

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Professor Dr. Frank Arloth,

Amtschef des Bayerischen
Staatsministeriums der Justiz

Andrea Czarnecki, Group General
Counsel Continental AG

Professor Dr. Markus Gehrlein,
Richter am Bundesgerichtshof a. D.

Karin E. Geissl, Rechtsanwältin,
Attorney at Law, Freshfields Bruckhaus
Deringer

Dr. Peter Gladbach,
Datenschutzbeauftragter AUDI AG

Professor Dr. Christian Heinrich,
Katholische Universität, Ingolstadt

Dr. Florian Hofer, LL.M., Chief Legal and
Compliance Officer, Daimler Truck AG

Dr. Uta Karen Klawitter,
General Counsel AUDI AG

Professor Dr. Thomas Klindt,
Rechtsanwalt, Noerr

Nora Klug, LL.M.,
General Counsel Robert Bosch GmbH

Professor Dr. Rolf-Dieter Mönning,
Rechtsanwalt, Mönning Feser Partner

Professor Dr. Dr. h.c. Hanns Prütting,
Universität zu Köln

Professor Dr. Jens M. Schmittmann,
Rechtsanwalt, FOM Hochschule, Essen

Dr. Stefan Schröcker,
Leiter Recht, Produktion und Vertrieb,
BMW AG

Dr. Reinhard Siegert, Rechtsanwalt,
Heuking Kühn Lüer Wojtek

Dr. Martin Wagener,
Rechtsanwalt

SCHRIFTFLEITUNG

Dr. Nicholas Schoch, Rechtsanwalt,
Freshfields Bruckhaus Deringer

STÄNDIGE MITARBEITER

Dr. Charlotte Harms, Paul Harenberg,
Camillo v. Haugwitz

- 89 Dr. Nicholas Schoch
The Future of Automotive Law
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Hommelhoff, Dr. Sina Allgeier und
Alexander P. Stern
- 90 **Die neuen Berichtspflichten in CSRD, LkSG und CSDDD unter besonderer
Berücksichtigung der Wertschöpfungskette**
Sebastian Rünz, Greta Koch und Jan Busse
- 96 **Die CSDDD – Substanziell neues Regelungswerk oder nur graduelle
Fortentwicklung des LkSG?**
Thomas Kahl und Teresa Kirschner
- 105 **Auswirkungen EU-Digitalstrategie auf die Automobilindustrie –
ein 360 Grad Blick**
Martin Egner
- 109 **Blick in die Zukunft – Haftung für KI nach dem Vorschlag einer
KI-Haftungs-RL**
Cristina Hajek Gross, LL.M. Eur. und Fabian Wünnerke
- 117 **Fahrtrichtung Zukunft: NIS2-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf die
Automobilindustrie**
Dr. Cathrin Wentzel, LL.M. (University of Sussex) und Benedikt Lutz, LL.M.
- 123 **Zugangsanspruch zur Reparatur- und Wartungsinformationen nach der
Typgenehmigungsverordnung und Data Act – eine Gegenüberstellung**
Leona Benitez Fernández, Dr. Marc Ruttloff und Dr. Christian Steinle
- 132 **Zugang zum Fahrzeugdatenstrom vs. Schutz vor unbefugten Zugriffen –
Ein Balanceakt, erst recht nach dem Urteil des EuGH**
Matthias Götz, LL.M. (Cambridge) und Marc Stefan Fein
- 137 **Fahrzeugdaten: Umgang mit Auskunftersuchen von Strafverfolgungs-
behörden**
Christian A. Mayer und Constantin Maier
- 146 **Das Mobilitätsdatengesetz – ein weiteres Mosaik umfangreicher Daten-
teilungspflichten**
Dr. Friedrich Goecke
- 150 **Zwischen Untreue-Strafbarkeit und betriebspolitischem Super-GAU:
Neue gesetzliche Leitlinien für eine rechtssichere Betriebsratsvergütung**
Dr. Maren Werne-Schmiesing
- 155 **Vorschlag für eine neue UN/ECE Regelung über Fahrerassistenzsysteme
(Driver Control Assistance System (DCAS))**
Felix Sedlmaier und Dr. Andreja Krzic Bogataj, LL.M.
- 159 **Novelle der NCAP-Bewertungskriterien**
Meike von Levetzow, Leopold König und Sebastian Tetzlaff
- 168 **Das Klimaurteil des EGMR – mit Auswirkungen auf nationale Klima-
klagen?**

derungen an die Datenteilungspflichten Schritt zu halten. Gleichzeitig gilt es für die Dienstleister zu beobachten, wie die neue Datenaufsicht mit ihren Befugnissen umgehen wird. Die Bestrebungen zur Steigerung der Qualität der Daten bergen große Chancen für Anbieter neuer Mobilitätsdienstleistungen. Gleichzeitig sind höhere Anforderungen an die Datenqualität immer mit Kosten für den Datenerhebenden verbunden, für die das MDG-E keine Regelungen vorsieht.

In der Anwendung gilt es die Mobilitätsdaten des kommenden Mobilitätsdatengesetzes von den Fahrzeugdaten und den Fahrzeugdatenteilungspflichten aus anderen Rechtsakten abzugrenzen. Denn die beiden Regelungskomplexe sind zwar in der Terminologie ähnlich, die Fahrzeugdatenteilungspflichten umfassen allerdings einen anderen Zweck, einen produktbezogenen und keinen mobilitätsbezogenen Ansatz und richten sich an ein anderes Publikum.

