

Ausschussdrucksache **20(11)494**

Materialzusammenstellung

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

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

A. Mitteilung	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen	3
C. Stellungnahmen der eingeladenen Sachverständigen	
Professor Dr. Thomas Klebe, Frankfurt am Main	4
Professor Dr. Georg Annuß, München	9
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.	16
Professor Dr. Markus Stoffels, Heidelberg	19
IG Metall	30
ULA e.V. Deutscher Führungskräfteverband	37
Professor Dr. Frank Bayreuther, Passau	41
Deutscher Gewerkschaftsbund	49
Jochen Homburg, Dreieich	55
D. Stellungnahmen nicht eingeladenen Verbände/Institutionen	
Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Arbeitsrecht	59



Mitteilung

Berlin, den 11. April 2024

**Die 77. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales findet statt am Montag, dem 22. April 2024, 16:30 Uhr bis ca. 18:00 Uhr
10117 Berlin, Adele-Schreiber-Krieger-Str. 1
Sitzungssaal: MELH 3.101**

Sekretariat
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal
Telefon: +49 30 - 227 3 14 87
Fax: +49 30 - 227 3 04 87

Achtung!
Abweichende Sitzungszeit!
Abweichender Sitzungsort!

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einzigster Punkt der Tagesordnung

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

BT-Drucksache 20/9469

Hierzu wurde/wird verteilt:
20(11)444 Gutachtliche Stellungnahme

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Wirtschaftsausschuss

Gutachtlich:
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung



Liste der Sachverständigen:

Verbände und Institutionen:

**Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.
Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie
IG Metall
ULA e.V. Deutscher Führungskräfteverband**

Einzel Sachverständige:

**Professor Dr. Georg Annuß, München
Achim Dietrich, Kressbronn
Professor Dr. Frank Bayreuther, Passau
Jochen Homburg, Dreieich
Professor Dr. Markus Stoffels, Heidelberg
Professor Dr. Thomas Klebe, Frankfurt am Main**

Ausschussdrucksache **20(11)474**

Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Thomas Klebe, Frankfurt am Main

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

*Prof. Dr. Thomas Klebe**

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des
Betriebsverfassungsgesetzes

Bundestags-Drucksache 20/9469

* Honorar-Professor an der University of Labour, Frankfurt am Main

1. Zielsetzung des Entwurfs

Die Bundesregierung beabsichtigt mit dem Entwurf, durch klarstellende Regelungen negative Folgen für die betriebliche Mitbestimmung insgesamt auszuschließen und die durch ein Urteil des BGH in Strafsachen (vom 10.1.23) entstandene Rechtsunsicherheit (ergänze: Dissonanzen zur BAG-Rechtsprechung) zu beseitigen.

2. Generelle Bewertung

Zunächst und vor allem ist es sehr zu begrüßen, dass die Bundesregierung mit ihrem Entwurf, der bekanntlich die Zustimmung von BDA und DGB gefunden hat, die Rechtslage auf der Basis der BAG-Rechtsprechung wieder klarstellt. Die zwischenzeitlichen Unsicherheiten haben zu heftigen Verwerfungen in den Betrieben geführt. In erheblichem Umfang wurde das Entgelt von Betriebsräten ebenso gekürzt wie weitere Ansprüche z.B. in der Altersversorgung oder bei erworbenen Zeitbausteinen. Die Situation führte zu einer massiven Infragestellung generell von qualifizierter betrieblicher Mitbestimmung. So wechselten z.B. wichtige Betriebsratsmitglieder wegen der Unsicherheiten aus dem Amt in „normale“ betriebliche Tätigkeiten.

Diese Schwächung von Mitbestimmung und Verunsicherung geschah und geschieht vor dem Hintergrund grundlegender betrieblicher Veränderungen, in denen die Mitbestimmung eine herausragende Rolle für den sozialen Ausgleich und den Zusammenhalt in der Gesellschaft spielt.

Als Beispiele seien hier nur die ökologische Transformation, die Digitalisierung und die weitere Globalisierung genannt.¹ Diese betrieblichen Veränderungen erfordern eine qualifizierte und oft auch hochspezialisierte Betriebsratsarbeit. Der Strukturwandel und die Veränderungen in der Belegschaft müssen deshalb auch im Betriebsrat und seiner Arbeit abgebildet werden (vgl. auch § 15 Abs. 1 BetrVG). Die Anforderungen an eine Betriebsratsarbeit, die diesen Herausforderungen gewachsen ist, steigen also gewaltig. Kenntnisse in IT allgemein, KI, Transformationsfragen oder Weiterbildung der Beschäftigten werden für Betriebsratsmitglieder auch in kleinen und mittleren Betrieben ebenso wie z.B. englische Sprachkenntnisse immer wichtiger. Deshalb ist es unverzichtbar, dass Betriebsratsarbeit für betriebliche Experten und Expertinnen attraktiv ist und bleibt. Sie muss eine Alternative zur „normalen“ betrieblichen Tätigkeit sein und die Möglichkeit bieten, sich fachlich und auch finanziell weiterzuentwickeln. In diesem Sinne stellt der Entwurf meines Erachtens einen wichtigen Schritt in die richtige Richtung dar.²

¹ Diese Entwicklungen erfordern dringend eine Verbesserung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, die das letzte Mal substantiell 1972 angepasst wurden; vgl. hierzu Klebe, Betriebliche Mitbestimmung für das 21. Jahrhundert und den Gesetzentwurf des DGB in Sonderheft AuR, April/2022, sowie Klapp/Klebe, NZA 22, 689 ff.

² Der Entwurf geht meines Erachtens allerdings nicht weit genug. Wichtig wäre es, Betriebsratsmitglieder wie alle Beschäftigten einzugruppieren und dabei auch ihre Qualifikation durch das Amt und die darin wahrgenommenen Aufgaben und Verantwortungen zu berücksichtigen, wie es der DGB-Entwurf zu § 37 Abs. 4 BetrVG vorsieht.

Dabei darf allerdings auch nicht vergessen werden, dass z.B. im Bereich der IG Metall nur knapp 7 % der Betriebsratsmitglieder teilweise oder ganz freigestellt sind und die ganz große Mehrheit ihre Betriebsratsarbeit also neben der „normalen“ betrieblichen Tätigkeit verrichtet. Das führt in der Praxis für sie häufig zu Problemen, wenn sie ihre Arbeit für die Betriebsrats-Aufgaben verlassen wollen.

3. Die Änderung des § 37 BetrVG

Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen zur Vergleichsgruppe berücksichtigen die immer wieder dadurch entstehenden Probleme, dass im Laufe der Zeit Vergleichspersonen aus den unterschiedlichsten Gründen wegfallen oder das Betriebsratsmitglied einen beruflichen Aufstieg vollzieht. In einer leider nur freiwilligen Betriebsvereinbarung kann das Verfahren zur Festlegung der entsprechenden Beschäftigten definiert und objektiviert werden. Das ist ebenso wie die konkrete Bestimmung der Personen im Sinne der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu begrüßen. Die Frage, welche Fallkonstellationen einen sachlichen Grund abgeben, wird letztlich die Rechtsprechung beantworten.³ Es bleibt das Problem, dass Betriebsratsmitglieder in kleinen oder mittleren Betrieben oft keine Vergleichspersonen haben. Dann ist für sie die Durchsetzung einer positiven Entgeltentwicklung im Grunde ebenso anspruchsvoll/fast unmöglich, wie in den Fällen, in denen der Arbeitgeber die Betriebsvereinbarung schlicht verweigert. Eine Anknüpfung an die generelle Entgeltentwicklung im Betrieb wäre hier sinnvoll.

4. Die Änderung des § 78 BetrVG

Die in dieser Vorschrift angestrebte Änderung ist eine überfällige Klarstellung, die die für Management und Betriebsrat völlig unzumutbare Grauzone von Strafbarkeit beseitigt. Wenn ein Betriebsratsmitglied die Voraussetzungen, das Anforderungsprofil, für eine betriebliche Stelle erfüllt und diese nur wegen des Betriebsratsamtes nicht antreten will, wird es mit der entsprechenden Vergütung wie alle Beschäftigten behandelt und nicht begünstigt.

Zu Recht wird deshalb in der Begründung auch hervorgehoben, dass die „während der Amtstätigkeit erworbenen Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikation zu berücksichtigen (sind), soweit sie im Unternehmen auch außerhalb des Betriebsratsamtes für die jeweilige Stelle Karriere- und Vergütungsrelevant sind.“

5. Verfahrensart

Über die geplanten Änderungen hinaus wäre wünschenswert, dass im Arbeitsgerichtsgesetz klargestellt wird, dass Streitigkeiten wegen der

³ Vgl. hierzu auch Fitting, BetrVG, 32. Auflage (2024), § 37 Rn. 119 b; DKW-Wedde, BetrVG, 19. Auflage (2024), § 37 Rn. 88 b ff.

Betriebsratsvergütung im Beschlussverfahren durchzuführen sind, um das Kostenrisiko für Betriebsratsmitglieder auszuschalten. Letztlich geht es ja bei diesen Streitigkeiten um eine betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheit.

6. Zusammenfassung

Die geplante Novellierung ist zu begrüßen, sie ist ein Schritt in die richtige Richtung. Es ist darüber hinaus ausdrücklich begrüßenswert, dass der Entwurf die Zustimmung der Sozialpartner gefunden hat.

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 hinzugewirbt (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.

Ausschussdrucksache **20(11)477**

Schriftliche Stellungnahme
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.

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

Betriebsratsmitgliedschaft bleibt Ehrenamt

BDA | Stellungnahme zum Gesetzentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

17. April 2024

Zusammenfassung

Die BDA bewertet den vorliegenden Gesetzentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes grundsätzlich positiv. Die Anpassung des Wortlauts der gesetzlichen Vorschriften zur ehrenamtlichen Tätigkeit des Betriebsratsmitglieds und den Schutzbestimmungen mag ein Beitrag sein, mehr Klarheit bei der Geltung des Gesetzes zu schaffen.

Für die BDA bleibt daher weiterhin zentral, dass das Betriebsratsamt ein Ehrenamt ist. An diesem Ehrenamtsprinzip darf nicht gerüttelt werden. Dieses wesentliche Element der Betriebsverfassung sehen wir in dem Gesetzesentwurf noch gewahrt.

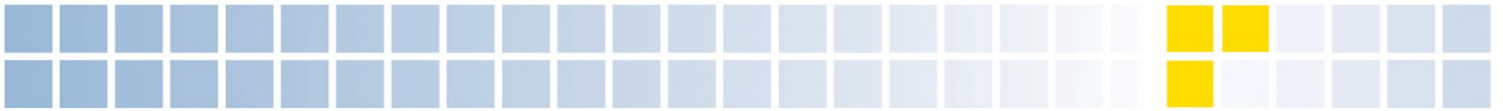
Wenngleich wir eine gesetzliche Änderung nicht für zwingend erforderlich halten, sind wir der Auffassung, dass der Gesetzesentwurf sinnvolle Präzisierungen für die praktische Anwendung der gesetzlichen Regeln in den Betrieben enthält. Sie können ein Beitrag sein – insbesondere auf der Grundlage von Betriebsvereinbarungen –, zu einem rechtssicheren Umgang mit den Vorschriften für die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern zu gelangen.

Die Behauptung, der Bundesgerichtshof habe die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Geltungsbereich der §§ 37 Absatz 4 und 78 BetrVG falsch angewendet und den Normzweck nicht erfasst, ist gänzlich verfehlt. Der BGH hat sich in vollem Umfang an die Leitlinien des BAG gehalten.

Das Betriebsverfassungsgesetz akzeptiert keine Begünstigung eines Mitglieds des Betriebsrats, weil dieses gut oder auf Augenhöhe mit dem Vorstand eines Unternehmens verhandelt. Wer solche Kriterien an den potenziellen Aufstieg von Betriebsobleuten anlegt, verstößt gegen Wortlaut und Sinn und Zweck des Gesetzes. Ein solches Verständnis des BetrVG wird von der BDA abgelehnt.

Nichts anderes hat der BGH in seiner Entscheidung vom 10. Januar 2023 festgestellt. Die Bildung der Vergleichsgruppe hat bisher bei Antritt des Amts als Betriebsrat zu erfolgen. Auf dieser Grundlage ist – nach geltendem Recht – die Vergütung und die Vergütungsentwicklung festzulegen. Für die Prüfung von hypothetischen Kausalverläufen war im Verfahren offenbar nicht genügend vorgetragen, dass eine Anwendung des § 78 BetrVG mit anderem Ergebnis gerechtfertigt hätte.

Wir nehmen zur Kenntnis, dass der vorliegende Gesetzentwurf die Vorschläge der Kommission „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“ inhaltlich nicht verändert und auch die Begründung in deren zentralen Aussagen unverändert belässt. Wir erwarten, dass das Gesetzgebungsverfahren mit dem vorliegenden verfügenden und begründenden Teil inhaltlich identisch abgeschlossen wird.



