

Die Vergütung von Betriebs-  
und Aufsichtsratsmitgliedern – unter besonderer  
Berücksichtigung von Doppelmandatsträgern

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Universität zu Köln

vorgelegt von

Jacob Wewetzer

aus: Marburg

Referent: Professor Dr. Martin Hensler

Korreferent: Professor Dr. Christian Rolfs

Tag der mündlichen Prüfung: 28.11.2022



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Wintersemester 2022/2023 als Dissertation angenommen. Sie ist während meiner wissenschaftlichen Tätigkeit am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität zu Köln entstanden. Rechtsprechung und Literatur wurden bis zur Abgabe im März 2022 berücksichtigt. Zum Gelingen dieser Arbeit haben einige Menschen beigetragen, denen an dieser Stelle mein Dank gebührt.

Meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Henssler danke ich für die hervorragende Betreuung meines Dissertationsvorhabens und die vollumfängliche Förderung während der lehrreichen Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter. Herrn Prof. Dr. Christian Rolfs danke ich für die zügige Auseinandersetzung mit der vorliegenden Arbeit in Form des Zweitgutachtens.

Mein Dank gilt zugleich meinen Kolleginnen und Kollegen am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, aufgrund derer ich meine Zeit als Doktorand in positiver Erinnerung behalten werde. Besonders hervorheben möchte die Teilnehmer des Gute-Laune-Freitags, Celine Volmer, Benedikt Bangen, Marco Hansen und Malte Hinz. Die mit ihnen geführten Diskussionen an Café-Stand oder Kneipentresen hatten weitestgehend keinen Mehrwert für diese Arbeit, aber waren gerade deshalb willkommene und notwendige Abwechslung.

Der größte Dank aber gebührt meiner Familie, die mich durch alle Höhen und Tiefen der Arbeit an der Dissertation begleitet hat. Ohne die Inspiration, die bedingungslose emotionale sowie materielle Unterstützung und den aufbauenden Zuspruch meiner Eltern hätte ich diese Arbeit weder begonnen noch durchgehalten. Meinen Schwestern gebührt der Dank dafür, dass sie an mich geglaubt haben und stets in tiefer Verbundenheit die Entwicklung des kleinen Bruders begleiten. Meiner Großmutter danke ich für die großzügigen Zuwendungen, welche mir einen überaus angenehmen Spielraum für die schönen Dinge des Lebens abseits der Schreibarbeit gegeben haben.

Meiner Freundin Malvine danke ich für ihren liebevollen Zuspruch und die Unterstützung bei dem finalen Abschluss des Promotionsverfahrens.

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>KAPITEL 1 – DIE VERGÜTUNG VON BETRIEBSRÄTEN .....</b>	<b>6</b>
<b>A. Systematik der Betriebsratsvergütung.....</b>	<b>6</b>
I. Grundlagen der gesetzlichen Regelungen .....	6
1. Rechtfertigung der betrieblichen Mitbestimmung .....	7
2. Entwicklung der Vergütungsgrundsätze .....	8
a. Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 .....	8
b. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 .....	10
c. Kontrollratsgesetz Nr. 22 vom 10. April 1946.....	10
d. Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952.....	11
e. Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972 .....	11
f. Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. Juli 2001 .....	12
g. Zusammenfassung.....	12
3. Entwicklungen der Betriebsratsarbeit und Auswirkungen auf die Vergütungsstrukturen.....	13
a. Entwicklungen der Betriebsratsarbeit .....	14
b. Auswirkungen der Entwicklungen .....	16
c. Zusammenfassung.....	19
II. Systematik und Anspruchsgrundlage der Lohnfortzahlung .....	19
III. Grundsätze der Vergütungsvorschriften.....	22
1. Sinn und Zweck der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften .....	22
2. Ehrenamtsprinzip.....	24
3. Unentgeltlichkeitsprinzip .....	27
a. Vergütungsverbot .....	28
b. Ausnahme des § 37 Abs. 3 BetrVG .....	30
c. Auslegungsmaßstab bei Anwendung des Unentgeltlichkeitsprinzips.....	31
aa. Meinungsbild zum Auslegungsmaßstab.....	31
(1) Notwendigkeit eines strengen Auslegungsmaßstabs.....	31
(2) Abkehr vom strengen Auslegungsmaßstab .....	32
bb. Stellungnahme .....	35
(1) Lockerung des Auslegungsmaßstabs.....	35