RA Dr. Friedrich Goecke, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Düsseldorf*

Zwischen Untreue-Strafbarkeit und betriebspolitischem Super-GAU: Neue gesetzliche Leitlinien für eine rechtssichere Betriebsratsvergütung

Endlich Klarheit! Das mögen sich Entscheidungsträger und Betriebsräte bei Verabschiedung der neuen gesetzliche Vorgaben zur Betriebsratsvergütung gedacht haben. Gerade in der Automobilwirtschaft wurde die „Lex VW“ mit Spannung erwartet, denn hier hatte die Unsicherheit über die Zulässigkeit von Vergütungspraktiken zu besonders scharfen Konflikten geführt. Wie alle Beteiligten auf der „Straße der rechtssicheren Vergütung“ sicher fahren, zeigt der folgende Beitrag.

I. Einleitung und Problemaufriss

Was stiftet dieser Tage noch Einigkeit unter den Fraktionen des deutschen Bundestags? Sicher, die Fußball-Nationalmannschaft, denn schön war's beim Heimturnier und mit einem anderen Schiedsrichter wäre der Titel greifbar gewesen.² Doch einig war man sich auch am 28.6.2024, als das Gesetz über die rechtssichere Vergütung von Betriebsräten einstimmig verabschiedet wurde,³ voll des Lobes über das ehrenamtliche Engagement, voller Wertschätzung gegenüber starken betrieblichen Interessenvertretungen.

1. BGH-Urteil: Eine zu hohe Betriebsratsvergütung kann zur Strafbarkeit wegen Untreue führen

Dieser Einigkeit des Gesetzgebers vorausgegangen war eine beispiellose Unsicherheit bei Entscheidungsträgern und Betriebsräten über die rechtlich zulässige Vergütungsermittlung. Ausgelöst wurde diese Unsicherheit durch ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10.1.2023⁴, der über die Strafbarkeit von Vorständen und Prokuristen des VW-Konzerns zu befinden hatte. Betriebsratsmitglieder hatten in den Jahren 2011 bis 2016 Vergütungen, inklusive Boni, von bis zu 750 000 Euro im Jahr erhalten. Diese Vergütung hätte nach den Feststellungen des BGH so nicht gewährt werden dürfen. Wenn ein Entscheidungsträger unter Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Benachteiligungsverbot nach § 78 BetrVG einem Mitglied des Betriebsrats Vergütungen gewähre, könne eine strafbare Untreue vorliegen, so der BGH. Überdies seien an einen den subjektiven Tat-

bestand ausschließenden Tatbestandsirrtum hohe Anforderungen zu stellen.

Nun war und ist es nichts Neues, dass ein Betriebsratsratsmitglied wegen seines Amtes nicht begünstigt (oder benachteiligt) werden darf; dies ist ein zentraler betriebsverfassungsrechtlicher Grundsatz. Neu war hingegen die strafrechtliche Dimension des Verstoßes gegen das Begünstigungsverbot, noch genauer: die Schärfe dieser strafrechtlichen Dimension.

2. Reaktion auf das Urteil: Übereilte Vergütungskürzungen, gerade in der Automobilbranche

Folgendes Bild verdeutlicht das Dilemma, in dem sich alle Beteiligten nach dem BGH-Urteil befanden: Man betrachte die gesetzskonforme Betriebsratsvergütung als Straße, auf der die Beteiligten fahren – die „Straße der rechtssicheren Betriebsratsvergütung“. Linker Hand ist die Straße begrenzt durch die Leitplanke: „Nicht zu niedrig vergüten, da Benachteiligung verboten“; rechter Hand ist die Straße begrenzt durch: „Nicht zu hoch vergüten, da Begünstigung verboten“. Das Urteil des BGH hatte nun die rechtsseitige Begrenzung zu der deutlich gefährlicheren gemacht: wer sie nicht einhält, landet im Abgrund der Strafbarkeit. Die betroffenen Betriebsräte und Entscheidungsträger bei VW erahnten damals schon das Konfliktpotenzial des Urteils: ein „Skandalurteil, das einem bundesweiten Frontalangriff auf die Mitbestimmung [gleichkomme]“, befand die Arbeitnehmerseite.⁵ Der Konzern selbst befürchtete „weitreichende Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung in der Bundesrepublik und

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. III.

1 Nach Jacobs, BB 2024, 117, 121.

2 Der Autor gehört zu den wenigen, die ebenfalls nicht auf Handlometer entschieden hätten.

3 BT-Drucks. 20/9469; Entwurf und Beschlussempfehlung abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw26-de-betriebsverfassungsgesetz-1009720> (Abruf: 10.7.2024).

4 Az. 6 StR 133/22, NZA 2023, 301.

5 <https://www.sueddeutsche.de/auto/vw-spruch-zu-vw-betriebsraeten-skandalurteil-als-reformanstoss-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-230217-99-635324> (Abruf: 10.7.2024).

damit auf die Wettbewerbsfähigkeit des gesamten Wirtschaftsstandorts Deutschland“.⁶

Es ist kein Zufall, dass diese Konflikte bei den OEMs und großen Zulieferern besonders deutlich zu Tage traten. In kaum einer anderen Branche sind die Betriebsräte so wirkmächtig, selbstbewusst und einflussreich wie in der Automobilwirtschaft. Kaum eine andere Branche steht unter so großem Transformationsdruck und ist daher so dringend auf die konstruktive Mitwirkung der Mitarbeitervertretungen angewiesen. Umso größer mag der Impetus sein, das Wohlwollen der Betriebsräte durch Großzügigkeit am Rande des rechtlich Möglichen zu erwirken. Man braucht also wenig Fantasie, dass auf der oben zitierten „Straße der rechtssicheren Betriebsratsvergütung“ eher leicht rechts gefahren wurde.