Zu § 37 Abs. 4 S. 3 - 5

Wir begrüßen die gesetzliche Klarstellung des für die Vergleichbarkeit eines Betriebsratsmitglieds mit anderen Arbeitnehmern maßgeblichen Zeitpunkts. Hierbei handelt es sich grundsätzlich um den Amtsantritt. Diese Klarstellung entspricht der geltenden Rechtslage.

Eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe setzt eine Veränderung voraus, die sich in einer Vertragsanpassung manifestieren kann. Abstrakte Veränderungen ohne betrieblichen Mehrwert – oder nur mit einem Mehrwert für das Mitglied als Betriebsrat – bleiben so ausgeschlossen. Das bestätigt den Umstand, dass die Mitglieder des Betriebsrats diese Tätigkeit ehrenamtlich ausüben.

Die ausdrückliche Ermöglichung, Betriebsvereinbarungen zu schließen, deren Inhalt eine hohe Richtigkeitsgewähr zukommt, bestätigt ebenfalls im Wesentlichen die geltende Rechtslage. Schon heute wird von betrieblichen Vereinbarungen Gebrauch gemacht, um die Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats auf eine betrieblich sinnvolle Grundlage zu stellen. Entsprechende Vereinbarungen müssen streng freiwillig bleiben.

Auch solche Vereinbarungen müssen die geltenden Grundsätze des Betriebsverfassungsgesetzes widerspiegeln. Wir sehen dies durch die Publizitätswirkung solcher Vereinbarungen auch künftig als gewährleistet an. Die Beschränkung einer Überprüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit erachten wir daher als sinnvoll.

Zu § 78 S. 3 BetrVG

Der in § 78 S. 3 BetrVG kodifizierte Ermessensspielraum ist sachgerecht. Er trägt dem Beurteilungsspielraum hinreichend Rechnung, den Arbeitgeber bei Stellenbesetzungen bzw. bei der Gestaltung der entsprechenden Anforderungsprofile haben. Richtig ist insoweit auch die Klarstellung in der Gesetzesbegründung, dass bloße Kompetenzzuwächse ohne berufliche Veränderung bzw. die Betriebsrats Tätigkeit als solche bei der Vergütung eines Betriebsratsmitglieds keine Rolle spielen dürfen.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Abteilung
T +49 30 2033-1200
arbeitsrecht@arbeitgeber.de

Die BDA organisiert als Spitzenverband die sozial- und wirtschaftspolitischen Interessen der gesamten deutschen Wirtschaft. Wir bündeln die Interessen von einer Million Betrieben mit rund 30,5 Millionen Beschäftigten. Diese Betriebe sind der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden verbunden.

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



Schriftliche Stellungnahme

zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebs-ver-
fassungsgesetzes (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 verschärft 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 Betriebsrätstätigkeit 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 ermessenfehlerhaft ist. In der Entwurfsbegründung³⁴ liest man hierzu, eine Vereinbarung sei erst dann ermessenfehlerhaft 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

Ausschussdrucksache **20(11)480neu**

Schriftliche Stellungnahme

IG Metall

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



Stellungnahme

Stellungnahme der IG Metall zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes (20/9469)

I. Einleitung

Wie der DGB und seine übrigen Mitgliedsgewerkschaften begrüßt auch die IG Metall explizit die Vorlage eines Gesetzesentwurfes durch die Bundesregierung zur Vergütung von Betriebsratsmitgliedern. Die gesetzlichen Regelungen können entscheidend dazu beitragen, Rechtssicherheit und Betriebsfrieden in den Betrieben wiederherzustellen.

Mit den geplanten Neuregelungen werden wichtige Aspekte der Rechtsprechung teilweise explizit in die gesetzliche Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG aufgenommen oder in der Gesetzesbegründung erwähnt. Gleichzeitig werden die Regelungen in § 37 Abs. 4 BetrVG und § 78 BetrVG so angepasst, dass sie positive Anreize für eine passgenaue Ausgestaltung auf betrieblicher Ebene durch Betriebsvereinbarungen setzen.

Mit dem Gesetzesentwurf erfolgt eine 1:1 Umsetzung der Empfehlungen aus dem Bericht der Expertenkommission, die das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 15. Mai 2023 mit einem eng definierten Auftrag eingesetzt hat, deren Bericht am 29. September 2023 veröffentlicht wurde.

Aus Sicht der IG Metall ist klar: Für die Gestaltung der Transformation brauchen wir handlungsfähige Betriebsräte. Sie verdienen jede Unterstützung des Gesetzgebers und ihrer Arbeitgeber und vor allem unsere gemeinsame Anerkennung. Fehlende Entwicklungsmöglichkeiten dürfen hier nicht abschrecken.

17.04.2024

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen:

**IG Metall
Vorstand**

Wilhelm-Leuschner-Straße 79
60329 Frankfurt am Main

Ansprechpartnerin:
Johanna Wenckeback

Telefon: +49 69 6693 2503

Johanna.Wenckeback@igmetall.de

II. Das Wichtigste in Kürze

Die IG Metall begrüßt die geplanten Neuregelungen. Teilweise bleiben die Regelungen aber hinter den Möglichkeiten. Wir verweisen insoweit auf den Reformvorschlag des DGB. Eine umfassende und moderne Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, wie vom DGB vorgeschlagen, bleibt daher als wichtige Aufgabe bestehen.

Im Einzelnen

- Die IG Metall begrüßt die Beibehaltung des Ehrenamtsprinzips sowie die klarstellende gesetzliche Bestimmung des Zeitpunkts der Amtsübernahme als Zeitpunkt zur Festlegung der vergleichbaren Arbeitnehmer*innen und die Möglichkeit der nachträglichen Änderung aus sachlichen Gründen entsprechend der Rechtsprechung.
- Positiv bewertet die IG Metall, dass Betriebsvereinbarungen als Mittel der Wahl aus der Praxis zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer*innen aufgegriffen werden.
- Eine flächendeckende Verbesserung für Betriebsräte hätte allerdings erreicht werden können, wenn die geplanten Betriebsvereinbarungen mittels Einigungsstelle erzwingbar ausgestaltet worden wären.
- Es fehlen klarstellende Regelungen zu den Kriterien zur Bildung einer Vergleichsgruppe sowie zur Bestimmung der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung.
- Die IG Metall begrüßt die Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum fiktiven Beförderungsanspruch und zu möglichen hypothetischen Karrieren in der Gesetzesbegründung.
- Wir hätten es begrüßt, wenn die Berücksichtigung der während der Betriebsratstätigkeit erworbenen Kenntnisse, Qualifikationen und Fähigkeiten explizit auch im Gesetzestext erwähnt worden wäre.

III. Grundsätzliche Bewertung

Insbesondere seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. Januar 2023 (Az.: 6 StR 133/22) zur Frage der Untreue bei Verstößen gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot besteht in der Praxis Rechtsunsicherheit. Gehälter werden gekürzt, Dienstwagen entzogen, Freistellungen überprüft. Gleichzeitig werden die faktischen Benachteiligungen, die Betriebsräte erleiden, überhaupt nicht adressiert. Das führt dazu, dass in Zeiten der Unsicherheit Arbeitgeber*innen unter dem vergleichbaren Mindestentgelt bleiben und Be-

nachteiligungen von Betriebsratsmitgliedern in Kauf nehmen. Die IG Metall unterstützt Kolleginnen und Kollegen in hunderten Gerichtsverfahren, die Ausdruck der enormen Rechtsunsicherheit sind, die aufgrund des BGH-Urteils herrscht.

Die IG Metall fordert ausdrücklich mehr Anerkennung für die verantwortungsvollen Aufgaben, die Betriebsräte leisten. Gerade in Zeiten von Polykrisen und des demografischen Wandels, der auch die betriebliche Interessenvertretung vor neue Herausforderungen stellt, brauchen wir Menschen, die sich in den Betrieben engagieren. Fehlende Entwicklungsmöglichkeiten dürfen da nicht abschrecken.

Die eingesetzte Expertenkommission hatte den Auftrag, die aktuelle Rechtslage zu beleuchten und gegen die Unsicherheit, die aufgrund der BGH-Rechtsprechung entstand, Vorschläge zu liefern, die allerdings am Grundprinzip des Gesetzgebers zur Vergütung für Betriebsratsmitglieder festhalten sollten. Der nun ausgearbeitete Entwurf der Bundesregierung bietet für einige Fälle mehr Rechtssicherheit. Exzesse und Willkür werden verhindert, objektive Kriterien und Betriebsvereinbarungen als Mittel der Wahl gestärkt.

Im Einzelnen

Im Einzelnen bewertet die IG Metall im Einklang mit dem DGB und seinen weiteren Mitgliedsgewerkschaften den vorliegenden Gesetzesentwurf wie folgt:

Der neue § 37 Abs. 4 BetrVG

Die Vorschrift des § 37 Abs. 1 BetrVG normiert das Ehrenamtsprinzip: Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt unentgeltlich und eigenverantwortlich aus. Das sichert die Unabhängigkeit des Betriebsratsmitglieds vom Arbeitgeber und ist damit wesentliche Voraussetzung für eine sachgerechte Ausübung der Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte. Es wird ergänzt durch das umfassende Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 BetrVG.

Die IG Metall begrüßt, dass die geplanten Neuregelungen **am Ehrenamtsprinzip festhalten**. Das Ziel, die Vorgaben für die Bestimmung der mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbaren Arbeitnehmer weiter zu konkretisieren und Anreize für mehr Transparenz zu schaffen, wird in weiten Teilen erreicht.

Zu §37 Abs. 4 Satz 3 BetrVG [Zu Nummer 1]

Wir begrüßen, dass mit dem neuen § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG der Zeitpunkt konkretisiert wird, zu dem die vergleichbaren Arbeitnehmer*innen nach Satz 1 zu bestimmen sind – nämlich zum **Zeitpunkt der Amtsübernahme**. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und wird daher als klarstellende gesetzliche Regelung begrüßt. Hierdurch wird nun noch deutlicher, dass der Zeitpunkt der Wahl in den Betriebsrat bzw. die Übernahme des Amtes für die Bildung einer Vergleichsgruppe entscheidend ist, und nicht der Zeitpunkt der Freistellung.

Begrüßt wird außerdem, dass in der Begründung klarstellend darauf hingewiesen wird, dass von Regelungen sowohl nach § 38 BetrVG **freigestellte Betriebsratsmitglieder als auch nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder** erfasst werden.

Zudem wird begrüßt, dass in der Begründung – entsprechend der Rechtsprechung – darauf hingewiesen wird, dass bei Fehlen von Vergleichspersonen auf vergleichbare Arbeitnehmer*innen eines anderen Betriebs abgestellt werden kann. Sind solche nicht vorhanden, ist auf die betriebsübliche Entwicklung der nächstvergleichbaren Arbeitnehmergruppe abzustellen und das Mindestentgelt nach § 287 ZPO analog zu schätzen.

Sinnvoll ist zudem, dass ebenfalls klarstellend in der gesetzlichen Formulierung aufgenommen wird, dass ein **„sachlicher Grund“ eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe erforderlich machen kann**. Auch nach dem Zeitpunkt der Amtsübernahme können Umstände eintreten, die eine neue Bestimmung der Vergleichsgruppe erforderlich machen – sei es, dass das Betriebsratsmitglied nun die Anforderungen an eine höherdotierte Stelle erfüllt und mit dem Arbeitgeber einen entsprechenden Veränderungsvertrag abschließt. Wie zutreffend formuliert wurde, kann dies bei Nichtberücksichtigung die „gesetzliche Entgeltgarantie leerlaufen lassen“. Auch hier wird die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aufgegriffen und festgeschrieben.

Zu § 37 Abs. 4 Satz 4 und 5 BetrVG [Zu Nummer 1]

Die IG Metall begrüßt, dass durch die Regelung in § 37 Abs. 4 Satz 4 und 5 BetrVG, **Betriebsvereinbarungen als Mittel der Wahl** zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer*innen erwähnt werden. Durch die vorgenommene Ergänzung werden Anreize gesetzt, diese abzuschließen und die Vergleichbarkeit von Arbeitnehmer*innen auf diesem Weg transparent und

dokumentiert festzulegen. Dies schafft Rechtssicherheit für alle Beteiligten, vermeidet Streitigkeiten durch eine gemeinsam beschlossene Handhabung und unterstützt die vertrauensvolle Zusammenarbeit.

Dadurch, dass diese Betriebsvereinbarungen **nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ überprüfbar** sind, werden Anreize auch für Arbeitgeber*innen geschaffen, diese tatsächlich abzuschließen. Die Überprüfbarkeit auf grobe Fehlerhaftigkeit bezieht sich zum einen auf die Konkretisierung der Vergleichbarkeit, und zum anderen auf die Festlegung der Vergleichspersonen, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und in Textform dokumentiert ist.