(2) Auslegung des § 37 Abs. 1 BetrVG .....	36
cc. Zusammenfassung .....	38
4. Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot.....	38
a. Verhältnis von § 78 S. 2 BetrVG zu den Regelungen des § 37 BetrVG.....	39
b. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots .....	42
aa. Persönlicher Anwendungsbereich .....	42
bb. Zeitlicher Anwendungsbereich.....	42
cc. Tatbestandsvoraussetzungen .....	43
(1) Benachteiligung oder Begünstigung .....	43
(2) Kausalität.....	44
(3) Rechtswidrigkeit.....	44
c. Anspruchsbegründung zugunsten von Betriebsratsmitgliedern .....	45
aa. Anspruch aus § 78 S. 2 BetrVG .....	45
bb. Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB.....	46
5. Zivilrechtliche Rechtsfolgen einer begünstigenden Betriebsratsvergütung .....	47
a. Rückforderungsansprüche gegen Mitglieder des Betriebsrats .....	47
aa. Anspruch aus Bereicherungsrecht .....	48
(1) Kondiktionsausschluss .....	48
(2) Meinungsbild.....	49
(3) Stellungnahme .....	51
bb. Zwischenergebnis.....	53
b. Haftungsansprüche gegen Vorstände und Geschäftsführer.....	53
6. Sonstige betriebsverfassungsrechtlichen Folgen einer begünstigenden Betriebsratsvergütung .....	54
a. Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds nach § 23 Abs. 1 BetrVG .....	54
b. Zwangsverfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG .....	56
IV. Besonderheiten bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern.....	56
1. Arbeitsbefreiung oder Freistellung.....	57
a. Arbeitsbefreiung gem. § 37 Abs. 2 BetrVG.....	57
b. Freistellung gem. § 38 BetrVG .....	58
2. Rechtsstellung der freigestellten Betriebsratsmitglieder .....	59
3. Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder .....	60
a. Geltung des § 37 Abs. 2 BetrVG bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern .....	60

aa.	Anwendbarkeit des § 37 Abs. 2 BetrVG.....	61
bb.	Keine Anwendbarkeit des § 37 Abs. 2 BetrVG .....	62
cc.	Stellungnahme .....	62
b.	Voraussetzung für Entgeltfortzahlung.....	64
4.	Freistellungen über die Staffel des § 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG hinaus .....	65
V.	Zusammenfassung .....	67
<b>B.</b>	<b>Entgeltbemessung nach dem Lohnausfallprinzip gem. § 37 Abs. 2 BetrVG .....</b>	<b>68</b>
I.	Arbeitsentgelt im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG.....	68
1.	Grundsatz.....	69
2.	Abgrenzung zur Aufwandsentschädigung.....	69
a.	Abgrenzung der Aufwandsentschädigung zum Aufwendungsersatz nach § 40 Abs. 1 BetrVG .....	70
b.	Bestimmung der Aufwandsentschädigung.....	70
c.	Bestimmung der Aufwandsentschädigung bei Pauschalierung.....	71
II.	Berechnung des Arbeitsentgelts nach dem Lohnausfallprinzip .....	72
1.	Hypothetische Bewertung .....	73
2.	Einschränkung durch § 78 S. 2 BetrVG.....	74
III.	Einzelne Entgeltbestandteile und deren Berechnung .....	74
1.	Regelmäßige Grundvergütung .....	74
a.	Zeitlohn .....	75
b.	Sachbezüge.....	75
2.	Leistungsabhängige Vergütungssysteme .....	77
a.	Akkordlohn als arbeitsabhängige Vergütung.....	78
aa.	Unterschiede in den Berechnungsmethoden .....	78
bb.	Stellungnahme .....	79
b.	Provisionen und sonstige erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile .....	81
aa.	Individueller Anknüpfungspunkt .....	81
(1)	Provisionen.....	81
(2)	Berechnung des variablen Entgeltbestandteils nach Zielvereinbarungen .....	82
(a)	Gruppenzielvereinbarungen.....	82
(b)	Einzelzielvereinbarungen .....	83
(aa)	Einzelzielvereinbarungen bei teilweisen Arbeitsbefreiungen.....	83
(bb)	Einzelzielvereinbarungen bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern ..	84
bb.	Unternehmens- bzw. konzernweiter Anknüpfungspunkt.....	85

