Handreichung zur Betriebsrätevergütung

Im Januar 2023 hat der Bundesgerichtshof (BGH) in einer von einigen als überraschend empfundenen Entscheidung ein Urteil gefällt, deren Hintergrund überhöhte Vergütungen von Mitgliedern eines Betriebsrats war.

Anlässlich dieses Urteils hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) die Entscheidung getroffen, die maßgeblichen Vorschriften im BetrVG zu konkretisieren. Hierfür hat das BMAS eine Expertenkommission eingerichtet, welche konkrete Vorschläge für eine Gesetzesänderung unterbreiten sollte. Das Ergebnis der Expertenkommission bildete die Grundlage für den Gesetzesentwurf. Der von der Kommission vorgeschlagene Gesetzeswortlaut wurde mit lediglich geringfügig veränderter Syntax übernommen. Auch die Gesetzesbegründung ist mit der Begründung des Kommissionsvorschlags nahezu wortgleich.

§ 37 BetrVG soll um mehrere Sätze ergänzt werden. Entsprechendes gilt für einen neuen Satz in § 78 BetrVG. Insbesondere die vorgesehene Bestätigung, dass beide Vorschriften einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum einräumen, kann zum Rechtsfrieden beitragen. Das gilt ebenso für die Bestätigung, dass ein Betriebsratsmitglied nicht für hypothetisch nutzbare Kenntnisse und Fähigkeiten eine günstigere Behandlung als andere Beschäftigte erfahren darf. Vielmehr muss das Mitglied eine solche für die betrieblichen Abläufe relevante Stelle, welche diese Kenntnisse und Fähigkeiten voraussetzt, auch tatsächlich besetzen.

Die BDA hält die gesetzliche Neuregelung, obgleich sie keine zwingende Notwendigkeit einer Anpassung gesehen hat, für annehmbar. Die bisherige Rechtslage erfährt durch die Neuregelung keine grundsätzliche Änderung des Vergütungssystems.

Für die BDA ist ein Festhalten am Ehrenamtsprinzip elementar. Dieses Element des BetrVG bleibt auch nach der gesetzlichen Anpassung erhalten. Die Betriebsratstätigkeit eröffnet keine eigenständigen Vergütungsansprüche! Der Betriebsrat ist kein Co-Manager.

Ziel dieser Handreichung ist es, die wichtigsten Aspekte der gesetzlichen Änderung zu beleuchten und praxisorientierte Empfehlungen zu geben, wie Unternehmen und Betriebsräte die neuen Regelungen rechtssicher umsetzen können. Die Erläuterung jeder erdenklichen Fallkonstellation würde jedoch ihren Rahmen sprengen. Sie kann deshalb die rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Aus diesem Grund raten wir Unternehmen dringend dazu, sich bei der Ausgestaltung der individuellen Betriebsratsvergütung, insbesondere bei der Vergleichsgruppenbildung und der Ausarbeitung einer Betriebsvereinbarung, umfassenden rechtlichen Rat einzuholen.

Juli 2024

Inhalt

I. § 37 BetrVG – geltende Rechtslage 3
1. Ehrenamtsprinzip, § 37 Abs. 1 BetrVG 3
2. Freistellungsanspruch und Vergütung, § 37 Abs. 2 BetrVG 3
3. Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit, § 37 Abs. 3 BetrVG 4
4. Entgeltentwicklung der Betriebsratsmitglieder, § 37 Abs. 4 BetrVG 5
a) Regelungsinhalt 5
b) Kriterien der Vergleichbarkeit 5
c) Zeitpunkt der Vergleichsgruppenbildung 6
d) Entgeltentwicklung 6
e) Sonderfall: Sehr kleine Vergleichsgruppe / fehlende Vergleichspersonen 7
f) Rechtsfolge und Auskunftsanspruch 7
5. Ende der Amtszeit, § 37 Abs. 4 und 5 BetrVG 8
II. Neufassung des § 37 Absatz 4 BetrVG 9
1. Regelungsinhalt 9
2. Zeitpunkt der Vergleichsgruppenbildung 9
3. Betriebsvereinbarung über Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer 10
4. Festlegung auf bestimmte Vergleichspersonen 11
5. Überprüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit 11
III. § 78 S. 2 BetrVG – geltende Rechtslage 12
1. Regelungsinhalt 12
2. Rechtsfolgen 12
3. Fiktiver Beförderungsanspruch 13
IV. Ergänzung des § 78 BetrVG 14
1. Regelungsinhalt 14
2. Verhältnis zur bisherigen Rechtslage 15
3. Ermessensfehlerhaftigkeit 16
4. Sonderfall: Beförderung auf eine Stelle in einem anderen Betrieb 16

I. § 37 BetrVG – geltende Rechtslage

1. Ehrenamtsprinzip, § 37 Abs. 1 BetrVG

(1) Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt.

§ 37 Abs. 1 BetrVG stellt klar, dass Betriebsratsmitglieder ihr Amt als Ehrenamt führen und für dessen Ausübung keine gesonderte Vergütung erhalten. Die Grundlage für ihre Vergütung bilden weiterhin die bisherigen Arbeitsverträge bzw. etwaige tarifliche Regelungen, die vor der Amtsübernahme Geltung hatten. Soweit tarifliche Regelungen bestehen, können diese gegenüber arbeitsvertraglichen Regelungen vorrangig zur Anwendung kommen. Das Ehrenamtsprinzip gilt gleichermaßen für freigestellte wie nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder.

2. Freistellungsanspruch und Vergütung, § 37 Abs. 2 BetrVG

(2) Mitglieder des Betriebsrats sind von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist.

Abhängig von der Betriebsgröße ist nach § 38 BetrVG ein Teil der Betriebsratsmitglieder dauerhaft von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. Für die nicht dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitglieder gewährt § 37 Abs. 2 BetrVG einen Freistellungsanspruch, sofern dies für die Erfüllung ihrer Aufgaben als Betriebsratsmitglied erforderlich ist. Die Freistellung erfolgt während der persönlichen Arbeitszeit des jeweiligen Betriebsratsmitglieds.

