

Zweites Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes (Betriebsrätevergütung)

Das Zweite Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes ist vom Bundesrat in seiner Sitzung vom 5. Juli 2024 gebilligt worden. Damit kann die Konkretisierung der Vorschriften zur Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats in Kraft treten. Das Gesetz wird am Tag nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten.

Das Gesetz enthält eine Erweiterung der Vorschrift des § 37 Abs. 4 BetrVG um drei Sätze (§ 37 Abs. 4 S. 3 bis 5 BetrVG) sowie eine Ergänzung der Vorschrift des § 78 BetrVG um einen weiteren Satz (§ 78 S. 3 BetrVG).

§ 37 Abs. 1 bis 3 BetrVG

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

(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.

(3) Zum Ausgleich für Betriebsrattätigkeit, 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 Betriebsrattätigkeit 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.

§ 37 Abs. 4 S. 1 und 2 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.

§ 37 Abs. 4 S. 3 bis 5 BetrVG

„Zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer nach Satz 1 ist auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts abzustellen, soweit nicht ein sachlicher Grund für eine spätere Neubestimmung verlangt 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.“

§ 78 BetrVG n.F.

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

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

„Betriebsratsvergütung“ nach Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

Die nachfolgende Checkliste soll einen ersten schnellen Überblick über die Systematik und den Inhalt der Vorschriften zur Betriebsratsvergütung geben. Sie ersetzt keine Rechtsberatung oder vertiefte Auseinandersetzung der neuen Vorschriften in Handreichungen und Kommentierungen.

A. Ehrenamtliche Tätigkeit und Arbeitsversäumnis nach § 37 BetrVG n.F.

I. Betriebsratsamt als Ehrenamt (§ 37 Abs. 1 BetrVG)

Die Mitglieder des Betriebsrats (BR) führen nach § 37 Abs. 1 BetrVG ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Das Ehrenamtsprinzip soll die Unabhängigkeit der Mitglieder des BR und bleibt auch nach Änderung des Gesetzes erhalten.

§ 37 Abs. 1 BetrVG

Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt.

- **Voraussetzungen**

- **gewähltes BR-Mitglied**
- **Ausübung einer BR-Tätigkeit zur Durchführung eines Ehrenamts**
(BAG vom 14.10.2020 – 7 AZR 286/18, NZA 2021, 869)

- **Rechtspflicht**

- **unabhängige und unentgeltliche Amtsführung**
(BAG vom 18.05.2016 - 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212)
- **keine arbeitgeberseitig veranlassten Vor- und Nachteile für BR-Mitglied wegen Ausübung des BR-Amts**
 - wegen der Ausübung einer BR-Tätigkeit (BAG vom 29.08.2018 - 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253)
 - Grundlage für die Vergütung sind weiterhin die bisherigen Arbeitsverträge bzw. etwaige tarifliche Regelungen, die vor der Amtsübernahme Geltung hatten

II. Freistellung von der beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts (§ 37 Abs. 2 BetrVG)

§ 37 Abs. 2 BetrVG

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.

- **Voraussetzungen**

- **Mitglieder des BR**

- Ordnungsgemäße Durchführung erforderlicher BR-Aufgaben** (BAG vom 23.11.2022 - 7 AZR 122/22, DB 2023, 1100)

- abhängig von: Umfang und Art des Betriebs

- **Rechtsfolge**

- **Arbeitsbefreiung von beruflicher Tätigkeit für erforderliche BR-Tätigkeit**

- für die Zeit der BR-Tätigkeit

- **ohne Minderung des Arbeitsentgelts**

- Arbeitsentgelt = Vergütung inklusive aller Entgeltbestandteile
 - hypothetische Betrachtung nach Entgeltausfallprinzip (BAG vom 18.05.2016 - 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212)
 - inklusive aller Entgeltbestandteile, die das BR-Mitglied verdient hätte, wenn es keine BR-Tätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte (z. B. Erschwerniszulagen, Nachtarbeitszuschläge, Mehrarbeitszulagen, nicht aber Aufwendungsersatz, BAG vom 29.08.2018 – 7 AZR 206/17)
 - auch umsatzabhängige Jahresboni (BAG vom 29.04.2015 - 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328)
 - Zurverfügungstellung von Dienstwagen mit Nutzungsmöglichkeit für private Fahrten (BAG vom 23.06.2004 - 7 AZR 514/03, DB 2004, 2702)
 - + bei Gewährung von Dienstwagen zur privaten Nutzung müssen die arbeitsvertraglichen Voraussetzungen, wie z.B. ein bestimmter Mindestreiseaufwand, auch nach der Amtsübernahme des BR-Mitglieds vorliegen, vgl. LAG Berlin-Brandenburg vom 11.2.2020 – 7 Sa 997/19).

