

Ausschussdrucksache **20(11)479**

Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

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

RUPRECHT-KARLS-
UNIVERSITÄT
HEIDELBERG



Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Arbeitsrecht und Unternehmensrecht

Professor Dr. Markus Stoffels

Friedrich-Ebert-Anlage 6 - 10
D-69117 Heidelberg

Schriftliche Stellungnahme

zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes (BT-Drs. 20/9469)

im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und
Soziales des Deutschen Bundestags

am 22. April 2024

von Professor Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

I. Ausgangssituation

Das geltende Recht der Betriebsratsvergütung basiert auf dem Prinzip der (unentgeltlichen) Ehrenamtlichkeit (§ 37 Abs. 1 BetrVG).¹ Es gibt keine Vergütung für die Betriebsratstätigkeit als solche. Das Betriebsratsmitglied hat vielmehr, sofern seine Betriebsratstätigkeit während der Arbeitszeit erforderlich war, Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das es erzielt haben würde, wenn es gearbeitet hätte (§ 37 Abs. 2 BetrVG, sog. Lohnausfallprinzip). § 37 Abs. 4 BetrVG sichert die Rechtsstellung insbesondere langjährig freigestellter Betriebsratsmitglieder in vergütungsrechtlicher Hinsicht ab. Ihr Arbeitsentgelt darf nicht geringer bemessen sein als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Sie haben mithin einen Anspruch ein Mindestentgelt. Über den Schutz vor einem Zurückbleiben der Gehaltsentwicklung im Verhältnis zu vergleichbaren Arbeitnehmern hinaus statuiert § 78 S. 2 BetrVG ein umfassendes Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot. Anerkannt ist, dass sich aus dem Benachteiligungsverbot ein Anspruch auf eine höhere Vergütung ergeben kann, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds gerade wegen seiner Betriebsratstätigkeit darstellen würde. Die aus § 78 S. 2 BetrVG folgende Vergütung kann also über derjenigen liegen, die durch § 37 Abs. 4 BetrVG als Mindestentgelt garantiert ist.²

II. Erforderlichkeit einer Ergänzung der vorhandenen Regelungen

Anstoß für die hier in Rede stehenden Änderungen des Betriebsverfassungsgesetzes ist Entscheidung des 6. Strafsenats des BGH vom 11.3.2023.³ Der BGH betont, dass die Gewährung eines überhöhten, weil gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 S. 2 BetrVG) verstoßenden Arbeitsentgelts, den objektiven Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) erfüllen kann. Insbesondere im Hinblick auf die Anerkennung hypothetischer Karrieren wurde vielfach eine Divergenz zur tendenziell großzügigeren Rechtsprechung des BAG konstatiert.⁴ Der Gesetzentwurf drückt das in der Problem- und Zielbeschreibung in vornehmer Zurückhaltung wie folgt aus:⁵ „Obgleich sich der BGH in seiner Urteilsbegründung auch auf die Rechtsprechung des BAG bezog, wurden nicht alle Aspekte der Bestimmung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern deutlich.“ Jedenfalls ist in der Praxis derzeit eine erhebliche Verunsicherung zu beobachten. Es sind Fälle präventiver Kürzungen der Betriebsratsvergütung mit anschließenden arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzungen bekannt geworden. Auch über die Einleitung weiterer Ermittlungsverfahren

¹ Zum Folgenden *Stoffels/Lembke*, Betriebsverfassungsrecht, 7. Aufl. 2020, § 11 Rn. 2 ff. m.w.N.

² BAG 20.1.2021 – 7 AZR 52/20, NZA 2021, 864 Rn. 23; *Gräfl/Rennpferdt*, RdA 2023, 245 (246).

³ BGH 10.1.2023 - 6 StR 133/22, NZA 2023, 301.

