

Ausschussdrucksache **20(11)476**

Schriftliche Stellungnahme
Professor Dr. Georg Annuß, München¹

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 22. April 2024 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes
BT-Drucksache 20/9469

Siehe Anlage

¹ Dem Ausschuss ist das vorliegende Dokument in nicht barrierefreier Form zugeleitet worden.

**Stellungnahme zum Regierungsentwurf
eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes
BT-Drs. 20/9469**

I. Einordnung des Gesetzentwurfs

1. Der Gesetzentwurf ist zu begrüßen. Die Rechtspraxis ist durch eine zuletzt erheblich angeschwollene kontroverse wissenschaftliche Diskussion sowie eine kritikwürdige Entscheidung des 6. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 10. Januar 2023 sehr verunsichert worden.¹ Aus Sorge vor strafrechtlicher Verfolgung wegen Untreue haben zahlreiche Unternehmen vorsorglich die – teilweise jahrzehntelang unbeanstandete und in bestem Glauben gelebte – Vergütungspraxis geändert und gegenüber Betriebsratsmitgliedern Vergütungskürzungen vorgenommen. Dabei geht es nicht um vereinzelte Extremfälle, sondern die praktischen Unsicherheiten betreffen in der weit überwiegenden Zahl der Fälle Gestaltungen im gewöhnlichen tariflichen oder betrieblichen Entgeltgefüge.²
2. Ein ordnendes Eingreifen durch den Gesetzgeber ist sinnvoll, da die baldige Schaffung von Rechtssicherheit anders nicht zu erwarten ist. In dieser Situation erscheint der im Regierungsentwurf eingeschlagene Weg richtig, im Wesentlichen nur eine Klarstellung der geltenden Rechtslage vorzunehmen und insbesondere das darin verankerte Ehrenamtsprinzip nicht in Frage zu stellen.
3. Der Gesetzentwurf enthält mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe, die indes unter Anwendung der anerkannten juristischen Argumentationsmethoden ausreichend genau konkretisiert werden können. Allerdings finden sich in der Begründung des Regierungsentwurfs Aussagen, die sachlich unzutreffend erscheinen und zu einer Verunsicherung der Rechtspraxis führen können.³

II. Grundsatz: Betriebsratsmitglieder sind entsprechend ihrer individuellen Entwicklung zu vergüten (§ 78 Satz 2 BetrVG)

1. Eine Vergütung der Betriebsratstätigkeit als solcher ist nicht zulässig. Demgemäß dürfen Vergütungserhöhungen zugunsten eines Betriebsratsmitglieds beispielsweise nicht deshalb erfolgen, weil es innerhalb des Betriebsrats eine herausgehobene Funktion (etwa: Betriebsratsvorsitz) übernimmt. Betriebsratsmitglieder haben für die Dauer ihrer Betriebsratstätigkeit nur Anspruch auf Freistellung von ihrer beruflichen Tätigkeit unter Fortzahlung der ihnen nach dem Arbeitsvertrag zustehenden Vergütung (§ 37 Abs. 2 BetrVG). Bei dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitgliedern (§ 38 BetrVG) ist daher zu fragen, welche Tätigkeit sie ausüben würden und welche Vergütung sie dafür erhielten, wenn die Freistellung wegen der Betriebsratstätigkeit im Beurteilungszeitpunkt entfiel.
2. Das gesetzliche Leitbild des Betriebsverfassungsgesetzes geht davon aus, dass ein Betriebsratsmitglied sich während seiner Betriebsratstätigkeit im Hinblick auf Beförderungen und die daran

¹ Die gegenteilige Einschätzung von Jacobs, BB 2024, 117, 118, steht in Widerspruch zu den empirischen Erfahrungen der mit einschlägigen Fällen betrauten Rechtspraktiker; vgl. Rothballer, NZA 2023, 257.

² Daher ist es verfehlt, wenn Jacobs, BB 2024, 117, 118, das geplante Gesetz als „Lex VW“ einordnet.

³ Siehe näher unten II.7.

anknüpfenden Vergütungserhöhungen nach den gleichen Regeln entwickelt, wie sie im Betrieb für vergleichbare Mitarbeiter⁴ gelten. Bei der Anwendung dieser Regeln darf ein Betriebsratsmitglied nicht „wegen seiner Tätigkeit“ im Betriebsrat benachteiligt oder begünstigt werden (§ 78 Satz 2 BetrVG).⁵ Daraus folgt, dass Betriebsratsmitgliedern Beförderungen in grundsätzlich gleicher Weise eröffnet sein müssen wie anderen Arbeitnehmern.

