



MAYER | BROWN

# Employment & Benefits Breakfast Briefing – Q2

Webinar | 12. Juni 2024

Dr. Hagen Köckeritz, LL.M.

Partner

[hkoeckeritz@mayerbrown.com](mailto:hkoeckeritz@mayerbrown.com)

Dr. Marius Höfler

Senior Associate

[mhoefler@mayerbrown.com](mailto:mhoefler@mayerbrown.com)

A blue-tinted background image showing silhouettes of several people in a meeting or office setting. A vertical orange bar is on the left side.

# Überblick

- Teil 1: Bisherige Handhabung der Betriebsratsvergütung
- Teil 2: „VW-Rechtsprechung“ des BGH
- Teil 3: Gesetzliche Neuregelung zur Betriebsratsvergütung
- Teil 4: Empfehlung zur praktischen Handhabung

The image features a blue background with silhouettes of people in business attire. A vertical orange bar is on the left side. The text 'MAYER | BROWN' is in the top left, 'Teil 1' is below it, and the main title 'Bisherige Handhabung der Betriebsratsvergütung' is centered in the middle.

MAYER | BROWN

Teil 1

# Bisherige Handhabung der Betriebsratsvergütung

A blue banner at the top of the slide features silhouettes of several people in a meeting or office setting. A vertical orange bar is on the left side of the banner.

# Gesetzliche Regelungen

- § 37 Absatz 4 BetrVG

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.

- § 78 BetrVG

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.

# Voraussetzungen Betriebsratsvergütung nach § 37 Absatz 4 BetrVG (1/7)

- **Vergleichbare Arbeitnehmer**

- Vergleichbar sind die Arbeitnehmer, die im **Zeitpunkt der Übernahme** des Betriebsratsamtes eine im Wesentlichen **gleich qualifizierte Tätigkeit** wie das Betriebsratsmitglied ausgeübt haben und auch hinsichtlich der **persönlichen und fachlichen Qualifikation und Leistung** vergleichbar sind.
- Für die Vergleichbarkeit der **Tätigkeit** ist maßgeblich, welche Fertigkeiten sie erfordert.

# Voraussetzungen Betriebsratsvergütung nach § 37 Absatz 4 BetrVG (2/7)

- **Vergleichbare Arbeitnehmer**

- Für die vergleichbare **persönliche und fachliche Qualifikation** des vergleichbaren Arbeitnehmers ist etwa die Art der Berufsausbildung, der Erwerb von Fachkenntnissen, die erfolgreiche Teilnahme an inner- und außerbetrieblichen Fortbildungen, Fremdsprachenkenntnisse, aber auch sog. soft skills wie etwa Team- oder Kommunikationsfähigkeit von Bedeutung.
- Ist in dem Betrieb nur ein vergleichbarer Arbeitnehmer tätig, so ist dessen Entwicklung als Vergleichsmaßstab heranzuziehen.

# Voraussetzungen Betriebsratsvergütung nach § 37 Absatz 4 BetrVG (3/7)

- **Vergleichbare Arbeitnehmer**

- Ausgangszeitpunkt für den Vergleich ist der Zeitpunkt, zu dem das Betriebsratsmitglied sein Betriebsratsamt übernimmt. Für Ersatzmitglieder ist der Zeitpunkt des Nachrückens maßgeblich.
- **Praxis-Tipp:** Zu Beginn der Amtszeit sollte schriftlich festgelegt werden, mit welcher Gruppe oder welchen einzelnen Arbeitnehmern das Betriebsratsmitglied vergleichbar ist, und diese Statusbeschreibung sollte fortlaufend ergänzt werden.

# Voraussetzungen Betriebsratsvergütung nach § 37 Absatz 4 BetrVG (4/7)

- **Betriebsübliche berufliche Entwicklung**

- „**Betriebsüblich**“ ist die Entwicklung, die Arbeitnehmer bei objektiv vergleichbarer Tätigkeit mit vergleichbarer fachlicher und persönlicher Qualifikation unter Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht erreicht haben (vgl. BAG 17. August 2005 - 7 AZR 528/04).
- Bei dem Vergleich kommt es auf den **typischen Normalverlauf** einer Berufskarriere bei anderen Arbeitnehmern an, die kein Betriebsratsamt innehaben, ansonsten aber mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbar sind.

# Voraussetzungen Betriebsratsvergütung nach § 37 Absatz 4 BetrVG (5/7)

- **Betriebsüblicher beruflicher Entwicklung**
  - Betriebsüblich ist die berufliche Entwicklung, die ein vergleichbarer Arbeitnehmer **im Regelfall**, d. h. bei gleichförmigem Verhalten des Arbeitgebers aufgrund der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen hat.

