

Prof. Dr. Rainer SCHLEGEL
PRÄSIDENT DES BUNDESSOZIALGERICHTS

Ingrid SCHMIDT
PRÄSIDENTIN DES BUNDESARBEITSGERICHTS A.D.

Prof. Dr. Gregor THÜSING LL.M. (HARVARD)
DIREKTOR DES INSTITUTS FÜR ARBEITSRECHT UND DAS
RECHT DER SOZIALEN SICHERUNG UNIVERSITÄT BONN

Vorschläge der Kommission
„Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“

12. Juli 2023

A) Einsetzung einer Kommission „Rechtssichere Betriebsratsvergütung“

Der Bundesminister für Arbeit und Soziales hat zum 15. Mai 2023 eine dreiköpfige Kommission „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“ unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Rainer Schlegel, Präsident des Bundessozialgerichts, eingesetzt. Weitere Mitglieder sind Ingrid Schmidt, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts a.D., und Prof. Dr. Gregor Thüsing, Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und das Recht der sozialen Sicherheit, Universität Bonn. Die Kommission hat den Auftrag, dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales bis Anfang Juli 2023 einen Gesetzesvorschlag vorzulegen, der Rechtssicherheit bei der Bestimmung der Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats schafft.

Ziel ist, unter Beibehaltung der bisherigen betriebsverfassungsrechtlichen Konzeption die diesbezüglich vielfältige, gute betriebliche Praxis abzusichern und einer bei langjährig amtierenden Mitgliedern des Betriebsrats nicht auszuschließenden Gefahr einer strukturellen Benachteiligung in deren beruflichen Entwicklung entgegenzuwirken, ohne das Ehrenamtsprinzip aufzugeben. Wie das Einsetzungsschreiben aufzeigt, hat das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Januar 2023 (6 StR 133/12) zur Frage der Untreue bei Verstößen gegen das Begünstigungsverbot bei betriebsverfassungsrechtlichen Amtsträgern in Entgeltfragen in der Praxis zu Rechtsunsicherheiten geführt. Obgleich sich der Bundesgerichtshof in seiner Urteilsbegründung auch auf das Bundesarbeitsgericht bezieht, sind nicht alle Aspekte zur Bestimmung der Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts deutlich geworden. Infolge der dadurch entstandenen Rechtsunsicherheit haben mehrere Unternehmen präventiv die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern gekürzt, auch sind bereits Klagen gegen diese Kürzungen bekannt. Zudem sind Presseberichten zufolge vereinzelt Unternehmen mit anonymen Anzeigen und entsprechenden Ermittlungen der Staatsanwaltschaft konfrontiert. Aufgrund der entstandenen Rechtsunsicherheiten sind klarstellende gesetzliche Maßnahmen notwendig, um negative Folgen für die betriebliche Mitbestimmung insgesamt auszuschließen, ohne dabei die Möglichkeiten der Aufklärung und Ahndung von Verstößen gegen das Begünstigungsverbot einzuschränken.

Die Kommission ist unabhängig und entscheidet einvernehmlich. Sie hat im Rahmen dieses Auftrags am 12. Juni 2023 ein Hearing durchgeführt und Gesetzesänderungen nebst Begründung erarbeitet (dazu unter C). Am Hearing haben neben den Mitgliedern der Kommission Vertreter der Gewerkschaften (Yasmin Fahimi, Vorsitzende des DGB; Isabel Eder, IG BCE, und Roman Romanowski, IG Metall), Vertreter der Arbeitgeberseite (Stefan Kampeter, Hauptgeschäftsführer der BDA, Dr. Roland Wolf, Abteilungsleiter Arbeitsrecht und Tarifpolitik der BDA, und Andreas Batz, Leiter Konzernpersonalwesen der BMW Group) teilgenommen. Weiter haben als sachverständige Praktiker Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Rechtsanwalt Dr. Daniel M. Krause, LL.M., und Rechtsanwältin Prof. Dr. Marlene Schmidt über ihre Erfahrungen mit dem Thema der Entgeltfindung für Mitglieder des Betriebsrats berichtet. Die Kommission hat zudem die im arbeitsrechtlichen Schrifttum vorzufindenden Vorschläge einer Novellierung gesichtet und geprüft.