⁴ *Gräfl/Rennpferdt*, RdA 2023, 245; *Wewetzer*, RdA 2023, 250; *Rothballer*, NZA 2023, 257; anders *Jacobs*, BB 2024, 117 (118): Es gäbe keine aus arbeitsrechtlicher Sicht neuen Ausführungen im Urteil des BGH, die das Begünstigungsverbot verschärfen hätten.

⁵ BT-Drucks. 20/9469 S. 1.

wird berichtet. Vor diesem Hintergrund ist eine Klarstellung durch den Gesetzgeber in der Tat dringend geboten.⁶

III. Grundsätzliche Bewertung der Neuregelung

1. Konkretisierende Klarstellung der aktuellen Rechtslage

Die geplante Neuregelung kann für sich in Anspruch nehmen, das derzeit geltende Recht in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts klarzustellen.⁷ Es geht mit anderen Worten um ein „Zuendedenken“ der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Das mag man auf den ersten Blick für einen bescheidenen Ansatz halten. In der Sache spricht indes viel dafür, die bewährten Grundstrukturen nicht in Frage zu stellen. Für grundlegende Korrekturen oder gar einen Paradigmenwechsel gäbe es keinen rechtfertigenden Grund.⁸

2. Beibehaltung des Prinzips der Ehrenamtlichkeit

Den Entwurfsverfassern ist es ein wichtiges Anliegen, das Prinzip der unentgeltlichen Ehrenamtlichkeit der Betriebsratstätigkeit zu bewahren.⁹ Das ist zu begrüßen. Das Ehrenamtsprinzip wird zwar mancherorts für antiquiert gehalten. Betriebsratsmitglieder übten – so heißt es – vielfach Managerfunktionen aus und sollten auch so bezahlt werden. Wer hier einen Paradigmenwechsel propagiert, würde jedoch die institutionelle Absicherung der Unabhängigkeit der Mitglieder des Betriebsrats und die Akzeptanz der von ihm mit zu tragenden Entscheidungen schwächen. Das Betriebsratsamt ist kein Beruf, es handelt sich um eine „Berufung“ durch die Wählerschaft. Ein finanzieller Anreiz, das Amt eines Betriebsratsmitglieds anzustreben, soll aus gutem Grund gerade nicht gesetzt werden.

Die geplanten Änderungen sind allesamt mit dem Ehrenamtsprinzip in Einklang bringen. Eine Besserstellung von Betriebsratsmitgliedern oder gar eine besondere Honorierung ihrer Amtstätigkeit wird tunlichst vermieden.

⁶ So auch die Einschätzung von *Gaul/Pitzer*, in: *Aktuelles Arbeitsrecht* 2023/2, S. 358; Handlungsbedarf sehen auch *Reiserer/Baade*, *Compliance-Berater* 2024, 93 (96). Den Ruf nach dem Gesetzgeber gab es im Übrigen allerdings auch schon vor der BGH-Entscheidung, vgl. etwa *Preis/Thüsing*, Nicht zu viel und nicht zu wenig, SZ v. 6.11.2018, abrufbar <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/forum-nicht-zu-viel-und-nicht-zu-wenig-1.3969348>; *Schrader/Klagges/Siegel/Lipski*, NZA 2022, 456 (460).

⁷ *Dienst*, SPA 2023, 190.

⁸ Zutreffend auch die Erkenntnis von *Weller*, BB 2023 I: „Einzelne (wiederholte) Ausreißer aus einzelnen Konzernen wären ein schlechter Anlass für einen ‚großen Wurf‘, also die grundlegende Veränderung der Prinzipien.“

⁹ BT-Drucks. 20/9469, S. 1.