Aus Sicht der IG Metall sollten diese Betriebsvereinbarungen **auch mittels Einigungsstelle für Betriebsräte erzwingbar** sein.

Darüber hinaus wäre eine gesetzliche Klarstellung, welche Arbeitnehmer*innen vergleichbar sind, gut geeignet, um in der Praxis Rechtssicherheit auch in diesem Punkt zu erlangen. Im Entwurf werden **keine konkreten Kriterien zur Bestimmung der jeweiligen Vergleichsgruppe** gemacht, sondern lediglich auf die Rechtsprechung verwiesen. Auch fehlen **klarstellende Ausführungen zur Bestimmung der „betriebsüblichen beruflichen Entwicklung“**. Hier muss das Betriebsratsmitglied, so wie bislang, die betriebsübliche Entwicklung darlegen und hat diesbezüglich lediglich einen gerichtlich schwer durchsetzbaren Auskunftsanspruch.

Positiv ist, dass den Betriebsparteien ein Beurteilungsspielraum bei der Bildung der konkreten, auf das einzelne Betriebsratsmitglied zu beziehenden Vergleichsgruppe bleibt. Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn das Auswahlermessen grob fehlerhaft ist. Dies ist laut Begründung dann der Fall, wenn die in der Betriebsvereinbarung aufgestellten Vergleichskriterien missachtet werden und damit die Bildung der Vergleichsgruppe offensichtlich unzulänglich ist. Ein Beurteilungsspielraum ermöglicht eine passgenaue betriebliche Lösung.

Zu § 78 Satz 3 BetrVG [Zu Nummer 2]

Nach dem umfassenden allgemeinen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG dürfen die Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Betriebsratstätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.

Durch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung wird klargestellt, dass eine Benachteiligung oder Begünstigung im Hinblick auf das gezahlte Entgelt nicht vorliegt, wenn jeweilige Amtsträger*innen in ihrer Person die für die Gewährung des Entgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.

Bewertung

Die IG Metall begrüßt, dass die bestehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts **zum fiktiven Beförderungsanspruch und zu hypothetischen Karrieren** explizit im Vorschlag aufgegriffen wird, was auch weit verbreiteter Praxis entspricht. So wird eine sachwidrige Benachteiligung der Betriebsräte vermieden.

Wir hätten es begrüßt, wenn die **Berücksichtigung der während der Betriebsratstätigkeit erworbenen Kenntnisse, Qualifikationen und Fähigkeiten explizit auch im Gesetzestext** erwähnt worden wäre.

Mit dem **Reformentwurf** zu einer modernen Betriebsverfassung, den wir ausdrücklich unterstützen, haben der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften eine Ergänzung des § 37 Abs. 4 BetrVG vorgeschlagen, wonach „bei der Bemessung des Arbeitsentgelts und der allgemeinen Zuwendungen [...] auch die bei Wahrnehmung der Betriebsratstätigkeit erworbenen Qualifikationen und Erfahrungen wie auch die auf Dauer wahrgenommenen Aufgaben zu berücksichtigen [sind]“. Diese umfassende Berücksichtigung der erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten durch die Betriebsratstätigkeit wird durch den vorliegenden Gesetzesentwurf der Bundesregierung nur in geringen Teilen erreicht. Eine solche wäre besser geeignet gewesen, um die Attraktivität des Betriebsratsamts zu erhalten und Arbeitnehmer*innen, die sich dazu bereit erklären, die anspruchsvolle Betriebsratstätigkeit auszuführen, nicht von beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten abzuschneiden.

Ausschussdrucksache **20(11)485**

Schriftliche Stellungnahme

ULA e.V. Deutscher Führungskräfteverband

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



Stellungnahme der ULA – Deutscher Führungskräfteverband

zum

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

Der Deutsche Führungskräfteverband ULA e.V. ist die Stimme für Leistung und Verantwortung. Die ULA vertritt die politischen Interessen der Führungskräfte gegenüber Regierung und Parlament sowohl in Berlin als auch in Brüssel. Mit 13 Mitgliedsverbänden bildet sie den größten Zusammenschluss von Führungskräften in Deutschland. Die ULA ist Gründungsmitglied in der CEC - European Managers, dem von der EU-Kommission als Sozialpartner anerkannten europäischen Dachverband für Führungskräfte, der rund eine Million Mitglieder aus 15 Ländern vertritt.

1. Zusammenfassende Bewertung

Der Deutsche Führungskräfteverband ULA sieht in dem vorliegenden Gesetzentwurf der Bundesregierung einen geeigneten Beitrag, die Mitbestimmung und das Ehrenamt zu stützen. Die vorgeschlagenen Änderungen stellen Klarstellungen dar, die sich auf das Wesentliche beschränken und dabei auch das Ehrenamtsprinzip aufrechterhalten.

2. Begründung

Die ULA begrüßt grundsätzlich, dass der vorliegende Gesetzentwurf den Vorschlägen der Kommission „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“ gefolgt ist und so im Konsens der Sozialpartner dazu beitragen kann, mittels Klarstellung die in der Praxis entstandene Rechtsunsicherheiten in Folge des Urteils des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 10. Januar 2023 abzustellen.

Betrachtet man den Grundsatz, wonach Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden dürfen, zeigen die Erfahrungen von Deutschlands größtem Fach- und Führungskräfteverband in der Praxis eine klare Tendenz. Aus der Perspektive des Verbands angestellter Akademiker und leitender Angestellter der chemischen Industrie e. V. (VAA) ist in der Praxis zu beobachten, dass es beispielsweise in diesem Sektor der Wirtschaft zu fehlenden Anpassungen der Vergütung von Betriebsräten durch die Arbeitgeber wegen der ungenauen Rechtslage kommt.

Weiteren Optimierungsbedarf sieht das ULA-Netzwerk in der Frage einer verbindlichen und nachvollziehbaren Festlegung von Vergleichsgruppen und beruflicher Entwicklung bei freigestellten Betriebsräten. Ebenso wünschenswert wären mehr Transparenz bei der Entlastung nicht freigestellter Betriebsräte von deren Arbeitsaufgaben für die Betriebsratstätigkeit.

Es ist positiv zu bewerten, dass Betriebsvereinbarungen zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer durch Arbeitgeber und Betriebsrat in dem vorliegenden Entwurf ausdrücklich genannt werden. Somit kann auf die jeweiligen betrieblichen Anforderungen bestmöglich und zielsicher eingegangen werden.

Einen weiteren Beitrag zur Stärkung der Mitbestimmung hätte der Weg leisten können, Betriebsvereinbarungen zur Festlegung der Vergleichsgruppen nicht freiwillig, sondern mittels einer Einigungsstelle erzwingbar zu machen.

Zu begrüßen ist beim vorgelegten Gesetzentwurf, dass das zentrale Prinzip des Ehrenamts gültig bleibt. Der Charakter des Ehrenamtes nach dem Gesetz soll zurecht nur sicherstellen, dass den gewählten Mitgliedern des Gremiums keine Nachteile in ihrer beruflichen Entwicklung und dem Einkommen entstehen und stellen daher Regelungen für den Entgeltausfall in der Zeit, in der das Amt wahrgenommen wird, dar. Eine finanzielle Besserstellung aufgrund von besonderen Kenntnissen, die alleine durch die Betriebsratstätigkeit erworben werden, würde dem widersprechen. Zutreffend stellt der Gesetzentwurf aber fest, dass ein neuer Bemessungsmaßstab für die Vergütung immer dann auch in einer Betriebsvereinbarung gefunden werden kann, wenn sich in der beruflichen Aufgabe neue weiterführende Perspektiven ergeben.

Die Verunsicherung im Bereich der Vergütung und des Ausgleichs hat bereits dazu beigetragen, die Bereitschaft geeigneter Kandidatinnen und Kandidaten zu reduzieren, sich für die ehrenamtliche Arbeit im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung einzubringen. Aus Sicht des Deutschen Führungskräfteverbands ist dies umso bedauerlicher, weil die Expertise engagierter Mitarbeitender in den Betriebsräten und Sprecherausschüssen gerade in einer so gravierenden Umbruchphase wie der derzeitigen hin zu einer nachhaltigeren und digitalen Wirtschaft mehr denn je gebraucht wird.

Der vorliegende Gesetzentwurf weist in die richtige Richtung, wird aber nicht ausreichen, um das deutsche Erfolgsmodell Mitbestimmung zu stärken und zukunftsfest zu machen. ULA und VAA werben angesichts der wichtigen Aufgaben von Sprecherausschüssen und Betriebsräten im Rahmen der Mitbestimmung dafür, diese Wahlämter wieder attraktiver auszugestalten.

Abgesehen von angemessenen Bedingungen bei der Ausübung des Amtes ist es hierfür wichtig, Hemmnisse durch Bürokratie abzubauen und die Legitimität zu erhöhen. Das erfordert beispielsweise im Rahmen von Homeoffice und Digitalisierung der Arbeit die Erleichterung des Zugangs zum Wahlvorgang. Nur so kann sichergestellt werden, dass jedes Mitglied der Belegschaft ohne Weiteres Einfluss auf die demokratische Bildung seines „Betriebsparlaments“ nehmen kann.

3. Fazit

Die ULA bewertet den vorliegenden Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes positiv, wirbt aber für eine weitergehende Stärkung der Mitbestimmung insbesondere im Bereich Digitalisierung.

ULA e.V. – Deutscher Führungskräfteverband
Mohrenstraße 33
10117 Berlin
Telefon 030 / 30 69 63-0
info@ula.de
www.ula.de

Ansprechpartner:

Michael Schweizer
Hauptgeschäftsführer
michael.schweizer@ula.de

Ausschussdrucksache **20(11)486**

Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Frank Bayreuther, Passau

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

Stellungnahme zum Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, BT-Drs. 20/9469, Anhörung Ausschuss für Arbeit und Soziales am 22.4.2024

1. Bewertung

Der Gesetzesentwurf verdient Zustimmung. Er bewirkt einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Ehrenamtsprinzip des Betriebsverfassungsrechts und der Notwendigkeit für Unternehmen, die Vergütung ihrer Betriebsräte rechtssicher gestalten zu können. Dabei greift der Entwurf ausnahmslos auf die bisherige Rechtsprechung des BAG zurück. Dass diese gewissermaßen kodifiziert wird, erscheint mit Rücksicht auf die Entscheidung des 6. Strafsenats des BGH vom 10.1.2023¹ sinnvoll. Diese hat erhebliche Unsicherheiten in die Unternehmenspraxis getragen. Unternehmen, aber auch den Betriebsräten selbst wird dadurch wieder eine verlässliche Planung ermöglicht.

Vorab darf folgende **Änderung** des Wortlauts des § 37 Abs. 4 S. 5 angeregt werden – zur Erläuterung s. Ziffer 3 a.E.: *„Die Konkretisierung der Vergleichbarkeit ~~in einer solchen Betriebsvereinbarung~~ kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden; Gleiches gilt für die Festlegung der Vergleichspersonen auf Grundlage einer solchen Betriebsvereinbarung, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und in Textform dokumentiert ist.“*

2. Ausgangslage: Rechtunsicherheiten in der Unternehmenspraxis nach dem Urteil BGH 10.1.2023, 6 StR 133/22

Das Urteil des BGH vom 10.1.2023 zur Strafbarkeit überhöhter Betriebsratsvergütungen hat zu erheblichen Verwerfungen geführt.

¹ BGH 10.1.2023, 6 StR 133/22, NZA 2023, 301.