B) Rechtliche Grundlage

1. Das Betriebsratsamt als Ehrenamt mit Entgelt- und Benachteiligungsschutz

Die Mitglieder des Betriebsrats führen nach § 37 Absatz 1 BetrVG ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Das schon im Betriebsrätegesetz angelegte Ehrenamtsprinzip sichert die Unabhängigkeit der Mitglieder des Betriebsrats. Zur Wahrung der inneren und äußeren Unabhängigkeit der Mitglieder des Betriebsrats dürfen diese nach § 78 Satz 2 BetrVG wegen ihrer Betriebsratstätigkeit nicht begünstigt und nicht benachteiligt werden.¹ Dies gilt nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes auch für ihre berufliche Entwicklung.

Das Ehrenamtsprinzip trägt entscheidend dazu bei, dass die vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer davon ausgehen können, dass die Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nicht durch die Gewährung oder den Entzug materieller Vorteile für die Mitglieder des Betriebsrats beeinflussbar sind. Das stärkt die Akzeptanz der vom Betriebsrat mit zu tragenden Entscheidungen, die - wie etwa die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte im Bereich der sozialen Angelegenheiten, der Kündigungen und der Aufstellung von Sozialplänen zeigen - zwangsläufig auch mit Nachteilen für die Belegschaft oder einzelne Arbeitnehmer verbunden sein können. Die durch das Ehrenamtsprinzip gesicherte Unabhängigkeit des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber als betrieblichem Gegenspieler der Arbeitnehmer ist damit wesentliche Voraussetzung für eine sachgerechte Durchführung von Mitwirkung und Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz.²

2. Entgeltgarantie nach § 37 Absatz 4 BetrVG

Nach § 37 Absatz 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. § 37 Absatz 4 Satz 1 BetrVG soll sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden.³ Nach dem Zweck der Vorschrift, das Betriebsratsmitglied vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratstätigkeit zu schützen, kommt es darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Betriebsratstätigkeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist.⁴ Vergleichbar i.S.v. § 37 Absatz 4

¹ st. Rspr. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 - 7 AZR 401/14, Rn. 21 mwN.

² für viele: BAG, Urteil vom 5. März 1997 - 7 AZR 581/92, zu II 4 b bb) der Gründe.

³ st. Rspr., zuletzt BAG, Urteil vom 23. November 2022 - 7 AZR 122/22, Rn. 27 mwN.

⁴ st. Rspr., BAG, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 AZR 222/19, Rn. 20 mwN.

Satz 1 BetrVG sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren.⁵ Üblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Eine Üblichkeit entsteht aufgrund gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und einer von ihm aufgestellten Regel. Dabei muss der Geschehensablauf so typisch sein, dass aufgrund der Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten zumindest in der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle mit der jeweiligen Entwicklung gerechnet werden kann.⁶

§ 37 Absatz 4 BetrVG regelt damit einen Anspruch auf das Mindestentgelt, das ein Mitglied des Betriebsrats beanspruchen kann. Bleibt sein Arbeitsentgelt hinter demjenigen zurück, das andere Arbeitnehmer bei einer betriebsüblichen Entwicklung erzielen, besteht ein Anspruch auf Entgelterhöhung. Dieser Entgeltschutz verhindert Streitigkeiten darüber, ob das Betriebsratsamt ursächlich für diese betriebsunüblich geringe Entgeltentwicklung war.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat es dabei für zulässig erachtet, wenn Betriebsrat und Arbeitgeber sich auf ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer und zur gemeinsamen Auswahl solcher Vergleichspersonen verständigen, an denen sich die künftige Entgeltentwicklung orientieren soll.⁷ Es ist damit möglich – und entspricht verbreiteter Praxis – konkretisierende betriebliche Vereinbarungen zu § 37 Absatz 4 BetrVG – etwa zum Verfahren zur Bestimmung vergleichbarer Arbeitnehmer – zu treffen. Solche Regelungen müssen sich im Rahmen der normativen Vorgaben der §§ 37 Absatz 4 und 78 Satz 2 BetrVG bewegen. Denn diese Vorschriften sind zwingend und können weder durch Tarifvertrag noch aufgrund einer Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede abgeändert werden.⁸