# Voraussetzungen Betriebsratsvergütung nach § 37 Absatz 4 BetrVG (6/7)

- **Durchführung der Anpassung**

- Das Betriebsratsmitglied kann vom Arbeitgeber nach **§ 611a Absatz 2 BGB i.V.m. § 37 Absatz 4 BetrVG** verlangen, dass dieser das Arbeitsentgelt von sich aus laufend an dasjenige vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung anpasst.
- Das Betriebsratsmitglied hat gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Auskunft über das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer (§§ 611a Absatz 1, 242 BGB).

# Voraussetzungen Betriebsratsvergütung nach § 37 Absatz 4 BetrVG (7/7)

- **Durchführung der Anpassung**

- Das Betriebsratsmitglied muss konkret vortragen, mit welchen Arbeitnehmern er aus seiner Sicht vergleichbar sei und aus welchen Umständen auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit zu schließen sei, dass die Mehrzahl der mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer die behauptete Gehaltsentwicklung genommen hätten.

The image features a blue background with a vertical orange bar on the left side. The text 'MAYER | BROWN' is positioned in the upper left. Below it, 'Teil 2' is written in a larger font. The main title, '„VW-Rechtsprechung“ des BGH', is centered in the middle. The bottom half of the image shows silhouettes of a diverse group of business professionals in an office setting, with a city skyline visible in the background.

MAYER | BROWN

Teil 2

„VW-Rechtsprechung“ des BGH



## BGH – Urt. v. 10.01.2023 – 6 StR 133/22 (§ 266 StGB)

- Aufhebung des Freispruchs von Vorstandsmitgliedern und Personalleitern des VW-Konzerns von dem Vorwurf der Untreue (§ 266 StGB) wegen Zahlung überhöhter Vergütungen an Betriebsratsmitglieder (Vorinstanz: LG Braunschweig, Urt. v. 28.9.2021 – 16 KLs 406 Js)
- BGH: *„Der objektive Tatbestand der Untreue nach § 266 I StGB kann erfüllt sein, wenn ein Vorstand oder Prokurist einer Aktiengesellschaft unter Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 S. 2 BetrVG) einem Mitglied des Betriebsrats ein überhöhtes Arbeitsentgelt gewährt.“*



# BGH – Urt. v. 10.01.2023 – 6 StR 133/22 (§ 266 StGB)

- Hintergrund (1/2)
  - VW AG hatte seit 1991 eine „Kommission Betriebsratsvergütung“; zuständig für Festsetzung der Vergütung freigestellter BR-Mitglieder
  - Personalvorstand und Personalleiter setzten die Entscheidung der Kommission jeweils um durch schriftliche Zusage höherer Monatsgehälter und „freiwilliger Bonuszahlungen“
  - Von 2011 bis 2016 erfolgten auf dieser Grundlage an vier freigestellte BR-Mitglieder Zahlungen, die die Zahlungen an die betriebsverfassungsrechtlich zutreffenden Vergleichsgruppen erheblich überstiegen



## BGH – Urt. v. 10.01.2023 – 6 StR 133/22 (§ 266 StGB)

- Hintergrund (2/2)
  - Monatsentgelte von bis zu EUR 17.000 brutto und Bonuszahlungen von bis zu EUR 560.000 brutto p.a.
  - Gesamtschaden ca. EUR 4,5 Mio.
  - BR-Mitglieder teilweise mit Hauptschulabschluss und teils ohne abgeschlossene Berufsausbildung; mit Übernahme wichtiger BR-Ämter erfolgte Aufnahme in „Oberen Managementkreis“ und in einem Fall auch in den „Top Managementkreis“

## BGH – Urt. v. 10.01.2023 – 6 StR 133/22 (§ 266 StGB)

- LG Braunschweig (Vorinstanz; Urt. v. 28.9.2021 – 16 KLS 406 Js)
  - Maßgeblich allein „betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer“ (§ 37 Abs. 4 BetrVG); „Vergleichbarkeit“ sei bei Amtsantritt zu ermitteln
  - Fähigkeiten und Kenntnisse, die BR-Mitglied während BR-Tätigkeit erwirbt, dürfen keine Berücksichtigung bei der Vergütungsbemessung finden
  - Angebot von „Managementposition“ während BR-Tätigkeit unbeachtlich, wenn diese im Zusammenhang mit während BR-Tätigkeit erworbenen Fähigkeiten und Kenntnissen steht (Stichwort „Sonderkarriere“)
  - Aber: mangels „Tatbestandsirrtums“ kein Tatvorsatz → Freispruch