3. Nach dem Schutzzweck von § 78 Satz 2 BetrVG, die Freiheit und Unabhängigkeit der Amtsausübung zu schützen, liegt eine Begünstigung oder Benachteiligung „wegen der Tätigkeit“ als Betriebsratsmitglied nur vor, wenn bei einer Entscheidung an die Betriebsratszugehörigkeit bzw. die Betriebsratstätigkeit als solche angeknüpft wird. Dies ist immer dann nicht der Fall, wenn die Entscheidung durch andere Gründe getragen wird.⁶ Eine Begünstigung wegen der Betriebsratstätigkeit gemäß § 78 Satz 2 BetrVG ist deshalb nicht gegeben, wenn ein Betriebsratsmitglied auf eine höhere Stelle befördert wird, weil es für diese unter Anwendung der betrieblichen Auswahlgrundsätze am besten geeignet erscheint. Dabei ist dem Personalverantwortlichen das gleiche Auswahlermessen wie bei Stellenbesetzungen zuzugestehen, an denen Betriebsratsmitglieder nicht beteiligt sind.⁷
4. Bei der Auswahl von Kandidaten zur Besetzung von Beförderungspositionen werden im Regelfall alle Qualifikationen und Eigenschaften berücksichtigt, die den Bewerber für die zu besetzende Position geeignet erscheinen lassen. Dafür ist gleichgültig, wie und in welchem Rahmen ein Bewerber die Qualifikationen und Eigenschaften erlangt bzw. entwickelt hat. Deshalb sind auch solche Qualifikationen und Eigenschaften zu berücksichtigen, die ein Bewerber im Rahmen seiner Betriebsratstätigkeit erworben oder entwickelt hat, soweit sie den Bewerber für die zu besetzende Stelle qualifizieren. Ob ein Bewerber die erforderlichen Englischkenntnisse im Rahmen seiner gewöhnlichen beruflichen Tätigkeit, in privaten Sprachkursen oder anlässlich seiner Betriebsratstätigkeit erworben hat, ist unerheblich. Allein entscheidend für die Stellenbesetzung ist, dass der Kandidat die erforderlichen Qualifikationen und Eigenschaften aufweist. Deswegen ist es zutreffend und geradezu selbstverständlich, wenn es in der Begründung des Regierungsentwurfs heißt, dass bei einer Stellenbesetzung „auch die durch und während der [Amtstätigkeit] erworbenen Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikationen zu berücksichtigen [sind], soweit sie im Unternehmen auch außerhalb des Betriebsratsamtes für die jeweilige Stelle karriere- und vergütungsrelevant sind“.⁸ Damit wird deutlich, dass § 78 Satz 3 RegE nicht auf eine Änderung der materiellen Rechtslage, sondern nur auf eine deklaratorische Klarstellung des geltenden Rechts zielt.⁹
5. In der rechtspolitischen Diskussion finden sich mehrere Stimmen, die eine Berücksichtigung von im Rahmen der Betriebsratstätigkeit erworbenen Qualifikationen bei der Bewerberauswahl für unzulässig halten.¹⁰ Das ist nach dem vorstehend Gesagten unzutreffend, wie sich an einfachen

⁴ Das generische Maskulinum steht in diesem Text für Personen jeder Geschlechtsidentität.

⁵ Gleiches gilt für die anderen in § 78 Satz 1 BetrVG genannten Personen.

⁶ So bereits BAG 21.03.2018 – 7 AZR 590/16.

⁷ Vgl. dazu Annuß, NSTz 2020, 201, 202.

⁸ BT-Drs. 20/9469, S. 11.

⁹ Insoweit zutreffend Weller, BB 2023, Heft 44, Umschlagteil I. Anders Jacobs, BB 2024, 117, 120, der „erhebliche Lockerungen gegenüber der bisherigen Rechtslage“ erkennt; dies beruht indes auf einem Missverständnis des gesetzlichen Regelungssystems; vgl. dazu bereits Annuß, NZA 2020, 20.