§ 37 Abs. 2 BetrVG gewährt keinen eigenständigen Vergütungsanspruch. Er hält den arbeits- bzw. tarifvertraglichen Entgeltanspruch für die Zeiten der Freistellung aufrecht (Lohnausfallprinzip) und gilt für alle Betriebsratsmitglieder unabhängig von einer etwaigen Freistellung nach § 38 BetrVG. Umfasst sind alle Entgeltbestandteile, die das Betriebsratsmitglied verdient hätte, wenn es keine Betriebsratstätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte (z.B. Erschwerniszulagen, Nachtarbeitszuschläge, Mehrarbeitszulagen, nicht aber Aufwendungsersatz, vgl. BAG, Urt. v. 29. August 2018 – 7 AZR 206/17. Der Anspruch auf zeitpunktbezogene Zuschläge entfällt jedoch, wenn die Arbeits- und Freistellungszeiten des Betriebsratsmitglieds einvernehmlich auf zuschlagsfreie Zeiten verlegt werden (vgl. BAG, Urt. v. 18. Mai 2016 - 7 AZR 401/14, Rn. 23). Für die Überlassung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung müssen die arbeitsvertraglichen Voraussetzungen vorliegen. Das freigestellte Betriebsratsmitglied hat einen Anspruch auf eine solche Überlassung, wenn es ihn vor der Freistellung hatte oder sich während der Freistellung beruflich in eine Position entwickelt (hätte), die einen solchen Anspruch begründet (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11. Februar 2020 – 7 Sa 997/19).

Der Entgeltausfall lässt sich bei nicht dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitgliedern i. d. R. leicht bemessen. Hingegen ist bei dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitgliedern, die nicht in den Arbeitsprozess eingegliedert sind, die exakte Bemessung des Entgeltausfalls hinsichtlich einzelner Entgeltbestandteile oftmals nur schwer möglich. So lässt sich teilweise z. B. nicht feststellen, wie viele Nachtschichten nebst Zuschlägen das freigestellte Betriebsratsmitglied in einem Abrechnungszeitraum geleistet hätte. Werden aber im vollzogenen Arbeitsverhältnis z. B. Zuschläge für die Erschwernis der Arbeit zu ungünstigen Zeiten gewährt, stehen diese einem nach § 38 BetrVG vollständig freigestellten Betriebsratsmitglied auch dann zu, wenn es aufgrund seiner Amtstätigkeit tatsächlich überhaupt keine Arbeitstätigkeiten und auch keine Tätigkeiten zu den zuschlagsrelevanten ungünstigen Zeiten geleistet hat. Die Zuschläge sind in diesem Fall hypothetisch zu berechnen. Gegebenenfalls ist eine Schätzung anhand der von vergleichbaren

Arbeitnehmern geleisteten Tätigkeiten zu zuschlagsrelevanten Zeiten vorzunehmen (vgl. BAG, Urt. v. 29. August 2018 – 7 AZR 206/17). Dies gilt auch im Hinblick auf ggf. vom Arbeitgeber zu entrichtende Bonusleistungen, wobei das BAG insoweit für die Gerichte einen Spielraum für eine hypothetische Betrachtungsweise gemäß § 287 ZPO eröffnet (BAG vom 29.April 2015 - 7 AZR 123/13).

3. Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit, § 37 Abs. 3 BetrVG

(3) Zum Ausgleich für Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Betriebsbedingte Gründe liegen auch vor, wenn die Betriebsratstätigkeit wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der Betriebsratsmitglieder nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit erfolgen kann. Die Arbeitsbefreiung ist vor Ablauf eines Monats zu gewähren; ist dies aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich, so ist die aufgewendete Zeit wie Mehrarbeit zu vergüten.

Sofern die Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen nicht während der persönlichen Arbeitszeit geleistet werden kann, hat das Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung im gleichen Umfang. Das Gesetz nennt in § 37 Abs. 3 S. 2 BetrVG die unterschiedlichen persönlichen Arbeitszeiten einzelner Betriebsratsmitglieder als möglichen betriebsbedingten Grund für die Betriebsratstätigkeit außerhalb der persönlichen Arbeitszeit (Bsp.: Ist eine Betriebsratssitzung anberaumt und arbeiten zwei Betriebsratsmitglieder in einem Wechselschichtsystem in unterschiedlichen Schichten, kann ein Betriebsratsmitglied zwangsläufig nur außerhalb der persönlichen Arbeitszeit an der Betriebsratssitzung teilnehmen).

Nur wenn die Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG aus betriebsbedingten Gründen nicht innerhalb eines Monats erfolgen kann, hat das Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG einen Anspruch darauf, die Betriebsratstätigkeit wie Mehrarbeit vergütet zu bekommen. Bei einer Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit hat der Arbeitgeber für diese Zeiten den Betriebsratsmitgliedern vor Ablauf eines Monats eine vom Zeitvolumen entsprechende Arbeitsbefreiung zu gewähren, wenn die Betriebsratsmitglieder den Zeitausgleich innerhalb der einschlägigen Verjährungsfristen oder anwendbaren Ausschlussfristen geltend gemacht haben (BAG, Urt. v. 16. April 2003 - 7 AZR 423/01). Die Betriebsratsmitglieder dürfen - was allerdings z.T. in der betrieblichen Praxis gleichwohl geschieht - nicht ohne weiteres Betriebsratstätigkeiten eigenständig in ihre Arbeitszeitkonten einbuchen.

Es empfiehlt sich daher darauf zu achten, dass die Betriebsratstätigkeit nach § 37 Abs. 3 BetrVG, auch im Rahmen von Zeitarbeitskonten, nicht mit der durch die eigentliche Arbeitsleistung versursachten Mehrarbeit vermischt wird.

Freigestellten Betriebsratsmitgliedern muss nach der Rechtsprechung des BAG (Urt. v. 28. September 2016 – 7 AZR 248/14, Rn. 30) zwar ermöglicht werden, an einem betrieblich geregelten Zeiterfassungssystem teilzunehmen. Daraus folgt nach dieser Rechtsprechung aber nicht, dass für die in das Zeiterfassungssystem eingestellten „Plusstunden“ auch ein Vergütungsanspruch besteht. Das freigestellte Betriebsratsmitglied bleibt für die dargestellten Anspruchsvoraussetzungen des § 37 Abs. 3 BetrVG vollständig darlegungs- und beweisbelastet.

4. Entgeltentwicklung der Betriebsratsmitglieder, § 37 Abs. 4 BetrVG

(4) Das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats darf einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Dies gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers.

a) Regelungsinhalt

§ 37 Abs. 4 BetrVG ist neben § 78 S. 2 BetrVG die zentrale Norm für die Vergütung der Betriebsratsmitglieder. Sie gewährleistet ihnen einen Mindestentgeltanspruch. Dabei zielt § 37 Abs. 4 BetrVG auf die Sicherung der Entgeltentwicklung, die ein Betriebsratsmitglied ohne Betriebsratsamt erfahren hätte und konkretisiert insoweit das in § 78 S. 2 BetrVG normierte Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot nach der Amtsübernahme. § 78 S. 2 BetrVG gibt damit den Korridor vor, innerhalb dessen sich die Entgeltentwicklung nach § 37 Abs. 4 BetrVG bewegen darf (vgl. BAG, Urt. v. 10. November 2015 – 3 AZR 574/14, Rn.42). Die Anwendung von § 37 Abs. 4 BetrVG darf weder zu einer Begünstigung des Betriebsratsmitglieds noch zu seiner Benachteiligung gegenüber anderen Arbeitnehmern führen.

