

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Freigestellte Betriebsratsmitglieder können Anspruch auf Beförderung haben

Auch freigestellte Betriebsratsmitglieder können sich auf Beförderungsstellen bewerben. Dann dürfen die Betriebsratsmitglieder im Bewerbungsverfahren nicht wegen ihrer Betriebsratstätigkeit benachteiligt werden (§ 78 BetrVG). Lehnt der Arbeitgeber ihre Bewerbung trotzdem ab, kann das Betriebsratsmitglied unter bestimmten Umständen einen Anspruch auf Entschädigung erwerben und künftig das Gehalt der höherdotierten Beförderungsstelle fordern. Mit seinem Urteil vom 20. Januar 2021 (Az. 7 AZR 52/20) stellt das Bundesarbeitsgericht (BAG) eingehend dar, unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist.

Im zu entscheidenden Fall hatte der Arbeitgeber – ein Krankenhaus – eine Stelle als Pflegedirektor intern ausgeschrieben. Auf die Stelle bewarb sich der – seit 10 Jahren freigestellte – Betriebsratsvorsitzende, welcher examinierter Krankenpfleger war und vor seiner Freistellung Führungserfahrung als stellvertretender Pflegedienstleiter, Bereichsleiter Pflegedienst sowie als Hauptnachtwache gesammelt hatte. Außerdem bewarb sich eine weitere Mitarbeiterin, die zwar umfangreiche praktische Erfahrungen in der Stationsleitung und Pflege besaß, aber kein Examen als Krankenpflegerin hatte.

Der Arbeitgeber führte mit beiden Bewerbern ein Bewerbungsgespräch. Mit Blick auf den freigestellten Betriebsratsvorsitzenden notierte der Arbeitgeber in seinen Gesprächsnotizen: „keine aktuelle Pflegeerfahrung aktiv“. Er entschied sich schließlich für die Mitbewerberin. Darauf erhob der Betriebsratsvorsitzende Klage und forderte eine Eingruppierung in die höhere Tarifgruppe eines Pflegedirektors. Er sei wegen seiner Stellung als freigestelltes Betriebsratsmitglied benachteiligt worden. Dass ihm die aktuelle Pflegeerfahrung fehle, sei nur darauf zurückzuführen, dass er als Betriebsratsmitglied freigestellt gewesen sei. Durch seine Entscheidung verstöße der Arbeitgeber gegen § 78 Satz 2 BetrVG.

Das BAG stellte im Ausgangspunkt Folgendes klar:

- Ein Betriebsratsmitglied darf **wegen seiner Amtstätigkeit** nicht **benachteiligt** werden (§ 78 Satz 2 BetrVG). Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen.
- Zwar darf der Arbeitgeber die Bewerbung eines freigestellten Betriebsratsmitgliedes **wegen dessen Freistellung ablehnen**. Eine solche Entscheidung kann z.B. getroffen werden, weil das Betriebsratsmitglied wegen der Freistellung keine aktuellen Fachkenntnisse hat, weil sich der Arbeitgeber zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation infolge der Freistellung außerstande sieht, oder, weil das Betriebsratsmitglied auf seine Freistellung nicht verzichten will und die Stelle bis zum Ablauf des Betriebsratsmandates gar nicht antreten könnte (dazu LAG Köln, Urteil vom 25.04.2016, Az. 2 Sa 561/15). Allerdings ergibt sich auch in diesen Fällen ein Anspruch auf die höhere Vergütung der Beförderungsstelle. Denn das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern muss gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG in gleichem Maße angehoben werden, wie das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung auch, also so, als wenn es die Freistellung gar nicht gäbe (sog. **fiktiver Beförderungsanspruch**).

Der Beförderungsanspruch des Betriebsratsmitgliedes besteht allerdings nur dann, wenn es darlegen und beweisen kann, dass es für die ausgeschriebene, höherdotierte Stelle fachlich qualifiziert war oder ihm die erforderliche fachliche Eignung ausschließlich wegen des Betriebsratsamts bzw. der Freistellung als Betriebsratsmitglied fehlte. Außerdem muss das Betriebsratsmitglied darlegen und beweisen, dass es ausschließlich wegen der Betriebsratstätigkeit oder seiner Freistellung durch den Arbeitgeber abgelehnt wurde.

Letzteres ist für das Betriebsratsmitglied natürlich nicht so einfach zu beweisen, da es nicht in den „Kopf des Arbeitgebers hineingucken“ und deshalb die Beweggründe des Arbeitgebers nur schwer aufdecken kann. Gerichte geben dem Betriebsratsmitglied deshalb Hilfestellungen.

1. Im ersten Schritt genügt es, wenn das Betriebsratsmitglied pauschal behauptet, es wäre nur wegen seiner Betriebsratstätigkeit/Freistellung abgelehnt worden.
2. Hierzu muss sich der Arbeitgeber nun qualifiziert erklären und darstellen, aufgrund welcher Erwägungen er dem anderen Bewerber den Vorzug gegeben hat. Kann er keine Gesichtspunkte benennen, die nicht auf der Betriebsratstätigkeit/Freistellung beruhen, verliert der Arbeitgeber den Prozess. Allerdings kann der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung auch auf weiche Faktoren stützen, z.B. kommunikative Fähigkeiten und Sozialkompetenz. Gelingt es dem Arbeitgeber, ausreichende andere Gründe zu schildern, wird er seiner Darlegungslast gerecht.
3. Nun liegt es beim Betriebsratsmitglied, den Beweis zu führen, dass der Vortrag des Arbeitgebers unwahr ist. Diesen Beweis kann das Betriebsratsmitglied i.d.R. nur anhand von Indizien erbringen. Folgende Indizien kommen in Betracht:
 - Eine Benachteiligung ist indiziert, wenn der Arbeitgeber jemanden befördert, der niedriger qualifiziert ist als das Betriebsratsmitglied.
 - Zu berücksichtigen ist aber nicht bloß die Formalqualifikation, sondern auch weiche Faktoren, wenn sie in der Stellenausschreibung zum Ausdruck kommen.
 - Für eine Benachteiligung spricht es, wenn der Arbeitgeber in seiner Stellenausschreibung Anforderungen gezielt so zuschneidet, dass das Betriebsratsmitglied benachteiligt wird und dies in einer Weise erfolgt, die sachwidrig ist. Das Betriebsratsmitglied muss aufzeigen können, warum die gestellten Anforderungen sachwidrig sind.
 - Schließlich spricht für eine Benachteiligung, wenn die Stelle so ausgeschrieben oder bekannt gegeben wird, dass das Betriebsratsmitglied von der Ausschreibung nicht erfährt, obwohl von vornherein klar ist, dass das Betriebsratsmitglied zum engen Kreis der infrage kommenden Bewerber gehört (z.B. bei einer Ausschreibung in seinem Urlaub).

Insgesamt muss das Betriebsratsmitglied den Vollbeweis führen. Es genügt nicht, dass eine Benachteiligung in der Gesamtschau als wahrscheinlich erscheint. Der Betriebsrat muss das Gericht so überzeugen, dass sich die Richter letztlich sicher sind, dass eine Benachteiligung stattgefunden hat. Das BAG stellt also hohe Anforderungen an einen Nachweis.

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hatte diese hohen Anforderungen verkannt. Das BAG hob dessen Entscheidung auf und wies den Fall zur weiteren Sachaufklärung zurück. Ob das Betriebsratsmitglied seine Beförderung noch erhält, wird sich zeigen.



Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimme@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven
+49 (0) 221 650 65-129
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de malte.goebel@loschelder.de



Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loeschelder.de