Das liegt zum einen daran, dass der BGH die bisherige arbeitsgerichtliche Rechtsprechung nicht hinreichend genau trifft,² weil:

- er davon ausgeht, dass jedes Entgelt, das ein Betriebsrat nicht nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG beanspruchen könnte, bereits unter den Begünstigungstatbestand des § 78 S. 2 BetrVG fallen würde.
- er nicht deutlich macht, dass es sich bei § 37 Abs. 4 BetrVG nur um einen beweisrechtlichen Mindestentgeltschutz handelt, der Betriebsrat darüber hinaus aber auch eine Vergütung über §§ 611a BGB iVm. 78 S. 2 BetrVG einfordern kann, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds wegen seiner Betriebsratstätigkeit darstellt.³
- zwar erwähnt wird, dass die Zahlung einer über den Mindestentgeltschutz des § 37 Abs. 4 BetrVG hinausgehenden Vergütung voraussetzt, dass der Betriebsrat nur in Folge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position aufgestiegen ist. Dies geschieht indes nicht nur mit einem zusammenhanglos im Urteil stehenden Satz und ohne jeden Bezug zur Fallprüfung, sondern vor allem so, dass der BGH mittelbar die für den privatrechtlichen Vergütungsprozess herausgearbeitete Verteilung der Darlegungs- und Beweislast auf den Strafprozess überträgt. Derart wird dem beschuldigten Arbeitgeber der Nachweis dafür auferlegt, dass er den Betriebsrat auch tatsächlich hat befördern dürfen, obwohl strafprozessrechtlich gesehen die Anklage den Beweis dafür erbringen müsste, dass dem nicht so war.⁴
- er andeutet,⁵ dass im Betriebsratsamt erworbene Qualifikationen nicht für die Beurteilung eines hypothetischen Karriereverlaufs relevant seien. Indes ist durch die Rechtsprechung bislang nicht entschieden, ob der Arbeitgeber bei einer Beförderungentscheidung Kenntnisse und Fähigkeiten des Betriebsratsmitglieds, die dieses während seiner Amtszeit erworben hat, wirklich außen vor zu lassen hat oder nicht sogar umgekehrt diese zwingend berücksichtigen müsste. Im Schrifttum ist diese Frage umstritten.⁶

Hinzu kommt, dass nach Ansicht des BGH

- der Tatbestand des § 266 StGB schon dann erfüllt ist, wenn dem Betriebsrat ein Arbeitsentgelt bewilligt wird, das dieser von Rechts wegen nicht beanspruchen dürfte. Arbeitgeber müssen daher fürchten, dass jede auch noch so geringfügig überhöhte oder lediglich fehlerhaft veranschlagte Zahlung sanktioniert ist. Richtig wäre dagegen, den Blick auf erkennbar unzulässige Vergütungsgestaltungen zu lenken („Vergreifen in der Oktave“).⁷

Das bringt für viele Unternehmen erhebliche Unsicherheiten mit sich. So angreifbar das Urteil des BGH auch immer ist, so nimmt es dessen ungeachtet erheblichen Einfluß auf die Praxis, handelt es sich dabei doch um eine höchstrichterliche Grundsatzentscheidung. Personalverantwortliche müssen aber eben Vergütungsentscheidungen treffen. Umgekehrt

² *Gräfl/Rennpferdt*, RdA 2023, 243, 246 ff.; *Rothballer*, NZA 2023, 257; *Kudlich/Scheuch/Thüsing*, ZIP 2023, 609, 609 f.; *Witzel*, ArbRAktuell 2023, 593, 595; *J. Fischer*, AuR 2023, 230, 233; Kommission „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“, NZA 2023, 1303, 1304. Letztlich gelangen auch *Jacobs/Krell*, RdA 2023, 193, die die Entscheidung weitgehend verteidigen, zu der Einschätzung, dass dem BGH insoweit „eine gewisse Unschärfe“ vorzuwerfen sei, s. S. 203.

³ BAG 23.11.2022, 7 AZR 122/22, NZA 2023, 513, Rn. 40 f.; BAG 22.1.2020, 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594, Rn. 29.

⁴ Zu dieser Problematik: *Bayreuther*, DB 2019, 1210. Dahingehende Bedenken haben auch *Jacobs/Krell*, RdA 2023, 193, 202.

⁵ BGH 10.1.2023, 6 StR 133/22, NZA 2023, 301, Rn. 24.

⁶ Zusammenfassender Überblick bei *Giesen*, RdA 2020, 155, 166.

⁷ Zu weiteren Bedenken gegen das Urteil aus gesellschafts- und strafrechtlicher Sicht, s. *J. Fischer*, AuR 2023, 230, 233; *Kudlich/Scheuch/Thüsing*, ZIP 2023, 609, 611, 612.

dürfen sie das Arbeitsentgelt des Betriebsrats auch nicht zu niedrig ansetzen, denn dann würden sie diesen benachteiligen.⁸ Und anders als der Strafrichter, der eine Bewertung ex post vornimmt und Entscheidungen gewissermaßen sezieren kann,⁹ müssen Personalleiter nicht nur auf Basis einer schwierigen Rechtslage tätig werden, sondern dabei zuweilen auch Bewertungen treffen, für die sich Beurteilungsspielräume ergeben. Denn nicht immer ist verlässlich abschätzbar, ob ein Betriebsratsmitglied ohne Amt einen bestimmten Karriereschritt genommen hätte oder nicht. Das gilt umso mehr, als die moderne Arbeitswelt schon lange nicht mehr die starren Beförderungsfahrpläne kennt, an die der Gesetzgeber bei Schaffung des § 37 Abs. 4 BetrVG angeknüpft hat.

Aktuell sehen sich einige Unternehmen sogar dazu veranlasst, eine „arbeitsgerichtliche Klärung“ herbeizuführen,¹⁰ indem sie Betriebsräten die Vergütung kürzen und so entsprechende Rechtsstreitigkeiten provozieren oder von den Betriebsräten Rückzahlungen fordern und diese einklagen. Dies offenbar in der Annahme, dass sich Unternehmensleiter nicht strafbar machen, wenn sie ein auf diesem Weg rechtmäßig tituliertes Gehalt ausbezahlen.¹¹ Dass dies keine Lösung sein kann, liegt auf der Hand.

3. Festsetzungen durch die Betriebsparteien, § 37 Abs. 4 S. 4 u. 5 BetrVG-RegE

a) Die geplanten Sätze 4 und 5 des § 37 Absatz 4 BetrVG stellen klar, dass Arbeitgeber und Betriebsrat in einer Betriebsvereinbarung ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer regeln können. Das war auch bislang durch die Rechtsprechung anerkannt.¹² Dabei wird das Ehrenamtsprinzip dadurch gewahrt, dass derartige Vereinbarungen sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben nach §§ 37 Abs. 4 BetrVG und 78 S. 2 BetrVG bewegen müssen. Auch die Kriterien zur Ermittlung der Vergleichspersonen haben sich an den Leitlinien von Gesetz und Rechtsprechung zu orientieren.¹³ Ergänzend können die Betriebsparteien für ein einzelnes Mitglied konkrete Vergleichspersonen benennen.

⁸ Pointiert: Koch/Kudlich/Thüsing, ZIP 2022, 1, 2 „Lieber etwas weniger zahlen geht nicht.“

⁹ Kudlich/Scheuch/Thüsing, ZIP 2023, 609, 612: „Rückschaufehler“.

¹⁰ ArbG Hannover 17.10.2023, 12 Ca 272/23, NZA-RR 2024, 109; ArbG Braunschweig 5.7.2023, 3 Ca 138/23.

¹¹ Das schlagen u.a. vor: Rothballer, NZA 2023, 257, 262; Baade/Reiserer, DStR 2022, 155, 162.

¹² BAG 18.1.2017, 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935.

¹³ Dazu insb. BAG 23.11.2022, 7 AZR 122/22, NZA 2023, 513.

b) Von besonderer Bedeutung ist, dass die Konkretisierung der Vergleichbarkeit in einer solchen Betriebsvereinbarung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann. Zwar setzt der Gesetzgeber an einem unbestimmten Rechtsbegriff an („grobe Fehlerhaftigkeit“). Dabei handelt es sich jedoch um einen, der dem Arbeitsrecht auch sonst geläufig ist (s. nur § 1 Abs. 4 u. 5 KSchG). Fehlerhaft sind beispielsweise Festsetzungen, die sich von vorneherein nicht am gesetzlichen Leitbild orientieren, auf sachwidrige Kriterien abstellen oder die die einzelnen Kriterien mit einer zueinander verfehlten Gewichtung einbringen. Die konkrete Bestimmung von Vergleichspersonen für einen einzelnen Arbeitnehmer ist insbesondere dann grob fehlerhaft, wenn sie nicht mit der Basisvereinbarung kompatibel ist. Das Tatbestandsmerkmal der „groben Fehlerhaftigkeit“ ist auf der einen Seite hinreichend justiziabel. Auf der anderen Seite räumt die Regelung den Betriebsparteien den Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum ein, auf den die Praxis dringend angewiesen ist.

c) Angemerkt sei hier, dass aus dem Wortlaut des geplanten S. 5 Hs. 2 nicht ganz eindeutig hervorgeht, dass konkrete Festsetzungen mit Blick auf einen einzelnen Betriebsrat nur dann lediglich auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden, wenn diese auf Basis einer bereits bestehenden Betriebsvereinbarung erfolgen, in der die wesentlichen Verfahrensschritte beschrieben sind und sich daran dann auch orientieren. Aktuell heißt es:

„Gleiches gilt für die Festlegung der Vergleichspersonen, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und in Textform dokumentiert ist.“

Das könnte aber eben auch so verstanden werden, als könnten sich die Betriebsparteien auch isoliert, d.h. ohne vorangehende Betriebsvereinbarungen, auf eine entsprechende Einzelfestlegung verständigen. Letztlich wäre sogar ein Verständnis dahingehend möglich, dass der Arbeitgeber und ein einzelnes Betriebsratsmitglied derartiges festlegen könnten. Dass daraus Auslegungsunsicherheiten herrühren könnten, zeigt auch die jüngst erschienene Kommentierung „im Fitting“, wo unterschiedliche Bewertungen dieses Halbsatzes zur Diskussion gestellt werden.¹⁴ Entsprechend könnte sich eine Klarstellung empfehlen, wie sie unter 1) angeregt wurde.

¹⁴ Fitting, BetrVG, 32. Aufl., § 37 Rn. 119d (gegen Ende).

4. Zeitpunkt der Ermittlung der relevanten Vergleichspersonen, § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG

Die Regelung gibt die Rechtsprechung des BAG wieder, wonach maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung der mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbaren Arbeitnehmer derjenige ist, zu dem der Arbeitnehmer erstmalig ein Betriebsratsamt übernommen hat, § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG.¹⁵

Dabei kann es sich aber um kein starres Prinzip handeln. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich im Verlauf der Zeit Entwicklungen ergeben, die eine Neubeurteilung erforderlich werden lassen.¹⁶ Zu Recht stellt der Entwurf daher klar, dass eine solche zu erfolgen hat, soweit nicht ein sachlicher Grund hierfür vorliegt.

Auch dabei handelt es sich zwar um einen unbestimmten Rechtsbegriff, wenngleich erneut um einen, der dem Arbeitsrecht durchaus geläufig ist (s. nur § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG). Sicher wird die Rechtsprechung Fallkonstellationen konkretisieren, mit der die Praxis gut arbeiten kann. Umgekehrt beugt das Tatbestandsmerkmal der „sachlichen Gründe“ Missbräuchen vor. So ist etwa eine Neufestsetzung alleine mit Blick auf tatsächliche oder vermeintliche hypothetische Karrieremöglichkeiten oder fiktive Beförderungen des Betriebsrats nicht möglich. Dagegen werden sachliche Gründe zu bejahen sein, wenn der Betriebsrat die Anforderungen einer höherdotierten Stelle erfüllt und der Arbeitgeber deshalb mit ihm einen entsprechenden Änderungsvertrag abschließt. Auch kann sich der Aufgabenbereich des Betriebsrats oder aber der Vergleichspersonen so einschneidend verändern, dass eine Neufestsetzung der Vergleichsgruppe unausweichlich wird. Denkbar ist auch, dass die vormaligen Vergleichspersonen zwischenzeitlich aus dem Betrieb ausgeschieden sind.

5. Beförderungs- und Ermessensregelung, § 78 S. 3 BetrVG

Zentrale Bedeutung erlangt die Regelung des § 78 S. 3 BetrVG. Anknüpfungspunkt ist folgender: Das BAG hat stets betont, dass § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG zu Gunsten des Betriebsrats nur einen Mindestentgeltschutz bestimmt („*darf nicht geringer bemessen werden*“). Der Betriebsrat soll diese Minimalbeförderung durch einfach nachzuweisende

¹⁵ BAG 18.1.2017, 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935, Rn. 23; BAG 19.1.2005, 7 AZR 208/04, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 28.

¹⁶ Vgl. nur *M. Schmidt*, SR 2023, 229, 230. In diese Richtung auch: BAG 23.11.2022, 7 AZR 122/22, NZA 2023, 513, Rn. 38 f. zum umgekehrten Fall einer „Herabgruppierung“.

Anspruchsvoraussetzungen durchsetzen können. Bis zu BGH 10.1.2023 war aber eben unstrittig, dass der Betriebsrat auch eine darüberhinausgehende Vergütung einfordern kann, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung gerade wegen seiner Tätigkeit als Betriebsrat erweist: §§ 611a BGB iVm 78 S. 2 BetrVG.¹⁷

Dies wird in der Praxis häufig übersehen und gerade das Urteil des 6. Strafsenats des BGH ist ein prominentes Beispiel hierfür.¹⁸ Entsprechend scheint eine Verankerung der Rechtsprechung des BAG im Gesetz sinnvoll.