3. Stärkung der Betriebsvereinbarung und der Transparenz

Der Gesetzentwurf delegiert in § 37 Abs. 4 S. 4 und 5 BetrVG die Konkretisierungskompetenz auf die Betriebsparteien. Flankiert wird diese Zuweisung mit einer Zurücknahme der Kontrollintensität für die gemeinsam getroffenen Konkretisierungen. Eine Überprüfung soll nur auf grobe Fehlerhaftigkeit erfolgen können. Das ist von einigen Autoren als Einladung zur Betriebsratsbegünstigung kritisiert worden.¹⁰ M.E. ist dieser Vorwurf nicht berechtigt. Abgesehen davon, dass solche Absprachen schon bislang in der Praxis anzutreffen waren, markiert die Gesetzesbegründung auch die Grenzen des Beurteilungsspielraums. Insoweit wird auf die durch die Rechtsprechung des BAG vorgegebenen Kriterien der Vergleichbarkeit hingewiesen. Die Grenze sei – so die Entwurfsbegründung –¹¹ überschritten, wenn wesentliche Kriterien unbeachtet blieben, die Kriterien nicht in ein angemessenes Verhältnis zueinander gesetzt würden oder eindeutig fehlerhaft gewichtet würde.

Auch der Transparenzgedanke wird gestärkt, da es die Betriebsparteien nunmehr – rechtlich abgesichert – in der Hand haben, passgenaue und konkrete Regelungen zur Vergleichbarkeit zu treffen.¹² Dabei kann den konkreten betrieblichen Gegebenheiten angemessen Rechnung getragen werden.

4. Eingeschränkte Überprüfbarkeit

Die vorgesehene Eröffnung eines begrenzten Beurteilungsspielraums erlaubt es, das nach der neueren Rechtsprechung des BGH drohende Strafbarkeitsrisiko abzusenken, da die strafrechtliche Beurteilung insoweit an die betriebsverfassungsrechtliche Bewertung anknüpft. Vielfach bewegt sich die Entscheidungsfindung über die richtige Vergütungshöhe zwischen Skylla und Charybdis, zwischen verbotener Begünstigung und ebenfalls verbotener Benachteiligung. Es kann nicht sein, dass es hier nur eine richtige Entscheidung gibt, alle anderen Entscheidungen hingegen betriebsverfassungsrechtlich rechtswidrig sind und ggf. sogar strafrechtliche Konsequenzen zeitigen.

5. Gewinn an Rechtssicherheit

Den erstrebten Gewinn an Rechtssicherheit garantiert vor allem die Delegation der Regelungsbefugnis und die damit einhergehende Rücknahme der gerichtlichen Kontrollintensität, vorausgesetzt die Betriebsparteien machen von dieser Befugnis Gebrauch.¹³ Ferner

¹⁰ So vor allem *Jacobs*, BB 2024, 117; kritisch auch *Greiner*, demnächst in VSSAR 2024.

¹¹ BT-Drucks. 20/9469, S. 1.

¹² Ebenso *Gaul/Pitzer*, in: *Aktuelles Arbeitsrecht 2023/2*, S. 354.

¹³ Begrüßenswerten Zuwachs an Rechtssicherheit konstatiert *Sittard*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar*, 11. Aufl. 2024, § 37 BetrVG Rn. 12a; ebenso die Stellungnahme des DGB, S. 2; differenzierend *Greiner*, demnächst in VSSAR 2024; anders die Einschätzung von *Reiserer/Baade*, Compliance-Berater 2024, 93, die angesichts der im Entwurf enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffen keinen Beitrag zur Stärkung der Rechtssicherheit erkennen können; ähnlich auch *Witzel*, ArbRAktuell 2023, 593.

enthält der Entwurf auch eindeutige Klarstellungen, die bislang nur der Rechtsprechung des BAG entnommen werden konnten, wie etwa die Regelung zur Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Übernahme des Betriebsratsamtes in § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG.

