgabe für einen sachlich begrenzten Bereich, nämlich den der Vergütung der Betriebsratsmitglieder. Es spricht kein ausdrückliches Verbot aus. Es definiert positiv, wie das Betriebsratsamt zu führen ist.

Wenn es somit um die Frage geht, ob ein Betriebsratsmitglied durch eine etwaige Vergütung begünstigt wird, richtet sich die Beantwortung dieser Frage vor allem nach den Vorgaben des § 37 Abs. 1 BetrVG. Die Norm ist *lex specialis* gegenüber § 78 Satz 2 BetrVG,¹⁶ soweit der Bereich der Vergütung betroffen ist. In diesem Bereich hat sich der Gesetzgeber entschieden, das allgemeine Begünstigungsverbot dergestalt zu konkretisieren, als dass er eine unentgeltliche Amtsführung als Leitbild vorgibt. Dieses Verhältnis beider Vorschriften hat zur Folge, dass eine dem Ehrenamtsprinzip zuwiderlaufende Zuwendung immer auch einen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot darstellt. Der Gesetzgeber hat durch das Ehrenamtsprinzip eine unentgeltliche Amtsführung vorgegeben. Wird diese Vorgabe missachtet, erlangt das Betriebsratsmitglied einen gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil wegen seines Amtes, was – wie noch im Detail zu zeigen sein wird – den Tatbestand des Begünstigungsverbots erfüllt. Dieses Normverständnis führt dazu, dass jede Auseinandersetzung mit dem Begünstigungsverbot auch zwingend einer detaillierten Auseinandersetzung mit dem Ehrenamtsprinzip bedarf. Nach einer näheren Untersuchung des § 78 Satz 2 BetrVG, wird deshalb auch der Blick auf die Regelungen des § 37 BetrVG zu richten sein. Schließlich wird angesichts beider Grundprinzipien zu fragen sein, nach welchen Grundsätzen das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern zu bemessen ist.

II. Begünstigungsverbot, § 78 Satz 2 BetrVG

Die zwingende¹⁷ Vorschrift des § 78 BetrVG schützt das Betriebsratsamt zweifach: Während § 78 Satz 1 BetrVG die Mitglieder des Betriebsrats in ihrer Amtsführung schützt,¹⁸ ergibt sich das allgemeine Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot aus § 78 Satz 2 BetrVG. Insoweit knüpft Satz 1 an die Funktionsfähigkeit

16 GK-BetrVG/Weber, § 37, Rn. 6; wohl auch: Richardi/Thüsing, § 78, Rn. 2.

17 Fitting, § 78, Rn. 4; GK-BetrVG/Kreutz, § 78, Rn. 20; HSWGNR/Worzalla, § 78, Rn. 3; DKKW/Buschmann, § 78, Rn. 1; WPK/Preis, § 78, Rn. 5; Düwell/Lorenz, § 78, Rn. 1.

18 Fitting, § 78, Rn. 1; GK-BetrVG/Kreutz, § 78, Rn. 2.

des Gremiums (Betriebsrat) an, wohingegen Satz 2 den persönlichen Schutz des einzelnen Mitglieds bezieht. Anknüpfungspunkt für die Frage einer möglichen Begünstigung ist daher ausschließlich Satz 2.

1. Zweck des § 78 Satz 2 BetrVG

Das allgemeine Begünstigungsverbot dient der Sicherung der Unparteilichkeit und der persönlichen Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder¹⁹ und will dem Umstand Rechnung tragen, dass die Tätigkeit als Betriebsratsmitglied einem Spannungsverhältnis unterworfen ist. Dieses Spannungsverhältnis ergibt sich aus der Doppelstellung des Betriebsratsmitglieds: Es ist einerseits Arbeitnehmer, andererseits aber auch Amtsträger. Der Gesetzgeber hat sich, wie das Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG belegt, gegen eine Interessenvertretung durch Berufsbetriebsräte und für eine Koppelung des Amtes an den Arbeitnehmerstatus entschieden. Nach dieser Grundentscheidung des Gesetzgebers ist das Betriebsratsmitglied in erster Linie Arbeitnehmer und nicht Mandatsträger.²⁰ Unumstritten ist dieser Weg nicht.²¹ Ob an dieser Grundentscheidung *de lege ferenda* festzuhalten ist, wird jedoch erst am Ende dieser Untersuchung zu beantworten sein.²²

Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine Koppelung an den Arbeitnehmerstatus kann jedoch Zielkonflikte aufwerfen.²³ Einerseits sollen dem Betriebsratsmitglied aufgrund des Amtes keine Vorteile entstehen. Dies würde zu einer Zweiklassengesellschaft im Betrieb führen und den Rückhalt durch die Belegschaft gefährden. Eine solche Spaltung zwischen „normalen“ Arbeitnehmern und Betriebsratsmitgliedern wäre unvermeidlich, wenn Betriebsratsmitglieder gegenüber der Belegschaft bessergestellt oder bevorzugt behandelt würden. Gleichzeitig darf dem Betriebsratsmitglied aufgrund seines Amtes auch kein Nachteil entstehen. Eine effektive Arbeitnehmervertretung setzt voraus, dass die jeweiligen Interessenvertreter im Hinblick auf ihre Amtsstellung persönlich unabhängig vom Arbeitgeber sind. Andernfalls wären die Arbeitnehmervertreter weder innerhalb der Belegschaft anerkannt und respektiert, noch würde überhaupt die

19 *Fitting*, § 78, Rn. 14; *GK-BetrVG/Kreutz*, § 78, Rn. 2, 18, 41; *WPK/Preis*, § 78, Rn. 1; *Düwell/Lorenz*, § 78, Rn. 11.

20 *Farthmann*, FS Stahlhacke, 115 (115, 116).

21 *Fischer*, NZA 2007, 484 (489); *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485 (496); kritisch: *Farthmann*, FS Stahlhacke, 115 (127).

22 Siehe hierzu S. 205 ff.

23 *Preis*, § 148 VI. 1.

Bereitschaft bestehen, sich in Mitbestimmungsprozessen zu engagieren. Eine solche Bereitschaft dürfte indes bei drohenden Nachteilen kaum zu erwarten sein. Diese möglichen Zielkonflikte versucht der Gesetzgeber durch das Prinzip der Gleichbehandlung²⁴ zu vermeiden und untersagt deshalb in Gestalt von § 78 Satz 2 BetrVG sowohl die Benachteiligung als auch die Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern gegenüber den anderen Arbeitnehmern.

Dieser Zielsetzung trägt das Begünstigungsverbot insoweit Rechnung, als dass nicht erst die *tatsächliche* Beeinflussung von Mitgliedern des Betriebsrats unzulässig ist, sondern bereits eine *potentielle* Beeinflussung. Dass das Betriebsratsmitglied tatsächlich „geschmiert“ wird, setzt § 78 Satz 2 BetrVG nicht voraus.²⁵ Das Begünstigungsverbot setzt ausweislich des Wortlauts nicht erst auf der Ebene der Korruption, sondern früher, nämlich bei einer möglichen Gefährdung der Unabhängigkeit der Amtsträger an. Etwaige Gegenleistungen der Betriebsratsmitglieder sind deshalb für die Frage einer möglichen Begünstigung nicht relevant.

2. Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot

Gemäß § 78 Satz 2 BetrVG ist jede nicht sachliche gerechtfertigte Benachteiligung oder Begünstigung wegen der Betriebsratstätigkeit verboten. Die Vorschrift ist zwingend und kann weder einzelvertraglich noch durch Kollektivvereinbarung abbedungen werden.²⁶ Das Benachteiligungsverbot steht nicht im Zentrum dieser Untersuchung. Es dient dem Zweck, dass jedes Betriebsratsmitglied ohne Furcht vor Maßregelungen und Sanktionen des Arbeitgebers sein Amt ausüben kann.²⁷ Gleichwohl darf das Benachteiligungsverbot bei einer Auseinandersetzung mit dem Begünstigungsverbots nicht völlig ausgeblendet werden. Denn § 78 Satz 2 BetrVG legt die Höchst-, zugleich aber auch Mindestarbeitsbedingungen fest.²⁸ Dies führt zu dem in der Praxis kaum zu bewältigenden Problem, dass wenn sowohl eine Benachteiligung als auch eine Begünstigung wegen des Amtes unzulässig ist, nur die absolute Gleichbehandlung die einzige zulässige Lösung ist. Der Spielraum ist damit nicht nur sehr

24 *Fitting*, § 78, Rn. 14; *Bachner*, Mitbestimmung 2007, Heft 1+2, 66 (67).

25 *Rieble*, NZA 2008, 276 (278).

26 ErfK/Kania, § 78 BetrVG, Rn. 6; *Fitting*, § 78, Rn. 4; GK-BetrVG/Kreutz, § 78, Rn. 20; Dülwell/Lorenz, § 78, Rn. 1.

27 BAG v. 12.02.1975 – 5 AZR 79/74, BB 1975, 701.

28 *Lelley*, Rn. 150.

gering,²⁹ er ist bei strenger Gesetzesanwendung nicht vorhanden, weil jede noch so geringe Abweichung wegen der Betriebsratstätigkeit entweder gegen das eine oder das andere Verbot verstößt. Die Praxis steht daher vor der schwierigen Aufgabe, diesen einzig zulässigen Punkt genau zu treffen.

Daraus folgt, dass sich eine isolierte Betrachtung von Benachteiligungsverbot und Begünstigungsverbot verbietet. Dies zeigt bereits eine typische Fallkonstellation: Der Arbeitgeber entzieht dem Betriebsratsmitglied einen bisher zur Verfügung gestellten Dienstwagen. Das Betriebsratsmitglied meint, es liege eine unzulässige Benachteiligung vor. Der Arbeitgeber argumentiert, er müsse den Dienstwagen schon deshalb zurückfordern, weil er sonst das Betriebsratsmitglied gegenüber anderen Arbeitnehmern unzulässig begünstige. Bereits dieses – stark vereinfachte – Beispiel zeigt, dass stets beide Alternativen des § 78 Satz 2 beachtet werden müssen, weil in diesem Fall rechtliche Gegensätze faktisch sehr nahe beieinanderliegen können. Die Prüfung des einen Verbots erfordert deshalb regelmäßig auch die Prüfung des anderen Verbots.

3. Anwendungsbereich

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Adressat des Begünstigungsverbots ist nicht nur der Arbeitgeber, sondern grundsätzlich jedermann.³⁰ Zwar verhält sich weder Satz 2 noch der in Bezug genommene Satz 1 ausdrücklich zu der Frage des Normadressaten. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass § 78 Satz 2 BetrVG die allgemeine und umfassende Gleichbehandlung mit der Belegschaft bezweckt. Nach der Wertung der Vorschrift ist jede Benachteiligung oder Begünstigung wegen des Amtes grundsätzlich geeignet, diese Gleichstellung zu gefährden. Es kann deshalb keine Rolle spielen, wer das Betriebsratsmitglied benachteiligt oder begünstigt. Entscheidend ist allein die Anknüpfung der Maßnahme an die Amtstätigkeit.

Die Vorschrift schützt ausdrücklich nur die Mitglieder der in Satz 1 aufgeführten Gremien. Das sind die Mitglieder des Betriebsrats, des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Konzern-, Jugend- und Auszubildendenvertretung,

29 So etwa *Farthmann*, FS Stahlhake, 115 (122); *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637 (637) sprechen von „sehr engen Grenzen“.

30 *Fitting*, § 78, Rn. 14; GK-BetrVG/Kreutz, § 78, Rn. 19, 41; ErfK/Kania, § 78 BetrVG, Rn. 6.