

**03.11.23**

AIS - Wi

## **Gesetzentwurf der Bundesregierung**

---

### **Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes**

#### **A. Problem und Ziel**

Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Sie sind von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts im notwendigen Umfang zu befreien, um ihr Betriebsratsamt ausüben zu können. Während der Freistellung ist das Arbeitsentgelt nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen.

Betriebsratsmitglieder dürfen nach § 78 Satz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Das gilt auch für ihre berufliche Entwicklung einschließlich des Arbeitsentgelts. Das Benachteiligungsverbot wird ergänzt durch einen Mindestvergütungsanspruch. Nach § 37 Absatz 4 BetrVG darf das Arbeitsentgelt nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung.

Ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Januar 2023 (6 StR 133/22) zur Frage der Untreue bei Verstößen gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot hat in der Praxis vermehrt zu Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung der vorgenannten Grundsätze geführt. Obgleich sich der Bundesgerichtshof in seiner Urteilsbegründung auch auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bezog, wurden nicht alle Aspekte zur Bestimmung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern deutlich. Infolge der dadurch in der Praxis entstanden Rechtsunsicherheiten haben vermehrt Unternehmen präventiv die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern gekürzt.

Um negative Folgen für die betriebliche Mitbestimmung insgesamt auszuschließen, sind klarstellende gesetzliche Maßnahmen notwendig, ohne dabei die Möglichkeit der Aufklärung und Ahndung von Verstößen gegen das Begünstigungsverbot einzuschränken.

#### **B. Lösung**

In Klarstellung der aktuellen Rechtslage soll eine Fortschreibung sowohl des § 37 Absatz 4 als auch des § 78 Satz 2 BetrVG im Sinne des Ehrenamtsprinzips erfolgen. Durch eine präzisere Regelung soll das Risiko von Verstößen redlich handelnder Arbeitgeber und betriebsverfassungsrechtlicher Amtsträger gegen das betriebsverfassungsrechtliche Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot reduziert werden. Neue oder zusätzliche Entgeltansprüche werden nicht geschaffen.

---

Fristablauf: 15.12.23

besonders eilbedürftige Vorlage gemäß Artikel 76 Absatz 2 Satz 4 GG

## **C. Alternativen**

Keine.

## **D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Es entstehen keine Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

## **E. Erfüllungsaufwand**

### **E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Für Bürgerinnen und Bürger entsteht kein Erfüllungsaufwand.

### **E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Für die Wirtschaft entsteht kein Erfüllungsaufwand.

#### **Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten**

Es entstehen keine Bürokratiekosten aus Informationspflichten.

### **E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung**

Für die Verwaltung entsteht kein Erfüllungsaufwand.

## **F. Weitere Kosten**

Es entstehen durch das Gesetz keine weiteren Kosten für die Wirtschaft oder für soziale Sicherungssysteme. Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

03.11.23

AIS - Wi

**Gesetzentwurf**  
der Bundesregierung**Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes**Bundesrepublik Deutschland  
Der Bundeskanzler

Berlin, 3. November 2023

An die  
Präsidentin des Bundesrates  
Frau Ministerpräsidentin  
Manuela Schwesig

Sehr geehrte Frau Präsidentin,

hiermit übersende ich gemäß Artikel 76 Absatz 2 Satz 4 des Grundgesetzes den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des  
Betriebsverfassungsgesetzes

mit Begründung und Vorblatt.

Der Gesetzentwurf ist besonders eilbedürftig. Vor dem Hintergrund der durch das Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 10. Januar 2023 - 6 StR 133/22 zur Frage der Untreue bei Verstößen gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot in der Praxis ausgelösten und weiter anhaltenden Rechtsunsicherheiten sollen Arbeitgeber und Betriebsräten möglichst zeitnah praktikable Regelungen zur Bestimmung der Vergütung von Betriebsräten an die Hand gegeben werden.