## BGH – Urt. v. 10.01.2023 – 6 StR 133/22 (§ 266 StGB)

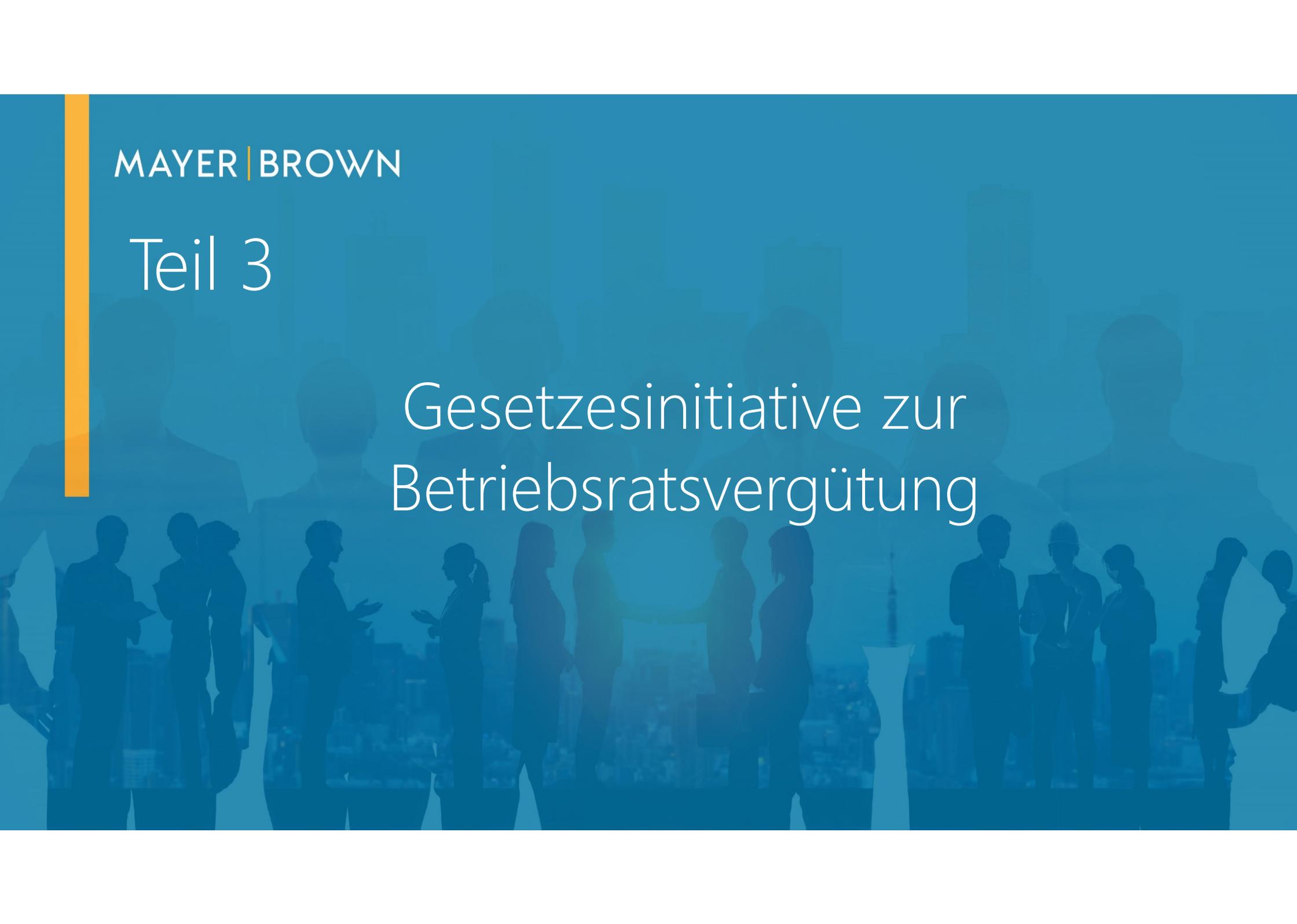
- BGH (1/3)
  - Weitgehend mit sachlichen Erwägungen des LGs einverstanden
  - Unabhängigkeit des BR-Mandats fordere strengen Maßstab; dieser verbiete es, auf hypothetische Gehaltsentwicklung bei einer Sonderkarriere abzustellen
  - Zahlung höherer Vergütung nur denkbar, wenn BR-Mitglied „nur in Folge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position *[der Vergleichsgruppe]* aufgestiegen ist“
  - Ein Aufstieg sei auch nur dann betriebsüblich, wenn die Mehrzahl der Mitarbeiter in der Vergleichsgruppe einen solchen erreicht hätten