Dies änderte sich durch das BGH-Urteil schlagartig. Die hiernach ergangenen erstinstanzlichen Entscheidungen zeugen von schwer nachvollziehbaren Kürzungsentscheidungen. Betriebsverfassungsrechtlich offensichtlich zulässige Vergütungserhöhungen wurden unter Verweis auf die durch den BGH verursachten Unsicherheiten zurückgenommen.⁷ Lieber den Konflikt mit dem Betriebsrat riskieren, als sich in die Nähe eines Untreuerisikos zu begeben, so schien die Marschrichtung einiger Entscheidungsträger zu sein. Man fuhr auf der „Straße der rechtssicheren Betriebsratsvergütung“ also nicht mittig, sondern (über-)zog scharf nach links, zum Leidwesen der Betriebsratsmitglieder. Diese sahen sich nicht nur mit – teilweise unrechtmäßigen – zukünftigen Gehaltskürzungen konfrontiert, sondern auch mit Rückforderungen bereits aufgezahlter Vergütung. Heftige Auseinandersetzungen mit und Rücktritte von Betriebsratsmitgliedern waren nicht selten die Folge, ebenso Blockadehaltungen in wichtigen Mitbestimmungsangelegenheiten: ein betriebspolitischer Super-GAU!

II. Das neue Betriebsratsvergütungsgesetz: Mehr Gestaltungsspielräume, aber die Risiken bleiben

Vor dem Hintergrund der vorgeschilderten Konflikte ist es nur allzu verständlich, dass Bundesarbeitsminister Hubertus Heil auf breite parlamentarische Zustimmung traf, als das von seinem Ministerium eingebrachte Gesetz zur Betriebsratsvergütung zur Abstimmung stand. Groß war der Wunsch, die geschilderten Unsicherheiten zu beseitigen oder jedenfalls zu minimieren.

Das Gesetz, das sich in Text und Begründung sehr eng an den klaren inhaltlichen Linien des Bundesarbeitsgerichts orientiert, enthält wichtige Antworten. Es baut – wir bleiben beim oben skizzierten Bild – die Straße des Zulässigen etwas breiter, als es nach dem Urteil des BGH die (Beratungs-)Praxis tat und gibt den Handelnden Gestaltungsspielräume. Es bleibt allerdings dabei: zu nah an den Leitplanken sollten sich die Betriebsparteien nicht bewegen, denn sonst droht eine erneute Diskussion um Untreuerisiken und deren Vermeidung durch Vergütungskürzungen. Wird jedoch die Vergütungsfindung in einen durchdachten Compliance-Prozess eingebettet, können Strafbarkeitsrisiken deutlich reduziert werden.

Die wichtigsten Fragen und Antworten:

1. Was sieht das Gesetz im Wortlaut vor?

Durch die Änderungen werden die zentralen Vorschriften zur Betriebsratsvergütung wie folgt erweitert:

§ 37 Absatz 4 BetrVG lautet nunmehr wie folgt (Neues in Fettdruck):

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 Betriebsratsamtes 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.

§ 78 BetrVG S. 2 und 3 lauten nunmehr wie folgt (Neues in Fettdruck):

(Betriebsratsmitglieder) dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden, das gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt im Hinblick auf das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vor, wenn das (Betriebsratsmitglied) in seiner Person die für die Gewährung des Arbeitsentgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.

2. Ändert sich etwas an der Grundsystematik der Betriebsratsvergütung?

Nein. Es bleibt beim „Grundfall“, dass die Vergütung von Betriebsräten (dies betrifft insbesondere freigestellte Betriebsratsmitglieder) nicht geringer bemessen sein darf als diejenige von vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher Entwicklung, § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG. Diese Entgeltgarantie knüpft – dies stellt die Gesetzesbegründung in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung klar⁸ – an die bei Amtsübernahme im Betrieb ausgeübte konkrete berufliche Tätigkeit an. Nach ihr bestimmt sich der Kreis vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (sog. Vergleichsgruppe). Vergleichbar sind diejenigen Kollegen, 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.⁹ Machen die Mitglieder dieser Vergleichsgruppe seit Amtsantritt des Betriebsrats mehrheitlich einen Vergütungssprung (z. B. durch tarifliche Höhergruppierung), vollzieht das Betriebsratsmitglied diesen Sprung entsprechend mit.

⁶ ebd. (Abruf: 10.7.2024).

⁷ Beispielsweise LAG Niedersachsen, Urt. v. 14.2.2024 – 6 Sa 559/23: Versagung der Anerkennung einer hypothetischen Karriere i. S. d. § 78 S. 2 BetrVG, obgleich das klagende Betriebsratsmitglied unstrittig die Idealbesetzung für die höher dotierte Stelle war.

⁸ BT-Drucks. 20/9469, S. 9, mit Verweis auf BAG, Urt. v. 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, juris.

⁹ Ständige Rechtsprechung, zuletzt BAG, Urt. v. 23.11.2022 – 7 AZR 122/22, NZA 2023, 513.

Neben der Entgeltgarantie nach § 37 Abs. 4 BetrVG kann sich ein Amtsträger weiterhin auch auf das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 78 BetrVG berufen, sofern er den Sonderfall einer sog. hypothetischen Karriere für sich geltend machen kann. Dann nämlich, wenn das Betriebsratsmitglied nachweisen kann, dass es nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine höhere, besser dotierte Position aufgestiegen ist. In einem solchen Fall wäre es benachteiligt im Sinne des § 78 S. 2 BetrVG, dem Betriebsratsmitglied einen fiktiven Beförderungsanspruch zu verwehren.