Federführend ist das Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

Mit freundlichen Grüßen  
Olaf Scholz

Fristablauf: 15.12.23

besonders eilbedürftige Vorlage gemäß Artikel 76 Absatz 2 Satz 4 GG



# **Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes**

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

## **Artikel 1**

### **Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes**

Das Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Artikel 6d des Gesetzes vom 16. September 2022 (BGBl. I S. 1454) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 37 Absatz 4 werden folgende Sätze angefügt:

„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. 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.“

2. Dem § 78 wird folgender Satz angefügt:

„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.“

## **Artikel 2**

### **Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

## **Begründung**

### **A. Allgemeiner Teil**

#### **I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen**

Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Sie sind von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts im notwendigen Umfang zu befreien, um ihr Betriebsratsamt ausüben zu können. Während der Freistellung ist das Arbeitsentgelt nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen.

Betriebsratsmitglieder dürfen nach § 78 Satz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Das gilt auch für ihre berufliche Entwicklung einschließlich des Arbeitsentgelts. Das Benachteiligungsverbot wird ergänzt durch einen Mindestvergütungsanspruch. Nach § 37 Absatz 4 BetrVG darf das Arbeitsentgelt nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung.

Bei der Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die berufliche Entwicklung von Betriebsratsmitgliedern, insbesondere bei langjährig freigestellten, sind in der Praxis aufgrund eines Urteils des Bundesgerichtshofs vom 10. Januar 2023 (6 StR 133/22), welches den Vorwurf strafrechtlicher Untreue aufgrund von Verstößen gegen das Begünstigungsverbot bei der Betriebsratsvergütung betraf, Rechtsunsicherheiten entstanden.

Aufgrund dessen 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.

#### **II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs**

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. Mitglieder des Betriebsrats sind von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit dies zur ordnungsgemäßen Ausübung ihres Betriebsratsamtes erforderlich ist. Das Arbeitsentgelt ist während der Freistellung nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen.

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. Dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung einschließlich des sich daraus ergebenden Arbeitsentgelts.

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 Arbeitnehmerinnen und 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 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden. 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 Betriebsratsstätigkeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zurückgeblieben ist. § 37 Absatz 4 BetrVG regelt einen Anspruch auf das Mindestentgelt, das ein Mitglied des Betriebsrats beanspruchen kann. Bleibt sein Arbeitsentgelt hinter demjenigen zurück, das andere Arbeitnehmerinnen und 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.

§ 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, wie in der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bestätigt, 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 Betriebsratsstätigkeit darstellt (BAG, Urteil vom 20. Januar 2021 - 7 AZR 52/20, Rn. 23).

Bei der Anwendung der Vorschriften sind in der Praxis aufgrund des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 10. Januar 2023 (6 StR 133/22) erhebliche Unsicherheiten entstanden. Obgleich sich der Bundesgerichtshof in seiner Urteilsbegründung auch auf das Bundesarbeitsgericht bezieht, wurden nicht alle Aspekte zur Bestimmung der Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts deutlich. Infolge der dadurch entstandenen Rechtsunsicherheit haben mehrere Unternehmen präventiv die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern gekürzt.

Aufgrund dessen soll in Klarstellung der aktuellen Rechtslage eine Fortschreibung des § 37 Absatz 4 als auch des § 78 Satz 2 BetrVG im Sinne des Ehrenamtsprinzips erfolgen. Durch eine präzisere Regelung soll das Risiko von Verstößen redlich handelnder Arbeitgeber und betriebsverfassungsrechtlicher Amtsträger gegen das betriebsverfassungsrechtliche Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot reduziert werden. Neue oder zusätzliche Entgeltansprüche werden nicht geschaffen.

In § 37 Absatz 4 BetrVG soll klargestellt werden, dass zur Bestimmung der mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts abzustellen ist. Bei Vorliegen eines sachlichen Grundes kann eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe vorgenommen werden. Betriebsparteien sollen im Einklang mit bestehender Rechtsprechung in einer Betriebsvereinbarung ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer regeln können. Die Konkretisierung der Vergleichbarkeit in der Betriebsvereinbarung soll künftig nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden können. Gleiches soll für eine anschließende Festlegung der konkreten Vergleichspersonen durch Arbeitgeber und Betriebsrat gelten, wenn sie in Textform festgehalten wird.