3. Benachteiligungsschutz nach § 78 Satz 2 BetrVG

§ 37 Absatz 4 BetrVG soll die Durchsetzung des Benachteiligungsverbots durch einfach nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen erleichtern. Die Vorschrift enthält aber keine abschließende Regelung über die Höhe des Arbeitsentgelts eines Amtsträgers. Daneben kann sich ein unmittelbarer Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf eine bestimmte Vergütung aus § 611a Absatz 2 BGB i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG ergeben, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung wegen der Betriebsrats Tätigkeit darstellt.⁹

⁵ st. Rspr., BAG, Urteil vom 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16, Rn. 17.

⁶ st. Rspr., BAG, Urteil vom 23. November 2022 – 7 AZR 122/22, Rn. 29 mwN.

⁷ BAG, Urteil vom 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15, Rn. 22.

⁸ vgl. zu § 37 Abs. 3 BetrVG: BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 248/14, Rn. 33; zu § 37 Abs. 2 BetrVG: BAG, Urteil vom 13. Juli 1994 – 7 AZR 477/93, zu 2 der Gründe.

⁹ st. Rspr., BAG, Urteil vom 23. November 2022 – 7 AZR 122/22, Rn. 41.

§ 78 Satz 2 BetrVG enthält ein an den Arbeitgeber gerichtetes allgemeines Verbot, ein Betriebsratsmitglied wegen der Amtstätigkeit in seiner beruflichen Entwicklung zu benachteiligen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet den Mitgliedern der in § 78 Satz 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen eine berufliche Entwicklung zu gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Von dem Benachteiligungsverbot erfasst wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen.¹⁰

Ein Anspruch aus § 78 Satz 2 BetrVG setzt allerdings voraus, dass dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass es ohne seine Tätigkeit als Betriebsrat inzwischen mit einer Aufgabe betraut worden wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde. Es bedarf daher der, wenn auch auf Hilfstatsachen beruhenden Feststellung, dass das Betriebsratsmitglied diese berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte.¹¹

4. Verhältnis von § 37 Absatz 4 zu § 78 Satz 2 BetrVG

Während § 37 Absatz 4 BetrVG zur Vermeidung finanzieller Nachteile wegen Ausübung der Betriebsrats Tätigkeit (nur) auf ein Zurückbleiben der „Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Betriebsrats Tätigkeit in Relation zu derjenigen „vergleichbarer Arbeitnehmer“ abstellt¹² und ein allein entgeltbezogenes Benachteiligungsverbot regelt, normiert § 78 Satz 2 BetrVG ein allgemeines, umfassendes Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, sowohl in beruflicher als auch in finanzieller Hinsicht. Aus dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG kann sich ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Abschluss eines (Änderungs-)Arbeitsvertrages i.S.v. § 611a BGB mit einer höheren Vergütung ergeben, wenn sich die „Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds gerade wegen seiner Betriebsrats Tätigkeit“ darstellen würde.¹³ In diesem Fall scheidet zugleich eine Begünstigung des Betriebsratsmitglieds aus, auch wenn die aus § 78 Satz 2 BetrVG folgende Vergütung höher ist als die durch § 37 Absatz 4 BetrVG garantierte.

¹⁰ st. Rspr., BAG, Urteil vom 20. Januar 2021 – 7 AZR 52/20, Rn. 23 mwN.

¹¹ st. Rspr. BAG, Urteil vom 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 30.

¹² st. Rspr., BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04, zu I 2 a der Gründe.

¹³ vgl. BAG, Urteil vom 17. August 2005 – 7 AZR 528/04, zu 2 a, b der Gründe.