- **Hinweis**

- Kein eigenständiger Vergütungsanspruch, sondern Sicherung des Entgeltanspruchs des BR-Mitglieds aus § 611 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sowie dem gegebenenfalls anzuwendenden Tarifvertrag (BAG vom 18.05.2016 - 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212)

III. Ausgleich für BR-Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit (§ 37 Abs. 3 BetrVG)

§ 37 Abs. 3 BetrVG

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.

- **Voraussetzungen**

- **BR-Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit**

- Außerhalb der individuellen Arbeitszeit des BR-Mitglieds, die sich aus dem Arbeitsvertrag (AV), eine Betriebsvereinbarung (BV) oder einem Tarifvertrag (TV) ergibt (BAG vom 28.05.2014 - 7 AZR 404/12, NZA 2015, 564; BAG vom 15.05.2019 - 7 AZR 396/17; NZA 2019, 1497)

- **Notwendigkeit für Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit aus betriebsbedingten Gründen**

- **Vorliegen betriebsbedingter Gründe**

- wenn die BR-Tätigkeit
 - wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der BR-Mitglieder
 - nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit erfolgen kann

- **Rechtsfolge**

- **Ausgleichsanspruch auf Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts**

- Gewährung der Arbeitsbefreiung vor Ablauf eines Monats
 - Falls keine Arbeitsbefreiung aus betriebsbedingten Gründen innerhalb von einem Monat möglich ist: Vergütung der aufgewendeten Zeit als Mehrarbeit
 - Der Ausgleichsanspruch nach § 37 Abs. 3 BetrVG soll verhindern, dass BR-Mitglieder, die aus betriebsbedingten Gründen ihre BR-Tätigkeit nicht während der Arbeitszeit ausführen können, durch einen Verlust persönlicher Freizeit benachteiligt werden.
 - Es handelt sich im Ergebnis um ein zeitlich verschobenes Arbeitsentgelt für eine sonst in der persönlichen Arbeitszeit anfallende BR-Tätigkeit, die nur infolge eines dem Arbeitgeber zuzurechnenden Umstands in die Freizeit verlegt worden ist (BAG vom 15.05.2019 - 7 AZR 396/17; NZA 2019, 1497)

- **Hinweis**
 - Kein Wahlrecht für BR-Mitglied zwischen Arbeitsbefreiung und Vergütung (BAG vom 11.01.1995 - 7 AZR 543/94, NZA 1996, 105)

IV. Entgeltsschutz (§ 37 Abs. 4 BetrVG)

§ 37 Abs. 4 BetrVG n.F.

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 verlangt 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.

- **Voraussetzungen für Verbot der Minderung des Arbeitsentgelts eines BR-Mitglieds nach § 37 Abs. 4 BetrVG**
 - **Ausübung von BR-Tätigkeit durch BR-Mitglieder**
 - während der Amtstätigkeit
 - und innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit
- **Rechtsfolge: Mindestentgeltanspruch nach § 37 Abs. 4 BetrVG**
 - **Kein geringeres Arbeitsentgelt als vergleichbare Arbeitnehmer (AN) mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung**
 - Arbeitsentgelt
 - Vergütung inklusive aller Entgeltbestandteile
 - gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers
 - auch Zuwendungen von Dritten wie z.B. Aktienoptionen (vgl. hierzu im Einzelnen: Schiefer Das Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 2020, S. 109)