3.	Mehrarbeitsvergütung .....	85
a.	Vergütung der hypothetisch geleisteten Mehrarbeit .....	87
b.	Pauschalierung hypothetisch geleisteter Mehrarbeit.....	89
c.	Sonderfall: Betrieblich veranlasste Mehrarbeit außerhalb der Arbeitszeit bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern .....	90
d.	Sonderfall: Pauschalierung betriebsbedingter Mehrarbeit .....	91
4.	Nebenbezüge .....	93
a.	Allgemeine Zuwendungen .....	93
b.	Arbeitsabhängige Zulagen.....	94
aa.	Sonderfall: Betriebsratsbedingte Änderung der Arbeitszeit.....	95
bb.	Bewertung und Stellungnahme .....	96
IV.	Entgeltausfall unter Geltung des Lohnausfallprinzips .....	97
1.	Kurzarbeit.....	98
2.	Streik und Aussperrung.....	100
V.	Zusammenfassung .....	101
<b>C.</b>	<b>Entgeltanpassung gem. § 37 Abs. 4 BetrVG .....</b>	<b>102</b>
I.	Wirkung der dynamischen Entgeltanpassung .....	103
II.	Verhältnis von § 37 Abs. 4 BertVG zu § 78 S. 2 BetrVG.....	105
1.	§ 37 Abs. 4 BetrVG als Konkretisierung des § 78 S. 2 BetrVG .....	105
2.	Begrenzung des Vergütungsanspruchs.....	106
3.	Rechtsprechung des BAG .....	108
4.	Stellungnahme .....	112
a.	Tatbestand der Mindestvergütung.....	113
b.	Vergütungsrechtliche Obergrenze.....	115
c.	Zwischenergebnis.....	118
III.	Parameter der Arbeitsentgeltgarantie des § 37 Abs. 4 BetrVG.....	118
1.	Vergleichbare Arbeitnehmer .....	119
a.	Zeitpunkt der Vergleichbarkeit .....	120
b.	Kriterien der Vergleichbarkeit.....	124
c.	Fehlen vergleichbarer Arbeitnehmer.....	125
2.	Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung.....	126
a.	Definition der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung .....	127
b.	Berechnungsmethode der Vergütungsanpassung.....	128
3.	Zwischenergebnis.....	130



IV. Beförderungen und die Übertragung von höheren Tätigkeiten.....	130
1. Bestimmung der Untergrenze.....	131
a. § 37 Abs. 4 BetrVG.....	131
aa. Anpassung der Vergleichsgruppe.....	132
bb. Bestehen einer einzelnen Beförderungsstelle.....	133
cc. Notwendiger Darlegungsmaßstab .....	135
b. § 78 S. 2 BetrVG .....	135
2. Bestimmung der Obergrenze.....	138
a. Merkmale einer unzulässigen Beförderung.....	139
b. Leistungen im Amt als Indiz für die Leistungsfähigkeit des Betriebsratsmitglieds .....	140
c. Berücksichtigung der im Betriebsrat erworbenen Kenntnisse und Qualifikationen .....	143
aa. Ablehnung der Berücksichtigung.....	144
bb. Zulässigkeit der Berücksichtigung .....	145
cc. Vermittelnde Ansicht .....	146
dd. Stellungnahme .....	146
ee. Zwischenergebnis.....	150
d. Grenzen der Beförderung.....	150
aa. Keine hypothetische Karriereentwicklung .....	150
bb. Position des leitenden Angestellten.....	152
(1) Ablehnung einer Beschränkung der Vergütungshöhe seitens der Literatur .....	153
(2) Stellungnahme .....	154
e. Darlegungsmaßstab bei vorgenommenen Beförderungen .....	156
aa. Ansichten in der Literatur.....	156
bb. Stellungnahme .....	156
f. Zwischenergebnis.....	159
V. Zusammenfassung .....	160
<b>D. Fazit .....</b>	<b>160</b>