§ 37 Abs. 4 BetrVG betrifft mit der Entgeltentwicklung einen Aspekt der Gleichbehandlung eines Betriebsratsmitglieds mit anderen Arbeitnehmern. Fragen der Begünstigung oder Benachteiligung, die über die betriebsübliche Entgeltentwicklung hinausgehen (z.B. verweigerte oder gewährte Beförderung des Betriebsratsmitglieds), sind Gegenstand von § 78 S. 2 BetrVG.

§ 37 Abs. 4 BetrVG trifft keine abschließende Regelung über die Höhe des Arbeitsentgelts des Amtsträgers. Die Vorschrift soll die Durchsetzung des Benachteiligungsverbots durch einfach nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen erleichtern. Daneben kann sich ein unmittelbarer Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf eine bestimmte Vergütung, die über die nach § 37 Abs. 4 BetrVG zu leistende Mindestvergütung hinausgeht, aus § 611 a Abs. 2 BGB i. V. m. § 78 Satz 2 BetrVG ergeben, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds gerade wegen seiner Betriebsratstätigkeit darstellt. Hierfür ist das Betriebsratsmitglied darlegungs- und beweisbelastet.

§ 37 Abs. 4 BetrVG gewährt den Betriebsratsmitgliedern keinen Anspruch auf Anpassung ihres Entgelts an das Entgeltniveau vergleichbarer Mitglieder. Sie sollen nur in gleichem Umfang an betriebsüblichen Entgeltsteigerungen partizipieren wie vergleichbare Arbeitnehmer ohne Betriebsratsamt.

b) Kriterien der Vergleichbarkeit

Vergleichbar mit dem Betriebsratsmitglied sind nach der ständigen Rechtsprechung des BAG „*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.“*

(st. Rspr., vgl. BAG, Urt. v. 23. November 2022 – 7 AZR 122/22; BAG, Urt. v. 22. Januar 2020 - 7 AZR 222/19; BAG, Urt. v. 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15; BAG, Urt. v. 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04).

Zur Ermittlung der vergleichbaren Arbeitnehmer ist daher zunächst festzustellen, welche Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Amtsübernahme des Betriebsratsmitglieds ähnliche, im Wesentlichen

gleich qualifizierte Tätigkeiten ausüben bzw. ausgeübt haben. Naheliegend ist, sich diesbezüglich in der Praxis zunächst an Arbeitnehmern aus der gleichen tariflichen Entgeltgruppe zu orientieren.

Sofern Arbeitnehmer mit einer ähnlichen, im Wesentlichen gleich qualifizierten Tätigkeit ermittelt wurden, ist dann weiter zu prüfen, welche Arbeitnehmer davon im Zeitpunkt der Amts-übernahme für diese Tätigkeit fachlich und persönlich im Wesentlichen gleich qualifiziert waren. Bei der Auswahl der vergleichbaren Arbeitnehmer sind auch die persönlichen Leistungen des jeweiligen Betriebsratsmitglieds zu berücksichtigen. Für ein besonders qualifiziertes und in seiner beruflichen Tätigkeit überdurchschnittliche Leistungen erbringendes Betriebsratsmitglied kommen nur Arbeitnehmer mit einer ähnlichen Qualifikation und überdurchschnittlichen Leistung in Betracht (BAG, Urt. v. 21. April 1983 – 6 AZR 407/80).

c) Zeitpunkt der Vergleichsgruppenbildung

Die Vergleichbarkeit des Betriebsratsmitglieds mit anderen Arbeitnehmern richtet sich nach dem Zeitpunkt der Amtsübernahme. Nicht maßgeblich für den Zeitpunkt der Bestimmung vergleichbarer Arbeitnehmer ist hingegen eine - gegebenenfalls erst später eintretende - dauerhafte Freistellung (BAG, Urt. v. 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 25). In der Praxis ist es daher ratsam, bereits bei Amtsantritt die vergleichbaren Arbeitnehmer festzustellen und intern zu dokumentieren. Insbesondere bei langjähriger Betriebsratstätigkeit kann es sonst schwierig sein, im Nachhinein mühsam ermitteln zu müssen, wer bei Amtsübernahme mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbar war.

d) Entgeltentwicklung

§ 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG gewährt dem Betriebsratsmitglied keinen Anspruch auf Anpassung des Gehalts an das der vergleichbaren Arbeitnehmer, sondern eine Teilhabe an der betriebsüblichen Entwicklung. Maßgeblich für die Bemessung der Entgeltentwicklung ist die Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben.

Eine Entgeltentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer infolge deren beruflicher Entwicklung (z.B. Beförderung) ist für die Entgeltentwicklung der Betriebsratsmitglieder nur relevant, wenn sie betriebsüblich ist. Die Üblichkeit entsteht durch ein gleichförmiges und einer bestimmten Regel folgendes Verhalten des Arbeitgebers, infolgedessen *„zumindest in der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle mit der jeweiligen Entwicklung gerechnet werden kann.“* (BAG, Urt. v. 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 22; BAG, Urt. v. 15. Januar 1992 – 7 AZR 194/91). Gleiches gilt für die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten. Sie ist nach dieser Rechtsprechung nur dann betriebsüblich, wenn diese dem Betriebsratsmitglied nach den betrieblichen Gepflogenheiten hätten übertragen werden müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht. Nach dieser Rechtsprechung reicht es für eine Entgelterhöhung des Betriebsratsmitglieds nicht aus, wenn exakt die Hälfte der vergleichbaren Arbeitnehmer eine Beförderung und damit eine Entgelterhöhung erfährt.

Das Betriebsratsmitglied hat nur Anspruch auf die Entgeltsteigerung, die es auch ohne Betriebsratsamt erfahren würde. So hat z.B. ein tariflich eingruppiertes Betriebsratsmitglied keinen Anspruch auf die Anpassung an die Entgeltentwicklung eines vergleichbaren AT-Arbeitnehmers, wenn sie nicht betriebsüblich ist (vgl. BAG, Urt. v. 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15). Ebenso wenig partizipiert ein Betriebsratsmitglied in der höchsten Entgeltgruppe an der Vergütungsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer in niedrigeren Entgeltgruppen, soweit deren Entgeltstei-

gerung auf einen Wechsel in höhere Entgeltgruppen zurückzuführen ist. Die Erhöhung von übertariflichen Zulagen vergleichbarer Arbeitnehmer ist hingegen bei der Entgeltentwicklung zu berücksichtigen.