# BGH – Urt. v. 10.01.2023 – 6 StR 133/22 (§ 266 StGB)

- BGH (2/3)
  - i.E.: Betriebsratsvergütung, die gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 S. 2 BetrVG) verstößt, führt zu verbotenen Vermögensabfluss und verletzt Vermögensbetreuungspflicht des § 266 StGB
  - Keine Evidenzschwelle (d.h. unerheblich ob Abfluss „gravierend“ ist)
  - Auch keine Kompensation durch Förderung der vertrauensvollen Zusammenarbeit zum Wohle des Unternehmens
  - Vorstand verstoße gegen Vermögensbetreuungspflicht des Art. 93 Abs. 1 AktG; Prokurist / Personalleiter verstoße gegen Regelungen zur Prokura / Regelungen des Arbeitsvertrags

# BGH – Urt. v. 10.01.2023 – 6 StR 133/22 (§ 266 StGB)

- BGH (3/3)
  - Problem: Darstellung der hypothetischen Karriere durch BGH als absolute Ausnahme kehrt gesetzliches Grundprinzip um, denn Gesetzgeber hatte die Vergleichsgruppenbetrachtung (§ 37 Abs. 4 BetrVG) nur als Mindestvergütung konzipiert („nicht geringer“)
  - Folge: BGH verschärft Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG deutlich → Verstoß nicht erst, wenn feststeht, dass das BR-Mitglied die streitige Vergütung ohne das BR-Amt sicher nicht bekommen hätte. Vielmehr schon dann vor, wenn die Vergütung oberhalb der Vergleichsgruppe erfolgt und nicht positiv feststeht, dass das BR-Mitglied diese Vergütung auch ohne sein Amt erhalten hätte.

The image features a blue background with silhouettes of people in business attire. A vertical orange bar is on the left. The text 'MAYER | BROWN' is in the top left, 'Teil 3' is below it, and the main title 'Gesetzesinitiative zur Betriebsratsvergütung' is centered.

MAYER | BROWN

Teil 3

# Gesetzesinitiative zur Betriebsratsvergütung

A blue banner at the top of the slide features silhouettes of several people in a meeting or office setting. A vertical orange bar is on the left side of the banner.

# Beabsichtigte Änderungen

- § 37 Absatz 4 BetrVG soll um die folgenden Sätze ergänzt werden:

*„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 soll folgender Satz angefügt werden:

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

A blue banner at the top of the slide features silhouettes of several people in a meeting or office setting. A vertical orange bar is on the left side of the banner.

# Änderungen des § 37 Absatz 4 BetrVG (1/3)

- Zu Satz 3
  - Für die Festlegung des Zeitpunktes zu dem ein Vergleich mit anderen Arbeitnehmern erfolgt wird nun klargestellt, dass es grundsätzlich auf den **Zeitpunkt der Amtsübernahme** ankommt.
  - Sofern ein **sachlicher Grund** vorliegt, kann jedoch auch noch während der Amtszeit des Betriebsrates die Vergleichsgruppe geändert werden.

A blue banner at the top of the slide features silhouettes of several people in a meeting or office setting. A vertical orange bar is on the left side of the banner.

# Änderungen des § 37 Absatz 4 BetrVG (2/3)

- Zu Satz 4 und 5
  - Es sollen Anreize geschaffen werden, die Vergleichbarkeit im Voraus transparent zu regeln.
  - In einer **Betriebsvereinbarung** können Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer geregelt werden
  - Arbeitgeber und Betriebsrat können sich auf Vergleichspersonen einigen



# Änderungen des § 37 Absatz 4 BetrVG (3/3)

- Zu Satz 4 und 5
  - Überprüfung nur auf **grobe Fehlerhaftigkeit**
  - Sind die Kriterien für den Vergleich nicht grob fehlerhaft aufgestellt worden, steht den Betriebsparteien bei der Bildung der Vergleichsgruppe ein **Beurteilungsspielraum** zu
  - Sind die Kriterien für den Vergleich grob fehlerhaft, hat das Betriebsratsmitglied weiterhin einen **Auskunftsanspruch** gegenüber dem Arbeitgeber, auf Nennung vergleichbarer Arbeitnehmer

A blue banner at the top of the slide features silhouettes of several people in a meeting or office setting. A vertical orange bar is on the left side of the banner.