¹⁰ So etwa Bittmann/Mujan, BB 2012, 637, 638; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 247; eingeschränkt Byers, NZA 2014, 65, 66; BGH 10.01.2023 – 6 StR 133/22.

praktischen Beispielen verdeutlichen lässt. Man stelle sich etwa den Fall vor, dass der Arbeitgeber ein neues IT-System einführen möchte und zu diesem Zweck einen Mitarbeiter der IT-Abteilung als Programmverantwortlichen auswählt, den er auf eine entsprechende Fortbildung schickt. Parallel dazu entsendet der Betriebsrat, damit er sein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung des neuen IT-Systems gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sachkundig wahrnehmen kann, eines seiner nicht dauerhaft freigestellten Mitglieder, das ebenfalls in der IT-Abteilung arbeitet, gemäß § 37 Abs. 6 BetrVG zur selben Fortbildung. Hätte der Arbeitgeber nach Einführung des neuen IT-Systems zwei höherwertige Stellen als Systembetreuer für das neue IT-System zu besetzen, so dürfte er – falls Qualifikationszuwächse im Rahmen der Betriebsratsstätigkeit unberücksichtigt bleiben müssten – bei der Personalauswahl zwar die Qualifikation des von ihm auf die Fortbildung entsandten Mitarbeiters, nicht aber diejenige des vom Betriebsrat für die Fortbildung benannten Kollegen berücksichtigen. Das wäre ein unsinniges und sachlich nicht zu rechtfertigendes Ergebnis. Damit auch die letzten Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Berücksichtigung von im Rahmen der Amtsausübung erworbenen Qualifikationen beseitigt werden, sollte eine eindeutige gesetzliche Klarstellung erfolgen und zu diesem Zweck § 78 Satz 3 RegE um folgenden Halbsatz ergänzt werden: „; dabei können auch im Rahmen der Amtstätigkeit erworbene Qualifikationen berücksichtigt werden“.

6. Angesichts eines häufigen Missverständnisses in der Praxis sei betont, dass nicht allein das Vorliegen bestimmter Qualifikationen oder Eigenschaften eine Vergütungserhöhung begründen kann, sondern es dafür einer konkret zu besetzenden Stelle und des Abschlusses eines entsprechenden Arbeits- bzw. Änderungsvertrags bedarf. Ohne die Verpflichtung zur Erbringung einer entsprechend werthaltigen Arbeitsleistung können Arbeitnehmer eine höhere Vergütung grundsätzlich nicht erzielen. Für freigestellte Betriebsratsmitglieder gilt nichts anderes. Auch bei ihnen ist die Gewährung einer mit einer höherwertigen Stelle korrespondierenden Vergütung grundsätzlich nur begründet, soweit sie zur Tätigkeit auf einer solchen höherwertigen Stelle arbeitsvertraglich verpflichtet sind¹¹. Der Abschluss eines solchen Arbeitsvertrags ist regelmäßig eine „betriebliche Anforderung“ im Sinne von § 78 Satz 3 RegE. Ist ein Betriebsratsmitglied nicht bereit, einen ihm angebotenen Arbeitsvertrag für die höherwertige Stelle abzuschließen, darf ihm auch die entsprechend höhere Vergütung nicht gezahlt werden.
7. Erweist sich ein dauerhaft freigestelltes Betriebsratsmitglied als bestgeeignet für die zu besetzende höherwertige Stelle und wird ihm ein entsprechender Arbeitsvertrag angeboten, so kann das Betriebsratsmitglied das Angebot annehmen und sich dennoch dafür entscheiden, seine Tätigkeit als freigestelltes Betriebsratsmitglied fortzuführen. In einem solchen Fall ist zur tatsächlichen Besetzung der Beförderungsstelle der Abschluss eines weiteren Arbeitsvertrags mit einem anderen Bewerber erforderlich, wie in der Begründung des Regierungsentwurfs zutreffend dargelegt wird.¹² Geht es allerdings um eine in einem anderen Betrieb angebotene Stelle, so muss das Betriebsratsmitglied sich entscheiden. Schlägt es eine Beförderung auf eine in einem anderen Betrieb bestehende höherwertige Stelle aus, bleibt es auf seiner bisherigen Stelle und hat es nur Anspruch auf die entsprechende Vergütung. Nimmt das Betriebsratsmitglied hingegen die Stelle in dem anderen Betrieb an, scheidet es aus dem Betriebsrat aus. Soweit die Begründung des RegE hiervon abweichend die Auffassung vertritt, dass ein Betriebsratsmitglied im Falle

¹¹ Irreführend und unzutreffend hingegen Begr. RegE, BT-Drs. 20/9469, S. 10: Sieht das Betriebsratsmitglied „trotz vorhandenen Qualifikationen von einer Bewerbung um eine höherwertige Stelle ab, mag darin [...] eine Benachteiligung nach § 78 Satz 2 liegen“.