Nicht zu berücksichtigen sind Entwicklungen vergleichbarer Arbeitnehmer, wenn sie auf rein individuellen Gründen beruhen (z.B. Beförderung eines ursprünglich vergleichbaren Arbeitnehmers nach Abschluss einer Aus- oder Weiterbildung). Auch Entgeltleistungen, die auf rein individuellen Gründen beruhen und auf die das Betriebsratsmitglied ohne das Betriebsratsamt keinen Anspruch hätte, bleiben für die Bemessung der Entgeltentwicklung außer Betracht (z.B. Betriebszugehörigkeitsprämie, zu ersetzende Mehraufwendungen).

e) Sonderfall: Sehr kleine Vergleichsgruppe / fehlende Vergleichspersonen

Sind in einem Betrieb nur sehr wenige Arbeitnehmer mit einem Betriebsratsmitglied vergleichbar und lässt sich deshalb nicht feststellen, ob bzw. in welchem Umfang die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer eine Entgeltentwicklung erfahren hat, ist eine Durchschnittsbetrachtung der Entgeltentwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer zulässig (BAG, Urt. v. 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16; BAG, Urt. v. 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15, Rn. 17; BAG, Urt. v. 19. Januar 2005, 7 AZR 208/04, Rn. 16). Das BAG hat nicht ausgeführt, bis zu welcher Personenanzahl nur eine „sehr kleine“ Vergleichsgruppe vorliegt. In den zuvor genannten Entscheidungen wurde die Durchschnittsbetrachtung bei drei Vergleichspersonen in Erwägung gezogen.

Auch bei einer sehr kleinen Vergleichsgruppe ist für eine Entgeltanpassung erforderlich, dass die Entgeltentwicklung der einzelnen vergleichbaren Arbeitnehmer betriebsüblich ist und nicht auf individuellen Gründen beruht. Sollte nur ein vergleichbarer Arbeitnehmer vorhanden sein, setzt dieser den Vergleichsmaßstab (BAG, Urt. v. 21. April 1983 - 6 AZR 407/80).

Der Fall, dass sich im Betrieb für ein Betriebsratsmitglied keine einzige Vergleichsperson finden lässt, ist höchstrichterlich nur für den Fall entschieden worden, in dem die Stelle des Betriebsratsmitglieds während der Amtstätigkeit ersatzlos weggefallen ist. In diesem Fall bemisst sich das ihm zustehende Arbeitsentgelt nach der Tätigkeit, die ihm nach dem Arbeitsvertrag übertragen werden müsste, wenn es nicht freigestellt wäre (BAG, Urteil v. 17.05.1977 -– 1 AZR 458/74). Für die übrigen Konstellationen ist nach wohl überwiegender Ansicht in der Literatur auf die am ehesten vergleichbaren Mitarbeiter im Betrieb abzustellen (Fitting, § 37 BetrVG, Rn. 118 m. w. N.). Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 20/9469, S. 9) greift diese Problematik ebenfalls auf und führt dazu wie folgt aus:

„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 der Zivilprozessordnung (ZPO) zu schätzen.“

Diese Hinweise können daher eine Hilfestellung bei Ermittlung der Vergleichspersonen geben, wenn keine Vergleichspersonen (mehr) im Betrieb vorhanden sind.

f) Rechtsfolge und Auskunftsanspruch

Bleibt die Entwicklung des Entgelts eines Betriebsratsmitglieds hinter der Entgeltentwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung zurück, hat das Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 4 BetrVG einen Anspruch auf eine Anpassung im Umfang der betriebsüblichen Steigerung. Zur Durchsetzung seines Anspruchs steht einem Betriebsratsmitglied ein Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber aus §§ 611a Abs. 2, 242 BGB über das

Arbeitsentgelt nebst Bestandteilen vergleichbarer Arbeitnehmer zu (BAG, Urt. v. 19.Januar 2005 – 7 AZR 208/04, Rn. 19).

Im Falle einer prozentualen Anhebung der Gehälter in der Vergleichsgruppe hat ein Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf die gleiche prozentuale Erhöhung. Fallen die Erhöhungen unterschiedlich aus, hat das Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Anpassung in dem Umfang, in dem die Gehälter der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer angehoben werden. Bei einer sehr kleinen Vergleichsgruppe hat das Betriebsratsmitglied ggf. einen Anspruch auf Anpassung im Umfang der durchschnittlichen Erhöhung (BAG, Urt. v. 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16; BAG, Urt. v. 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15, Rn. 17; BAG, Urt. v. 19. Januar 2005, 7 AZR 208/04, Rn. 16).

Ansprüche aus § 37 Abs. 4 BetrVG beruhen auf dem Arbeits-/Tarifvertrag des Betriebsratsmitglieds mit dem Arbeitgeber und unterliegen deshalb arbeits- bzw. tarifvertraglichen Ausschlussfristen (vgl. BAG, Urt. v. 8. September 2010 – 7 AZR 513/09, Rn. 18).

Liegt der Entgeltentwicklung eine – in Rede stehende – Beförderungspraxis zugrunde, muss das Betriebsratsmitglied unter Berücksichtigung der ihm zugänglichen Tatsachen vortragen, mit welchen Arbeitnehmern es aus seiner Sicht vergleichbar ist. Zudem muss es vortragen aus welchen Umständen auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit zu schließen ist, dass die Mehrzahl der mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer die behauptete Gehaltsentwicklung genommen hat. Ist ihm dies wegen der Größe des Betriebs und der Vielzahl vergleichbarer Arbeitnehmer nicht möglich, reicht die Nennung von Referenzfällen, aus denen sich auf eine betriebsübliche Beförderungspraxis in dem Zeitraum seiner Zugehörigkeit zum Betriebsrat schließen lässt. Eine bloße Behauptung „ins Blaue“ reicht in Fällen mit einer streitigen Beförderungspraxis nicht für einen Auskunftsanspruch aus (BAG, Urt. v. 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04, Rn. 19).

5. Ende der Amtszeit, § 37 Abs. 4 und 5 BetrVG

Endet die Amtszeit eines Betriebsratsmitglieds, darf seine Entgeltentwicklung für die Dauer von einem Jahr nach § 37 Abs. 4 BetrVG nicht hinter der Entgeltentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben.

Während und nach Beendigung seiner Amtszeit darf ein Betriebsratsmitglied für ein Jahr nur mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die den Tätigkeiten der vergleichbaren Arbeitnehmer gleichwertig sind (§ 37 Abs. 5 BetrVG). Die Übertragung geringerwertiger Tätigkeiten ist nur dann möglich, wenn zwingende betriebliche Notwendigkeiten entgegenstehen. Die Ausnahme ist restriktiv auszulegen und greift nur, wenn eine Beschäftigung des Betriebsratsmitglieds aufgrund der betrieblichen Organisation ohne die Zuweisung der geringerwertigen Tätigkeit nicht möglich wäre (z.B. mangels eines freien Arbeitsplatzes oder einer Teilnahme an einer erforderlichen Fortbildungsmaßnahme, vgl. ErfK/Koch BetrVG, 24. Aufl. 2024, § 37 Rn. 11).