C) Vorschläge der Novellierung

Um diesen gesetzlichen Rahmen zu konkretisieren und um mehr Rechtssicherheit zu schaffen, schlägt die Kommission in Klarstellung der aktuellen Rechtslage sowohl eine Fortschreibung des § 37 Absatz 4 BetrVG als auch des § 78 Satz 2 BetrVG im Sinne des Ehrenamtsprinzips vor. Durch die präzisere Regelung wird das Risiko der Strafbarkeit redlich handelnder Arbeitgeber und betriebsverfassungsrechtlicher Amtsträger reduziert. Die Mitglieder des Betriebsrats erhalten durch die vorgeschlagenen Änderungen keinen zusätzlichen oder erhöhten Entgeltanspruch.

1. § 37 Absatz 4 BetrVG

a) Neufassung

§ 37 Absatz 4 BetrVG wird wie folgt um Sätze 3 bis 5 ergänzt:

„Die Vergleichbarkeit bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts, soweit nicht ein sachlicher Grund eine spätere Neubestimmung verlangt. 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.“

b) Begründung

§ 37 Absatz 4 Sätze 1 und 2 BetrVG enthalten ein entgeltbezogenes Benachteiligungsverbot in Form eines gesetzlichen Anspruchs des Betriebsratsmitglieds auf ein Mindestentgelt, das sich am Arbeitsentgelt „vergleichbarer Arbeitnehmer“ (Satz 1) und allgemeiner Zuwendungen an solche (Satz 2) orientiert. Damit knüpfen die Tatbestandsvoraussetzungen der Entgeltgarantie an der bei Amtsantritt im Betrieb ausgeübten konkreten beruflichen Tätigkeit an. Nach ihr bestimmt sich der Kreis vergleichbarer Arbeitnehmer, an deren betriebsüblichen Entgeltentwicklung das Betriebsratsmitglied teilnehmen soll. Fehlen im Betrieb Vergleichspersonen, können vergleichbare Arbeitnehmer eines anderen Betriebs herangezogen werden. Fehlen sie auch dort, ist auf die betriebsübliche Entwicklung der nächstvergleichbaren Arbeitnehmergruppen abzustellen und das Mindestentgelt in entsprechender Anwendung von § 287 ZPO zu schätzen.

Die von § 37 Absatz 4 Satz 1 BetrVG vorgegebene Vergleichsgruppenbildung kann während der Amtszeit eines Betriebsratsmitglieds tatsächlichen Änderungen unterliegen. Diese können, blieben sie unberücksichtigt, die gesetzliche Entgeltgarantie leerlaufen lassen oder zu einer über die konzeptionelle Normausgestaltung hinausgehenden Besserstellung des Betriebsratsmitglieds führen.¹⁴ In Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bestimmt daher die Regelung in Satz 3 grundsätzlich den Amtsbeginn als Zeitpunkt der Vergleichsgruppenbildung. Das gilt gleichermaßen für nicht freigestellte wie für freigestellte Mitglieder des Betriebsrats.

Ein sachlicher Grund kann jedoch eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe erforderlich machen. So kann etwa bei einem beruflichen Aufstieg eines Betriebsratsmitglieds, das die Anforderungen einer höherdotierten Stelle erfüllt und mit dem Arbeitgeber einen entsprechenden Änderungsvertrag schließt, mit Abschluss des Änderungsvertrags die Vergleichsgruppe aus sachlichem Grund wechseln und für die künftige Entgeltentwicklung neu zu bestimmen sein.¹⁵ Lehnt aber das Betriebsratsmitglied ein entsprechendes Vertragsangebot des Arbeitgebers unter Hinweis auf die Fortführung seiner Betriebsratstätigkeit ab, verbleibt es bei seiner bisherigen Vergleichsgruppe, denn die Tätigkeit, an der die Vergleichsgruppenbindung anknüpft, ändert sich nicht. In Anbetracht der Schutzmechanismen des § 37 Absatz 1 bis 3 BetrVG ist eine solche Ablehnung zudem nicht ohne weiteres betriebsratsbedingt.¹⁶ Erhält das Betriebsratsmitglied kein entsprechendes Vertragsangebot oder sieht es trotz vorhandener Qualifikation von einer Bewerbung um eine höherwertige Stelle ab, mag darin zwar eine Benachteiligung nach § 78 Satz 2 BetrVG liegen. Diese kann, soweit der Nachweis einer Benachteiligung gelingt, zu einem Entgeltanspruch nach § 611a BGB i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG führen, bedingt aber keine Änderung der Vergleichsgruppe. Der Mindestentgeltanspruch des § 37 Absatz 4 BetrVG erfasst nach seiner Konzeption keine hypothetischen Verläufe beruflichen Aufstiegs („hypothetische Karriere“ / „fiktiver Beförderungsanspruch“). Diese sind Gegenstand eines Anspruchs aus § 611a BGB i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG.