Beispiel: Betriebsratsmitglied M ist bei einem OEM, der zwei Werke in Süddeutschland betreibt, als Lackierer (gelernt) im Werk N beschäftigt (Entgeltgruppe 10). Im Werk N arbeiten im Januar 2020 – an verschiedenen Fahrzeuglinien – insgesamt 20 gelernte Lackierer mit einer vergleichbaren Ausbildung und Tätigkeit wie M (diese bilden die sog. Vergleichsgruppe). Im Februar 2020 rückt M in den Betriebsrat nach und wird vollständig für die Betriebsratsarbeit freigestellt. Bis November 2022 vollziehen elf der 20 Vergleichsgruppenmitglieder einen Entgeltsprung von mindestens einer tariflichen Entgeltstufe. Für Januar 2023 bewirbt sich M auf eine freie Stelle „Fachkraft für Arbeitssicherheit“ (Entgeltgruppe 13). Für die Stelle ist er aufgrund seiner im Werk gesammelten Erfahrung und seiner persönlichen Eigenschaften in den Augen der Stellenbesetzungskommission der am besten geeignete Kandidat und erhält eine Zusage. In diesem Fall hat M ab November 2022 einen Anspruch nach § 37 Abs. 4 BetrVG auf Vergütung nach Entgeltgruppe 11 (ein Sprung, entsprechend der Mehrheit seiner Vergleichsgruppenmitglieder) und ab Januar 2023 einen Anspruch nach § 78 S. 2, 3 BetrVG auf Vergütung nach Entgeltgruppe 13 infolge eines hypothetischen Karriereschritts.

3. Wann liegt ein sachlicher Grund für die Neubestimmung der Vergleichsgruppe nach § 37 Abs. 4 S. 3 2. Hs. BetrVG vor?

Es ist gerade bei langjährig freigestellten Betriebsratsmitgliedern nicht immer gerechtfertigt, die Vergleichsgruppe über Jahre hinweg unverändert beizubehalten. Dies erkennt der Gesetzgeber zutreffend und ordnet an, dass bei Vorliegen eines sachlichen Grundes eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe angezeigt sein kann. Welche Gründe dies im Einzelnen sein können, dazu verhalten sich Gesetzestext und Gesetzesbegründung kaum. Richtigerweise können solche Gründe zum einen in der Person des Betriebsratsmitglieds (hier nennt die Gesetzesbegründung den Fall, dass das Betriebsratsmitglied die Anforderungen an eine höher dotierte Stelle erfüllt und mit dem Arbeitgeber einen entsprechenden Änderungsvertrag schließt,¹⁰ wobei das zweitgenannte Kriterium nicht zwingend sein dürfte) liegen. Zum anderen kommt als sachlicher Grund in Betracht, dass durch Umstrukturierungen oder Ausscheiden aus dem Unternehmen die Vergleichsgruppenmitglieder dem Betrieb vollständig oder teilweise verloren gehen.¹¹

Beispiel: Das Betriebsratsmitglied O ist bei einem Zuliefer-Unternehmen als Mechatroniker eingestellt. Er besucht parallel zu seiner Tätigkeit die Meisterschule. Kurz vor deren Abschluss wird in den Betriebsrat gewählt und ist fortan vollständig von der Betriebsratsarbeit freigestellt. Unabhängig davon, ob O sich als Meister auf höher dotierte Stellen bewerben könnte oder andere Tätigkeiten ausübt,

würde sich jedenfalls ab erfolgreicher Beendigung der Meisterschule seine Vergleichsgruppe (vormals: Mechatroniker-Gesellen; nun: Mechatroniker-Meister) ändern, jedenfalls, sofern sich Absolventen der Meisterschule betriebsüblich in der Karriere und bei der Vergütung schneller entwickeln als Gesellen.¹²

4. Können die Regeln zur Bestimmung der zutreffenden Vergleichsgruppe in einer Betriebsvereinbarung geregelt werden – und was ist hierbei zu beachten?

Ja. Hierin liegt eine zentrale Neuerung des Gesetzes. Schon nach bisheriger BAG-Rechtsprechung war eine entsprechende Regelungsabrede möglich.¹³ Die Betriebsparteien erhalten nun einen erheblich erweiterten Spielraum: So können sie in einem ersten Schritt ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer regeln; in einem zweiten Schritt können sie konkrete Vergleichspersonen festlegen. Wichtig ist, dass der zweite Schritt nicht ohne den ersten vollzogen werden kann, d. h. die konkrete Festlegung der Vergleichspersonen muss aus den vorab festgelegten Regeln folgen.¹⁴ Keinesfalls können die Betriebsparteien die Vergleichspersonen vollständig „freihändig“ auswählen. Die ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut, wird aber mit Blick auf die Gesetzesbegründung deutlich, die von einer „anschließende[n] Festlegung der konkreten Vergleichspersonen“ spricht.¹⁵ Sowohl die in der Betriebsvereinbarung gefundene Konkretisierung der Vergleichbarkeit als auch die hierauf aufbauende Festlegung von Vergleichspersonen werden nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft, § 37 Abs. 4 S. 5 BetrVG. Das ist sehr großzügig. Grob fehlerhaft ist eine Betriebsvereinbarung demnach nur, wenn sie sich nicht an den anerkannten Kriterien für die Vergleichbarkeit (siehe bereits oben: wenn im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt wurden und die Kollegen dafür in gleicher Weise wie das Betriebsratsmitglied fachlich und persönlich qualifiziert waren) orientiert, sachwidrige weitere Kriterien benennt, wesentliche Kriterien unberücksichtigt lässt oder diese Kriterien im Verhältnis zueinander eindeutig unzureichend oder mit eindeutig verfehlter Gewichtung berücksichtigt.¹⁶ Der Gesetzgeber legt die Frage der Vergleichbarkeit damit weitgehend in die Hände der Betriebsparteien.¹⁷