- Keine geringere Vergütung als vergleichbare AN mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung
- **Zeitpunkt für Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer**
 - **Zeitpunkt für Bestimmung der Vergleichbarkeit**
 - **Grundsatz:** Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts (BAG vom 22.01. 2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594)
 - **Ausnahme:** Neubestimmung bei **Vorliegen eines sachlichen Grundes nach gesetzlicher Neuregelung des § 37 Abs. 4 S. 3 BetrVG**
 - + **Sachlicher Grund**
 - + **Keine gesetzliche Regelung vorhanden**
 - + **Nach Gesetzesbegründung nur zwei Gründe**
(BT-Drs. 20/9469, S. 8):
 - **Arbeitsplatzwechsel mit beruflichem Aufstieg**
 - ❖ Vorhandensein einer zu besetzenden freien höherdotierten Stelle im Betrieb
 - ❖ Bewerbung des BR-Mitglieds auf freie Stelle
 - ❖ BR-Mitglied erfüllt Anforderungen einer freien und höherdotierten Stelle
 - ❖ Abschluss eines Änderungsvertrages des BR-Mitglieds mit dem Arbeitgeber
 - **Arbeitsplatzwechsel mit beruflichem Abstieg**
 - ❖ Freiwillige Annahme einer geringen dotierten Stelle durch BR-Mitglied (so bereits BAG vom 23.11.2022 – 7 AZR 122/22, DB 2023, 1100)
- **Bestimmung der vergleichbaren AN**
 - **Verfahren zur Bestimmung der Vergleichbarkeit**
 - **Bestimmung vergleichbarer AN ohne BV**
 - + **Vergleichbare AN**
 - Vergleichbar sind AN, 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 (BAG vom 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012; BAG vom 23.11.2022 – 7 AZR 122/22, NZA 2023, 513)

- Feststellung der Ausübung von ähnlichen, im Wesentlichen, gleich qualifizierten Tätigkeiten der AN wie die der Amtsträger (BR etc.)
- BR ist in gleicher Weise fachlich und persönlich qualifiziert wie die vergleichbaren AN

+ mit betriebsüblicher Entwicklung

- **Betriebsüblich** ist eine Entwicklung, die vergleichbare AN bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Das BR-Mitglied hat nur Anspruch auf die Entgeltsteigerung, die es auch ohne Betriebsratsamt erfahren würde (BAG vom 18.01.2017 – 7 AZR 205/1, NZA 2017, 935).

Nicht zu berücksichtigen sind Entwicklungen vergleichbarer AN, wenn sie auf rein individuellen Gründen beruhen (z.B. Beförderung eines ursprünglich vergleichbaren AN 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).

- **Entstehen einer Üblichkeit**

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 (BAG vom 23.11.2022 – 7 AZR 122/22, NZA 2023, 513).

- **Anpassung des Vergleichsmaßstabs der vergleichbaren AN bei kleiner Gruppe**

Ist die Gruppe vergleichbarer AN im Betrieb sehr klein und lässt sich deshalb nicht feststellen, dass das Entgelt der Mehrzahl der vergleichbaren AN in gleichem Umfang erhöht wurde, kann für den Anpassungsanspruch des BR-Mitglieds der Durchschnitt der den Angehörigen der Vergleichsgruppe gewährten Entgelterhöhungen maßgebend sein. Voraussetzung einer Erhöhung der Vergütung des Betriebsratsmitglieds entsprechend dem Durchschnitt ist aber auch in diesen Fällen, dass die Entgelterhöhung bei der

Vergleichsgruppe auf einer betriebsüblichen Entwicklung beruht (BAG vom 23.11.2022 – 7 AZR 122/22, NZA 2023, 513).

➤ **Rechtsfolge des § 37 Abs. 4 BetrVG**

Bleibt die Entwicklung des Entgelts eines BR-Mitglieds hinter der Entgeltentwicklung der vergleichbaren AN mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung zurück, hat das BR-Mitglied nach § 37 Abs. 4 BetrVG einen Anspruch auf eine Anpassung im Umfang der betriebsüblichen Steigerung.

Zur Durchsetzung seines Anspruchs steht einem BR-Mitglied ein Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber aus §§ 611a Abs. 2, 242 BGB über das Arbeitsentgelt nebst Bestandteilen vergleichbarer AN zu (BAG vom 19.01.2005 – 7 AZR 208/04, AuA 2005, 436).

○ **Verfahren zur Bestimmung der Vergleichbarkeit mit BV nach der **Neuregelung § 37 Abs. 4 S. 4 BetrVG****

- **Voraussetzungen**

○ **Abschluss einer freiwilligen BV zur Bildung von Vergleichsgruppen (**§ 37 Abs. 4 S. 4 BetrVG**)**

- **Hinweis:** BV kann vom BR im Einigungsstellenverfahren nicht erzwungen werden!