Wird einem Betriebsratsmitglied eine geringerwertige Tätigkeit übertragen, weil es aufgrund der Betriebsratstätigkeit eine erforderliche Qualifikation nicht oder nicht mehr hat, muss ihm der Arbeitgeber eine entsprechende Fortbildung ermöglichen. Im Falle einer Zuweisung geringerwertiger Tätigkeiten mangels gleichwertiger Beschäftigungsmöglichkeit hat das Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Zuweisung eines gleichwertigen Arbeitsplatzes, sobald ein solcher frei wird (ErfK/Koch BetrVG, 24. Aufl. 2024, § 37 Rn. 11). Die Zuweisung einer geringerwertigen Tätigkeit hat keine Auswirkung auf das zu zahlende Entgelt. Dies hat letztlich zur Konsequenz, dass ein Betriebsratsmitglied seinen Anspruch auf sein bisheriges Entgelt behält, obgleich er eine geringerwertige Tätigkeit ausübt.

Der nachwirkende Schutz nach § 37 Abs. 4 BetrVG und § 37 Abs. 5 BetrVG verlängert sich für Betriebsratsmitglieder gem. § 38 Abs. 4 um ein Jahr, wenn sie drei volle aufeinanderfolgende Amtszeiten dauerhaft freigestellt waren.

II. Neufassung des § 37 Absatz 4 BetrVG

§ 37 Abs. 4 BetrVG wird durch Ergänzung um die Sätze 3 bis 5 neu geregelt:

(4) Das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats darf einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Dies gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers.
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.

1. Regelungsinhalt

§ 37 Abs. 4 S. 3-5 BetrVG regelt folgende Gegenstände:
- Zeitpunkt der Vergleichbarkeit mit Arbeitnehmern
- Festlegung des Verfahrens zur Vergleichsgruppenbildung in einer Betriebsvereinbarung
- Festlegung auf bestimmte Vergleichspersonen
- Begrenzung der Überprüfbarkeit der Betriebsvereinbarung und gemeinsamen Festlegung auf grobe Fehlerhaftigkeit

2. Zeitpunkt der Vergleichsgruppenbildung

Der für die Vergleichbarkeit des Betriebsratsmitglieds mit anderen Arbeitnehmern maßgebliche Zeitpunkt der Amtsübernahme entspricht der bisherigen Rechtsprechung (BAG, Urt. v. 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 25).

Ein späterer Zeitpunkt ist nach § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG maßgeblich, wenn ein „sachlicher Grund“ für eine spätere Neubestimmung der Vergleichsgruppe vorliegt. In welchen Konstellationen ein „sachlicher Grund“ vorliegt, erläutert der Gesetzestext nicht. Ausgehend von der Gesetzesbegründung, die zwei Beispiele nennt, kann ein sachlicher Grund für eine Neubestimmung in folgenden Fällen angenommen werden:

- Das Betriebsratsmitglied erfährt einen beruflichen Aufstieg außerhalb der betriebsüblichen Entwicklung (s. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S. 8), d. h. das Betriebsratsmitglied erfüllt die Anforderungen einer freien und höherdotierten Stelle und schließt mit dem Arbeitgeber einen entsprechenden Änderungsvertrag.
- Das Betriebsratsmitglied nimmt eine geringer dotierte Stelle freiwillig an.

Ein sachlicher Grund für eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe liegt insbesondere in den folgenden Fällen **nicht** vor:

- Das Betriebsratsmitglied erwirbt Kenntnisse und Fähigkeiten, die keinen Bezug zu seiner beruflich ausgeübten Tätigkeit haben.
- Das Betriebsratsmitglied erwirbt Kenntnisse und Fähigkeiten, die für eine Stelle außerhalb der betriebsüblichen Entwicklung hilfreich/erforderlich sind, ohne jedoch die Stelle anzunehmen.
- Das Betriebsratsmitglied lehnt ein Vertragsangebot des Arbeitgebers ab.
- Die Vergleichsgruppe reduziert sich (Arg.: Auch mit nur einer Vergleichsperson ist eine Bemessung der Entgeltentwicklung möglich, s.o.).

Liegt ein sachlicher Grund für eine Neubestimmung vor, ist für die Vergleichbarkeit mit anderen Arbeitnehmern der Eintritt des sachlichen Grundes (also der Zeitpunkt, zu dem die Änderung der arbeitsvertraglichen Bedingungen wirksam wird) maßgeblich. Die Arbeitnehmer der neu zu bestimmenden Vergleichsgruppe müssen bei Eintritt des sachlichen Grundes mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbar sein und nicht bei Amtsübernahme. Eine Betriebszugehörigkeit im Zeitpunkt der Amtsübernahme ist nicht erforderlich.

3. Betriebsvereinbarung über Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer

Bereits vor der Novellierung des § 37 Abs. 4 BetrVG bestand die Möglichkeit, das Verfahren zur Vergleichsgruppenbildung in einer betrieblichen Abrede festzulegen, wenn darin die gesetzlichen Vorgaben der §§ 37 Abs. 4, 78 BetrVG eingehalten werden (vgl. BAG, Urt. v. 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15, Rn 22). Neu ist die Beschränkung des gerichtlichen Überprüfungsmaßstabes auf grobe Fehlerhaftigkeit nach § 37 Abs. 4 S. 5 BetrVG, wenn das Verfahren in einer Betriebsvereinbarung geregelt wird.

Der Abschluss einer solchen Vereinbarung bleibt freiwillig. Der Betriebsrat hat insoweit kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht. Im Falle einer Kündigung der Betriebsvereinbarung oder deren Ablaufs entfaltet sie folglich auch keine Nachwirkung nach § 77 Abs. 6 BetrVG, sofern in der Betriebsvereinbarung nichts anderes geregelt ist. Das Verfahren zur Vergleichsgruppenbildung kann aber auch (weiterhin) nur in einer Regelungsabrede festgehalten werden, allerdings ist diese uneingeschränkt gerichtlich überprüfbar.