Die Regelung in den Sätzen 4 bis 5 sollen für die Betriebsparteien Anreize setzen, die Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern transparent im Voraus festzulegen. Regeln Arbeitgeber und Betriebsrat das Verfahren zur Festlegung von Vergleichsgruppen in einer Betriebsvereinbarung und wählen sie von den in der Betriebsvereinbarung bestimmten Vergleichskriterien ausgehend gemeinsam und in Textform dokumentiert konkret benannte Vergleichspersonen aus, sollen sowohl die Konkretisierung der Vergleichbarkeit in einer solchen Betriebsvereinbarung als auch die konkrete Festlegung der Vergleichspersonen durch die Betriebsparteien nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden können. Angesichts der Vielfalt betrieblicher Stellenanforderungen und -bewertungen sollen den Betriebsparteien über die Rechtspre-

¹⁴ st. Rspr., BAG, Urteil vom 23. November 2022 – 7 AZR 122/22, Rn. 38.

¹⁵ BAG, Urteil vom 23. November 2022 - 7 AZR 122/22, Rn. 39 für den Fall der Vereinbarung einer geringer dotierten Stelle.

¹⁶ vgl. BAG, Urteil vom 23. November 2022 – 7 AZR 122/22, Rn. 39.

chung des Bundesarbeitsgerichts hinaus keine konkreten Kriterien zur Bestimmung der jeweiligen Vergleichsvorgaben gemacht werden. Es genügt eine Orientierung an dem durch die Rechtsprechung aufgestellten Leitbild.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind vergleichbar diejenigen Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme (Satz 3 neu) ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren.¹⁷ Grob fehlerhaft ist die Konkretisierung der jeweiligen Vergleichbarkeitsmerkmale in der Betriebsvereinbarung, wenn sie sich nicht an diesen Kriterien orientiert, sachwidrige weitere Kriterien benennt, wesentliche Kriterien unberücksichtigt lässt oder diese Kriterien im Verhältnis zueinander eindeutig unzureichend oder mit eindeutig verfehlter Gewichtung berücksichtigt.

Sind die in der Betriebsvereinbarung aufgestellten Kriterien nicht grob fehlerhaft, steht den Betriebsparteien ein Beurteilungsspielraum bei der Bildung der konkreten, auf das einzelne Betriebsratsmitglied zu beziehenden Vergleichsgruppe zu. Die Gruppe der ausgewählten Vergleichspersonen muss aber hinreichend groß sein, um repräsentativ zu sein. Denn die ausgewählten vergleichbaren Arbeitnehmer, an der die betriebsübliche Entwicklung nachvollzogen wird, bleiben auch dann maßgebliche Bezugspersonen, wenn ein Vergleich mit allen vergleichbaren Arbeitnehmern eine weitergehende oder geringere Entwicklung als betriebsüblich erscheinen lässt. Der den Betriebsparteien insgesamt zustehende Beurteilungsspielraum ist erst bei grober Fehlerhaftigkeit des Auswahlermessens nicht gewahrt. Das ist der Fall, wenn die in der Betriebsvereinbarung aufgestellten Vergleichskriterien missachtet werden und damit die Bildung der Vergleichsgruppe evident unzulänglich ist.