- **Inhalt und Ausgestaltung der BV:**

Beispiele für mögliche Regelungsbereiche, aber abhängig von den betrieblichen Gegebenheiten z. B.:

+ **Verfahren zur Festlegung vergleichbarer AN**

- (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)

+ **Festlegung der konkreten Vergleichspersonen in Textform (**§ 37 Abs. 4 S. 5 BetrVG**)**

- Wahrung der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Vergleichbarkeit der AN
 - **Aber:** Keine Verpflichtung für Betriebsparteien zur Festlegung bestimmter Vergleichspersonen
 - **Ebenso:** Keine Vorgabe zur Mindest- bzw. Höchstanzahl an Vergleichspersonen
- **Konsequenzen und Auswirkungen der Neuregelungen in § 37 Abs. 4 S. 4 und 5 BetrVG**
- **Rechtsfolge**
 - Eingeschränkter gerichtlicher Vergleichsmaßstab für Gerichte
 - Bei Festlegung der Vergleichbarkeitsmerkmale in der BV oder der Festlegung der Vergleichspersonen in Textform ist die jeweilige Vergleichsgruppenbildung auch für das BR-Mitglied verbindlich, soweit die auf seine Person bezogene Auswahl von Arbeitgeber und BR gemeinsam vorgenommen worden und in Textform dokumentiert ist.
 - **Prüfungsmaßstab: grobe Fehlerhaftigkeit**
 - Vorliegen der groben Fehlerhaftigkeit
 - Keine Definition im Gesetz
 - **Grob fehlerhaft** ist nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 20/9469, S. 11) eine BV
 - bei fehlender Orientierung an den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien (Ausübung einer im Wesentlichen gleich qualifizierten Tätigkeit bei gleicher persönlicher und fachlicher Qualifikation zum maßgeblichen Zeitpunkt),
 - bei 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,
 - bei Nichtberücksichtigung wesentlicher Kriterien, z.B. der fachlichen Qualifikation,
 - bei evident unzureichender Berücksichtigung oder verfehlter Gewichtung wesentlicher Kriterien,
 - bei Missachtung der in der BV aufgestellten Kriterien bei der Festlegung bestimmter Vergleichspersonen.
 - Falls das BAG seine Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der groben Fehlerhaftigkeit in § 1 Abs. 5 KSchG und § 125 InsO (BAG vom 08.12.2022 – 6 AZR 32/22, NZA 2023, 625; BAG vom 24.10.2013 – 6 AZR 854/11, NZA 2014, 46) auf den Anwendungsbereich der Vorschrift des § 37 Abs. 4 S. 4 BetrVG entsprechend überträgt, müsste die BV einen evidente, ins Auge springenden schweren Fehler enthalten und die BV jede Ausgewogenheit vermissen lassen.

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

- **Voraussetzungen**

- Mitglieder des BR
- Beendigung der Amtszeit nur mit Tätigkeiten einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr

- **Rechtsfolge**

- Beschäftigung nur mit Tätigkeiten, die den Tätigkeiten der in § 37 Abs. 4 BetrVG gleichwertig sind
 - Zuweisung geringerwertiger gleichwertiger Tätigkeit nur möglich, wenn
 - dies einzelvertraglich zulässig und
 - durch zwingende betriebliche Notwendigkeiten geboten ist.
 - **Gleichwertig** ist die Tätigkeit, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der in der beteiligten Berufsgruppe herrschenden Verkehrsauffassung als gleichwertig anzusehen ist (LAG Hessen vom 14.08.1986 – 12 Sa 1225/85, DB 1987, 442 aA GK-BetrVG/Weber, 12. Aufl., 2022, § 37 Rdz. 168)
 - Kein Entgegenstehen von zwingenden betrieblichen Notwendigkeiten
 - Die Übertragung geringerwertiger Tätigkeiten ist nur dann möglich, wenn zwingende betriebliche Notwendigkeiten entgegenstehen.
 - Die Ausnahme ist eng auszulegen und greift nur, wenn eine Beschäftigung des BR-Mitglieds 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 Rdz. 11).
 - **Folge**
 - Partielle Versetzungssperre (GK-BetrVG/Weber, 12. Aufl., 2022, § 37 Rdz. 168)
 - Die Zuweisung einer geringerwertigen Tätigkeit hat keine Auswirkung auf das zu zahlende Entgelt. Dies hat letztlich zur Konsequenz, dass ein BR-Mitglied 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 BR-Mitglieder gem. § 38 Abs. 4 um ein Jahr, wenn sie drei volle aufeinanderfolgende Amtszeiten dauerhaft freigestellt waren.

B. Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot nach § 78 BetrVG n. F.

§ 78 BetrVG n.F.