<b>KAPITEL 2 – KOLLEKTIVABREDEN ÜBER DIE BEMESSUNG DER VERGÜTUNG VON BETRIEBSRÄTEN .....</b>	<b>162</b>
<b>A. Erscheinungsformen .....</b>	<b>163</b>
<b>B. Inhalt der Kollektivabreden .....</b>	<b>165</b>
I. Typischer Inhalt.....	166
II. Regelungskompetenz der Betriebsparteien .....	167
1. Generelle Zulässigkeit konkretisierender Abreden .....	167
2. Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer .....	171
III. Prozessuale Rechtskontrolle.....	172
IV. Pflicht zur Aufstellung entsprechender Vergütungsrichtlinien.....	175
V. Zusammenfassung.....	176
<b>C. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.....</b>	<b>177</b>
I. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	178
1. Vorrang gesetzlicher Regelung gem. § 87 Abs. 1 BetrVG .....	178
2. Vorliegen einer kollektiven Maßnahme .....	179
3. Fragen der betrieblichen Lohngestaltung .....	180
4. Bestehender Lohnanspruch der Betriebsräte .....	182
5. Zwischenergebnis.....	182
II. Einschränkung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	182
III. Zwischenergebnis.....	186
<b>D. Fazit .....</b>	<b>186</b>
<b>KAPITEL 3 – VORSCHLÄGE ZUR REFORM DES SYSTEMS DER VERGÜTUNG VON BETRIEBSRÄTEN UND DEREN WÜRDIGUNG .....</b>	<b>187</b>
<b>A. Festsetzung einer „angemessenen“ Vergütung.....</b>	<b>188</b>
<b>B. Budgetierung der Betriebsratsarbeit.....</b>	<b>189</b>
<b>C. Unmittelbare Vergütung der Betriebsratsarbeit.....</b>	<b>191</b>
<b>D. Aufnahme einer betriebsverfassungsrechtlichen Öffnungsklausel .....</b>	<b>193</b>
<b>E. Fehlende Transparenz im Bereich der Betriebsratsvergütung.....</b>	<b>196</b>

<b>F. Fazit .....</b>	<b>199</b>
-----------------------	------------

**KAPITEL 4 – DOPPELMANDATE IN BETRIEBS- SOWIE AUFSICHTSRAT  
UND IHRE AUSWIRKUNGEN ..... 200**

<b>A. Aufsichtsrat im System der Corporate Governance .....</b>	<b>201</b>
---	------------

<b>B. Grundlagen der Aufsichtsratsvergütung .....</b>	<b>204</b>
---	------------

I. Vergütung nach § 113 AktG .....	204
------------------------------------	-----

II. Mitbestimmungsrechtliche Benachteiligungs- und Begünstigungsverbote .....	206
---	-----

III. Entgeltliche Freistellung der Arbeitnehmervertreter.....	210
---	-----

1. Bestehen eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung.....	211
---	-----

2. Zulässigkeit der freiwilligen Fortzahlung des Arbeitsentgelts.....	213
---	-----

3. Sonderfall der nicht gewährten Aufsichtsratsvergütung .....	214
--	-----

IV. Abführungspflicht von DGB-Gewerkschaftsmitgliedern .....	217
--	-----

V. Zwischenergebnis.....	220
--------------------------	-----

<b>C. Vergütungsrechtliche Gefahrenlage bei Doppelmandaten.....</b>	<b>221</b>
---	------------

<b>D. Wechselwirkungen bei Doppelmandatsträgern .....</b>	<b>223</b>
---	------------

I. Auswirkungen der betriebsverfassungsrechtlichen Freistellung auf das Aufsichtsratsamt .....	224
---	-----

II. Begünstigung von Doppelmandatsträgern .....	225
---	-----

1. Vorschrift des § 114 AktG .....	226
------------------------------------	-----

2. Analoge Anwendung des § 114 AktG.....	227
--	-----

a. Vergleichbare Interessenlage .....	227
---------------------------------------	-----

b. Planwidrigkeit der Regelungslücke.....	228
---	-----

3. Zwischenergebnis.....	231
--------------------------	-----

III. Publizität der Vergütung von Doppelmandatsträgern .....	231
--	-----

1. Zuordnung der gewährten Vergütung .....	232
--	-----

2. Pflicht zur Offenlegung der Vergütung der Arbeitnehmervertreter .....	234
--	-----

a. Publizität durch § 113 AktG.....	234
-------------------------------------	-----