Ein Betriebsratsmitglied kann dann in Anlehnung an die für einen bestimmten Arbeitsplatz gezahlte Vergütung entlohnt werden, wenn er den Anforderungen und Kriterien zu dessen genügt. Dies setzt das Vorhandensein einer tatsächlich zu besetzenden und typischerweise in der Folge besetzten Stelle voraus. Insoweit legt der Entwurf¹⁹ nahe, dass auch während des Amtes erworbene Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikationen bei einer Besetzungsbeurteilung zu berücksichtigen sind, soweit sie im Unternehmen für die fragliche Stelle relevant sind.²⁰ Das drängt sich auch geradezu auf. Denn alleine der Umstand, dass eine bestimmte Qualifikation während oder in Zusammenhang mit der Betriebsrats Tätigkeit erworben wurde, ändert schlechterdings nichts daran, dass sie in der Person des Betriebsratsmitglieds vorhanden ist. Entscheidend kann vielmehr nur sein, dass nicht auf die Amtstätigkeit, sondern ein Qualifikationsmerkmal abgestellt wird, das auch außerhalb des Amtes karriere- und vergütungsrelevant ist.²¹

Entsprechend beugt der Entwurf auch hier Missbräuchen vor. Denn es wird eben gerade nicht darauf abgestellt, dass der Betriebsrat im Rahmen seiner Amtstätigkeit besondere Leistungen erbringt, mit Vorständen und Managern auf Augenhöhe verhandelt, als Betriebsrat komplexe Aufgaben wahrnimmt, in unternehmerische Entscheidungskomplexe eingebunden ist oder Leistungen wie ein Manager zeigt. Vielmehr ist Voraussetzung, dass sich die Vergütungsfestsetzung an einer tatsächlichen erfolgten Besetzung einer Beförderungsstelle orientiert und der Betriebsrat jede Qualifikation und Eignung besessen hatte, damit die

¹⁷ BAG 23.11.2022, 7 AZR 122/22, NZA 2023, 513, Rn. 41; BAG 17.8.2005, 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448, 2.a. der Gründe; ebenso: BAG 11.12.1991, 7 AZR 75/91, NZA 1993, 909, II.2.a. der Gründe. S. auch BT-Drs. VI/2729, S. 23. Zusammenfassend: *Thüsing/Denzer*, Rechtssichere Betriebsratsvergütung, 2019, Rn. 191 ff.

¹⁸ So treffend: *M.Schmidt*, SR 2023, 229, 232.

¹⁹ Vgl. auch Begründung BT-Drs. 20/9469, S. 11.

²⁰ Ebenso ArbG Emden 5.7.2023, 2 Ca 280/22: „zwingend zu berücksichtigen“.

²¹ S. nur: *Kudlich/Scheuch/Thüsing*, ZIP 2023, 609, 610; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 244 f.

Auswahlentscheidung des Arbeitgebers hätte auf ihn fallen können, wäre er nicht aktuell Betriebsrat.²²

Der letzte Halbsatz des § 78 S. 3 BetrVG betont, dass dem Arbeitgeber bei der Festsetzung der Betriebsratsvergütung ein gewisser Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zukommt. Derart wird der sich aus dem Urteil des BGH vom 10.1.2023 ergebende Graubereich einer Strafbarkeit von zwar durchaus vertretbaren, aber vielleicht nicht absolut passgenauen Vergütungsfestsetzungen korrigiert.

²² Solche wurde bereits zum bisherigen Recht angenommen, vgl. nur: *Thüsing/Denzer*, aaO, insb. Rn. 219, 229; *Annuß*, NZA 2020, 20, 23; *ders.*, NZA 2022, 247, 248; *ders.*, NStZ 2020, 201, 204; *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 236 und letztlich ebenso, wenngleich weiter ausdifferenzierend: *Jacobs/Krell*, RdA 2023, 193, 202 ff.

Ausschussdrucksache **20(11)487**

Schriftliche Stellungnahme **Deutscher Gewerkschaftsbund**

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

Stellungnahme

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes (20/9469)

I. Einleitung

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen die Vorlage eines Gesetzesentwurfes durch die Bundesregierung zur Vergütung von Betriebsratsmitgliedern. Die gesetzlichen Regelungen können entscheidend dazu beitragen, Rechtssicherheit und Betriebsfrieden in den Betrieben wiederherzustellen.

Mit den geplanten Neuregelungen werden wichtige Aspekte der Rechtsprechung teilweise explizit in die gesetzliche Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG aufgenommen oder in der Gesetzesbegründung erwähnt. Gleichzeitig werden die Regelungen in § 37 Abs. 4 BetrVG und § 78 BetrVG so angepasst, dass sie positive Anreize für eine passgenaue Ausgestaltung auf betrieblicher Ebene durch Betriebsvereinbarungen setzen.

Mit dem Gesetzesentwurf erfolgt eine 1:1 Umsetzung der Empfehlungen aus dem Bericht der Expertenkommission, die das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 15. Mai 2023 mit einem eng definierten Auftrag eingesetzt hat, deren Bericht am 29. September 2023 veröffentlicht wurde.

Aus Sicht des DGB ist klar: Für die Gestaltung der Transformation brauchen wir handlungsfähige Betriebsräte. Sie verdienen jede Unterstützung des Gesetzgebers und ihrer Arbeitgeber und vor allem unsere gemeinsame Anerkennung. Fehlende Entwicklungsmöglichkeiten dürfen hier nicht abschrecken.

II. Das Wichtigste in Kürze

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen die geplanten Neuregelungen. Teilweise bleiben die Regelungen aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften aber hinter den Möglichkeiten. Wir verweisen insoweit auf unseren Reformvorschlag. Eine umfassende und moderne Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, wie vom DGB vorgeschlagen, bleibt daher als wichtige Aufgabe bestehen.

16. April 2024

Kontaktperson:

Deutscher Gewerkschaftsbund

Bundesvorstand
Abteilung Recht und Vielfalt

rec@dgb.de

Telefon: 030 24060-0

Keithstraße 1
10787 Berlin

www.dgb.de

Im Einzelnen:

- Der DGB begrüßt die **Beibehaltung des Ehrenamtsprinzips** sowie die klarstellende gesetzliche Bestimmung des **Zeitpunkts der Amtsübernahme** als Zeitpunkt zur Festlegung der vergleichbaren Arbeitnehmer*innen und die Möglichkeit der **nachträglichen Änderung** aus sachlichen Gründen entsprechend der Rechtsprechung.
- Positiv bewertet der DGB, dass **Betriebsvereinbarungen** als Mittel der Wahl aus der Praxis zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer*innen aufgegriffen werden.
- Eine flächendeckende Verbesserung für Betriebsräte hätte allerdings erreicht werden können, wenn die geplanten **Betriebsvereinbarungen mittels Einigungsstelle erzwingbar** ausgestaltet worden wären.
- Es fehlen klarstellende Regelungen zu den Kriterien zur Bildung einer **Vergleichsgruppe** sowie zur Bestimmung der **betriebsüblichen beruflichen Entwicklung**.
- Der DGB begrüßt die Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum **fiktiven Beförderungsanspruch** und zu möglichen **hypothetischen Karrieren** in der Gesetzesbegründung.
- Wir hätten es als DGB begrüßt, wenn die Berücksichtigung der während der **Betriebsratsstätigkeit erworbenen Kenntnisse, Qualifikationen und Fähigkeiten** explizit auch im Gesetzestext erwähnt worden wäre.

III. Grundsätzliche Bewertung

Insbesondere seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. Januar 2023 (Az.: 6 StR 133/22) zur Frage der Untreue bei Verstößen gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot besteht in der Praxis Rechtsunsicherheit. Gehälter werden gekürzt, Dienstwagen entzogen, Freistellungen überprüft. Gleichzeitig werden die faktischen Benachteiligungen, die Betriebsräte erleiden, überhaupt nicht adressiert. Das führt dazu, dass in Zeiten der Unsicherheit Arbeitgeber*innen unter dem vergleichbaren Mindestentgelt bleiben und Benachteiligungen von Betriebsratsmitgliedern in Kauf nehmen.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern mehr Anerkennung für die verantwortungsvollen Aufgaben, die Betriebsräte leisten. Gerade in Zeiten von Polykrisen und des demografischen Wandels, der auch die betriebliche Interessenvertretung vor neue Herausforderungen stellt, brauchen wir Menschen, die sich in den Betrieben engagieren. Fehlende Entwicklungsmöglichkeiten dürfen da nicht abschrecken.

Die eingesetzte Expertenkommission hatte den Auftrag, die aktuelle Rechtslage zu beleuchten und gegen die Unsicherheit, die aufgrund der BGH-Rechtsprechung entstand, Vorschläge zu liefern, die allerdings am Grundprinzip des Gesetzgebers zur Vergütung für Betriebsratsmitglieder festhalten sollten. Der nun ausgearbeitete Entwurf der Bundesregierung, der eine 1:1-Umsetzung des Vorschlags der Expertenkommission ist, bietet für einige Fälle mehr

Rechtssicherheit. Exzesse und Willkür werden verhindert, objektive Kriterien und Betriebsvereinbarungen als Mittel der Wahl gestärkt.

IV. Im Einzelnen

Im Einzelnen bewerten der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften den vorliegenden Gesetzesentwurf wie folgt:

Der neue § 37 Abs. 4 BetrVG

Die Vorschrift des § 37 Abs. 1 BetrVG normiert das Ehrenamtsprinzip: Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt unentgeltlich und eigenverantwortlich aus. Das sichert die Unabhängigkeit des Betriebsratsmitglieds vom Arbeitgeber und ist damit wesentliche Voraussetzung für eine sachgerechte Ausübung der Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte. Es wird ergänzt durch das umfassende Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 BetrVG.

Der DGB begrüßt, dass die geplanten Neuregelungen **am Ehrenamtsprinzip festhalten**. Das Ziel, die Vorgaben für die Bestimmung der mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbaren Arbeitnehmer weiter zu konkretisieren und Anreize für mehr Transparenz zu schaffen, wird in weiten Teilen erreicht.

Zu § 37 Abs. 4 Satz 3 BetrVG [Zu Nummer 1]

Der DGB begrüßt, dass mit dem neuen § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG der Zeitpunkt konkretisiert wird, zu dem die vergleichbaren Arbeitnehmer*innen nach Satz 1 zu bestimmen sind – nämlich zum **Zeitpunkt der Amtsübernahme**. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und wird daher als klarstellende gesetzliche Regelung begrüßt. Hierdurch wird nun noch deutlicher, dass der Zeitpunkt der Wahl in den Betriebsrat bzw. die Übernahme des Amtes für die Bildung einer Vergleichsgruppe entscheidend ist, und nicht der Zeitpunkt der Freistellung.

Begrüßt wird außerdem, dass in der Begründung klarstellend darauf hingewiesen wird, dass von Regelungen sowohl nach § 38 BetrVG **freigestellte Betriebsratsmitglieder als auch nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder** erfasst werden.

Zudem wird begrüßt, dass in der Begründung – entsprechend der Rechtsprechung – darauf hingewiesen wird, dass bei Fehlen von Vergleichspersonen auf vergleichbare Arbeitnehmer eines anderen Betriebs abgestellt werden kann. Sind solche nicht vorhanden, ist auf die betriebsübliche Entwicklung der nächstvergleichbaren Arbeitnehmergruppe abzustellen und das Mindestentgelt nach § 287 ZPO analog zu schätzen.

Sinnvoll ist zudem, dass ebenfalls klarstellend in der gesetzlichen Formulierung aufgenommen wird, dass ein **„sachlicher Grund“ eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe erforderlich machen kann**. Auch nach dem Zeitpunkt der Amtsübernahme können Umstände eintreten, die eine neue Bestimmung der Vergleichsgruppe erforderlich machen – sei es, dass das Betriebsratsmitglied

nun die Anforderungen an eine höherdotierte Stelle erfüllt und mit dem Arbeitgeber einen entsprechenden Veränderungsvertrag abschließt. Wie zutreffend formuliert wurde, kann dies bei Nichtberücksichtigung die „gesetzliche Entgeltgarantie leerlaufen lassen“. Auch hier wird die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aufgegriffen und festgeschrieben.

Zu § 37 Abs. 4 Satz 4 und 5 BetrVG [Zu Nummer 1]

Der DGB begrüßt, dass durch die Regelung in § 37 Abs. 4 Satz 4 und 5 BetrVG, **Betriebsvereinbarungen als Mittel der Wahl** zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer*innen erwähnt werden. Durch die vorgenommene Ergänzung werden Anreize gesetzt, diese abzuschließen und die Vergleichbarkeit von Arbeitnehmer*innen transparent und dokumentiert festzulegen. Dies schafft Rechtssicherheit für alle Beteiligten und vermeidet Streitigkeiten und unterstützt die vertrauensvolle Zusammenarbeit.

Dadurch, dass diese **nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ überprüfbar** sind, werden Anreize auch für Arbeitgeber*innen geschaffen, diese tatsächlich abzuschließen. Die Überprüfbarkeit auf grobe Fehlerhaftigkeit bezieht sich zum einen auf die Konkretisierung der Vergleichbarkeit, und zum anderen auf die Festlegung der Vergleichspersonen, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und in Textform dokumentiert ist.

Aus Sicht des DGB sollten diese Betriebsvereinbarungen **auch mittels Einigungsstelle für Betriebsräte erzwingbar** sein.