Das in einer Betriebsvereinbarung festgelegte Verfahren muss sich an dem gesetzlichen Leitbild und den von der Rechtsprechung entwickelten Konkretisierungen orientieren (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S. 10). Angesichts der Vielfalt betrieblicher Stellenanforderungen und -bewertungen werden den Betriebsparteien keine konkreten Kriterien zur Bestimmung der jeweiligen Vergleichsvorgaben gemacht (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S. 10). Denkbare Regelungsbereiche sind daher abhängig von den betrieblichen Gegebenheiten z. B.:

- (Mindest-)Größe der Vergleichsgruppe,
- Zusammensetzung der Vergleichsgruppe (z.B. Betriebszugehörigkeit, Berufserfahrung),
- Regelungen für den Wegfall einzelner Vergleichspersonen aus der Vergleichsgruppe (z.B. sofortige Nachbesetzung oder Fortgeltung bis zum Absinken auf einen bestimmten Schwellenwert; eine Nachbesetzung darf den für die Vergleichbarkeit maßgeblichen Zeitpunkt jedoch nicht umgehen. Nachrückende Vergleichspersonen müssen im Zeitpunkt der Amtsübernahme bzw. bei Eintritt des sachlichen Grunds mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbar gewesen sein.)

Ob und mit welchem Inhalt eine Betriebsvereinbarung empfehlenswert ist, hängt vom Einzelfall und vom jeweiligen angedachten Regelungsgehalt ab. Unternehmen sollten dabei prüfen, ob und wie sie mit oder ohne Betriebsvereinbarung das Verfahren zur Gehaltsfindung bei Betriebsräten künftig gestalten und ggf. Streitigkeiten mit den Betriebsratsmitgliedern möglichst vermeiden können.

4. Festlegung auf bestimmte Vergleichspersonen

Die Betriebsparteien haben nach § 37 Abs. 4 S. 5 BetrVG die Möglichkeit, gemeinsam bestimmte Vergleichspersonen festzulegen. Auch hier muss die Vergleichbarkeit nach den Kriterien der Rechtsprechung gewahrt bleiben.

Es besteht keine Verpflichtung zur Festlegung bestimmter Vergleichspersonen. Den Betriebsparteien bleibt es unbenommen, in einer Betriebsvereinbarung lediglich abstrakte Regelungen zur Vergleichsgruppenbildung zu treffen. Auch eine bestimmte Mindest- bzw. Höchstanzahl an Vergleichspersonen ist nicht vorgeschrieben. Die Anzahl der festgelegten Vergleichspersonen sollte in einem angemessenen Verhältnis zur Anzahl der tatsächlich vorhandenen vergleichbaren Arbeitnehmer stehen. Auch im Hinblick auf eine mögliche Fluktuation aus der Vergleichsgruppe kann sich eine größere Vergleichsgruppe empfehlen. Wenn ein Teil der Vergleichsgruppe erhalten bleibt, erleichtert dies die Nachvollziehbarkeit der Entgeltentwicklung insbesondere bei langjährig freigestellten Betriebsratsmitgliedern.

Die gemeinsame Festlegung ist auf die Überprüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit begrenzt, wenn sie in Textform dokumentiert ist. Eine Pflicht zur Auslegung (§ 77 Abs. 2 S. 4 BetrVG) besteht für die dokumentierte gemeinsame Festlegung nicht, sofern sie außerhalb der Betriebsvereinbarung erfolgt.

5. Überprüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit

Grob fehlerhaft ist die Betriebsvereinbarung bzw. die gemeinsame Festlegung nach der Gesetzesbegründung in folgenden Fällen:

- Keine Orientierung an den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien (Ausübung einer im Wesentlichen gleich qualifizierten Tätigkeit bei gleicher persönlicher und fachlicher Qualifikation zum maßgeblichen Zeitpunkt),
- Benennung sachwidriger Kriterien, z.B. Berücksichtigung von Fähigkeiten und Kenntnissen, die für die Ausübung der Tätigkeit ohne Bedeutung sind; Berücksichtigung und Bewertung der Betriebsratstätigkeit als solche,
- Nichtberücksichtigung wesentlicher Kriterien, z.B. der fachlichen Qualifikation,
- evident unzureichende Berücksichtigung oder verfehlte Gewichtung wesentlicher Kriterien,
- Missachtung der in der Betriebsvereinbarung aufgestellten Kriterien bei der Festlegung bestimmter Vergleichspersonen.

Sind sowohl die in der Betriebsvereinbarung festgelegten Vergleichbarkeitsmerkmale als auch die in Textform einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgte Festlegung der Vergleichsgruppe nicht grob fehlerhaft, ist die jeweilige Vergleichsgruppenbildung auch für das Betriebsratsmitglied verbindlich, soweit die auf seine Person bezogene Auswahl von Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam vorgenommen worden und in Textform dokumentiert ist. Fehlt es beispielsweise an solchen Festlegungen (z.B. zur abstrakten Festlegung der Methodik) in einer Betriebsvereinbarung und einer darauf aufbauenden Vergleichsgruppenbildung, bleibt es – wie

bisher – bei einem Auskunftsanspruch des Mitglieds des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S. 11).

III. § 78 S. 2 BetrVG – geltende Rechtslage

Die Mitglieder des Betriebsrats, des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Konzern-Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Wirtschaftsausschusses, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats, der in § 3 Abs. 1 genannten Vertretungen der Arbeitnehmer, der Einigungsstelle, einer tariflichen Schlichtungsstelle (§ 76 Abs. 8) und einer betrieblichen Beschwerdestelle (§ 86) sowie Auskunftspersonen (§ 80 Absatz 2 Satz 4) dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden. Sie dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.

1. Regelungsinhalt

§ 78 S. 2 BetrVG schützt die in S. 1 genannten Amtsträger[1] vor jedweder Benachteiligung aufgrund ihres Amtes einerseits und verbietet andererseits jedwede darauf beruhende Begünstigung. In seinem Anwendungsbereich geht § 78 S. 2 BetrVG deutlich über § 37 Abs. 4 BetrVG hinaus, welcher nur die Mindestentwicklung des Entgelts der Betriebsratsmitglieder durch einfach nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen regelt.

Eine Benachteiligung i.S.v. § 78 S. 2 BetrVG ist jede Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Amtstätigkeit beruht. Dabei ist keine Benachteiligungsabsicht erforderlich. Es genügt die objektive Schlechterstellung gegenüber Arbeitnehmern, die kein Amt innehaben. (BAG, Urt. v. 25. Oktober 2017 – 7 AZR 731/15, Rn. 24; BAG, Urt. v. 10. November 2015 – 3 AZR 574/14, Rn. 47; BAG, Urt. v. 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12, Rn. 76).

Eine Begünstigung ist hingegen jede objektive Besserstellung eines Amtsträgers nach S.1 gegenüber einem Arbeitnehmer ohne Amt, die ohne sachlichen Grund erfolgt. Eine Begünstigungsabsicht ist nicht erforderlich (BAG, Urt.v. 8. November 2017 – 7 AZR 95/04, Rn. 34). Insbesondere dürfen Arbeitgeber Betriebsratsmitgliedern keine finanziellen Zuwendungen machen, auf die ein Betriebsratsmitglied keinen arbeits- oder tarifvertraglichen Anspruch hat.