b. Vergütungsbericht gem. § 162 AktG .....	237
--	-----

aa. Art. 9b der Aktionärsrechterichtlinie.....	237
--	-----

bb. Deutsche Umsetzung in § 162 AktG.....	239
---	-----

cc.	Notwendigkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung .....	241
dd.	Zwischenergebnis .....	246
c.	Zustimmungsvorbehalt und Bekanntmachungspflicht nach § 111a AktG.....	246
d.	Handelsrechtliche Vergütungspublizität .....	248
e.	Internationale Rechnungslegungsvorschriften .....	249
aa.	Grundlagen der International Financial Reporting Standards .....	249
bb.	Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses nach den International Financial Reporting Standards in Deutschland .....	251
cc.	Inhalt des Konzernabschlusses nach den International Financial Reporting Standards in Bezug auf die Aufsichtsratsvergütung.....	252
dd.	Umfang der Offenlegungspflicht.....	255
(1)	Individualisierte oder konsolidierte Offenlegung nach IAS 24.....	255
(2)	Reichweite der konsolidierten Offenlegungspflicht.....	257
f.	Zwischenergebnis .....	261
IV.	Haftung der Doppelmandatsträger .....	261
V.	Zwischenergebnis .....	263
<b>E.</b>	<b>Vorschläge zur Reform bezüglich der Stellung bzw. Vergütung von Doppelmandatsträgern.....</b>	<b>264</b>
I.	Ausgangslage im Überblick .....	264
II.	Transparenz oder Ausschluss von Doppelmandaten in Betriebs- und Aufsichtsrat als Lösungsansatz .....	265
III.	Abweichung vom Ehrenamtsprinzip für die Gruppe der Doppelmandatsträger als Lösungsansatz .....	268
IV.	Zwischenergebnis .....	270
<b>F.</b>	<b>Fazit .....</b>	<b>270</b>
	<b>KAPITEL 5 – ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE IN THESEN .....</b>	<b>271</b>
	<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>278</b>

## Einleitung

Die deutschen Gesetze der Unternehmensmitbestimmung sowie das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) schließen die Führung von Betriebsrats- und Aufsichtsratsamt in Personalunion explizit nicht aus. Dies ist insofern überraschend, als aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltung und der divergierenden Aufgabenverteilung zahlreiche rechtliche und tatsächliche Problemlagen in Bezug auf Doppelmandatsträger in Betriebsrats- und Aufsichtsratsamt entstehen. Es sei an dieser Stelle etwa auf die Probleme mit der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats und der abstrakt abhängigen Stellung der Arbeitnehmervertreter, die zugleich Arbeitnehmer des Unternehmens sind, hingewiesen. In der Praxis großer deutscher Unternehmen und Konzerne ist die Führung beider Ämter in Personalunion dennoch eher der Regel- als der Ausnahmefall.<sup>1</sup> Der Vorsitzende des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats ist oftmals zugleich stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem besonders virulenten Themenbereich der Vergütung jener Doppelmandatsträger. Dies ist deshalb von besonderer Relevanz, weil in dieser Schnittstelle zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht zwei rechtlich unterschiedliche Grundannahmen und Systeme aufeinandertreffen.<sup>2</sup> Zum einen erweist sich die Vergütung der Betriebsräte auf Grundlage des Betriebsverfassungsgesetzes unter vielen Aspekten als problembehaftet.<sup>3</sup> Die Bestimmung eines „angemessenen“ und rechtlich zulässigen Entgelts für die Betriebsratsmitglieder ist seit dem Bekanntwerden der Affäre „Volkert“ im Jahr 2007 mehrfach medial<sup>4</sup> und rechtlich<sup>5</sup> aufgearbeitet worden. Die weiterhin

---

<sup>1</sup> Exemplarisch sind etwa bei der BMW-AG sieben der zehn Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zugleich Betriebsratsmitglieder; siehe im Übrigen Habersack/Henssler/Henssler, § 7 MitbestG Rn. 47; WKS/Wißmann, Vorb. Rn. 10; Wißmann, FS Kreutz, S. 513, 516.

<sup>2</sup> Vgl. auch Koch/Kudlich/Thüsing, ZIP 2022, 1, wobei dort auch noch die strafrechtliche Ebene des Themenkomplexes aufgegriffen wird.

<sup>3</sup> Uffmann, ZfA 2018, 225, 228 umschreibt es mit den Stichworten „tatbestandlich umstritten“, „rechtsfolgeseitig riskant“, „grundsätzlich ein Anachronismus?“.