Des Weiteren sollen die Maßstäbe des Verbots der Begünstigung oder Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern (§ 78 BetrVG) dahingehend konkretisiert werden, dass eine Begünstigung oder Benachteiligung im Hinblick auf das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vorliegt, wenn das Betriebsratsmitglied die für die Gewährung des Arbeitsentgelts erforderlichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.

### **III. Alternativen**

Keine.

#### **IV. Gesetzgebungskompetenz**

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 12 des Grundgesetzes (Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung).

#### **V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen**

Es existieren keine entgegenstehenden Rechtsvorschriften der Europäischen Union oder in völkerrechtlichen Verträgen.

#### **VI. Gesetzesfolgen**

##### **1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung**

Der Gesetzentwurf vereinfacht durch die vorgesehenen Klarstellungen die Anwendung der Regelungen über die aus der beruflichen Entwicklung von Betriebsratsmitgliedern folgende Vergütung. Der Gesetzentwurf sieht keine Verwaltungsvereinfachung vor.

##### **2. Nachhaltigkeitsaspekte**

Eine nachhaltige Entwicklung ist Leitbild der Politik der Bundesregierung. Der Gesetzentwurf steht im Einklang mit dem Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie. Das Regelungsvorhaben trägt zur Erreichung der Ziele im Bereich Beschäftigung (Indikator 8.5) der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie bei, indem die demokratische Teilhabe der Beschäftigten an den Entscheidungen des Arbeitgebers, die die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betreffen, gestärkt wird. Eine solche Teilhabe wird insbesondere durch die Interessenvertretung durch einen Betriebsrat ermöglicht. Die vorgesehenen Klarstellungen erhöhen für Betriebsratsmitglieder und Beschäftigte, die ein Betriebsratsamt anstreben, die notwendige Sicherheit über die vergütungsbezogenen beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten von Betriebsratsmitgliedern.

##### **3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Es entstehen keine Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

##### **4. Erfüllungsaufwand**

Für die Bürgerinnen und Bürger wird kein Erfüllungsaufwand erwartet.

Für die Wirtschaft entsteht ebenfalls kein Erfüllungsaufwand. Das Gesetz enthält Klarstellungen der Rechtslage zur Betriebsratsvergütung, die die Anwendung der Rechtsvorschriften in der Praxis erleichtern und keinen neuen Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft generieren.

Für die Verwaltung entsteht kein Erfüllungsaufwand.

##### **5. Weitere Kosten**

Es entstehen durch das Gesetz keine weiteren Kosten für die Wirtschaft oder für soziale Sicherungssysteme. Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.



## **6. Weitere Gesetzesfolgen**

Das Gesetz kann die demokratische Teilhabe und das soziale Miteinander der Bürgerinnen und Bürger am Arbeitsplatz stärken. Durch klarere gesetzliche Vorgaben für die entgeltbezogene berufliche Entwicklung von Betriebsratsmitgliedern werden die Rahmenbedingungen für die Amtsausübung der Betriebsratsmitglieder als Akteure der betrieblichen Mitbestimmung und demokratischen Teilhabe gestärkt.

Der Gesetzentwurf wurde auf seine Gleichstellungsrelevanz überprüft. Die Regelungen beziehen sich in gleichem Maße auf Frauen und Männer.

Auswirkungen des Gesetzentwurfs auf Verbraucherinnen und Verbraucher sind nicht gegeben.

## **VII. Befristung; Evaluierung**

Die mit dem Gesetz vorgesehenen Klarstellungen sollen die in der Praxis aufgetretenen Unsicherheiten bei der Anwendung der Vorschriften über die entgeltbezogene berufliche Entwicklung dauerhaft lösen, sodass eine Befristung des Gesetzes nicht in Betracht kommt. Eine Evaluierung des Gesetzes ist nicht vorgesehen, da keine grundlegende Änderung der Vorschriften zur Bestimmung der Betriebsratsvergütung erfolgt und kein Erfüllungsaufwand entsteht.