2. Rechtsfolgen

Eine vorsätzliche Begünstigung und Benachteiligung kann eine Straftat nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG darstellen und mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr geahndet werden. Die Tat wird gem. § 119 Abs. 2 BetrVG nur auf Antrag der geschützten Betriebsverfassungsorgane, des Unternehmers oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft verfolgt. Der benachteiligte Amtsträger kann vom Arbeitgeber nach § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG unmittelbar die Beseitigung der Benachteiligung verlangen.

Werden Amtsträger dadurch begünstigt, dass ihnen eine überhöhte Vergütung gezahlt wird, kann der Straftatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB erfüllt sein (BGH, Urt. v. 10.

[1] Aufgrund der größeren Praxisrelevanz wird nachfolgend die Bedeutung des § 78 S. 2 BetrVG speziell für Betriebsratsmitglieder erläutert. Die Ausführungen gelten jedoch gleichermaßen für die übrigen in § 78 S. 1 BetrVG genannten Amtsträger.

Januar 2023 – 6 StR 133/22). Der Strafrahmen reicht von Geldstrafe bis zu einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren. Werden überhöhte Betriebsratsvergütungen als Betriebsausgaben abgezogen, kann dies steuerstrafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen (Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO). In diesem Fall müssen die gegenüber der Steuerbehörde gemachten Angaben berichtigt werden, § 153 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AO.

Auf zivilrechtlicher Ebene sind benachteiligende oder begünstigende Vereinbarungen zwischen Amtsträgern und Arbeitgebern nichtig nach § 134 BGB (BAG, Beschl. v. 21. März 2018 - 7 AZR 590/16 Rn. 16 m.w.N.).

Für benachteiligte Amtsträger kann sich ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB ergeben. (BAG, Urt. v. 25. Juni 2014 – 7 AZR 847/12). Danach hat z.B. ein befristet angestelltes Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages, wenn der Arbeitgeber einen solchen gerade wegen der Betriebsratstätigkeit abgelehnt hat.

3. Fiktiver Beförderungsanspruch

Von besonderer praktischer Bedeutung sind im Rahmen des § 78 S. 2 BetrVG nicht erfolgte Beförderungen einzelner Betriebsratsmitglieder. Wird ein Betriebsratsmitglied nur aufgrund seines Amtes nicht befördert, ist dies eine unzulässige Benachteiligung nach § 78 S. 2 BetrVG. Das Betriebsratsmitglied hat in diesem Fall einen Anspruch auf Anpassung seines Gehalts an das Niveau, das er bei unterstellter Beförderung erhalten hätte (sog. fiktiver Beförderungsanspruch, vgl. BAG, Urt. v. 20. Januar 2021 - 7 AZR 52/20, Rn. 23 f.; BAG 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19 – Rn. 29 mwN). Für den fiktiven Beförderungsanspruch ist das Betriebsratsmitglied darlegungs- und beweisbelastet. Der fiktive Beförderungsanspruch setzt voraus, dass dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass

- eine konkrete freie Stelle vorliegt,
- sich das Betriebsratsmitglied tatsächlich beworben oder gerade wegen seiner Amtstätigkeit oder Freistellung nicht beworben hat (z.B. weil es nach langer Freistellung nicht mehr über die erforderlichen Qualifikationen verfügt),
- das Betriebsratsmitglied über die Qualifikationsanforderungen für diese konkrete Stelle verfügt oder sie ihm nur aufgrund seines Amtes die erforderlichen Qualifikationen fehlen,
- das Betriebsratsmitglied die Stelle ohne sein Betriebsratsamt erhalten hätte.

Voraussetzung ist damit stets das Vorliegen einer freien Stelle, die ohne Betriebsratstätigkeit mit dem Betriebsratsmitglied besetzt worden wäre. Das Betriebsratsmitglied muss ferner darlegen, dass die Bewerbung gerade wegen der Amtstätigkeit erfolglos geblieben oder – im Falle einer nicht eingereichten Bewerbung – wegen seiner Amtstätigkeit unterlassen worden ist und eine Bewerbung ohne die Übernahme des Betriebsratsamtes erfolgreich gewesen wäre (BAG, Urt. v. 20. Januar 2021 - 7 AZR 52/20, Rn. 24; BAG, Urt. v. 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 31).

IV. Ergänzung des § 78 BetrVG

§ 78 BetrVG wird um einen Satz 3 ergänzt:

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 erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.

1. Regelungsinhalt

Die Neuregelung gewährt Arbeitgebern einen Ermessensspielraum bei Personalauswahlentscheidungen aus den Reihen der Betriebsratsmitglieder und bei der damit zusammenhängenden Betriebsratsvergütung. Das in § 78 S. 2 BetrVG enthaltene Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot wird durch die Neuregelung nicht außer Kraft gesetzt. Der Arbeitgeber darf im Rahmen seines Ermessens ein Betriebsratsmitglied weder begünstigen, noch benachteiligen. Hierzu führt die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 20/9469, S. 10) aus:

„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.“

Die neue Regelung knüpft an das Erfordernis einer konkreten und freien Stelle an. Ohne eine freie Stelle ist die Beförderung eines Betriebsratsmitglieds ungeachtet seiner Qualifikation eine unzulässige Begünstigung. Dies ist in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 20/9469, S. 11) klargestellt:

„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.“

Nimmt ein Betriebsratsmitglied diese angebotene freie Stelle an oder bewirbt sich ein Betriebsratsmitglied erfolgreich auf eine freie Stelle, muss es diese Stelle auch annehmen, um die entsprechende Vergütung zu erhalten. Dies gilt gleichermaßen für freigestellte und nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder. Erstere bleiben im Falle einer Beförderung freigestellt, sofern sie nicht in den Kreis der leitenden Angestellten aufsteigen (mit der Beförderung zum leitenden Angestellten verliert das Betriebsratsmitglied seine Wählbarkeit und damit erlischt seine Mitgliedschaft im Betriebsrat, § 24 Nr. 4 BetrVG). In der Praxis wird die Stelle deshalb zusätzlich mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt werden müssen. Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle des fiktiven Beförderungsanspruchs. Dieser bezieht sich nur auf die Vergütung. Die tatsächliche Beförderung auf eine konkrete Stelle kann nicht mit dem fiktiven Beförderungsanspruch erreicht werden.

2. Verhältnis zur bisherigen Rechtslage

Bisher umstritten war die Frage, ob Kenntnisse und Fähigkeiten, die ein Betriebsratsmitglied nur im Zuge seiner Amtstätigkeit erworben hat und die nicht im Zusammenhang mit seiner bisherigen Arbeitstätigkeit stehen, bei einer Stellenbesetzung berücksichtigt werden dürfen.