6. (problematische) Verlagerung in die Gesetzesbegründung

Bei der Lektüre des Gesetzentwurfs fällt auf, dass verhältnismäßig viele Auslegungsdirektiven, Beispiele und Erläuterungen in die Gesetzesbegründung verlagert worden sind. Im Auslegungsgeschehen ist die Gesetzesbegründung zwar ein wichtiges Momentum, da im Regelfall davon ausgegangen werden kann, „dass das Parlament, das bei der Beratung und Beschlussfassung über ein Gesetz keine eigenen Zielvorstellungen zum Gesetz insgesamt bzw. zu seinen einzelnen Normen entwickelt, denjenigen Sinn akzeptiert, den die Gesetzesreferenten dem von ihnen erarbeiteten Text mit auf den Weg gegeben und den sie in der Gesetzesbegründung niedergelegt haben“.¹⁴ Eine autoritative Leseanleitung ist die Gesetzesbegründung indes nicht.¹⁵ Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Rechtsprechung unbeeindruckt hiervon anderen Auslegungselementen (z.B. Sinn und Zweck in Gestalt des Ehrenamtsprinzips) den Vorzug gibt. Von daher sollte nochmals kritisch geprüft werden, ob nicht einzelne Passagen der Gesetzesbegründung in den verfügbaren Teil übernommen werden können.¹⁶

¹⁴ MünchKomm/Säcker, 9. Aufl. 2021, Einl. BGB Rn. 131; Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, Rn. 163.

¹⁵ NK/Looschelders, 4. Aufl. 2021, Anh. zu § 133 BGB Rn. 24: hoher Stellenwert in der Gesamtabwägung; deutlich zurückhaltender Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 329.

¹⁶ In diesem Sinne auch Gaul/Pitzer, in: Aktuelles Arbeitsrecht 2023/2, S. 349 und 358.

IV. Stellungnahme zu einzelnen Punkten

Fällt die allgemeine Einschätzung des Regelungsanliegens und der Leitgedanken der Gesetzesnovelle weitestgehend positiv aus, sollen im Folgenden noch einige Anmerkungen zu einzelnen Aspekten der geplanten Neuregelungen gemacht werden.

1. Ergänzung des § 37 Abs. 4 BetrVG um die Sätze 3 bis 5

a) Vergleichsgruppenbildung

Zeitlicher Ausgangspunkt der Vergleichsgruppenbildung soll nach dem neu hinzugefügten § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG der Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts sein. Das ist sachgerecht und bestätigt die Rechtsprechung des BAG.¹⁷ Dies gilt übrigens auch dann, wenn das Betriebsratsmitglied zu einem späteren Zeitpunkt von der beruflichen Tätigkeit freigestellt wird.¹⁸

Eine Neuerung stellt hingegen die in § 37 Abs. 4 S. 3 a.E. vorgesehene Neubestimmung der Vergleichsgruppe dar, wenn ein sachlicher Grund vorliegt. Die Rechtsprechung hatte sich bislang mit solchen Sachverhalten nicht zu befassen.¹⁹ Fraglich bleibt allerdings, ob es sich bei der Neubestimmung nur um eine Möglichkeit handelt oder aber ob sie bei Vorliegen eines sachlichen Grundes rechtlich geboten ist. Ungeachtet dieser Unschärfe ist diese Neuerung zu begrüßen, räumt sie doch den Parteien die Möglichkeit ein, auf eine Veränderung der für die Vergleichsgruppenbildung maßgeblichen Umstände zu reagieren und so insbesondere einer unzulässigen Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds entgegenzuwirken.²⁰ Aufschluss, an welche Fälle hier gedacht wird, bietet wiederum die Gesetzesbegründung²¹, die mit einem Beispiel aufwartet: Bei einem beruflichen Aufstieg eines Betriebsratsmitglieds, das die Anforderungen einer höherdotierten Stelle erfüllt und mit dem Arbeitgeber einen entsprechenden Änderungsvertrag schließt, könne im Anschluss hieran die Vergleichsgruppe aus sachlichem Grund neu zu bestimmen sein. Hierzu ist allerdings kritisch anzumerken, dass nicht klar gesagt wird, dass für den Änderungsvertrag eine freie Stelle vorhanden sein muss. Sonst droht ein Widerspruch zur Wertung im Rahmen des § 78 S. 2 BetrVG.²²

Die unbestimmte Formulierung „sachlicher Grund“ ist offen, um ggf. in weiteren begründeten Fällen eine Neubestimmung zu ermöglichen. Zu denken ist etwa an den Fall, dass die

¹⁷ Vgl. BAG 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594, Rn. 25; 18.1.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 9355 Rn. 16.