¹² BT-Drs. 20/9469, S. 12: „Doppelbesetzung“.

der Ablehnung einer höherwertigen Stelle in einem anderen Betrieb gleichwohl die zu dieser gehörende höhere Vergütung beanspruchen könne, ist das unzutreffend.¹³

8. Der RegE bietet keine Lösung für das in der Praxis auftretende Phänomen, dass Betriebsratsmitglieder bei der Besetzung von Beförderungsstellen von vornherein nicht berücksichtigt werden, weil die Befürchtung besteht, dass sie wegen ihrer Betriebsratsstätigkeit die zu besetzende Beförderungsstelle nicht in der gewünschten Weise ausfüllen werden. Der Nachweis einer solchen Benachteiligung wegen der Betriebsratsstätigkeit ist dem betroffenen Betriebsratsmitglied kaum je möglich, weil die Entscheidungsprozesse des Arbeitgebers für das Betriebsratsmitglied nicht transparent sind. Die daraus in der Praxis resultierende strukturelle Benachteiligung der Betriebsratsmitglieder wird durch § 37 Abs. 4 BetrVG nicht wirksam ausgeglichen. Allerdings hat die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.01.2023 insoweit keine Änderung bewirkt und nicht zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit geführt, weshalb verständlich ist, dass der RegE sich damit nicht auseinandersetzt. Dennoch sollte erwogen werden, nach dem Regelungsvorbild des § 22 AGG eine nur im Verhältnis zwischen den in § 78 Satz 1 BetrVG genannten Personen und dem Arbeitgeber wirkende Beweiserleichterung vorzusehen. Dies könnte erreicht werden durch die Anfügung eines an § 78 Satz 3 RegE anknüpfenden neuen § 78 Satz 4 mit folgendem Wortlaut: „Besteht zwischen einer in Satz 1 genannten Person und dem Arbeitgeber Streit darüber, ob sie wegen ihrer Tätigkeit nach Satz 1 benachteiligt wird, und beweist sie Indizien, die eine solche Benachteiligung vermuten lassen, so trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach Satz 2 nicht vorliegt.“

III. Ergänzende Mindestgewährleistung (§ 37 Abs. 4 BetrVG)

1. Neben der ordnungsgemäßen Bestimmung der Vergütung eines Betriebsratsmitglieds unter Berücksichtigung seiner individuellen Qualifikationen und Eigenschaften im Rahmen des allgemeinen Stellenbesetzungsprozesses ist stets auf einer zweiten Stufe zu prüfen, ob das Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Vergütungserhöhung gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG hat.¹⁴ Dies ist der Fall, soweit seine Vergütung sich während seiner Zugehörigkeit zum Betriebsrat schlechter entwickelt hat, als es der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer entspricht. § 37 Abs. 4 BetrVG wurde im Jahr 1972 mit dem ausdrücklich erklärten Ziel geschaffen, das bereits seit 1952 im Gesetz verankerte, heute in § 78 Satz 2 BetrVG angesiedelte, Benachteiligungsverbot durch eine einfach zu handhabende Mindestgewährleistung zu ergänzen.¹⁵ Zutreffend sieht die Begründung des RegE daher in § 37 Abs. 4 BetrVG nicht eine Definition der regelmäßigen Vergütungsentwicklung von Betriebsratsmitgliedern vor,¹⁶ sondern allein einen „Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf ein Mindestentgelt“.¹⁷

¹³ Siehe Begr. RegE, BT-Drs. 20/9469, S. 12; die dortige Argumentation mit dem (angeblichen) „kollektiven Schutzzweck“ des § 78 BetrVG ist offensichtlich nicht tragfähig.

