

Ausschussdrucksache **20(11)482**

---

## Information für den Ausschuss

Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Arbeitsrecht<sup>1</sup>

---

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**

<sup>1</sup> 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](mailto: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](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

## **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 konzidiert 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.

\*\*\*