Beispiel: Im Fall des oben genannten Lackierers M würde eine Betriebsvereinbarung unter anderem verbindlich regeln können:

- ob M lediglich mit den Lackierern vergleichbar ist, die an seiner Fahrzeuglinie arbeiten oder mit allen Lackierern im Werk,
- ob unter den Lackierern Unterschiede bestehen (z. B. in welchem Baustatus der Karosserie die Lackierarbeiten erfolgen bzw. welchen Schwierigkeitsgrad sie damit aufweisen),

10 BT-Drucks. 20/9469, S. 9, 10.

11 Trebinger, in: Fitting, BetrVG, § 37 Rn. 119b.

12 So wohl auch Giesen, RdA 2020, 155, 158 f.

13 BAG, Urt. v. 18.1.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935.

14 Offen gelassen von Stoffels, BB 2024, 1204, 1207.

15 BT-Drucks. 20/9469, S. 10.

16 Ebd.

17 Hierzu kritisch Jacobs, BB 2024, 117, 120 mit Verweis auf die großzügige Auslegung der „groben Fehlerhaftigkeit“ der Rechtsprechung bei § 1 Abs. 4 und 5 KSchG.

- inwiefern eine Vergleichbarkeit nur gegenüber Kollegen mit ähnlicher Berufserfahrung besteht,
- welche fachlichen (Zusatz-)Qualifikationen eine Änderung in der Vergleichsgruppe bedingen können,
- ob einzelne Mitarbeiter aus der Vergleichsgruppenbetrachtung herausfallen können (nachweisbar leistungsschwache/leistungsstarke Mitarbeiter werden nicht berücksichtigt).

Erste Befürchtungen wurden geäußert, der großzügige Ermessensspielraum der Betriebsparteien könne dazu führen, dass „ein bisschen Betriebsratsbegünstigung“ legalisiert werde.¹⁸ Die Kritik scheint überzogen. Zum einen ist die Entscheidung darüber, wer und was vergleichbar ist, richtigerweise von denen zu treffen, die den Betrieb aus eigener Anschauung kennen: den Betriebsparteien. Zum anderen muss die Vergleichsgruppenbildung in jedem Fall abstrakten Kriterien folgen. So wird die Gefahr eines „Rosinenpickens“ (der bestmöglichen Vergleichsgruppe) weitgehend gebannt. Die Betriebsparteien sollten sich aber vor Augen führen: selbst „ein bisschen Betriebsratsbegünstigung“ ist betriebsverfassungsrechtlich unzulässig und strafbar. Es wird darauf ankommen, Vergleichsgruppenentscheidungen in den Betriebsvereinbarungen (oder wenigstens in Protokollnotizen) transparent zu begründen und idealerweise mit Zahlen und Erfahrungswerten zu hinterlegen (z. B., dass Mitglieder bestimmter Berufsgruppen in der Vergangenheit vergleichbare berufliche Entwicklungen genommen haben und daher trotz geringer Unterschiede in den Tätigkeiten als vergleichbar im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG gelten können).

5. Wie ist der Fall zu verfahren, wenn für das konkrete Betriebsratsmitglied kein im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG vergleichbarer Kollege im Betrieb vorhanden ist?

Diese Frage gehört zu den wenigen von der Rechtsprechung noch nicht abschließend entschiedenen Fragen. Das Gesetz selbst sieht hier keine Handlungsempfehlung vor, allerdings zeigt die Gesetzesbegründung einen Weg auf: Fehlen im Betrieb Vergleichspersonen, können vergleichbare Kollegen 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.¹⁹ Bei der Bestimmung der Vergleichspersonen blickt man also – fehlt es an vergleichbaren Arbeitnehmern – zunächst in einen anderen Betrieb, um dann erst im nächsten Schritt wieder nach wenigstens ähnlichen Mitarbeitern im eigenen Betrieb zu schauen. Die Betriebsparteien könnten in einer Betriebsvereinbarung eine andere Reihenfolge (z. B. nächstvergleichbare Arbeitnehmergruppe im eigenen Betrieb vorrangig zur vergleichbaren Arbeitnehmergruppe im anderen Betrieb) vereinbaren.

Beispiel: Betriebsratsmitglied P ist bei dem o. g. OEM als Lackierer (gelernt) im Werk N beschäftigt (Entgeltgruppe 10). Er nimmt hierbei – einzigartig im Werk N – Sonder-tätigkeiten wahr: er führt Sonderlackierungen und -beschriftungen für Messe- und Ausstellungsfahrzeuge durch. Aufgrund des hierbei zu verwendenden Werkzeugs und der erforderlichen Spezialexpertise ist er daher mit anderen Lackierern nicht vergleichbar. Im zweiten Werk des OEM in I sind zwei Arbeitnehmer mit entsprechenden Sonder-

aufgaben beschäftigt. Folgt man – wie zu empfehlen – dem Weg der Gesetzesbegründung, so besteht die Vergleichsgruppe des P aus den beiden in I beschäftigten Kollegen. Wären in I keine mit der Sondertätigkeit betrauten Kollegen beschäftigt, so bestände die Vergleichsgruppe wohl aus „normalen“ Lackierern aus dem Werk N.

6. Ist es möglich, dass das Betriebsratsmitglied durch Nachweis einer hypothetischen Karriere eine höhere Vergütung beanspruchen kann als vergleichbare Arbeitnehmer?

