



Prof. Dr. Adam Sagan ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Arbeitsrecht an der Universität Bayreuth.

# Die Neuregelung der Betriebsratsvergütung: Klarstellung der Rechtslage oder Legalisierung der Begünstigung?

Autor: Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon)

Im November 2023 hat die Bundesregierung das Zweite Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes in den Bundestag eingebracht. Die Regierung reagiert auf das Urteil des Sechsten Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 10.1.2023. Es betraf die Strafbarkeit wegen Untreue bei einem Verstoß gegen das Verbot der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern. Der Gesetzentwurf soll nach eigenem Bekunden der Rechtssicherheit dienen. Das geltende Recht soll mit einer präziseren Regelung deutlicher zum Ausdruck gebracht werden. Tatsächlich enthält der Entwurf eine weitreichende Abkehr von der bisherigen Gesetzeslage.

Die Fortzahlung der Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats (kurz: die Betriebsratsvergütung) ist, wie das BGH-Urteil<sup>1</sup> zeigt, für den Vorstand von Bedeutung. Angeklagt waren neben Prokuristen auch Vorstandsmitglieder. Wegen seiner Überwachungsfunktion ist das Thema auch für den Aufsichtsrat von Interesse. Um den aktuellen Gesetzentwurf der Bundesregierung<sup>2</sup> würdigen zu können, sollte man sich die bisherige Rechtslage vor Augen führen. Zur Betriebsratsvergütung enthält das Betriebsverfassungsgesetz drei Grundaussagen:

(1.) »Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt als **Ehrenamt**«. <sup>3</sup> Betriebsräte werden nicht für ihre Amtsführung vergütet, sondern erhalten die Vergütung, die ihnen entgeht, weil sie wegen ihres Amtes von der Arbeitspflicht befreit werden; sog. **Lohnausfallprinzip**.

(2.) Die Mitglieder des Betriebsrats dürfen wegen ihrer Amtstätigkeit **weder benachteiligt noch begünstigt** werden.<sup>4</sup> Sie dürfen nur den entfallenen Lohn erhalten – nicht weniger, aber auch nicht mehr.

(3.) Vor allem bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern ist die Berechnung des **Lohnausfalls** heikel. Sie hängt von der hypothetischen Entwicklung ab, die der Betriebsrat ohne das Amt genommen hätte. Der Gesetzgeber hat mit einer ergänzenden Regelung geholfen. Schon 1972 ordnete das Gesetz an, dass das Arbeitsentgelt der Betriebsräte »nicht geringer bemessen werden darf als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung«.<sup>5</sup>

1 BGH, Urteil vom 10.1.2023 – 6 StR 133/22; hierzu Audit Committee Quarterly I/2023, S. 60 f.

2 BT-Drucks. 20/9469

3 § 37 Abs. 1 BetrVG

4 § 78 Satz 2 BetrVG

5 § 37 Abs. 4 BetrVG

## VW-Urteil als Auslöser für Gesetzesreform

Diese Regeln sind nicht in jedem Einzelfall einfach zu handhaben. Sie werfen aber auch nicht mehr oder schwierigere Rechtsfragen auf als handelsübliche Gesetze mittlerer Art und Güte. Zudem besteht eine detaillierte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, an der sich die betriebliche Praxis orientieren kann. Dass die Betriebsratsvergütung dennoch in Bewegung geraten ist, hat einen einfachen Grund: Volkswagen. Dort wurden mehrere Betriebsratsmitglieder im Ergebnis wie Manager entlohnt. Grundlage waren mitunter vom Unternehmen selbst angebotene Beförderungen auf entsprechend dotierte Stellen, die die Betriebsratsmitglieder dann ausschlugen. Um zu wissen, dass diese Vergütungspraxis gesetzeswidrig ist, hätte es nicht erst einer Entscheidung des Sechsten BGH-Strafsenats bedurft.<sup>6</sup> In der Sache ist dem Bundesgerichtshof zuzustimmen, das Urteil ist aber unglücklich begründet. Es lässt sich dahin missverstehen, die Vergütung aufgrund der Vergleichsgruppenbildung markiere die Grenze, oberhalb derer eine unzulässige Begünstigung beginnt. Richtigerweise handelt es sich nicht um eine Ober-, sondern um eine Untergrenze.<sup>7</sup>