¹⁴ Dieses zweistufige System der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern wird verkannt von Huy, Sten. Prot. BT 20/20671 (B): „Um dies sicherzustellen, ist im Betriebsverfassungsgesetz festgeschrieben, dass sich sein [= des Betriebsratsmitglieds] Gehalt wie auch seine fiktive berufliche Entwicklung an den Daten vergleichbarer Arbeitnehmer in ihrer betriebsüblichen Entwicklung orientieren müssen“.

¹⁵ Vgl. dazu den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu BT-Drs. VI/2729, S. 15.

¹⁶ So aber Esser, Die Begünstigung von Mitgliedern des Betriebsrats, 2013, S. 47; Jacobs, NZA 2019, 1606, 1608; Jacobs/Krell, RdA 2023, 193, 197.

¹⁷ BT-Drs. 20/9469, S. 9; ebenso BAG 23.11.2022 – 7 AZR 122/22; Gräfl/Rennpferdt, RdA 2023, 245; Waas, RdA 2023, 209, mit weiteren Nachweisen. Hingegen ist es unzutreffend, wenn in § 37 Abs. 4 BetrVG auch eine Konkretisierung des Begünstigungsverbots gesehen wird; so indes etwa Bsirske, Sten. Prot. BT 20/20670 (C): „Danach dürfen Betriebsratsmitglieder aufgrund ihrer Tätigkeit auch weiterhin weder benachteiligt noch bevorzugt

2. Das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass die betriebsübliche Vergütungsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer in erster Linie anhand einer Vergleichsgruppe von tatsächlich im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern zu bestimmen ist. Allerdings gibt es in der Praxis zahlreiche Fälle, in denen im Betrieb keine geeignete Vergleichsgruppe feststellbar ist. In diesen Fällen kann es geboten sein, die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer anhand anderer Kriterien zu bestimmen.¹⁸ Dies reicht nicht über den Wortlaut von § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG hinaus,¹⁹ stellt den Rechtsanwender in der Praxis allerdings mitunter vor erhebliche Schwierigkeiten. Auch deshalb ist zu begrüßen, dass § 37 Abs. 4 Satz 4 RegE die Betriebsparteien ermächtigt, in einer Betriebsvereinbarung das Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer zu regeln mit der Konsequenz, dass die Festlegung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann.
3. § 37 Abs. 4 Satz 5, Halbsatz 2 RegE schlägt eine Beschränkung des Prüfungsmaßstabs auf grobe Fehlerhaftigkeit auch vor, soweit die Vergleichspersonen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat einvernehmlich festgelegt werden und dies in Textform dokumentiert wird. Hinsichtlich dieser Bestimmung des RegE ist umstritten, ob die Festlegung der Vergleichspersonen in jedem Fall oder nur dann privilegiert ist, wenn sie auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung gemäß § 37 Abs. 4 Satz 4 RegE erfolgt.²⁰ Letzteres wäre weder sachlich gerechtfertigt noch praktisch sinnvoll, weshalb die Privilegierung ohne weiteres für eine mit Begründung versehene übereinstimmende Benennung konkreter Vergleichspersonen eingreifen sollte. Zu diesem Zweck sollte § 37 Abs. 4 Satz 5, Halbsatz 2 RegE als § 37 Abs. 4 Satz 6 verselbständigt werden und folgende Fassung erhalten: „Gleiches gilt für die Festlegung der Vergleichspersonen, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und mit einer Begründung in Textform dokumentiert ist.“ Soweit angeregt wird, den Abschluss einer Betriebsvereinbarung oder die Benennung von Vergleichspersonen gemäß § 37 Abs. 4 Satz 5 RegE zum Gegenstand der erzwingbaren Mitbestimmung zu machen, sollte davon abgesehen werden, weil dadurch angesichts der mit Einigungsstellen typischerweise verbundenen hohen Kosten in der Praxis Konfliktvermeidungsstrategien der Arbeitgeber provoziert würden, die eine strukturelle Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern hervorbringen könnten. Es erscheint daher sachgerecht, die zu § 37 Abs. 4 BetrVG bestehende exklusive Konfliktlösungszuständigkeit der Arbeitsgerichte beizubehalten.
4. Die Vergleichsbetrachtung gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG hat mit dem Beginn der Betriebsratstätigkeit einzusetzen. Bei der Bestimmung der Vergleichsgruppe ist zu beachten, dass sie möglichst genau die Prädiktoren für die künftige Vergütungsentwicklung des jeweiligen Betriebsratsmitglieds repräsentiert. Allerdings wird dem mit § 37 Abs. 4 BetrVG verfolgten gesetzgeberischen Ziel nur entsprochen, wenn die bei Beginn der Betriebsratstätigkeit gebildete Vergleichsgruppe nicht dauerhaft statisch ist, sondern angepasst wird, sobald die Prädiktoren für die Vergütungsentwicklung des jeweiligen Betriebsratsmitglieds sich ändern.²¹ Dies kann beispielsweise der Fall