Darüber hinaus wäre eine gesetzliche Klarstellung, welche Arbeitnehmer*innen vergleichbar sind, gut geeignet in der Praxis Rechtssicherheit auch in diesem Punkt zu erlangen. Im Entwurf werden **keine konkreten Kriterien zur Bestimmung der jeweiligen Vergleichsgruppe** gemacht, sondern lediglich auf die Rechtsprechung verwiesen. Auch fehlen **klarstellende Ausführungen zur Bestimmung der „betriebsüblichen beruflichen Entwicklung“**. Hier muss das Betriebsratsmitglied, so wie bislang, die betriebsübliche Entwicklung darlegen und hat diesbezüglich lediglich einen gerichtlich schwer durchsetzbaren Auskunftsanspruch.

Positiv ist, dass den Betriebsparteien ein Beurteilungsspielraum bei der Bildung der konkreten, auf das einzelne Betriebsratsmitglied zu beziehenden Vergleichsgruppe bleibt. Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn das Auswahlermessen grob fehlerhaft ist. Dies ist laut Begründung dann der Fall, wenn die in der Betriebsvereinbarung aufgestellten Vergleichskriterien missachtet werden und damit die Bildung der Vergleichsgruppe offensichtlich unzulänglich ist. Ein Beurteilungsspielraum ermöglicht eine passgenaue betriebliche Lösung.

Zu § 78 Satz 3 BetrVG [Zu Nummer 2]

Nach dem umfassenden allgemeinen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG dürfen die Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer

Betriebsratstätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.

Durch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung wird klargestellt, dass eine Benachteiligung oder Begünstigung im Hinblick auf das gezahlte Entgelt nicht vorliegt, wenn jeweilige Amtsträger*innen in ihrer Person die für die Gewährung des Entgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.

Bewertung

Der DGB begrüßt, dass die bestehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts **zum fiktiven Beförderungsanspruch und zu hypothetischen Karrieren** explizit im Vorschlag aufgegriffen wird, was auch weit verbreiteter Praxis entspricht. So wird eine sachwidrige Benachteiligung der Betriebsräte vermieden.

Wir hätten es als DGB begrüßt, wenn die **Berücksichtigung der während der Betriebsratstätigkeit erworbenen Kenntnisse, Qualifikationen und Fähigkeiten explizit auch im Gesetzestext** erwähnt worden wäre.

Mit dem **Reformentwurf** zu einer modernen Betriebsverfassung haben der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften eine Ergänzung des § 37 Abs. 4 BetrVG vorgeschlagen, wonach „bei der Bemessung des Arbeitsentgelts und der allgemeinen Zuwendungen [...] auch die bei Wahrnehmung der Betriebsratstätigkeit erworbenen Qualifikationen und Erfahrungen wie auch die auf Dauer wahrgenommenen Aufgaben zu berücksichtigen [sind]“. Diese umfassende Berücksichtigung der erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten durch die Betriebsratstätigkeit wird durch den vorliegenden Gesetzesentwurf der Bundesregierung nur in geringen Teilen erreicht. Eine solche wäre besser geeignet gewesen, um die Attraktivität des Betriebsratsamts zu erhalten und Arbeitnehmer*innen, die sich dazu bereit erklären, die anspruchsvolle Betriebsratstätigkeit auszuführen, nicht von beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten abzuschneiden.

Ausschussdrucksache **20(11)491**

Schriftliche Stellungnahme
Jochen Homburg, Dreieich¹

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 Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

[Bundestagsdrucksache 20/9469](#)

1. Zielsetzung des Gesetzentwurfes

Das verfolgte Ziel der Bundesregierung mit diesem Gesetzentwurf ist es, negative Folgen von der betrieblichen Mitbestimmung fernzuhalten. Durch das Urteil des BGH in Strafsachen vom 10.01.2023 ([AZ: 6 StR 133/22](#)) ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstanden. Diese soll durch die Klarstellung der Rechtslage durch diesen Gesetzentwurf beseitigt werden.

2. Generelle Bewertung am Beispiel des Volkswagen-Konzerns

In der Volkswagen AG (dem Nukleus des Mehrmarken-Konzerns mit seinen sechs großen VW-Werken in West-Deutschland) gibt es etwa 250 Betriebsratsmitglieder. Sie sind das Fundament der betrieblichen Mitbestimmung bei VW und Teil des weltweiten Erfolges des Automobilherstellers. Etwa 98% aller Betriebsräte bei VW wurden auch schon vor den jüngsten Verwerfungen nach Tarif bezahlt (ein Wert sogar leicht über den 96% in der Gesamtbelegschaft). Die VW-Betriebsräte sind auf Grund des großen Arbeitsanfalls alle vollfreigestellt.

Mit der Entscheidung des BGH vom 10.01.2023, die gegen vier Personalmanager des Konzerns gefallen ist, sah sich der VW-Konzern gezwungen, die neu aufgestellten Regeln zur BR-Vergütung des BGH unverzüglich umzusetzen, um nicht wieder in den Fokus der Staatsanwaltschaft zu kommen. Insoweit wurde in kürzester Zeit das Urteil in seiner strengsten Lesart in der betrieblichen Praxis angewendet, obwohl es nach diesseitiger Ansicht aus arbeitsrechtlicher Sicht nicht richtig ist.

Insgesamt sind von der Entscheidung allein bei VW – ohne die Konzerntöchter – etwa 25 Prozent aller Betriebsratsmitglieder betroffen, also etwa gut 60 der insgesamt rund 250 Mandatsträger. Die betroffenen Betriebsräte wurden abgruppiert – ihr Entgelt wurde also gekürzt, teils empfindlich. Erschwerend hinzu kam, dass geplante oder anstehende Karriereentwicklungen ausgesetzt wurden. Teilweise kürzte VW auch bei ehemaligen Mandatsträgern, die schon in Rente sind oder über die passive Phase der Altersteilzeit auf dem Weg dorthin.

Die entstandene Rechtsunsicherheit durch die BGH -Entscheidung war bei VW zudem so groß, dass sich auch erste Rekrutierungsprobleme ergaben: Nachrücker lehnten den Weg ins Mandat ab.

¹ Der Autor ist Rechtsanwalt in Dreieich und Tarifsekretär der IG Metall

In 71 Fällen wurden Klagen bei den örtlich zuständigen Arbeitsgerichten gegen die Gehaltskürzungen eingereicht. Hiervon sind inzwischen 49 Verfahren in der ersten Instanz und ein Verfahren in der zweiten Instanz entschieden. In 47 von 49 Fällen musste VW seine Entgeltkürzung zurücknehmen oder muss teilweise sogar [in Zukunft mehr Entgelt auszahlen](#), weil die Vergütung zu gering bemessen war. Vor dem Landesarbeitsgericht Niedersachsen AZ: [6 Sa 559/23](#) wurde die erstinstanzliche Entscheidung, dass die Karriereentwicklung des betroffenen Betriebsrates vor der Kürzung richtig war, ebenfalls im Wesentlichen bestätigt. Dieses Verfahren ist inzwischen beim BAG mit dem AZ: 7 AZR 46/24 rechtshängig.

Das vorangeschickt, ergibt sich folgende Kernbotschaft, die ich hier heute betonen möchte:

In nahezu 100% aller konkreten Fälle bei VW ergibt sich somit eine Differenz zwischen der strafrechtlichen Bewertung nach der BGH-Entscheidung und der arbeitsrechtlichen Bewertung durch die zuständigen Arbeitsgerichte. Es kann weder zehntausenden Betriebsräten im Land noch hunderten Personalleitern in diesem Land zugemutet werden, in jedem Fall die richtige Vergütung vor Gericht klären zu lassen, um das abstrakte Risiko einer eigenen Strafbarkeit zu vermeiden. Aktuell gilt somit die Formel: Es ist arbeitsrechtlich geboten, was gleichzeitig strafrechtlich im Risiko steht.

Schon aus diesen Gründen ist die Rechtsunsicherheit, die durch ein Auseinanderfallen von Strafrecht und Arbeitsrecht entstanden ist, mit diesem Gesetzentwurf aufzulösen und die Einheit der Rechtsordnung wieder herzustellen.

3. Änderungen der §§ 37 und 78 BetrVG

Im Gesetzentwurf sind Änderungen der §§ 37 und 78 BetrVG vorgesehen.

Im § 37 dient die zu bildende Vergleichsgruppe der Erleichterung bei der Findung der angemessenen Vergütung und der angemessenen Entwicklung der Betriebsräte. Es entstehen allerdings immer wieder Probleme in der Praxis, weil im Laufe der Betriebszugehörigkeit eines Betriebsrates aus unterschiedlichen Gründen die Vergleichspersonen wegfallen oder das Betriebsratsmitglied eine andere beruflichen Entwicklung vollzieht als die Vergleichspersonen, die bei Amtsübernahme festgelegt worden sind. In Zukunft kann in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung das Verfahren zur Festlegung der jeweiligen Vergleichspersonen Beschäftigten definiert und damit auch für alle Beteiligten transparent werden. Zumal in der Vergangenheit aus unterschiedlichen Gründen die Unternehmen den Betriebsräten Ihre Vergleichspersonen nicht nannten. Allein durch die namentliche Benennung der Vergleichspersonen entsteht mehr Transparenz und Rechtssicherheit für das gesamte Verfahren. Welche Kriterien, neben denen von der Rechtsprechung gefundenen, in der Zukunft einen sachlichen Grund darstellen werden, wird sich durch die Praxis zeigen und vielleicht in Einzelfällen von den Gerichten beantwortet werden müssen. Zwei weitere Vorteile bietet die freiwillige Betriebsvereinbarung zur Betriebsratsvergütung. Zum einen wird in der Begründung hervorgehoben, dass die „während der Amtstätigkeit erworbenen Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikation zu berücksichtigen (sind), soweit sie im Unternehmen auch außerhalb des Betriebsratsamtes für die jeweilige Stelle Karriere- und Vergütungsrelevant sind.“ Dies gibt den Mitgliedern des Betriebsrates zum ersten mal die Möglichkeit, dass ihr eigenes Handeln wieder bei der Karriereentwicklung berücksichtigt wird und sie nicht nur von der Entwicklung der Vergleichspersonen abhängen. Dies ist daher ausdrücklich begrüßenswert. Zum anderen wird eine ermessensfehlerfreie Betriebsvereinbarung den (straf)rechtlichen Überprüfungsrahmen einschränken und schafft so zusätzliche Rechtssicherheit. Vor diesem Hintergrund wäre eine

Verpflichtung zum Abschluss einer solchen Betriebsvereinbarung besser gewesen. Das würde auch den Betriebsräten in den vielen Klein- und Mittelbetrieben eine Chance auf eine Verbesserung Ihrer Situation bringen.

In § 78 soll sichergestellt werden, dass der Betriebsrat in seiner Entwicklung weder bevorzugt noch benachteiligt wird. Gar keine Entwicklung, wie augenscheinlich vom BGH angenommen, ist damit jedenfalls nicht gemeint. Die mit dieser Vorschrift angestrebte Klarstellung, dass eine solche - auch hypothetische - Entwicklung im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, beseitigt eine möglicherweise denkbare Strafbarkeit, wenn man sich nicht an die engeren Grenzen des § 37 bei der Entwicklung allein verlassen kann und will. Es bestehen insoweit auch keine Bedenken, wenn ein Mitglied des BR sich auf eine freie Stelle bewirbt und sie dann aber später nicht antritt, weil er Betriebsrat bleiben möchte. Insoweit wird der Betriebsrat in Zukunft auch entsprechend vergütet werden können, ohne dass er im Gegensatz zu den übrigen Beschäftigten bevorzugt oder benachteiligt wird. Eine willkürliche Beförderung ist auch weiterhin ausgeschlossen, wie in der Begründung dargestellt wird.

4. Zusammenfassung

Die von der Bundesregierung eingebrachte Novellierung der §§ 37, 87 BetrVG ist zu begrüßen. Sie deckt zwar nicht alle Probleme ab, die im Rahmen der BR-Vergütung existieren. Insoweit kann auf die [Stellungnahme des DGB](#) zu dieser Anhörung verwiesen werden. Die Novellierung ist aber eine Lösung für die dringlichsten Probleme der BR-Vergütung, insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich die Sozialpartner auch auf die vorliegende Lösung geeinigt haben und sie somit entsprechend ausgewogen ist.

Ausschussdrucksache **20(11)482**

Information für den Ausschuss

Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Arbeitsrecht¹

Unaufgeforderte Stellungnahme 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.



Initiativstellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht

zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes
zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes
(Stand: 01.11.2023)

Stellungnahme Nr.: 83/2023

Berlin, im Dezember 2023

Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

- Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür, Köln (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Dr. Christian Arnold, Stuttgart
- Rechtsanwältin Regina Bell, München
- Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh
(Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln
- Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig
- Rechtsanwalt Jürgen Markowski, Offenburg
- Rechtsanwalt Benja Mausner, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Müller-Bonanni, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Reinhard, Frankfurt am Main
- Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt am Main
(Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Matthias Wieland, Landshut

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Max Gröning

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz

- Ausschuss für Arbeit und Soziales im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Recht im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Wirtschaft im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Arbeit und Soziales der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Wirtschaft der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

- Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder
- Arbeitsministerien und -senatsverwaltungen der Länder

- Bundesarbeitsgericht
- Landesarbeitsgerichte

- Europäische Kommission – Vertretung in Deutschland
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)
- Ver.di, Recht und Politik
- Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)
- Bundesverband der Arbeitsrechtler in Unternehmen
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
- Arbeitsgerichtsverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Rechtsanwaltskammern
- Bundesnotarkammer
- Bundesverband der Freien Berufe
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Notarverein e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband

- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV
- Vorsitzende der DAV-Landesverbände
- Vorsitzender des FORUM Junge Anwaltschaft
- Mitglieder DAV-Ausschuss Arbeitsrecht
- Mitglieder Geschäftsführender Ausschuss AG Arbeitsrecht im DAV

Presse

- Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
- Zeitschrift Recht der Arbeit
- Zeitschrift Arbeitsrechtliche Entscheidungen (AE)
- Redaktion Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
- Süddeutsche Zeitung
- Juve Verlag
- Juris Newsletter
- Der Tagesspiegel
- Der Spiegel
- Legal tribune online
- NJW
- Netzpolitik.org

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Der DAV nimmt nachfolgend Stellung zu dem Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes vom 1. November 2023. Wenngleich der DAV nicht in die Verbändeanhörung einbezogen wurde, gibt er mit Blick auf das weitere Gesetzgebungsvorhaben Folgendes zu bedenken:

Ziel der mit dem Regierungsentwurf geplanten Ergänzungen der §§ 37 Abs. 4 und 78 BetrVG ist eine „Klarstellung der aktuellen Rechtslage“ durch eine „präzisere Regelung“. Es soll, so ausdrücklich in der Begründung, „das Risiko von Verstößen redlich handelnder Arbeitgeber und betriebsverfassungsrechtlicher Amtsträger gegen das betriebsverfassungsrechtliche Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot“ reduziert werden.

Anlass der Neuregelung ist die Entscheidung des BGH vom 10. Januar 2023 (6 StR 133/22) zur Frage der Untreue bei Verstößen gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot, in deren Begründung aus Sicht des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales „nicht alle Aspekte zur Bestimmung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern deutlich“ geworden sind.

Der Entwurf soll nicht die Regelungen zur Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats reformieren oder Betriebsratsmitgliedern Erleichterung bei der aufgrund der Darlegungs- und Beweislast in der Praxis häufig schwierigen Durchsetzung ihrer Ansprüche verschaffen. Im Gegenteil, nicht nur am Ehrenamtsprinzip, sondern auch an den vom BAG entwickelten Grundsätzen zur Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich der Fragen der Darlegungs- und Beweislast wird ausdrücklich festgehalten. Bezogen auf die Unternehmen geht es vielmehr darum, das Risiko von Verstößen durch redlich handelnde Arbeitgeber durch eine, so ausdrücklich,

„präzisere“ Regelung zu reduzieren. Auf Seiten der Betriebsratsmitglieder soll die gesetzliche Klarstellung dazu dienen, ihnen die Absenkung ihrer Vergütung und substanzielle Rückforderungen zu ersparen, beides Konsequenzen, die eine beachtliche Zahl von Unternehmen in Folge des BGH-Urteils in die Wege geleitet haben.

Auch wenn die Zielrichtung, einen möglicherweise aufgrund einer BGH-Entscheidung entstandenen falschen Eindruck der Rechtslage korrigieren zu wollen, ungewöhnlich sein mag, ist dies als gesetzgeberischer Wille zu akzeptieren und durchaus zu begrüßen. Es soll aber hinterfragt werden, ob bzw. in welcher Weise mit den geplanten Ergänzungen die erklärten Ziele der Klarstellung und Präzisierung erreicht werden können bzw. welche Auswirkungen die Ergänzungen auf die Frage der Gestaltung der Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats in der Zukunft haben können:

- 1. § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG: Zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer nach Satz 1 ist auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts abzustellen, soweit nicht ein sachlicher Grund für eine spätere Neubestimmung vorliegt.**

§ 37 Abs. 4 S. 1 und 2 BetrVG regeln in Form einer Entgeltgarantie den Mindestentgeltanspruch von Betriebsratsmitgliedern. Im Ergebnis soll während der Amtszeit des Betriebsratsmitglieds sein Entgelt nicht hinter der Entgeltentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung zurückbleiben (vgl. BAG v. 23. November 2022 - 7 AZR 122/22; BAG v. 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15).

Das BAG hat bislang in ständiger Rechtsprechung die Regel aufgestellt, dass zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer auf die berufliche Situation des Betriebsratsmitglieds zum Zeitpunkt der erstmaligen Übernahme des Betriebsratsamts abzustellen ist (vgl. BAG v. 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 21 f.; BAG v. 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16, Rn. 17; BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15, Rn. 16; BAG 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04, unter II 1). Damit sind die Vergleichsgruppen bezogen auf den Zeitpunkt der erstmaligen Amtsübernahme statisch festzulegen.

Lediglich in der Entscheidung vom 23. November 2022 (7 AZR 122/22) hatte das BAG Anlass zu der Feststellung, dass es Fallkonstellationen geben kann, in denen sich das

Betriebsratsmitglied zur Begründung von Vergütungsansprüchen gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG nicht mehr auf die ursprüngliche Vergleichsgruppe bei Amtsübernahme berufen kann. Dies deshalb, weil die Vertragsparteien nach Amtsübernahme eine Versetzung auf einen geringer vergüteten Arbeitsplatz vereinbart hatten, was aus Sicht des BAG einer Berufung auf die ursprüngliche (höherwertige) Vergleichsgruppe entgegenstand. Aus dieser Rechtsprechung kann der Grundsatz abgeleitet werden, dass der berufliche bzw. vertragliche Status des Betriebsratsmitglieds im Zeitpunkt der Amtsübernahme Ausgangspunkt für die Auswahl vergleichbarer Arbeitnehmer ist. Ändert sich dieser Status während der Amtszeit, muss die Vergleichsgruppe angepasst werden.

Wenn nun in dem explizit (nur) als Klarstellung eingefügten § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG geregelt werden soll, zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer sei auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts abzustellen, soweit nicht ein ‚*sachlicher Grund*‘ für eine spätere Neubestimmung vorliegt, und es zudem in der Gesetzesbegründung heißt, eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe sei beispielsweise dann geboten, wenn das Betriebsratsmitglied mit dem Arbeitgeber einen Änderungsvertrag schließt, ist das nachvollziehbar und liegt auf der Linie der bisherigen BAG-Rechtsprechung.

Es ist allerdings zu bedenken, dass der Begriff des ‚*sachlichen Grundes*‘ weiter reicht als die Beschreibung der Fallkonstellation einer Beförderung oder Herabstufung nebst einhergehender Vertragsanpassung. Er kann auch Fallkonstellationen erfassen, in denen sich die Notwendigkeit einer Neubestimmung der Vergleichsgruppe nicht aus der Veränderung des vertraglichen Status des Betriebsratsmitglieds, sondern aus völlig anders gelagerten äußeren Umständen ergibt:

- So sind Fälle denkbar, in denen sich die ursprüngliche Vergleichsgruppe tatsächlich auflöst, da die vereinbarte vertragliche Tätigkeit nicht mehr existent ist, etwa weil sie aufgrund des technischen Fortschritts obsolet geworden ist. Man denke an eine (ursprüngliche) Vergleichsgruppe von Personalsachbearbeitern, die mit der Erstellung von Arbeitsverträgen, Abwicklungsverträgen, Zeugnissen und Arbeitsplatzbeschreibungen etc. betraut war, nun aber aufgrund von KI-basierten Systemen nicht mehr in derartigen Rollen arbeitet.

- Ein sachlicher Grund für eine Neubestimmung könnte auch anzunehmen sein, wenn ein Betriebsteil, in dem die Vergleichsgruppe tätig war, im Zuge einer Veräußerung abgespalten wurde und für das, aufgrund Widerspruchs verbleibende Betriebsratsmitglied demgemäß im Unternehmen nicht mehr existent ist. Entsprechende Stellen und Funktionen der Beschäftigten der Vergleichsgruppen sind dann nicht mehr vorhanden.
- Möglicherweise eröffnet der Gesetzgeber mit der Aufnahme des über eine Klarstellung der bisherigen Rechtsprechung hinausgehenden sachlichen Grundes sogar Spielraum dafür, dass die bislang bei Amtsübernahme statisch festgelegte Vergleichsgruppe künftig in der Weise dynamisch angepasst werden kann oder muss, dass neu hinzukommende Beschäftigte, die eine der (ursprünglichen) Vergleichsgruppe vergleichbare Tätigkeit ausüben, ebenfalls mit in die Betrachtung einzubeziehen sind. Dies war nach der bisherigen Lesart der Rechtsprechung nicht der Fall, ist aber nach der Formulierung des § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG mit Blick auf den weiten Begriff des ‚sachlichen Grundes‘ keineswegs ausgeschlossen. Um das an einem Beispiel zu verdeutlichen: Ein Betriebsratsmitglied ist bei seiner Amtsübernahme im Jahr 2000 zusammen mit einem weiteren Kollegen als Buchhalter in der Holdinggesellschaft tätig. Diese übernimmt 2005 die Finanzbuchhaltung aller Konzerngesellschaften, es werden zehn weitere Buchhalter integriert, wodurch auch die Aufgaben der Buchhalter anspruchsvoller werden. Ist infolgedessen die Vergleichsgruppe neu zu bestimmen und auf alle zwölf Buchhalter auszuweiten? Bislang wäre eine solche dynamische Bestimmung der Vergleichsgruppen seitens des BAG nicht zu erwarten gewesen (vgl. *Rothballer*, NZA 2023, 257, 260 mwN). Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung die neue, vermeintlich nur klarstellende Regelung des § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG künftig auslegen wird.

Entscheidet sich der Gesetzgeber, § 37 Abs. 4 BetrVG in der geplanten Weise durch S. 3 zu ergänzen, geht dies mithin deutlich über eine reine Klarstellung hinaus, vielmehr weist er der Rechtsprechung den Weg, häufiger als dies bislang geschehen war, eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe nach der erstmaligen Übernahme des Amtes vorzusehen, nämlich beispielsweise (1) bei Änderungen des vertraglichen Status des Betriebsratsmitglieds, (2) bei Entfall oder Auflösung der bisherigen Vergleichsgruppe

aufgrund äußerer Einflüsse, (3) bei wesentlicher Veränderung der Arbeitsinhalte oder Anforderungen an die Mitglieder der Vergleichsgruppe, oder (4) auch dann, wenn eine „Erneuerung“ der Vergleichsgruppe durch Hinzunahme nachrückender Beschäftigter in die Funktion sachgerecht erscheint. Damit wäre der Übergang von einer statischen zu einer dynamischen Vergleichsgruppenbildung geschaffen, was dem Gesetzgeber freisteht, jedoch über das Ziel einer „nur“ Klarstellung bzw. Präzisierung und eine Verankerung der Rechtsprechung im Gesetzeswortlaut deutlich hinausgeht.

2. § 37 Abs. 4 Satz 3 BetrVG: Betriebsbezogenheit der Vergleichsgruppe

§ 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG, der durch die Neuregelung unverändert bleiben soll, stellt nicht auf die „übliche“, sondern auf die „betriebsübliche“ berufliche Entwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer ab (BAG vom 14.10.2010 - 7 AZR 359/09). Maßgeblicher Bezugspunkt ist daher eine Vergleichsgruppe von Arbeitnehmern innerhalb des Betriebes. In der Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs wird allerdings angeführt, dass bei Fehlen vergleichbarer Arbeitnehmer im Betrieb auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines anderen Betriebes herangezogen werden können sollen. Dies steht mit der bisherigen Rechtslage nicht in Einklang. Sollte insoweit eine Ausweitung des Vergleichsmaßstabs vorgesehen sein, wird angeregt, dies im Gesetzestext klarzustellen; anderenfalls wäre die Ausführung im Rahmen der Gesetzesbegründung widersprüchlich und sollte gestrichen werden, um nicht weitere Rechtsunsicherheit zu begründen.

3. § 37 Abs. 4 S. 4 und S. 5 BetrVG: Arbeitgeber und Betriebsrat können in einer Betriebsvereinbarung ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer regeln. Die Konkretisierung der Vergleichbarkeit in einer solchen Betriebsvereinbarung kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden; Gleiches gilt für die Festlegung der Vergleichspersonen, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und in Textform dokumentiert ist.