¹⁸ BAG 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 24 ff.

¹⁹ So zutreffend *Gaul/Pitzer*, in: *Aktuelles Arbeitsrecht 2023/2*, S. 349.

²⁰ Zutreffend daher die positive Bewertung dieser Neuerung durch *Gaul/Pitzer*, in: *Aktuelles Arbeitsrecht 2023/2*, S. 349

²¹ BT-Drucks. 20/9469, S. 9, verwiesen wird insoweit auf BAG 23.11.2022 – 7 AZR 1222/22, NZA 2023, 513, bei dem es um die Vereinbarung einer geringer dotierten Stelle ging.

²² Insoweit zutreffend die Kritik von *Jacobs*, BB 2024, 117 (119).

mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbaren Arbeitnehmer über die Jahre verloren gehen,²³ sei es durch Erreichen der Altersgrenze, durch Kündigung oder Umstrukturierung. Allerdings sollte das Begriffspaar „sachlicher Grund“ grundsätzlich eng interpretiert werden. Vor allem sollte die klare Abgrenzung zu § 78 S. 2 BetrVG im Auge behalten werden. Ein sachlicher Grund im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG sollte jedenfalls nicht schon in den im Betriebsratsamt erworbenen Erfahrungen, Fähigkeiten, Kenntnissen und Kontakten erblickt werden. Gleiches gilt für sog. hypothetische Karrieren. Auch das könnte in der Entwurfsbegründung noch ausdrücklich vermerkt werden.²⁴

Zweifelhaft ist hingegen der Lösungsvorschlag in der Gesetzesbegründung, wie bei Fehlen geeigneter Vergleichspersonen zu verfahren ist. Ohne Anknüpfung an den Gesetzeswortlaut wird dort ausgeführt, dass in diesem Fall vergleichbare Arbeitnehmer eines anderen Betriebs herangezogen werden können.²⁵ Das widerspricht der Betriebsbezogenheit des § 37 Abs. 4 BetrVG und führt, wenn es in den verschiedenen Betrieben unterschiedliche Gehaltsniveaus und -entwicklungen gibt, zu unsachgemäßen Ergebnissen.²⁶ Auch das höchsthilfsweise Abstellen auf die die betriebsübliche Entwicklung der nächstvergleichbaren Arbeitnehmer²⁷ kann nicht überzeugen. Sie findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze. Die in der Begründung genannte Möglichkeit, das Arbeitsentgelt nach § 287 ZPO zu schätzen, bietet zudem keinen rechtssicheren Maßstab zu Bestimmung der rechtlich gebotenen Vergütung.²⁸ Es wird angeregt, dies in der Beschlussempfehlung ausdrücklich zu vermerken.

b) Möglichkeit konkretisierender Regelungen durch die Betriebsparteien

Kernstück der Novellierung des § 37 Abs. 4 BetrVG ist die Möglichkeit konkretisierender Regelungen durch die Betriebsparteien. Dass die Konkretisierung der Vergleichbarkeit in einer Betriebsvereinbarung in Anlehnung an § 1 Abs. 4 und 5 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann, ist angemessen. Das wahrt zum einen die Betriebsautonomie und mindert zum anderen das Strafbarkeitsrisiko in einem schwer beherrschbaren Grenzbereich.

Sodann soll darüber hinaus Gleiches für die Festlegung der Vergleichspersonen gelten, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und in Textform dokumentiert ist. Gleiches heißt wohl in erster Linie, dass auch diese Festlegung nur auf grobe

²³ Fitting, 32. Aufl. 2024, § 37 BetrVG Rn. 119b.