## **B. Besonderer Teil**

### **Zu Artikel 1 (Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes)**

#### **Zu Nummer 1 (§ 37 Absatz 4)**

Nach § 37 Absatz 4 Satz 1 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 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung. Damit soll als Mindestschutz durch einfacher nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen sichergestellt werden, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit betriebsüblicher Entwicklung Nachteile erleiden (ständige Rechtsprechung, zuletzt BAG, Urteil vom 23. November 2022 – 7 AZR 122/22, Rn. 27, 41 m.w.N.). Bleibt das Arbeitsentgelt eines Mitglieds des Betriebsrats hinter demjenigen zurück, welches die mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei einer betriebsüblichen Entwicklung erzielen, hat es einen entsprechenden Anspruch auf Entgelterhöhung nach Absatz 4.

Mit den neuen Sätzen 3 bis 5 werden unter Zugrundelegung der bestehenden Rechtsprechung die Vorgaben für die Bestimmung der mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weiter konkretisiert und Anreize für mehr Transparenz geschaffen.

#### Zu Satz 3:

Mit dem neuen Satz 3 wird der Zeitpunkt konkretisiert, zu dem die vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Satz 1 zu bestimmen sind.

§ 37 Absatz 4 Satz 1 und 2 enthält 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. Die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Entgeltgarantie knüpfen nach ständiger Rechtsprechung an die bei Amtsübernahme im Betrieb ausgeübte konkrete berufliche Tätigkeit an (vgl. BAG, Urteil vom 22. Januar 2020 - 7 AZR 222/19, Rn. 25). Nach ihr bestimmt sich der Kreis vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, an deren betriebsüblichen Entgeltentwicklung das Betriebsratsmitglied teilnehmen soll. Fehlen im Betrieb Vergleichspersonen, können vergleichbare Arbeitnehmerinnen und 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.

In Einklang mit dieser Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird nunmehr mit der Regelung in Satz 3 grundsätzlich die Amtsübernahme als Zeitpunkt der Vergleichsgruppenbildung bestimmt. Das gilt gleichermaßen für nicht freigestellte wie für freigestellte Mitglieder des Betriebsrats.

Die von § 37 Absatz 4 Satz 1 vorgegebene Vergleichsgruppenbildung kann jedoch 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 (vgl. dazu BAG, Urteil vom 23. November 2022 - 7 AZR 122/22, Rn. 38). Ein sachlicher Grund kann deshalb eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe erforderlich machen.

Beispielsweise kann bei einem beruflichen Aufstieg eines Betriebsratsmitglieds, das die Anforderungen einer höherdotierten Stelle erfüllt und mit dem Arbeitgeber einen entsprechenden Änderungsvertrag schließt, im Anschluss daran die Vergleichsgruppe aus sachlichem Grund neu zu bestimmen sein (so bereits für den Fall der Vereinbarung einer geringer dotierten Stelle das BAG, Urteil vom 23. November 2022 – 7 AZR 122/22, Rn. 39).

Lehnt aber das Betriebsratsmitglied ein entsprechendes Vertragsangebot des Arbeitgebers unter Hinweis auf die Fortführung seiner Betriebsrats Tätigkeit ab, verbleibt es bei seiner bisherigen Vergleichsgruppe, denn die Tätigkeit, an der die Vergleichsgruppenbildung anknüpft, ändert sich nicht. In Anbetracht der Schutzmechanismen des § 37 Absatz 1 bis 3 ist eine solche Ablehnung zudem nicht ohne weiteres betriebsratsbedingt (vgl. BAG, Urteil vom 23. November 2022 - 7 AZR 122/22, Rn. 39). 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 liegen. Diese kann, soweit der Nachweis einer Benachteiligung gelingt, zu einem Entgeltanspruch nach § 611a BGB in Verbindung mit § 78 Satz 2 BetrVG führen, bedingt aber keine Änderung der Vergleichsgruppe. Der Mindestentgeltanspruch des § 37 Absatz 4 erfasst nach seiner Konzeption keine hypothetischen Verläufe beruflichen Aufstiegs („hypothetische Karriere“ / „fiktiver Beförderungsanspruch“). Diese sind Gegenstand eines Anspruchs aus § 611a BGB in Verbindung mit § 78 Satz 2 BetrVG.