<sup>4</sup> Vgl. etwa die Artikel bei: <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/volkswagen-in-der-kritik-ein-betriebsrat-muss-moralisch-unangreifbar-sein/24449740.html> (zuletzt abgerufen am 08.03.2022); <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/darum-verdienen-betriebsraete-bei-porsche-und-vw-zu-viel-16233698.html> (zuletzt abgerufen am 08.03.2022).

<sup>5</sup> Vgl. zuletzt etwa Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, passim; Giesen, RdA 2020, 155; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, passim; Thüsing/Denzer, Betriebsratsvergütung, passim; Winkler, Ehrenamt des Betriebsrats, passim; Koch/Kudlich/Thüsing, ZIP 2022, 1; zuletzt kritisch hinsichtlich der generellen Begrifflichkeit Bachner/Wall, NZA 2021, 841.

bestehende rechtliche Brisanz der Vergütungsthematik lässt sich insbesondere daran illustrieren, dass im Jahr 2020 das Landgericht Braunschweig die Anklage gegen vier ehemalige Vorstandsmitglieder und ehemalige Personalmanager der Volkswagen Aktiengesellschaft (AG) wegen des Verdachts der gemeinschaftlichen Untreue bzw. der Untreue im besonders schweren Fall zum Nachteil des Konzerns zuließ.<sup>6</sup> Die arbeitsvertragliche Vergütung u.a. des Vorsitzenden des Gesamt- und Konzernbetriebsrats der Volkswagen AG, der zugleich auch stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender war, sollte nach der Anklage bewusst zu hoch bemessen worden sein. Das Landgericht Braunschweig stellte durch die Beweisaufnahme fest, dass die Vergütung tatsächlich in unzulässiger Weise bemessen war, sprach die Angeklagten allerdings im Jahr 2021 aufgrund eines festgestellten Tatbestandsirrtums gem. § 16 Abs. 1 S. 1 Strafgesetzbuch (StGB) frei. Den Angeklagten sei – so die Wertung des Landgerichts – die Unzulässigkeit der tatsächlich gewährten Vergütungen und damit die Strafbarkeit ihres Handelns nicht bewusst gewesen.<sup>7</sup> Die Revision gegen das erstinstanzliche Urteil ist aktuell noch beim Bundesgerichtshof (BGH) rechtshängig.

Die augenscheinlichen Probleme bei der rechtskonformen Festlegung der Betriebsratsvergütung lassen sich allerdings nicht nur durch die traditionell starke und institutionelle Verbindung von Arbeitgeber und Betriebsrat im Volkswagen Konzern erklären.<sup>8</sup> Die Bestimmung der Vergütung von Betriebsräten erweist sich vor dem Hintergrund der gesetzlichen Lage als kompliziertes Unterfangen, wobei nach bislang vorherrschender Ansicht – welcher auch das Landgericht Braunschweig folgt – nur ein geringer bzw. kein Einschätzungs- und Ermessensspielraum des Arbeitgebers zwischen unzulässiger Benachteiligung und unzulässiger Begünstigung des Betriebsratsmitglieds verbleibt.<sup>9</sup> Das Betriebsratsamt gilt nach § 37 Abs. 1 BetrVG als unvergütetes Ehrenamt, wobei viele Fragen normativ umstritten und durch auslegungsbedürftige Wertungen geprägt sind. Zugleich liegt die Wandlung der Betriebsratsarbeit im Laufe der Zeit

---

<sup>6</sup> LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19; dazu etwa <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/vw-straftprozess-untreue-landgericht-braunschweig-16-cls-85-19-urteil-freispruch-manager-osterloh-bernd/> (zuletzt abgerufen am 08.03.2022).

<sup>7</sup> LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19; dazu auch *Annuß*, NZA 2022, 247; *Koch/Kudlich/Thüsing*, ZIP 2022, 1.

<sup>8</sup> Vgl. etwa die medial anderweitig bekanntgewordenen Fälle bei der Siemens AG oder der Daimler AG; bspw. auch *Fischer*, NZA 2014, 71; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241 mwN.