Die Mitglieder des Betriebsrats, des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Konzern-Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Wirtschafts-ausschusses, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats, der in § 3 BetrVG genannten Vertretungen der Arbeitnehmer, der Einigungsstelle, einer tariflichen Schlichtungsstelle (§ 76 Abs. 8 BetrVG) und einer betrieblichen Beschwerdestelle (§ 86 BetrVG) sowie Auskunftspersonen (§ 80 Abs. 2 S. 4 BetrVG) 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.

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

- **Voraussetzungen**

- **Geschützter Personenkreis**

- Mitglieder**

- des BR (auch die Ersatzmitglieder, wenn sie als Vertreter zu Sitzungen hinzugezogen worden sind)
 - des GBR und KBR
 - der JAV und der GESAMT- JAV
 - Bordvertretung und See-BR
 - der Einigungsstelle
 - der tariflichen Schlichtungsstelle
 - einer betrieblichen Beschwerdestelle
 - Auskunftspersonen nach § 80 Abs. 2 BetrVG

- **Verbot der Benachteiligung oder Begünstigung**

- **Keine Behinderung oder Störung**

- Jede unzulässige Erschwerung, Störung bei Ausübung der BR-Tätigkeit
 - Kein Verschulden auf Seite des „Störers“ erforderlich (BAG vom 04.12.2013 - 7 ABR 7/12, NZA 2014, 803)

- **Keine Benachteiligung**

- Jede Schlechterstellung im Verhältnis zu anderen AN, die nicht auf sachlichen Gründen beruht

- Objektive Schlechterstellung gegenüber Nicht-BR-Mitgliedern (BAG vom 05.05.2010 – 7 AZR 728/08, NZA 2010, 1025; BAG vom 14.10.2020 – 7 AZR 286/18, NZA 2021, 869)
- Keine Benachteiligungsabsicht erforderlich
- Auch Entgeltschutz
 - Von dem Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt erfasst.
 - Ein BR-Mitglied, 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 (BAG vom 20.01. 2021 – 7 AZR 52/20, B 2021, 1481; BAG 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 – sog fiktiver Beförderungsanspruch)
 - Voraussetzungen für den fiktiven Beförderungsanspruch
 - + Darlegungs- und Nachweispflicht für BR-Mitglied in Bezug auf Vorhandensein einer konkreten freie Stelle
 - Tatsächliche Bewerbung des BR-Mitglieds oder Nachweis, dass sich BR-Mitglied gerade wegen seiner Amtstätigkeit oder Freistellung nicht beworben hat
 - BR-Mitglied verfügt über die Qualifikationsanforderungen für diese konkrete Stelle verfügt oder Nachweis, dass BR-Mitglied die erforderlichen Qualifikationen, nur aufgrund der Ausübung seiner Amtstätigkeit fehlen
 - Nachweis des BR-Mitglieds, dass seine Bewerbung ohne die Übernahme des BR-Amtes erfolgreich gewesen wäre (BAG vom 20.01.2021 – 7 AZR 52/20, DB 2021, 1481; BAG vom 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594)
- **Keine Begünstigung**
 - BR-Mitglieder dürfen wegen der Ausübung ihres BR-Amtes nicht bessergestellt werden, als die von ihnen vertretenen AN
 - + Eine Begünstigung ist jede objektive Besserstellung eines Amtsträgers (BR-Mitglied) nach § 78 S.1 BetrVG gegenüber einem AN ohne Amt, die ohne sachlichen Grund erfolgt
 - + Keine Begünstigungsabsicht erforderlich (BAG vom 08.11 2017 – 7 AZR 95/04, NZA-RR 2005, 556)

- Auch: Keine höhere Vergütungsleistungen
- + Arbeitgeber dürfen BR-Mitgliedern keine finanziellen Zuwendungen machen, auf die BR-Mitglieder keinen arbeits- oder tarifvertraglichen Anspruch haben
- **Beachtung der Negativdefinition für Begünstigung und Benachteiligung gemäß der Neuregelung des § 78 S. 3 BetrVG**