## Neuerungen bei der Vergleichsgruppenbildung

Vor diesem Hintergrund ist der Ruf nach dem Gesetzgeber verständlich. Der Entwurf der Bundesregierung geht aber weit über das hinaus, was als Reaktion auf das BGH-Urteil aus Karlsruhe erforderlich wäre. Er sieht vor, dass die Gruppe der mit dem jeweiligen Betriebsratsmitglied vergleichbaren Arbeitnehmer nur noch grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der Amtsübernahme zu bestimmen ist. Liege ein »sachlicher Grund« vor, sollen die vergleichbaren Arbeitnehmer innerhalb der Amtszeit des Betriebsratsmitglieds neu bestimmt werden. Zur Begründung wird auf einen Ausnahmefall verwiesen, in dem sich ein Betriebsratsmitglied mit dem Arbeitgeber arbeitsvertraglich über einen anderen Arbeitsplatz mit einer geringeren Vergütung geeinigt hat.<sup>8</sup> Daraus folgt aber nicht, dass die Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer bei jedem anderweitigen Sachgrund – auch zugunsten des Betriebsrats – geändert werden dürfte. Welche sachlichen Gründe jenseits einer Vertragsanpassung eine Neubestimmung rechtfertigen sollten, lässt die Gesetzesbegründung offen. Das gilt auch für die umstrittene Frage, ob in der Betriebsratsstätigkeit erworbene Fähigkeiten mit der Folge berücksichtigt werden dürfen, dass die Amtstätigkeit gleichsam mittelbar durch die Hintertür vergütet wird. Der unbestimmte Rechtsbegriff des sachlichen Grundes schafft alles in allem nicht mehr, sondern weniger Klarheit.



6 Zuvor schon zutreffend Giesen, Vergütung freigestellter Betriebsräte, RdA 2020, 155 (166 f.)

7 Näher Gräfl/Rennpferdt, Vergütung von Betriebsratsmitgliedern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, RdA 2023, 245 (246 f.)

8 BT-Drucks. 20/9469, S. 9 verweist auf BAG, Urteil vom 23.11.2022 – 7 AZR 122/22, Rn. 39

## Freiwillige Betriebsvereinbarungen statt gerichtlicher Kontrolle

Ferner soll das Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer künftig in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung festgelegt werden können, die gerichtlich nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann. Arbeitgeber und Betriebsrat sollen konkrete Vergleichspersonen einvernehmlich in Textform festlegen können. Das mag transparenter als das geltende Recht sein, aber der Zugewinn an rechtlicher Sicherheit ist teuer erkauft. Er beruht darauf, den Betriebsparteien weitgehende Beurteilungsspielräume zu eröffnen und im Gegenzug die gerichtliche Kontrolle zurückzunehmen. Unterhalb der Schwelle grober Fehlerhaftigkeit lässt der Entwurf die Begünstigung von Betriebsräten zu und etikettiert dies – seinerseits grob fehlerhaft – als bloße Präzisierung des geltenden Rechts. In Wahrheit ist der Rückbau der gerichtlichen Kontrolle eine grundlegende Änderung der bisherigen Gesetzeslage.

Weitere Unklarheiten bringt der Entwurf mit sich, indem er eine Begünstigung oder Benachteiligung – offenbar unwiderleglich – ausschließt, wenn das Betriebsratsmitglied die betrieblichen Anforderungen erfüllt, die für die Gewährung des Entgelts erforderlich sind, und diese Anforderungen nicht »ermessensfehlerhaft« festgelegt wurden. Das schafft wiederum neue Spielräume auf Kosten der gerichtlichen Kontrolle. Der Rechtssicherheit dient das nicht, da die Grenzen des Ermessensspielraums ungeregelt bleiben. Die Abgrenzung zwischen hypothetischer Karriereentwicklung und fiktiven oder gar fingierten Beförderungsangeboten wird nicht einfacher. Der Entwurf verwechselt rechtliche Kategorien, indem er Personalentscheidungen, für die in der Privatwirtschaft der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt, in die Nähe verwaltungsrechtlicher Ermessensfehler rückt.

## Ausblick

Der weitere Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ist naturgemäß ungewiss. Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat die Vorschläge begrüßt, die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände Zustimmung in Aussicht gestellt. Es wäre daher keine Überraschung, würde der Gesetzentwurf den Bundestag entgegen dem Struck'schen Gesetz genau so verlassen, wie er eingebracht wurde. Auf ein gegenteiliges Ergebnis lassen kritische Stimmen in der Arbeitsrechtswissenschaft hoffen, die dem Gesetzgeber empfehlen, die Finger von der Reform zu lassen.<sup>9</sup> Und das zu Recht. Für die Neuregelung der Betriebsratsvergütung gilt: Es ist besser, nicht zu reformieren, als falsch zu reformieren. ←

9 Jacobs, Der Gesetzesentwurf zur Neuregelung der Betriebsratsvergütung, BB 2024, 117 (121)