²⁴ Fitting, 32. Aufl. 2024, § 37 BetrVG Rn. 119b merkt hierzu an, die Gesetzesbegründung verhalte sich hierzu nicht eindeutig. Greiner (demnächst in VSSAR 2024) warnt vor einer Auslegung der geplanten Neuregelung, wonach hypothetische Karrieren - möglicherweise unter Valutierung allein der im Betriebsratsamt erworbenen Erfahrungen, Fähigkeiten, Kenntnisse und Kontakte - potenziell bereits im Rahmen von § 37 Abs. 4 BetrVG Anerkennung finden könnten. Auch Jacobs, BB 2024, 117 (119) warnt vor dieser Ausweitung und befürchtet eine Aufweichung des Ehrenamtsprinzips. Witzel, ArbRAktuell 2023, 593 meint, die dogmatische Trennung von § 37 Abs. 4 BetrVG einerseits und § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG andererseits stünde im Widerspruch zur Erforderlichkeit der Neubestimmung der Vergütung wegen eines sachlichen Grundes.

²⁵ BT-Drucks. 20/9469 S. 9.

²⁶ Gaul/Pitzer, in: Aktuelles Arbeitsrecht 2023/2, S. 352.

²⁷ BT-Drucks. 20/9469 S. 9.

²⁸ Abl. auch Gaul/Pitzer, in: Aktuelles Arbeitsrecht 2023/2, S. 353.

Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann. Nicht ganz klar ist, ob eine solche einvernehmliche Festlegung der Vergleichspersonen eine vorherige Betriebsvereinbarung über das Verfahren zur Festlegung voraussetzt. Die Gesetzesbegründung scheint von einem solchen Stufenverhältnis auszugehen („Gleiches gilt, wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat ausgehend von den in der Betriebsvereinbarung bestimmten Vergleichskriterien auf die Festlegung konkreter Vergleichspersonen einigen...“).²⁹ Es wird angeregt, die Verknüpfung zwischen der Betriebsvereinbarung über das abstrakte Verfahren und der Vereinbarung der Betriebsparteien über eine einzelfallbezogene Konkretisierung der Vergleichspersonen in der Beschlussempfehlung ausdrücklich klarzustellen.³⁰

2. Ergänzung des § 78 BetrVG um einen Satz 3

Auch im Hinblick auf das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG bemüht sich der Gesetzentwurf um eine Konkretisierung. Eine Begünstigung oder Benachteiligung soll im Hinblick auf das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vorliegen, wenn das Betriebsratsmitglied in seiner Person die für die Gewährung des Arbeitsentgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt. Mit dieser Gesetzesänderung soll auf die in der Praxis durch das Urteil des BGH vom 10.1.2023³¹ entstandenen Rechtsunsicherheiten reagiert werden.

a) fiktiver Beförderungsanspruch und hypothetische Karrieren

Der neue Satz 3 knüpft an die Rechtsprechung des BAG an, der zufolge ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, den Arbeitgeber auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen kann. Man spricht insoweit von einem fiktiven Beförderungsanspruch.³² Das Betriebsratsmitglied muss sich in einem solchen Fall nicht mit der Mindestentwicklung nach § 37 Abs. 4 BetrVG begnügen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen werden wiederum nur in der Begründung des Gesetzentwurfs genannt.

b) Während der Betriebsratstätigkeit erworbene Kenntnisse, Qualifikationen und Fähigkeiten

Lebhaft umstritten ist nach derzeit geltendem Recht, ob und unter welchen Voraussetzungen während der Betriebsratstätigkeit erworbene Kenntnisse, Qualifikationen und Fähigkeiten berücksichtigungsfähig sind.³³ Hierzu verhält sich die Begründung des Gesetzentwurfs.

²⁹ BT-Drucks. 20/9469, S. 10.

³⁰ Ebenso *Gaul/Pitzer*, in: *Aktuelles Arbeitsrecht* 2023/2, S. 355.