Genügen sowohl die Vergleichbarkeitsmerkmale als auch die Auswahlentscheidung den Anforderungen der Sätze 4 bis 5, ist die jeweilige Vergleichsgruppenbildung auch für das normunterworfenen Betriebsratsmitglied verbindlich, soweit die auf seine Person bezogene Auswahl von den Betriebsparteien gemeinsam vorgenommen worden und in Textform – und damit rechtssicher - dokumentiert ist. Fehlt es an solchen Festlegungen in einer Betriebsvereinbarung und einer darauf aufbauenden Vergleichsgruppenbildung, bleibt es – wie bisher - bei einem gerichtlich durchsetzbaren Auskunftsanspruch¹⁸ des Mitglieds des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber, ihm auf Verlangen die mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer zu benennen.

¹⁷ st. Rspr., BAG, Urteil vom 23. November 2022 – 7 AZR 122/22, Rn. 28; BAG, Urteil vom 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15, Rn. 16.

¹⁸ BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04, zu I 1 der Gründe.

2. Neufassung des § 78 Satz 2 BetrVG

a) § 78 wird wie folgt um einen Satz 3 ergänzt:

„Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt im Hinblick auf das gezahlte Entgelt nicht vor, wenn das Mitglied der in Satz 1 genannten Vertretungen in seiner Person die für deren Gewährung erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.“

b) Begründung

Schutzgut der Norm ist die Unabhängigkeit der Organe des Betriebsverfassungsrechts und damit die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung, wozu auch die sachliche und personelle Kontinuität der Arbeit der in § 78 BetrVG genannten Vertretungen zählt.¹⁹ Der Normzweck ist damit nicht nur individuell personenbezogen, sondern zugleich kollektiv gremienbezogen.²⁰

Eine Benachteiligung i.S.v. § 78 Satz 2 BetrVG ist jede Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Träger eines betriebsverfassungsrechtlichen Amtes beruht. Gleiches gilt für eine Begünstigung. Eine entsprechende Absicht ist nicht erforderlich; die objektive Schlechter- oder Besserstellung gegenüber betriebszugehörigen Arbeitnehmern genügt.²¹ Die verbotene Benachteiligung oder Begünstigung kann sowohl in einer einseitigen Maßnahme des Arbeitgebers als auch in einer vertraglichen Vereinbarung liegen. Der neue Satz 3 stellt in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts klar, dass eine Begünstigung oder Benachteiligung im Hinblick auf das gezahlte Entgelt nicht vorliegt, wenn der jeweilige Amtsträger in seiner Person bezogen auf im Betrieb konkret vorhandene Arbeitsplätze die für die Gewährung des Entgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt. Personalauswahlentscheidungen im Bereich der privaten Wirtschaft müssen sich nicht nach objektiv feststellbaren Kriterien richten. Sie können legitimerweise auf subjektiven, diskriminierungsfreien Einschätzungen und Bewertungen beruhen. Dieses - von Art. 12 Absatz 1 GG garantierte - Auswahlermessen bedarf jedoch keines Schutzes, wenn die hierfür geltenden Grenzen nicht gewahrt werden.

Die Schutzbestimmung des § 78 Satz 2 BetrVG erfasst auch die berufliche Entwicklung der Mitglieder der in dieser Vorschrift aufgeführten Gremien. Sie verbietet es dem Arbeitgeber, deren Mitglieder in ihrer beruflichen Entwicklung zu benachteiligen. Er ist gehalten, ihnen eine berufliche Entwicklung zu gewährleisten, die sie ohne Amtstätigkeit durchlaufen hätten

¹⁹ BAG, Urteil vom 25. Juni 2014 – 7 AZR 847/12, Rn. 33.

²⁰ BAG, Urteil vom 25. Juni 2014 – 7 AZR 847/12, Rn. 34.

²¹ vgl. BAG, Beschluss vom 20. Januar 2010 – 7 ABR 68/08, Rn. 11; BAG, Urteil vom 5. Dezember 2012 – 7 AZR 698/11, Rn. 47.

und das entsprechende Entgelt zu zahlen. Es entspricht langjähriger gefestigter Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme oder Freistellung nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, vom Arbeitgeber nach § 611a BGB i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG die Zahlung einer entsprechend höheren Vergütung durch Zuerkennung eines „fiktiven Beförderungsanspruchs“ verlangen kann.²² Das in § 78 Satz 2 normierte Begünstigungsverbot verpflichtet ein Mitglied des Betriebsrats nicht, sich mit der Mindestentwicklung nach § 37 Absatz 4 BetrVG zu begnügen. Im Gegenteil: Es würde ihn sachwidrig benachteiligen und zudem die Bereitschaft gerade besonders befähigter Arbeitnehmer mit überdurchschnittlichen beruflichen Entwicklungschancen mindern, sich für die Übernahme betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben zur Verfügung zu stellen.