Die Regelung erfasst folgende Fallkonstellationen:

- Regelung zum „*Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer*“,
- die „*Konkretisierung der Vergleichbarkeit*“ und
- die „*Festlegung von Vergleichspersonen*“.

Gestaltung und Wortlaut der Regelungen in § 37 Abs. 4 S. 4 und 5 BetrVG werfen eine Reihe von Fragen auf, die zum Anlass zu Klarstellungen genommen werden sollten:

- (1) Den Ansatz, Regelungen zum „*Verfahren zur Festlegung von vergleichbaren Arbeitnehmern*“ zu treffen, hat das BAG in der Entscheidung vom 18. Januar 2017 (7 AZR 205/15) bereits goutiert, allerdings festgehalten, dass derartige Regelungen sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben in §§ 37 Abs. 4, 78 S. 2 BetrVG bewegen müssen (vgl. BAG, a.a.O., Rn. 22). Demgemäß kann auch das in einer solchen Betriebsvereinbarung zu regelnde Verfahren nicht von den Grundsätzen des § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG abweichen, kann aber möglicherweise, so könnte man die Neuregelung verstehen, auch Regelungen zur Neubestimmung der Vergleichsgruppe aus sachlichen Gründen ermöglichen.

Nach dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung ist davon auszugehen, dass hinsichtlich des Verfahrens zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer keine Privilegierung durch die Begrenzung der Überprüfbarkeit auf grobe Fehlerhaftigkeit besteht, diese ist begrenzt auf die Konkretisierung der Vergleichbarkeit und die Festlegung der Vergleichspersonen. Hier stellt sich die Frage, warum eine solche Differenzierung vorgenommen werden soll. Will man, was erkennbar der Fall ist, den Betriebsparteien einen Gestaltungsspielraum einräumen, dann wäre es konsequent, diesen auch auf das Verfahren zur Festlegung der Vergleichsgruppen zu erstrecken. Dann sollte im Wortlaut klargestellt werden, dass sich die Begrenzung der Überprüfbarkeit auf die grobe Fehlerhaftigkeit auf das Verfahren für die Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer und die Konkretisierung der Vergleichbarkeit bezieht, falls der Gesetzgeber mit den beiden unterschiedlichen Begriffen nicht eigentlich übergreifend nur die Kriterien für die Festlegung der Vergleichbarkeit meint. Dann aber sollte in beiden Sätzen der gleiche Begriff verwendet werden.

- (2) Auch wenn im Gesetzestext die „*Festlegung von Kriterien zur Vergleichsgruppenbildung*“ keine Erwähnung findet, soll sich die Privilegierung der Überprüfbarkeit nur auf grobe Fehlerhaftigkeit nach der Gesetzesbegründung explizit auch auf die Festlegung entsprechender Kriterien erstrecken. Nach den Ausführungen in der Gesetzesbegründung scheint dies ein Unterfall der Regelungen zur „*Konkretisierung der Vergleichbarkeit*“ zu sein. Hier wäre eine Klarstellung ggf. durch Aufnahme in den Gesetzestext zu erwägen.
- (3) Der Wortlaut des § 37 Abs. 4 S. 5 BetrVG gibt keinen eindeutigen Aufschluss darüber, ob eine Festlegung von Vergleichspersonen auch dann von der Privilegierung des Überprüfungsmaßstabes profitiert, wenn dies außerhalb bzw. losgelöst von einer Betriebsvereinbarung nach § 37 Abs. 4 S. 4 BetrVG erfolgt, oder ob eine namensbasierte Zuordnung von Vergleichspersonen nur dann lediglich auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann, wenn dies im Rahmen eines in einer Betriebsvereinbarung geregelten Verfahrens erfolgt. In der Begründung spricht der Gesetzgeber aber davon, dass die namentliche Festlegung der Vergleichspersonen „*ausgehend von den in der Betriebsvereinbarung bestimmten Vergleichskriterien*“ erfolgt.

Will man die Privilegierung auch für reine Namenslisten eröffnen und den Betriebsparteien damit einen Vertrauensvorschuss geben, sollte der Text wie folgt klarstellend ergänzt werden:

Arbeitgeber und Betriebsrat können in einer Betriebsvereinbarung ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer regeln. Die Konkretisierung der Vergleichbarkeit in einer solchen Betriebsvereinbarung kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden; gleiches gilt für die Festlegung der Vergleichspersonen, soweit sie im Rahmen einer solchen Betriebsvereinbarung oder einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und in Textform dokumentiert ist.

Will man – was nach der Begründung des Gesetzentwurfs und dem Gesichtspunkt der Transparenz naheliegender erscheint – demgegenüber Vergleichsgruppenbildungen nur privilegieren, wenn sie im Rahmen des auf

seine Übereinstimmung mit den Rechtsgrundsätzen des § 37 Abs. 4 BetrVG hin überprüfbar Verfahren erfolgt, könnte der Text wie folgt lauten:

Arbeitgeber und Betriebsrat können in einer Betriebsvereinbarung ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer regeln. Die Konkretisierung der Vergleichbarkeit sowie die darauf aufbauende Festlegung der Vergleichspersonen in einer solchen Betriebsvereinbarung kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

4. § 78 S. 3 BetrVG: Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt im Hinblick auf das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vor, wenn das Mitglied einer in Satz 1 genannten Vertretung in seiner Person die für die Gewährung des Arbeitsentgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt ist.

Auch die geplante Ergänzung in § 78 S. 3 BetrVG sollte an einzelnen Stellen nochmals überprüft und klarer gefasst werden:

- (1) Auch wenn in der Begründung mehrfach verdeutlicht wird, dass eine Begünstigung oder Benachteiligung nur dann nicht vorliegen kann, wenn ein Entgelt für „bezogen auf im Betrieb konkret vorhandene Arbeitsplätze“ gezahlt wird, findet sich dieser entscheidende Hinweis in dem Gesetzestext nicht wieder. Auch findet sich in der Begründung der Hinweis, dass eine Vergütung nur für eine Stelle gezahlt werden kann, die „frei“ ist. Konkret heißt es, ein freigestelltes Mitglied des Betriebsrats könne nicht auf besetzte Stellen befördert werden.

Da diese Grundsätze gerade für die Praxis von erheblicher Bedeutung sind, sollten sie in das Gesetz aufgenommen werden. Bedeutet dies doch im Umkehrschluss, dass sowohl Betriebsratsmitglieder, die sich auf eine hypothetische Karriere berufen möchten, als auch Unternehmen, die dem Risiko der Strafbarkeit bei einer Beförderung von Betriebsratsmitgliedern entgehen wollen, gut beraten sind, jeweils zu dokumentieren, welche freien Arbeitsplätze konkret in Rede standen. Dies wird sich andernfalls Jahre später nur noch schwer rekonstruieren lassen.

(2) Darüber hinaus ist zumindest nicht eindeutig, worauf sich die „*Festlegung*“ bezieht. Angesichts des Wortlauts wäre es wahlweise denkbar,

- die Festlegung der betrieblichen Anforderungen und Kriterien für eine konkrete Stelle auf fehlerhaftes Ermessen zu überprüfen, oder
- die hypothetische Personalentscheidung zugunsten des Amtsträgers auf Ermessensfehlerhaftigkeit hin zu überprüfen, wobei in der Gesetzesbegründung zutreffend konzediert wird, dass sich Personalauswahlentscheidungen im Bereich der privaten Wirtschaft nicht nach objektiven Kriterien richten müssen, sondern auf subjektiven Einschätzungen beruhen können. Diese müssen aber in einer begünstigungs- und benachteiligungsfreien Weise erfolgen.
- In der Begründung klingt an, dass es auch darum gehen könnte, dass das für die konkrete freie Stelle festgelegte Gehalt bzw. die Eingruppierung nicht ermessensfehlerhaft festgelegt sein darf.

Im Interesse der gewünschten Rechtssicherheit sollte klargestellt werden, welche Festlegung auf Ermessensfehler geprüft werden muss. Nach der Intention der Begründung spricht viel dafür, dass es um die Festlegung des Arbeitsentgelts geht. Dies sollte dem Wortlaut dann auch eindeutig zu entnehmen sein.

Betrachtet man die denkbaren Fallkonstellationen, ergeben sich schwierige Fragen, die durch die geplanten Ergänzungen des § 78 BetrVG weitgehend ungeklärt bleiben:

- So wird in der Gesetzesbegründung zunächst ausgeführt, es liege keine unzulässige Begünstigung vor, wenn sich ein Betriebsratsmitglied auf eine freie Stelle bewirbt, die Qualifikationsanforderungen erfüllt und ausgewählt wird. In diesem Fall erfolgt auf Basis einer Vertragsänderung eine Versetzung. Im Fall der Freistellung des Betriebsratsmitglieds kann dieses (zunächst) die neue Aufgabe nicht ausüben, was aber nicht schadet. Gegebenenfalls ist die Stelle doppelt zu besetzen.

- Schwieriger ist die Fallkonstellation, wenn ein Betriebsratsmitglied ein Stellenangebot im Hinblick auf sein Betriebsratsamt nicht annimmt. Hier heißt es in der Gesetzesbegründung explizit, dass für den Fall, dass das Betriebsratsmitglied dennoch die höhere Vergütung erhält, ohne dass ein entsprechender Änderungsvertrag abgeschlossen wird, keine Begünstigung vorliegt. Diese Sichtweise entspricht der bisherigen Rechtsprechung, die die darin liegende Besserstellung des Betriebsratsmitglieds gegenüber anderen Arbeitnehmern, die nach einer Bewerbung die angebotene Beförderung ablehnen, noch als mit § 78 S. 2 BetrVG vereinbar angesehen hat.
- Die Zulässigkeit einer höheren Vergütung soll nach der Begründung des Gesetzentwurfs aber selbst dann gelten, wenn es sich um eine Stelle in einem anderen Betrieb handelt, bei deren Antritt das Betriebsratsmitglied sein Amt verloren hätte. Mit Blick auf den Normzweck soll in diesen Fallkonstellationen der Umstand, dass der Vergütungsanspruch und die vertraglich geschuldete Tätigkeit auseinanderfallen, hingenommen werden. Diese Sichtweise kann der Gesetzgeber vertreten. Darin läge aber eine Abweichung von der bislang wohl überwiegenden Sichtweise in Rechtsprechung und Literatur, nach der fiktive Beförderungen dann keine Anpassung der Vergütung rechtfertigen, wenn die Annahme des angebotenen Arbeitsplatzes mit einer Beendigung des Betriebsratsmandats verbunden wäre. Das ist bei Arbeitsplätzen in einem anderen Betrieb ebenso wie bei Arbeitsplätzen, die mit einer Qualifikation als leitender Angestellter i. S. d. § 5 Abs. 3 BetrVG oder einer Organmitgliedschaft verbunden wären, der Fall; sie alle stellen keine betriebsübliche Entwicklung dar, wie sie von § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG vorausgesetzt wird. Es sollte deshalb im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, ob die Neuregelung diese Bewertung aufgeben oder an ihr festhalten möchte. Sofern letzterenfalls gewährleistet werden soll, dass auch bei einer hypothetischen Karriere der Bezug zu dem Betrieb, in dem das Amt besteht, nicht verloren geht, wäre es vorzugswürdig, in der Regelung des § 78 S. 3 BetrVG den Bezug zu konkreten freien Arbeitsplätzen im Betrieb herzustellen, wie es an anderer Stelle in der Begründung des Regierungsentwurfs auch erfolgt:

Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt im Hinblick auf das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vor, wenn das Mitglied einer in Satz 1 genannten Vertretung in seiner Person bezogen auf im Betrieb konkret vorhandene freie Arbeitsplätze die für die Gewährung des Arbeitsentgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung des Arbeitsentgelts nicht ermessensfehlerhaft erfolgt ist.

Sollte die geplante Gesetzesänderung in der vorliegenden Form umgesetzt werden, gibt dies zwar, wie angestrebt, den redlich handelnden Unternehmen und Betriebsratsmitgliedern etwas mehr Rechtssicherheit und ggf. auch Spielraum bei der Gestaltung der Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats. Dies kann jedoch *zum einen* nur genutzt werden, wenn die Beteiligten frühzeitig und transparent Vergleichsgruppen und ihre diesbezüglichen Überlegungen dokumentieren, ob in einer Betriebsvereinbarung oder außerhalb, erscheint zweitrangig. *Zum anderen* ist in allen Fällen, in denen Betriebsratsmitglieder über die Entwicklung ihrer Vergleichsgruppe gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG hinaus nach § 611a BGB in Verbindung mit § 78 Satz 2 BetrVG eine Karriere zugebilligt wird, zu dokumentieren, welche freien Stellen vorhanden waren, dass die Anforderungen an die Stellenbesetzung erfüllt waren und wie die Auswahlentscheidung getroffen wurde. Geschieht dies nicht, helfen in der Praxis auch die klarstellenden Regelungen wenig weiter.