Ja. Dass eine hypothetische Karriere möglich ist, hat der BGH auch – entgegen mancher Spekulationen²⁰ – nie infrage gestellt. In dem vom BGH entschiedenen Fall stand eine hypothetische Karriere schlicht nicht zur Debatte.²¹ 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.²² Die vom BAG gefundenen Maßstäbe zum Nachweis einer hypothetischen Karriere gelten fort: Das Betriebsratsmitglied kann vortragen, dass seine Bewerbung auf eine bestimmte Stelle gerade wegen seiner Freistellung und/oder seiner Betriebsrats-tätigkeit erfolglos geblieben ist. Hat sich das Betriebsratsmitglied auf eine bestimmte Stelle tatsächlich nicht beworben, kann und muss er zur Begründung des fiktiven Beförderungsanspruchs darlegen, dass er die Bewerbung gerade wegen seiner Freistellung unterlassen hat und eine Bewerbung ohne die Freistellung erfolgreich gewesen wäre. Aber auch wenn eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung danach keinen Erfolg gehabt hätte oder hätte haben müssen, steht dies einem Anspruch nicht zwingend entgegen. Scheitert nämlich eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung des freigestellten Amtsträgers an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen oder daran, dass der Arbeitgeber sich zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation in Folge der Freistellung außerstande gesehen hat, so ist zwar die Entscheidung des Arbeitgebers für den als qualifizierter erachteten Bewerber nicht zu beanstanden. Gleichwohl kann in einem solchen Fall ein fiktiver Beförderungsanspruch des Amtsträgers bestehen, wenn das Fehlen von feststellbarem aktuellem Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist.²³ Wichtig ist auch, dass das Betriebsratsmitglied benennen muss, auf welche konkrete Stelle es hypothetisch aufgestiegen sein will. Der Anspruch nach § 78 S. 2 BetrVG setzt – auch dies stellt die Gesetzesbegründung unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung klar – stets eine freie Stelle voraus.²⁴

7. Ist die hypothetische Karriere unter der Neufassung des § 78 Satz 3 BetrVG nun leichter nachweisbar?

Theoretisch nein, da die Voraussetzungen für die hypothetische Karriere nach der Gesetzesbegründung denen der

18 Jacobs, ebd.

19 BT-Drucks. 20/9469, S. 9, kritisch Staffels, BB 2024, 1204, 1207.

20 ArbG Mannheim, Urt. v. 7.3.2023 – 7 Ca 139/22, juris; sehr zurückhaltend mit Blick auf den Anwendungsbereich § 78 S. 2 BetrVG auch Rothballer, NZA 2023, 257, 259.

21 Detailliert geschildert von ArbG Braunschweig, Urt. v. 5.7.2023 – 3 Ca 138/23, juris.

22 BT-Drucks. 20/9469, S. 11, unter Verweis auf BAG, Urt. v. 20.1.2021 – 7 AZR 52/20, juris.

23 BAG, Urt. v. 4.11.2015 – 7 AZR 972/13, juris.

24 BT-Drucks. 20/9469, S. 12, unter Verweis auf BAG, Urt. v. 20.1.2021 – 7 AZR 52/20, juris.

bisherigen Rechtsprechung entsprechen.²⁵ Praktisch wird jedoch durch die Neufassung der Vorschrift die Anzahl der hypothetischen Karrieren steigen, weil sie von Entscheidungsträgern wohl nun häufiger angenommen werden. Denn Unternehmen können nun leichter nachweisen, dass sie bei der fiktiven Beförderung im Rahmen ihres Ermessensspielraums gehandelt haben. Zu Recht wird daher in § 78 S. 3 BetrVG eine erhebliche Lockerung gegenüber der bisherigen Rechtslage gesehen.²⁶ Notwendige, aber auch hinreichende Bedingung für die Anerkennung einer hypothetischen Karriere ist, dass das Betriebsratsmitglied über die Qualifikationsanforderungen für die freie Stelle verfügt und ein anderer Bewerber aus Sicht des Arbeitgebers aus sachlichen Gründen nicht vorzugswürdig ist.²⁷ Das ist nicht neu. Neu ist aber, dass der Gesetzgeber bei der Auswahlentscheidung für die Stelle dem Unternehmen sehr weitgehende Einschätzungsspielräume zugesteht. Denn die Gesetzesbegründung erkennt ausdrücklich an, dass Stellenbesetzungsentscheidungen „legitimerweise auf subjektiven, diskriminierungsfreien Einschätzungen und Bewertungen beruhen“.²⁸ Eine begünstigende – und damit betriebsverfassungsrechtlich unzulässige und auch strafbare – Behandlung des Betriebsratsmitglieds sei erst dann anzunehmen, wenn die Parteien vernünftigerweise nicht davon ausgehen konnten, eine hypothetische Gehalts- und Karriereentwicklung zu nehmen. Solange die Besetzung plausibel und nachvollziehbar ist, sei eine darauf gerichtete Änderungsvereinbarung mit dem Betriebsratsmitglied keine Benachteiligung oder Begünstigung.²⁹ Freie Fahrt also für hypothetische Karrieren am laufenden Band? Hiervon ist dringend abzuraten! Bis die Rechtsprechung die Begriffe „plausibel“ und „nachvollziehbar“ anhand konkreter Beförderungsentscheidungen konturiert, sollten hypothetische Karrieren mit größter Sorgfalt geprüft werden. Unabdingbar wird es sein, interne Stellenbesetzungsprozesse einzuhalten und die für die Auswahl des Betriebsratsmitglieds sprechenden Gründe sorgfältig zu dokumentieren. Das Betriebsratsmitglied sollte – idealerweise anhand einer allgemeingültigen Bewertungsmatrix – als belastbarer Sieger aus dem Bewerbungsverfahren hervorgehen, möge es den Sieg auch schwer greifbaren, subjektiven Bewertungskriterien verdanken.