<sup>9</sup> LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 175 ff.

deutlich auf der Hand. Die Tätigkeit als freigestelltes Betriebsratsmitglied, welches zugleich die Position des Vorsitzenden im Gesamtbetriebsrat eines großen Unternehmens besetzt, ist mittlerweile durch einen hohen Grad von Professionalisierung und eine ebenso hohe Arbeitsbelastung geprägt. Betriebsräte sehen sich selbst teilweise als sogenannte „*Co-Manager*“ und werden vermehrt von der Arbeitgeberseite auch entsprechend akzeptiert. Es besteht unbestritten ein praktisches Bedürfnis, die Betriebsratsmitglieder in einem rechtssicheren Rahmen „*angemessen*“ zu vergüten.<sup>10</sup>

Es entsteht damit um die Vergütung des Amtsträgers ein Konflikt zwischen der strengen gesetzlichen Ausgangslage sowie der tatsächlichen Praxis in Teilen der deutschen Unternehmenslandschaft. Kleine und mittlere Unternehmen scheinen hingegen weniger Probleme mit der Vergütung der Amtsträger zu haben. In tatsächlicher Hinsicht steht aufgrund der öffentlich bekannt gewordenen Fälle – mit Vergütungshöhen, die mehrere hunderttausend Euro im Jahr betragen haben sollen – die gesetzliche Konzeption, die insbesondere die Unabhängigkeit der Amtsträger sichern soll, zur Debatte. Darunter leidet auch das Vertrauen in das System der betrieblichen Interessenvertretung insgesamt.<sup>11</sup> So schrieb etwa die um keine Schlagzeile und reißerische Aufmachung verlegene BILD-Zeitung in ihrem Onlineportal, dass die übertariflichen Bezüge von hohen Betriebsratsmitgliedern in Unternehmen „*Verhandlungssache*“ seien<sup>12</sup> und implizierte mit großer Reichweite eine monetäre Beeinflussbarkeit der Gremienarbeit. Gesetzesvorhaben zur (vermeintlichen) Auflösung des Konflikts von Theorie und Praxis scheiterten bislang an politischen Unstimmigkeiten.<sup>13</sup> Insgesamt herrscht auf dem Gebiet der Betriebsratsvergütung, wie zuletzt *Giesen* festgestellt hat, große Verunsicherung, die wiederum zu Problemen im betrieblichen Alltag führt.<sup>14</sup> Aus diesen Gründen wird ein deutlicher thematischer Schwerpunkt dieser Arbeit zunächst auf den offenen Fragen der Vergütung von Betriebsräten liegen, bevor auf die Vergütung von Doppelmandatsträgern im Einzelnen eingegangen werden kann.

---

<sup>10</sup> *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 5 f.

<sup>11</sup> *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 236.

<sup>12</sup> Bild.de, VW-Manager wegen Untreue angeklagt, v. 19.11.2019; abrufbar unter: <https://www.bild.de/geld/wirtschaft/wirtschaft/braunschweig-vw-manager-wegen-untreue-angeklagt-65982954.bild.html> (zuletzt abgerufen am 08.03.2022).

<sup>13</sup> Vgl. *Doll/Vetter*, Die Welt v. 03.07.2017.

<sup>14</sup> *Giesen*, RdA 2020, 155.

Die Doppelmandatsträger in Betriebs- und Aufsichtsrat erhalten zugleich auf der Grundlage ihrer Stellung als Aufsichtsratsmitglieder eine oftmals nicht unerhebliche Vergütung. Die Auswirkungen dieses Rechtsverhältnisses werden in der rechtlichen und medialen Auseinandersetzung mit der Thematik der Betriebsratsvergütung häufig ausgeblendet.<sup>15</sup> Gemäß § 113 Abs. 1 Aktiengesetz (AktG) kann den Aufsichtsratsmitgliedern eine Vergütung gewährt werden, die in einem angemessenen Verhältnis zu deren Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen soll. Die Bestimmung der Aufsichtsratsvergütung ist durch die alleinige Kompetenz der Hauptversammlung bzw. Satzung zur Festlegung der Vergütungshöhe tatbestandlich deutlich weniger problematisch als die Vergütung der Betriebsräte, so dass die inhaltliche Auseinandersetzung mit dem System der Aufsichtsratsvergütung deutlich weniger raumgreifend ausfallen wird. Es ergeben sich allerdings Probleme daraus, dass die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zumeist einer gewerkschaftlichen Abführungspflicht unterliegen, die der gewährten Vergütung die Anreizfunktion nimmt. Zugleich erweist sich die zwiespältige Rolle der Doppelmandatsträger unter dem Aspekt der Corporate Governance insgesamt als kritisch.