Der Wortlaut des § 78 S. 3 BetrVG differenziert nicht zwischen außerhalb und im Zuge der Amtstätigkeit erworben Qualifikationen. Nach der Gesetzesbegründung sind letztere jedoch von der Regelung umfasst. Hierzu heißt es (s. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S.8):

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.

Die bloße Betriebsratstätigkeit als solche bleibt auch nach der Klarstellung nicht relevant für eine Beförderung. Es ist deshalb eine unzulässige Begünstigung, wenn bei einer Stellenbesetzung z.B. darauf abgestellt wird, dass ein Betriebsratsmitglied mit dem Arbeitgeber „auf Augenhöhe verhandelt“, „komplexe Aufgaben wahrnimmt“ oder in „unternehmerische Entscheidungskomplexe miteingebunden“ ist (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S. 10).

Hinsichtlich des fiktiven Beförderungsanspruchs des Betriebsratsmitglieds bleibt es bei den bisherigen Anforderungen. Insbesondere kommt er nur bei einer erfolglosen (tatsächlichen oder wegen der Freistellung unterbliebenen) Bewerbung auf eine zu besetzende freie Stelle in Betracht. Das Betriebsratsmitglied bleibt hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen darlegungs- und beweisbelastet.

Der bloße Kompetenzzuwachs führt weder zu einem Anspruch auf eine höhere Vergütung noch zu einem Beförderungsanspruch eines Betriebsratsmitglieds.

Der Arbeitgeber kann nach wie vor frei und eigenständig das Anforderungsprofil für die zu besetzende freie Stelle festlegen. Er kann damit den Rahmen für den zu besetzenden Arbeitsplatz anhand von ihm bestimmten Kriterien (z.B. Ausbildungs- und Studienabschlüsse, Kenntnisse, Kompetenzen und Fähigkeiten etc.) autonom festlegen. Der Arbeitgeber entscheidet, welche Qualifikationsanforderungen er an eine zu besetzende Stelle stellt.

Dem Arbeitgeber steht auch bei der nachfolgenden Stellenbesetzung ein Ermessensspielraum zu. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, stets den objektiv am besten geeigneten Kandidaten (z.B. mit den besten Noten) zu wählen. Dies ist in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 20/9469, S. 10) klargestellt:

„Personalauswahlentscheidungen im Bereich der privaten Wirtschaft müssen sich nicht nach objektiv feststellbaren Kriterien richten. Sie können legitimerweise auf subjektiven, diskriminierungsfreien Einschätzungen und Bewertungen beruhen.“

Für die Praxis empfiehlt es sich, das Anforderungs- und Stellenprofil bereits in der Stellenausschreibung konkret zu definieren. Sollte sich ein Betriebsratsmitglied erfolglos auf eine freie Stelle beworben haben, bietet es sich an, die Gründe für die Entscheidung zu dokumentierenen.

3. Ermessensfehlerhaftigkeit

Will ein Arbeitgeber eine freie Stelle im Betrieb mit einem Betriebsratsmitglied besetzen, darf diese Entscheidung nicht ermessensfehlerhaft sein. Sie ist dann ermessensfehlerhaft und im Ergebnis eine Begünstigung oder Benachteiligung, wenn der Arbeitgeber und das Betriebsratsmitglied nicht vernünftigerweise davon ausgehen konnten, eine zutreffende Bewertung vorgenommen zu haben. Die Beförderung bzw. Eingruppierung eines Betriebsratsmitglieds muss plausibel und nachvollziehbar sein (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S. 10).

In der Praxis empfehlen sich als Maßstab die Qualifikationen und Fähigkeiten der Arbeitnehmer, die beruflich auf gleicher Ebene mit der zu besetzenden Position stehen. Das Betriebsratsmitglied sollte über die Qualifikationen und Kenntnisse verfügen, die für die zu besetzende Stelle nicht nur hilfreich, sondern vorausgesetzt sind. Möglicherweise ermessensfehlerhaft wäre z.B.:

- Beförderung auf eine Leitungsposition ohne erforderliche Kenntnisse in dem jeweiligen Bereich (z.B. kaufmännischer, technischer, naturwissenschaftlicher Art),
- Ermessenswidrige Gewichtung der für die zu besetzende Stelle erforderlichen Qualifikationen.

Um sich nicht der Gefahr der Ermessensfehlerhaftigkeit einer Personalauswahlentscheidung ausgesetzt zu sehen, sollten Arbeitgeber davon Abstand nehmen, Stellenprofile auf „Wunschbewerber“ aus den Reihen der Betriebsratsmitglieder zuzuschneiden und die ansonsten geltenden betrieblichen Anforderungen herabzusetzen.

4. Sonderfall: Beförderung auf eine Stelle in einem anderen Betrieb

In der Gesetzesbegründung wird die Möglichkeit angedeutet, dass Betriebsratsmitglieder angebotene betriebsexterne Stellen unter Verweis auf die Kontinuität der Betriebsratsarbeit ablehnen können. Hierzu heißt es wörtlich (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S. 11):

„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 Betriebsratstätigkeit 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).“

Eine generell standortübergreifende Betrachtung bei der Besetzung offener Stellen mit Betriebsratsmitgliedern kann der Gesetzesbegründung nicht entnommen werden. Dies stünde im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut, der die Gewährung des Arbeitsentgelts an die „betrieblichen Voraussetzungen“ knüpft. Die Gesetzesbegründung muss im Lichte der dort genannten BAG-Rechtsprechung so verstanden werden, dass die Ablehnung einer betriebsexternen Stelle und der Bezug des für sie vorgesehenen Entgelts nur in dem Fall möglich ist, in dem andernfalls die Kontinuität der Betriebsratstätigkeit als Gremium nicht mehr gewährleistet wäre. Die Amtsaufgabe durch ein einzelnes Betriebsratsmitglied führt in der Regel nicht zur Verhinderung der Betriebsratsarbeit des Gremiums. Der hypothetische Betriebswechsel ist somit an engste Voraussetzungen geknüpft.

Eine solche standortübergreifende Betrachtung stellt viele offene Fragen. Eine zurückhaltende Nutzung ist daher geboten. So kann z.B. die fragwürdige Konstellation auftreten, in der ein Betriebsratsmitglied weiterhin seine Position im Betrieb besetzt, jedoch die höhere Vergütung für

die von ihm abgelehnte betriebsexterne Stelle erhält. Über die weiteren Auswirkungen nach dem Ende der Amtszeit trifft die Gesetzesbegründung keine Aussagen. Hierbei ist fraglich, ob dem Betriebsratsmitglied weiterhin die Vergütung für die betriebsexterne Stelle gewährt werden kann/muss, obwohl es betriebsintern nur die geringer vergütete Tätigkeit ausübt.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Arbeitsrecht und Tarifpolitik
T +49 30 2033-1200
arbeitsrecht@arbeitgeber.de

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