#### Zu Satz 4 und 5

Die Regelung in den Sätzen 4 bis 5 soll für die Betriebsparteien Anreize setzen, die Vergleichbarkeit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern transparent im Voraus festzulegen.

Mit dem neuen Satz 4 wird in Einklang mit der hierzu ergangenen Rechtsprechung klargestellt, dass die Betriebsparteien in einer Betriebsvereinbarung ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer treffen können (vgl. BAG, Urteil vom 18. Januar 2017, 7 AZR 205/15, Rn 22). Regeln Arbeitgeber und Betriebsrat das Verfahren zur Festlegung von Vergleichsgruppen in einer Betriebsvereinbarung, ist die darin getroffene Konkretisierung der Vergleichbarkeit nach Satz 5 nur auf grobe Fehlerhaftigkeit

überprüfbar. Gleiches gilt, wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat ausgehend von den in der Betriebsvereinbarung bestimmten Vergleichskriterien auf die Festlegung konkreter Vergleichspersonen einigen und dies in Textform (§ 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs) niederlegen.

Angesichts der Vielfalt betrieblicher Stellenanforderungen und -bewertungen werden den Betriebsparteien keine konkreten Kriterien zur Bestimmung der jeweiligen Vergleichsvorgaben gemacht. Es genügt eine Orientierung an dem gesetzlichen Leitbild, wie es durch die Rechtsprechung konkretisiert worden ist. Danach sind vergleichbar diejenigen Arbeitnehmerinnen und 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 (ständige Rechtsprechung, BAG, Urteil vom 23. November 2022 - 7 AZR 122/22, Rn. 28; BAG, Urteil vom 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15, Rn. 16). 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 verfehelter Gewichtung berücksichtigt.

Sind die in der Betriebsvereinbarung aufgestellten Kriterien nicht grob fehlerhaft, steht damit den Betriebsparteien ein Beurteilungsspielraum bei der Bildung der konkreten, auf das einzelne Betriebsratsmitglied zu beziehenden Vergleichsgruppe zu. Der den Betriebsparteien insgesamt zustehende Beurteilungsspielraum ist erst bei grober Fehlerhaftigkeit des Auswahlmessens 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 in der Betriebsvereinbarung festgelegten Vergleichbarkeitsmerkmale als auch die in Textform einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgte Festlegung der Vergleichsgruppe den Anforderungen der Sätze 4 und 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 beispielsweise an solchen Festlegungen in einer Betriebsvereinbarung und einer darauf aufbauenden Vergleichsgruppenbildung, bleibt es – wie bisher – bei einem gerichtlich durchsetzbaren Auskunftsanspruch (vgl. BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04, zu I 1 der Gründe) des Mitglieds des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber, ihm auf Verlangen die mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu benennen.

## **Zu Nummer 2 (§ 78)**

Während § 37 Absatz 4 zur Vermeidung finanzieller Nachteile wegen der Ausübung der Betriebsrats Tätigkeit auf ein Zurückbleiben der Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Betriebsrats Tätigkeit in Relation zu derjenigen „vergleichbarer Arbeitnehmer“ abstellt, normiert § 78 Satz 2 ein allgemeines, umfassendes Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, das auch die berufliche Entwicklung der Mitglieder der in § 78 Satz 1 aufgeführten Gremien erfasst. Die Schutzbestimmung des § 78 Satz 2 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 und das entsprechende Entgelt zu zahlen. Dementsprechend enthält § 37 Absatz 4 keine abschließende Regelung über die Höhe des Arbeitsentgelts eines Betriebsrats. Daneben kann ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen wäre, den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung nach § 611a BGB i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG in Anspruch nehmen (ständige Rechtsprechung, BAG Urteil vom 20. Januar 2021 – 7 AZR 52/20, Rn. 23 m.w.N.).

Die Anspruchsvoraussetzungen eines solchen fiktiven Beförderungsanspruchs wurden durch die Rechtsprechung bereits klar konturiert (vgl. BAG, Urteil vom 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 31 m.w.N.). Zur Vermeidung von beruflichen Nachteilen aber auch von sachwidrigen Begünstigungen der Amtsträger wird jedoch die Verbotsnorm des § 78 in Bezug auf den beruflichen Aufstieg konkretisiert.