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

- **Keine Begünstigung und Benachteiligung, wenn**
 - BR- Mitglied oder eine der in § 78 Satz 1 BetrVG genannten Vertretungen
 - Erfüllung der erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien in Person des BR-Mitglieds für Gewährung des Arbeitsentgelts
 - + Arbeitgeber kann bei Stellenbesetzung die im Zuge der Amtstätigkeit erworbenen Qualifikationen und Kenntnisse des BR-Mitglieds berücksichtigen, soweit sie im Unternehmen auch außerhalb des Betriebsratsamts für die jeweilige Stelle karriere- und vergütungsrelevant sind (s. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S.8)
- **Kein Vorliegen eines Ermessensfehlers** bei Besetzung der Stelle / bei fortgesetzter Freistellung des BR-Mitglieds der Vergütung
 - + Arbeitgeber hat bei Stellenbesetzung gemäß vorgegebenen Anforderungsprofil einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Ermessensspielraum.
 - *Personalauswahlentscheidungen im Bereich der privaten Wirtschaft müssen sich nicht nach objektiv feststellbaren Kriterien richten.*
 - *Personalauswahlentscheidungen können legitimerweise auf subjektiven, diskriminierungsfreien Einschätzungen und Bewertungen beruhen*
 - **Hinweis:** *Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle, Qualifikationen und Kenntnisse der Bewerber/-innen und subjektive Entscheidungskriterien der Auswahlentscheidung sollten dokumentiert werden*

- **Rechtsfolgen**

- Beseitigungsanspruch des BR-Mitglied
 - Das benachteiligte BR-Mitglied kann vom Arbeitgeber nach § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG unmittelbar die Beseitigung der Benachteiligung verlangen
- Schadensersatz des BR-Mitglied
 - Beispiel: Bei Benachteiligung eines befristet beschäftigten BR-Mitglied bei Verlängerung des Folgevertrages (BAG vom 25.06.2014 - 7 AZR 847/12, NZA 2014, 1209)
- Antragsmöglichkeit des BR nach § 23 Abs. 3 BetrVG
- Bei vorsätzlichen Verstößen: strafrechtliche Verfolgung entweder auf Antrag nach § 119 Abs. 2 BetrVG oder ohne Antrag nach § 266 StGB (BGH vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22, NZA 2023, 301)

- **Sonderfall: Beförderung auf eine Stelle in einem anderen Betrieb**

Zulässigkeit der Beförderung auf eine Stelle in einem anderen Betrieb des Unternehmens?

- **Erweiterung der Negativdefinition der Begünstigung in der Gesetzesbegründung** (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S. 11)
 - **Keine unzulässige Begünstigung bei Stellenangebot in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens**
 - **Voraussetzungen**
 - + Freie Arbeitsstelle in einem anderen Betrieb des Unternehmens
 - + BR-Mitglied (freigestellt/nicht freigestellt) erfüllt die Anforderung des Stellenprofils der freien Arbeitsstelle
 - + BR-Mitglied lehnt freie Stelle ab und verbleibt in seinem bisherigen Betrieb, um Kontinuität der BR-Tätigkeit zu gewährleisten
 - + BR nimmt angebotene Stelle ab und begehrt höhere Vergütung gemäß der freien betriebsexternen Stelle
 - **Rechtsfolge**
 - + **Rechtslage streitig**
 - BR behält BR-Amt im Betrieb und erhält dennoch höhere Vergütung der betriebsexternen Stelle, aber nur in dem Fall, in dem andernfalls die Kontinuität der BR-Tätigkeit als Gremium nicht mehr gewährleistet wäre (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/9469, S. 11).

- Aus dem Gesetzeswortlaut lässt sich eine generell standortbezogene Betrachtungsweise nicht entnehmen. Die Gesetzesbegründung scheint dies aber anzunehmen.

(**BDA** einschränkend unter Hinweis auf Rechtsprechung BAG vom 25.6.2014 – 7 AZR 847, NZA 2014, 1209) zum kollektiven Schutzzweck der Norm (BDA, S. 16 der Handreichung zur Betriebsratsvergütung, 2024)

- Schlägt das BR-Mitglied eine Beförderung auf eine in einem anderen Betrieb bestehende höherwertige Stelle aus, bleibt es auf seiner bisherigen Stelle und hat nur Anspruch auf die entsprechende Vergütung.
- Nimmt das BR-Mitglied die Stelle in dem anderen Betrieb an, scheidet es aus dem BR aus.

(**Annuß**, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes BT-Drs. 20/9469, S. 3 und Punkt 7, **Stoffels** in BB 2024, 1204; ebenso demnächst **Arnold** in BB 2024, **unternehmer nrw**, und **GESAMTME-TALL** unter Hinweis auf fehlenden Einklang mit der gesetzlichen Regelung und andernfalls bestehenden Strafbarkeitsrisiken)

Düsseldorf, den 09.07.2024

unternehmer nrw