Will ein Amtsträger geltend machen, dass er ohne Aufnahme, Ausübung oder Fortführung seines Amtes oder ohne seine Freistellung durch Beförderungen einen beruflichen Aufstieg genommen hätte (hypothetische Karriereentwicklung), bedarf es eines Vortrags, aus dem folgt, dass seine Bewerbung auf eine bestimmte höherdotierte Stelle gerade wegen seiner Amtstätigkeit/Freistellung erfolglos geblieben ist. Hat ein freigestellter Amtsträger von einer solchen Bewerbung abgesehen, muss er zur Begründung eines fiktiven Beförderungsanspruchs darlegen, dass die Bewerbung gerade wegen der Freistellung unterblieben ist und ohne die Freistellung erfolgreich gewesen wäre. Scheitert eine tatsächliche oder fiktive Bewerbung an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen oder daran, dass der Arbeitgeber sich zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation in Folge der Freistellung außerstande gesehen hat, kann dennoch ein fiktiver Beförderungsanspruch des Amtsträgers bestehen, wenn diese Defizite auf die Freistellung zurückzuführen sind.²³ Danach knüpft ein fiktiver Beförderungsanspruch stets an die Besetzung einer konkreten Stelle an. Das schließt typischerweise eine Begünstigung aus, soweit der Amtsträger über die Qualifikationsanforderungen einer solchen Stelle verfügt und ein anderer Bewerber aus Sicht des Arbeitgebers aus sachlichen Gründen nicht vorzugswürdig ist.

Die durch die Rechtsprechung klar konturierten Anspruchsvoraussetzungen eines fiktiven Beförderungsanspruchs bedürfen keiner gesonderten Kodifikation. Zur Vermeidung von beruflichen Nachteilen aber auch von sachwidrigen Begünstigungen der Amtsträger bedarf es jedoch der Konkretisierung der Verbotsnorm in Bezug auf den beruflichen Aufstieg. Nach der Ergänzung des § 78 BetrVG um einen Satz 3 fehlt es an einer Benachteiligung wie an einer Begünstigung im Hinblick auf das gezahlte Entgelt, wenn der Amtsträger in seiner Person die für deren Gewährung erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.

Generell gilt: Soweit der Arbeitgeber eine plausible, nachvollziehbare Eingruppierung mit dem Mitglied des Betriebsrats in Bezug auf eine konkrete Stelle im Betrieb vereinbart, ist

²² BAG, Urteil vom 20. Januar 2021 – 7 AZR 52/20, Rn. 24.

²³ st. Rspr. BAG, Urteil vom 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 31 mwN.

eine darauf gerichtete Änderungsvereinbarung keine Benachteiligung oder Begünstigung. Eine entsprechende Vereinbarung ist erst dann ermessensfehlerhaft und damit als Begünstigung unwirksam, wenn die Vertragsparteien nicht vernünftigerweise davon ausgehen konnten, eine zutreffende Bewertung hypothetischer Gehalts- oder Karriereentwicklung vorgenommen zu haben. Nur eine danach unvertretbare Eingruppierung führt zur zivilrechtlichen Unwirksamkeit, unabhängig davon, ob eine Begünstigungs- oder Benachteiligungsabsicht vorliegt oder nicht. Dabei kann es sachlich gerechtfertigt sein, bei einer solchen Stellenbesetzung auch die durch und während der Amtstätigkeit erworbenen Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikationen zu berücksichtigen, soweit sie im Unternehmen auch außerhalb des Betriebsratsamts für die jeweilige Stelle karriere- und vergütungsrelevant sind. Sie sind das Ergebnis eines individuellen persönlichen Lernprozesses des Betriebsratsmitglieds und nicht ohne weiteres durch eine Funktion im Betriebsrat oder einem seiner Ausschüsse oder Gremien vorgegeben. Nicht berücksichtigungsfähig ist indes, dass etwa ein Mitglied des Betriebsrats ggf. mit Vorständen und Managern „auf Augenhöhe verhandelt“ oder „komplexe Aufgaben“ wahrnimmt oder in „unternehmerische Entscheidungskomplexe eingebunden“ ist. Diese Maßstäbe knüpfen in unzulässiger Weise an die Betriebsratstätigkeit als solche an und finden keine Stütze im Betriebsverfassungsgesetz.²⁴