Mit dem neuen Satz 3 werden Kriterien vorgegeben, an den sich die benachteiligungs- und begünstigungsfreie Entgeltgewährung orientieren kann. Eine Benachteiligung oder Begünstigung im Hinblick auf das gezahlte Entgelt liegt danach nicht vor, 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.

Im Einzelnen:

Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme oder Freistellung nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann vom Arbeitgeber nach § 611a BGB i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG die Zahlung einer entsprechend höheren Vergütung durch Zuerkennung eines „fiktiven Beförderungsanspruchs“ verlangen (vgl. dazu BAG, Urteil vom 20. Januar 2021 – 7 AZR 52/20, Rn. 23; BAG, Urteil vom 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 29). Das in § 78 Satz 2 normierte Begünstigungsverbot verpflichtet ein Betriebsratsmitglied nicht, sich mit der Mindestentwicklung nach § 37 Absatz 4 zu begnügen. Es würde ihn im Gegenteil sachwidrig benachteiligen und zudem die Bereitschaft gerade besonders befähigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit überdurchschnittlichen beruflichen Entwicklungschancen mindern, sich für die Übernahme betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben zur Verfügung zu stellen.

Dabei knüpft der fiktive Beförderungsanspruch nach der Rechtsprechung stets an die Besetzung einer konkreten Stelle an. Dies 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.

Personalauswahlentscheidungen im Bereich der privaten Wirtschaft müssen sich nicht nach objektiv feststellbaren Kriterien richten. Sie können legitimerweise auf subjektiven, diskriminierungsfreien Einschätzungen und Bewertungen beruhen. 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. Soweit der Arbeitgeber eine plausible, nachvollziehbare Eingruppierung mit dem Mitglied des Betriebsrats in Bezug auf eine konkrete Stelle im Betrieb vereinbart, ist eine darauf gerichtete Änderungsvereinbarung keine Benachteiligung oder Begünstigung.

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 an und finden keine Stütze im Betriebsverfassungsgesetz (BGH, Urteil vom 10. Januar 2023 - 6 StR 133/22, Rn. 39).

Der bloße Zuwachs an Kompetenzen, Kenntnissen und Fähigkeiten während der Ausübung des Amtes als Betriebsrat begründet für sich alleine ohne Bezug zu einer konkreten Stelle im Betrieb und deren Anforderungsprofil keinen Anspruch nach § 78 Satz 2 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 eine freie Stelle, deren Anforderungsprofil das Mitglied des Betriebsrates erfüllt, kann das nicht freigestellte Betriebsratsmitglied auf diese Stelle 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 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 (vgl. dazu BAG, Urteil vom 23. November 2022 - 7 AZR 122/22, Rn. 39).

Eine unzulässige Begünstigung liegt auch dann nicht vor, wenn das Betriebsratsmitglied vom Arbeitgeber ein Stellenangebot etwa in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens erhält, für welche es die Anforderungen des Stellenprofils erfüllt, das Mitglied des Betriebsrates (freigestellt/nicht freigestellt) das Stellenangebot aber ablehnt, um die Kontinuität der Betriebsrats Tätigkeit zu gewährleisten. Das entspricht dem kollektiven Schutzzweck der Norm. Der Normzweck des § 78 ist nicht nur individuell personenbezogen, sondern zugleich kollektiv gremienbezogen (BAG, Urteil 25. Juni 2014 – 7 AZR 847/12, Rn. 34).

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 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 im Sinne von § 78 Satz 2, weil auch sonst Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer regelmäßig nicht auf bereits besetzte Stellen befördert werden.

### **Zu Artikel 2 (Inkrafttreten)**

Artikel 2 ordnet an, dass das Gesetz am Tag nach seiner Verkündung in Kraft tritt. Damit wird ein zeitnahes Inkrafttreten der in dem Gesetz vorgesehenen Klarstellungen sichergestellt.