³¹ BGH 10.1.2023 - 6 StR 133/22, NZA 2023, 301.

³² BAG 20.1.2021 - 7 AZR 52/20, NZA 2021, 864 Rn. 24; 22.1.2020 - 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 31.

³³ Überblick über den Meinungsstand bei *Fitting*, 32. Aufl. 2024, § 78 BetrVG Rn. 20.

Und auch hier würde man erwarten, dass die entsprechende Passage in den Gesetzestext aufgenommen wird. Im Ergebnis wird die Berücksichtigungsfähigkeit bejaht, soweit die erworbenen Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikationen im Unternehmen auch außerhalb des Betriebsratsamts für die jeweilige Stelle karriere- und vergütungsrelevant sind. Der bloße Zuwachs an Kompetenzen, Kenntnissen und Fähigkeiten während der Ausübung des Amtes als Betriebsrat soll für sich alleine ohne Bezug zu einer konkreten Stelle im Betrieb und deren Anforderungsprofil keinen Anspruch nach § 78 S. 2 BetrVG auf eine höhere Vergütung begründen. Wichtig und richtig ist, dass die Entwurfsbegründung das Erfordernis einer freien Stelle hervorhebt. M.E. sollte allerdings dieses Erfordernis in den Gesetzeswortlaut aufgenommen werden, da es auch für die Fallgruppe „fiktiver Beförderungsanspruch“ Geltung beansprucht. Vorschlag für die Neufassung des § 78 S. 2 BetrVG: *„Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt im Hinblick auf das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vor, wenn das Mitglied einer in Satz genannten Vertretung in seiner Person im Hinblick auf eine konkrete und freie Stelle die für die Gewährung des Arbeitsentgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessenfehlerhaft erfolgt.“*

c) Nicht ermessensfehlerhaft

Die Vermeidung einer unzulässigen Begünstigung setzt voraus, dass die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft ist. In der Entwurfsbegründung³⁴ liest man hierzu, eine Vereinbarung sei erst dann ermessensfehlerhaft und damit als Begünstigung unwirksam, wenn die Vertragsparteien nicht vernünftigerweise davon ausgehen konnten, eine zutreffende Bewertung hypothetischer Gehalts- und Karriereentwicklung vorgenommen zu haben. An anderer Stelle ist von einer plausiblen und nachvollziehbaren Eingruppierung die Rede. Man wird davon ausgehen können, dass sich die Festlegung sowohl auf das Arbeitsentgelt als auch auf die für die Stelle erforderlichen betrieblichen Anforderungen bezieht.³⁵ Wichtig und begrüßenswert ist, dass hier ein Wertungsspielraum eröffnet wird, der das Risiko einer Fehleinschätzung reduziert und damit die Rechtssicherheit erhöht.³⁶ Es verbleiben als Ermessensüberschreitungen vor allem die Rechtsmissbrauchskonstellationen.³⁷

³⁴ BT-Drucks. 20/9469 S. 11.

³⁵ *Fitting*, 32. Aufl. 2024, § 78 BetrVG Rn. 22.

³⁶ Kritisch hingegen *Greiner* demnächst in VSSAR 2024 („strafbarkeitsausschließende Verunklarung“) und *Jacobs*, BB 2024, 117 (121).

³⁷ *Greiner*, demnächst in VSSAR 2024, dort auch dogmatische Überlegungen zum Ermessensbegriff.

V. Fazit

Der Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes leistet einen wichtigen Beitrag zur (Wieder-)Herstellung der Rechtssicherheit auf dem Gebiet der Vergütung der Betriebsratstätigkeit und stärkt damit mittelbar auch die betriebliche Mitbestimmung als solche. Eher kritisch ist die erkennbare Neigung der Entwurfsverfasser zu beurteilen, die Klärung wichtiger und praxisrelevanter Fragen in den begründenden Teil zu verlagern.

Heidelberg, den 17.4.2024



Prof. Dr. Markus Stoffels