Beispiel (Abwandlung zu oben): Betriebsratsmitglied M (Lackierer (gelernt) im Werk N (Entgeltgruppe 11)) bewirbt sich auf eine freie Stelle als „Fachkraft für Arbeitssicherheit“ (Entgeltgruppe 13). Für die Stelle bewirbt sich auch sein Kollege K, der als KFZ-Mechaniker tätig ist. K hat bei seinem vorherigen Arbeitgeber Erfahrungen als „Fachkraft für Arbeitssicherheit“ gesammelt, gilt aber im persönlichen Umgang mit Kollegen als schwierig und als gesundheitlich nicht belastbar. Einschlägige Vorerfahrung ist laut Stellenbeschreibung nicht zwingend vorausgesetzt. Hier dürfte eine Beförderung des M dann, aber auch nur dann, „plausibel und nachvollziehbar“ sein, wenn das Unternehmen nachweisen kann, dass die Vorteile des M im Bereich der persönlichen Eigenschaften in der Gesamtabwägung die Erfahrungsvorteile des K überwiegen.

8. Dürfen bei der Bestimmung einer hypothetischen Karriere im Mandat erworbene Qualifikationen berücksichtigt werden?

Ja, sofern sie im Unternehmen auch außerhalb des Betriebsratsamtes für die jeweilige Stelle karriere- und ver-

gütungsrelevant sind.³⁰ Die Gesetzesbegründung folgt somit der – nachvollziehbaren – Logik, dass man in der Regel einen Kompetenzgewinn nicht ausschließlich der Mandatsarbeit zuschreiben kann.³¹ Vielmehr sei ein Kompetenzgewinn stets das Ergebnis eines individuellen persönlichen Lernprozesses.³² Auch an dieser Stelle ist der inhaltliche Bezug zur konkreten Stelle entscheidend. Nicht gegeben sei ein solcher Bezug bei kaum messbaren Kompetenzen wie der „Erfahrung, mit Vorständen und Managern auf Augenhöhe [zu] verhandel[n]“, „komplexe Aufgaben wahrgenommen“ zu haben oder „in unternehmerische Entscheidungskomplexe eingebunden“ worden zu sein. Diese Maßstäbe knüpfen in unzulässiger Weise an die Betriebsrats-tätigkeit an und finden keine Stütze im Betriebsverfassungsgesetz.³³

Beispiel: Im vorgenannten Beispiel wäre es z. B. zulässig, eine Fortbildung des M im Bereich „Schutz vor Gefahrstoffen bei der Arbeit“ zu berücksichtigen. Nicht berücksichtigungsfähig wäre hingegen beispielsweise eine Fortbildung im Bereich „Wirtschaftskompetenz“. Sie mag zwar den Wissensschatz des Betriebsratsmitglieds verbreitert haben, hat aber keinen Bezug zur infrage stehenden Stelle.

9. Was können Unternehmen noch tun, um Strafbarkeitsrisiken zu minimieren?

Entscheidungsträger müssen sich vor Augen führen: die Vergütungsfindung bleibt eine inexakte Wissenschaft, bei der es nicht die eine, absolute richtige Vergütung gibt. Entsprechend kann ein strafrechtlicher Vorwurf auch nicht an einer „absoluten arbeitsrechtlichen Idealvergütung“ anknüpfen. Allerdings sollten Entscheidungsträger nachweisen können, einen sauberen Prozess für Vergütungsent-scheidung implementiert zu haben. Wichtige Bausteine hierfür können sein:

- die Bestimmung von Prozessverantwortlichen bzw. die Etablierung einer (ggf. paritätischen) Vergütungskommission,
- die Implementierung von Vergütungsrichtlinien, auch durch Betriebsvereinbarung,
- die Ausgabe von Arbeits- und Prüfhilfen für die Beteiligten,
- die Implementierung eines Remonstrationsverfahrens für Betriebsratsmitglieder mit Eskalationsmechanismen, wenn keine Einigkeit herbeigeführt werden kann.

III. Fazit

Die Entscheidung des BGH zur Strafbarkeit wegen Untreue bei Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern hat in der Praxis zu chaotischen Verhältnissen geführt. Gerade in der Automobilwirtschaft, wo man auf der „Straße der rechtssicheren Betriebsratsvergütung“ eher auf der großzügigen Seite fuhr, waren hektische Vergütungskorrekturen zu be-

25 BT-Drucks. 20/9469, S. 11, unter Verweis auf BAG, Urt. v. 20.1.2021 – 7 AZR 52/20, juris.

26 Jacobs, BB 2024, 117, 120.

27 BT-Drucks. 20/9469, S. 11.

28 Ebd.

29 Ebd.; kritisch Jacobs, BB 2024, 117, 121.

30 BT-Drucks. 20/9469, S. 11.

31 In diesem Sinne bereits Thüsing/Denzer, Rechtssichere Betriebsratsvergütung, Rn. 144.

32 BT-Drucks. 20/9469, S. 11.

33 BT-Drucks. 20/9469, S. 11 in Anknüpfung an BGH, Urt. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22, NZA 2023, 301.

