

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, wengleich 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.