# Änderungen des § 78 BetrVG

- „Fiktiver Beförderungsanspruch“ nach § 611a BGB i.V.m. § 78 BetrVG
- Mit dem neuen Satz 3 werden **Kriterien vorgegeben**, an denen sich die benachteiligungs- und begünstigungsfreie Entgeltgewährung orientieren kann.
- Eine Benachteiligung oder Begünstigung im Hinblick auf das gezahlte Entgelt liegt danach nicht vor, wenn der jeweilige Amtsträger in seiner Person bezogen auf im Betrieb konkret vorhandene Arbeitsplätze die für die Gewährung des Entgelts erforderlichen betrieblichen **Anforderungen und Kriterien erfüllt** und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.

A blue banner at the top of the slide features silhouettes of several people in a meeting or office setting. A vertical orange bar is on the left side of the banner.

# Erkenntnisse aus der geplanten Neuregelung

- Gesetzliche Neuregelung (inkl. Gesetzesbegründung) stellt klar:
  - § 37 Abs. 4 BetrVG regelt lediglich den Anspruch eines Amtsträgers auf die Mindestvergütung und nicht zugleich auch eine Begrenzung der Vergütung nach oben
  - Anspruch auf ein höheres Entgelt bei einer „Sonderkarriere“ aus § 611a BGB i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG steht demnach gleichwertig neben dem Anspruch auf die Mindestvergütung
  - Absage an BGH, nach dem nur ausnahmsweise eine über die Mindestvergütung hinausgehende Vergütung von BR-Mitgliedern zulässig sein soll

MAYER | BROWN

## Teil 4

Empfehlung zur praktischen Handhabung



A blue banner at the top of the slide features silhouettes of several people in a meeting or office setting. A vertical orange bar is on the left side of the banner.

## Kein unmittelbarer Handlungsbedarf aus BGH-Urteil

- Gesetzliche Neuregelung wird BGH-Rechtsprechung überholen; erneute Entscheidung des LG Braunschweig in Strafverfahren wird mit Spannung erwartet)
- Rückforderungen von (vermeintlich) zu viel gezahlter Vergütung (im Lichte des BGH-Urteils) überwiegend erfolglos
- BGH hat arbeitsrechtliche Rechtsprechung zu § 37 Abs. 4 und § 78 S. 2 BetrVG offensichtlich verkannt und sollte deshalb nicht zur Überprüfung bestehender Handhabung herangezogen werden

A blue-tinted background image showing silhouettes of several people in a meeting or office setting, engaged in conversation. A vertical orange bar is on the left side of the image.

# Künftige Handhabung

- Überprüfung derzeitiger Praxis der Vergleichsgruppenbildung anhand der Kriterien in Gesetzesbegründung
- Abschluss (freiwilliger) Betriebsvereinbarung zu Kriterien der Vergleichsgruppenbildung; Festlegung von Kriterien und sachlichen Gründe „für eine spätere Neubestimmung“
- falls Abschluss einer BV nicht möglich, zumindest Dokumentation der jeweils angewandten Kriterien
- Dokumentation individueller Vergleichspersonen in Textform

A blue-tinted banner at the top of the slide features silhouettes of several people in a professional setting, possibly a meeting or conference. A vertical orange bar is positioned on the left side of the banner.

# Fragen?

- Gerne jetzt stellen!

# Ihre Ansprechpartner



**Dr. Hagen Köckeritz, LL.M.  
oec. int.**  
Partner  
Frankfurt am Main  
+49 69 7941 2323  
hkoeckeritz@mayerbrown.com



**Dr. Marius Höfler**  
Senior Associate  
Frankfurt am Main  
+49 69 7941 1138  
mhoefler@mayerbrown.com

A blue-tinted background image showing silhouettes of several people in a meeting or office setting. A vertical orange bar is on the left side of the image.

# Disclaimer

- These materials are provided by Mayer Brown and reflect information as of the date of presentation.
- The contents are intended to provide a general guide to the subject matter only and should not be treated as a substitute for specific advice concerning individual situations.
- You may not copy or modify the materials or use them for any purpose without our express prior written permission.



Americas | Asia | Europe | Middle East

[mayerbrown.com](https://www.mayerbrown.com)

Mayer Brown is a global services provider comprising associated legal practices that are separate entities, including Mayer Brown LLP (Illinois, USA), Mayer Brown International LLP (England & Wales), Mayer Brown (a Hong Kong partnership) and Tauil & Chequer Advogados (a Brazilian law partnership) and non-legal service providers, which provide consultancy services (collectively, the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are established in various jurisdictions and may be a legal person or a partnership. PK Wong & Nair LLC ("PKWN") is the constituent Singapore law practice of our licensed joint law venture in Singapore, Mayer Brown PK Wong & Nair Pte. Ltd. Details of the individual Mayer Brown Practices and PKWN can be found in the Legal Notices section of our website. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of Mayer Brown.

© 2023 Mayer Brown. All rights reserved.