werden. Zu diesem Zweck wird die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Betriebsratstätigkeit im Verhältnis zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer/-innen gesetzt“.

¹⁸ Zutreffend Begr. RegE, BT-Drs. 20/9469, S. 9.

¹⁹ Anders wohl die Initiativstellungnahme Nr. 83/2023 des Deutschen Anwaltvereins durch seinen Ausschuss Arbeitsrecht aus Dezember 2023.

²⁰ Auf Letzteres deutet die Formulierung in der Begr. RegE hin (vgl. BT-Drs. 20/9469, S. 10: „ausgehend von den in der Betriebsvereinbarung bestimmten Vergleichskriterien“).

²¹ Dies wird in der Initiativstellungnahme Nr. 83/2023 des Deutschen Anwaltvereins durch seinen Ausschuss Arbeitsrecht aus Dezember 2023 nicht ausreichend berücksichtigt; seine Einschätzung, dass § 37 Abs. 4 Satz 3 RegE „deutlich über eine reine Klarstellung hinaus[geht]“, ist im Ergebnis nicht begründet.

sein, wenn das Betriebsratsmitglied auf eine höherwertige Stelle befördert wird²² oder wenn das Betriebsratsmitglied Qualifikationen hinzuverwirbt (etwa Meister- oder Techniker Ausbildung), die ihm eine bessere Vergütungsentwicklung als bislang ermöglichen. Die Umstände, die eine Anpassung der Vergleichsgruppe erfordern können, sind sehr vielgestaltig, weshalb sie im Gesetz nicht abschließend benannt werden können. Deshalb ist es richtig, dass § 37 Abs. 4 Satz 3 RegE die Notwendigkeit einer Änderung der Vergleichsgruppe allgemein dann vorsieht, wenn „ein sachlicher Grund für eine spätere Neubestimmung vorliegt“. Diese Anforderung lässt sich angesichts des mit § 37 Abs. 4 BetrVG verfolgten Regelungszwecks ausreichend genau konkretisieren.²³

IV. Zusammenfassung der Empfehlungen

1. Die Verabschiedung der vorgeschlagenen Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes wird grundsätzlich empfohlen.
2. § 78 Satz 3 RegE sollte um folgenden Halbsatz ergänzt werden: „; dabei können auch im Rahmen der Amtstätigkeit erworbene Qualifikationen berücksichtigt werden“.
3. Es sollte erwogen werden, an § 78 Satz 3 RegE folgenden § 78 Satz 4 anzufügen: „Besteht zwischen einer in Satz 1 genannten Person und dem Arbeitgeber Streit darüber, ob sie wegen ihrer Tätigkeit nach Satz 1 benachteiligt wird, und beweist sie Indizien, die eine solche Benachteiligung vermuten lassen, so trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach Satz 2 nicht vorliegt.“
4. § 37 Abs. 4 Satz 5, Halbsatz 2 RegE sollte als neuer § 37 Abs. 4 Satz 6 verselbständigt und wie folgt gefasst werden: „Gleiches gilt für die Festlegung der Vergleichspersonen, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und mit einer Begründung in Textform dokumentiert ist“.

²² So zutreffend Begr. RegE, BT-Drs. 20/9469, S. 9.

²³ Siehe hierzu Oellers, Sten. Prot. BT 20/20675 (B): „Können nach Übernahme des Betriebsratsamtes mehrere Qualifizierungen und Weiterbildungen, zum Beispiel ein Studium oder eine Meisterprüfung, ein sachlicher Grund zur Neubestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer sein? (Frank Bsirske [...]: Ja, natürlich!“); die Kritik von Jacobs, BB 2024, 117, 119, ist nicht begründet.