Auch der bloße Zuwachs an Kompetenzen, Kenntnissen und Fähigkeiten während der Ausübung des Amtes als Betriebsrat begründet ohne Bezug zu einer konkreten Stelle im Betrieb und deren Anforderungsprofil keinen Anspruch nach § 78 Satz 2 BetrVG auf eine höhere Vergütung; hierin liegt keine Benachteiligung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern, deren bloßer persönlicher Kompetenzzuwachs ebenfalls nicht ohne Weiteres, insbesondere ohne Beförderung zu einem entsprechend höheren Vergütungsanspruch führt.

Gibt es im Betrieb dagegen eine freie Stelle, deren Anforderungsprofil das Mitglied des Betriebsrates erfüllt, kann das nicht freigestellte Betriebsratsmitglied auf diese Stellen versetzt werden, wenn es diese Stelle in betriebsüblichem Vorgehen angeboten bekommt oder sich hierauf bewirbt und im Auswahlprozess gegen eventuelle Mitbewerber durchsetzt; das Betriebsratsmitglied wird dann ohne Begünstigung befördert. Gleiches gilt, wenn das Betriebsratsmitglied freigestellt ist; in diesem Fall wird der Arbeitgeber bei fortbestehender Freistellung die Stelle allerdings regelmäßig zusätzlich mit einem anderen Bewerber besetzen müssen (Doppelbesetzung), um den Betriebsablauf zu gewährleisten. Eine Begünstigung des Freigestellten i.S.v. § 78 Satz 2 BetrVG liegt hierin nicht. Ebenso wenig ist es eine Benachteiligung, wenn ein Amtsträger ohne anzuerkennende Gründe in seinem Amt der Versetzung auf eine weniger qualifizierte Stelle zustimmt und die Vergütung entsprechend abgesenkt wird.²⁵

Eine unzulässige Begünstigung liegt auch dann nicht vor, wenn das Betriebsratsmitglied vom Arbeitgeber ein Stellenangebot etwa in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens er-

²⁴ BGH, Urteil vom 10. Januar 2023 – 6 StR 133/22.

²⁵ BAG, Urteil vom 23. November 2022 - 7 AZR 122/22, Rn. 39.

hält, für welche es die Anforderungen des Stellenprofils erfüllt, das Mitglied des Betriebsrates (freigestellt/nicht freigestellt) das Stellenangebot aber ablehnt, um die Kontinuität der Betriebsratstätigkeit zu gewährleisten. Das entspricht dem kollektiven Schutzzweck der Norm.

Gibt es im Betrieb Stellen, auf denen die Kompetenzen etc. des Betriebsratsmitglieds gemäß Anforderungsprofil erforderlich sind, sind diese Stellen jedoch nicht frei, kann ein nicht freigestelltes Betriebsratsmitglied nicht befördert werden; ein Anspruch nach § 78 Satz 2 BetrVG scheidet dann zwangsläufig aus. Ebenso wenig kann ein freigestelltes Mitglied des Betriebsrates auf besetzte Stellen befördert werden; geschieht dies trotzdem bei fortbestehender Freistellung begründet dies eine Begünstigung i.S.v. § 78 Satz 2 BetrVG, weil auch sonst Arbeitnehmer regelmäßig nicht auf bereits besetzte Stellen befördert werden.

gez. Schlegel

gez. Schmidt

gez. Thüsing