obachten. Zahlreiche erstinstanzliche Arbeitsgerichtsentscheidungen zeugen davon, dass nicht alle Korrekturen rechtmäßig waren, sondern eher Ausdruck eines Übereifers, das eigene Strafbarkeitsrisiko zu senken. Man befürchtete die „Straße der rechtssicheren Vergütung“ nicht mittig, sondern verließ auf der gegenüberliegenden Seite die Fahrbahn. Zu beobachten waren harte und am Rande des Persönlichen geführte Auseinandersetzungen zwischen Entscheidungsträgern und Betriebsratsmitgliedern, die teilweise immer noch vor den Arbeitsgerichten anhängig sind. Die Gesetzesänderung bringt ein „Mehr“ an Sicherheit. Sie verbreitert die oben zitierte „Straße der rechtssicheren Vergütung“ dadurch, dass sie den Betriebsparteien Einschätzungsspielräume einräumt. Dass die Vergleichsgruppenfindung in Betriebsvereinbarungen geregelt werden kann, ist

in Anbetracht der Einzigartigkeit betrieblicher Strukturen sachgerecht. Gleiches gilt grundsätzlich für Feststellung, dass nachvollziehbare Eingruppierungen im Rahmen einer hypothetischen Karriere nicht strafbarkeitsbegründend sein sollten. Keinesfalls aber sollten sich die Entscheidungsträger und Betriebsparteien in Sicherheit wiegen. Die „Straße der rechtssicheren Betriebsratsvergütung“ mag breiter geworden sein, trotzdem finden sich zu beiden Seiten gefährliche Begrenzungen: Zur einen Seite der Abgrund der Strafbarkeit wegen Untreue durch Begünstigung; zur anderen Seite der Abgrund der verbotenen Benachteiligung, verbunden mit betriebspolitischen Konflikten. Nur durch umsichtige und gut strukturierte Bewertung des individuellen Vergütungssachverhalts auf Basis klarer Regelungen und transparenter Verfahren geling die sichere Fahrt.

Wirtschaft und Technik

Dr. Maren Wernke-Schmiesing, Berlin*

Vorschlag für eine neue UN/ECE Regelung über Fahrerassistenzsysteme (Driver Control Assistance System (DCAS))

Fortgeschrittene Fahrerassistenzsysteme des SAE-Level 2 können – neben den klassischen Funktionen des Spurhaltens oder der Einparkassistenten – den Fahrer auch bei komplexeren Fahrvorgängen und Verkehrssituationen unterstützen. Die geltenden UN/ECE Regelungen über die automatisierten Fahrerassistenzsysteme lassen bisher eine Lücke für solche fahrerassistierten Driver Control Assistance Systems (DCAS). Die UN/ECE möchte diese Lücke nunmehr mit dem Vorschlag einer neuen UN/ECE Regelung Nr. 171 schließen.

I. Vorschlag für eine neue UN/ECE Regelung Nr. 171 über Fahrerassistenzsysteme (Driver Control Assistance System)

Die GRVA (*Working Party on Automated/Autonomous and Connected Vehicles*) hat Anfang des Jahres 2024 einen Vorschlag für eine neue UN/ECE Regelung über Fahrerassistenzsysteme (*Driver Control Assistance System (DCAS)*)¹ veröffentlicht. Die neue Regelung wurde im März 2024 durch das Weltforum für die Harmonisierung von Fahrzeugvorschriften (WP.29) angenommen und wird voraussichtlich als UN/ECE Regelung Nr. 171 bezeichnet (*UN/ECE Regelung Nr. 171*).² Inkrafttreten sollen die Vorschriften im Oktober 2024.

Als DCAS werden solche Fahrerassistenzsysteme bis Automatisierungsgrad SAE-Level 2 bezeichnet, die bestimmte Fahrzeugfunktionen übernehmen, während der Fahrer aber jederzeit die Kontrolle über das Fahrzeug behält und für die sichere Fahrzeugführung verantwortlich ist. Das DCAS

kann etwa ein Fahrzeug über eine längere Strecke eine Navigationsroute entlang manövrieren, wobei das System dann beispielsweise eine Ausfahrt oder einen Kreisverkehr erkennt und das Fahrzeug durch diese entlangführt. Weitere typische Anwendungsfälle von DCAS können der assistierte Spurwechsel, das assistierte Abbiegen, das Umfahren von Hindernissen oder auch das Bilden einer Rettungsgasse sein. Die einzelnen Funktionen können dabei in einem System kombiniert werden. Der Einsatz ist nicht auf Autobahnen beschränkt.

Fahrzeugherstellern gibt die neue Regulierung die Möglichkeit, Assistenzsysteme nicht nur auf bestimmte Situationen wie etwa den Spurwechsel auf der Autobahn zu beschränken, sondern dem Fahrer eine nahezu durchgehende Unterstützung in einer Vielzahl alltäglicher Fahrsituationen anzubieten. Damit können die Systeme die Bewältigung von alltäglichen Fahrsituationen erleichtern und den Fahrkomfort erheblich erhöhen.

Die bisherigen UN/ECE Regelungen ermöglichen einen derart komplexen Einsatz von Assistenzfunktionen nicht. Mit den bereits bestehenden Regelungen der UN/ECE Regelung

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. IV.

1 Proposal for a new UN Regulation on uniform provisions concerning the approval of vehicles with regard to Driver Control Assistance Systems (DCAS), ECE/TRANS/WP.29/2024/37 v. 6.2.2024, https://unece.org/sites/default/files/2024-02/ECE_TRANS_WP.29_2024_37e.pdf (Abruf: 15.7.2024), sowie Pressemitteilung v. 1.2.2024, <https://unece.org/media/transport/Vehicle-Regulations/press/387961> (Abruf: 15.7.2024).

2 Depository Notification v. 22.3.2024, C.N.103.2024.TREATIES-XI.B.16, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2024/CN.103.2024-Eng.pdf> (Abruf: 15.7.2024).