Um die rechtlichen Wechselwirkungen bei Bestehen eines Doppelmandats in Betriebs- und Aufsichtsrat identifizieren und später einordnen zu können, bedarf es zunächst einer vertieften Auseinandersetzung mit dem noch immer hoch umstrittenen Komplex der Betriebsratsvergütung in den Kapiteln 1 und 2. Es gilt die Vergütung von Betriebsräten in Deutschland umfassend zu analysieren. Dabei soll vor allem in Kapitel 1 C. auf Fragen im Zusammenhang mit der konkreten Entgeltentwicklung eines Betriebsratsmitglieds eingegangen werden, da diese noch immer tatbestandlich weitestgehend umstritten sind.

Es ist in letzter Zeit vermehrt zu beobachten, dass die Betriebsparteien Fragen der Vergütung von Betriebsräten in gesonderte Absprachen oder paritätisch besetzte Kommissionen auslagern und somit ein rechtssicheres Korsett zur Bestimmung der konkreten Höhe der Vergütung und ihrer Bestandteile schaffen wollen. Dies ist Thema des Kapitels 2. Es gilt insoweit insbesondere vor dem Hintergrund der bislang nur vereinzelt vorhandenen Literaturstimmen, die Grenzen jener

---

<sup>15</sup> Erstmals *Rieble*, AG 2016, 315 sowie insbesondere *Uffmann*, ZfA 2018, 225; zuletzt auch *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, passim.



Vorgehensweise zu bestimmen und die Frage nach einem möglicherweise einschlägigen Mitbestimmungsrecht zu klären.

Ausgehend von den bis dahin getroffenen Feststellungen werden in Kapitel 3 sodann die Reformüberlegungen in Bezug auf die Vergütung der Betriebsräte dargestellt und einer Wertung unterzogen.

Im Anschluss daran wird in Kapitel 4 auf die konkreten Auswirkungen und Wechselwirkungen bei Bestehen von Doppelmandaten in Betriebs- und Aufsichtsrat eingegangen. Es ist vor allem die Abstimmung der mitbestimmungs-, gesellschaftsrechtlichen und betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften aufeinander zu überprüfen. Zuletzt soll auch im Rahmen der Diskussion von Vorschlägen zur Reform bezüglich der Stellung von Doppelmandatsträgern auf mögliche transparenzrechtliche Offenlegungspflichten in Bezug auf die Vergütung der unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter eingegangen werden.

## **Kapitel 1 – Die Vergütung von Betriebsräten**

Die Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats erweist sich trotz oder gerade wegen der gesetzlichen Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes als steter Unruheherd in der realen und juristischen Aufarbeitung.<sup>16</sup> Das gesetzlich vorgesehene Vergütungssystem muss vor diesem Hintergrund einer vollumfänglichen Prüfung unterzogen werden, um die akuten Probleme, mit denen sich die Praxis in den Unternehmen konfrontiert sieht, einordnen, bewerten und letztlich lösen zu können.

### **A. Systematik der Betriebsratsvergütung**

Das Betriebsverfassungsgesetz beschränkt sich hinsichtlich der Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats auf die Normierung der elementarsten Regelungen. Gemäß § 37 Abs. 1 BetrVG führen die Mitglieder ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind sie außerdem von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien. § 37 Abs. 3 BetrVG sieht einen Ausgleich für außerhalb der Arbeitszeit erbrachte Betriebsratstätigkeit in Form von entsprechender Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts vor. Zu guter Letzt bestimmt § 37 Abs. 4 BetrVG, dass das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats nicht geringer bemessen werden darf als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Weitere konkret auf die Vergütung bezogene Regelungen sieht das Gesetz nicht vor. Nach § 78 S. 2 BetrVG dürfen die Mitglieder des Betriebsrats allerdings wegen ihrer Tätigkeit – auch in ihrer beruflichen und damit mittelbar entgeltbezogenen Entwicklung – nicht benachteiligt oder begünstigt werden.

Mangels weitergehender Regelungen fußt die Bestimmung der „richtigen“ Betriebsratsvergütung allein auf diesen Grundsätzen, deren Grundlagen und Auswirkungen im Folgenden aufgearbeitet werden sollen.

#### ***I. Grundlagen der gesetzlichen Regelungen***

Das Gesetz geht in § 37 Abs. 1 BetrVG von einem unentgeltlichen Ehrenamt aus. Um die Intention des historischen Gesetzgebers vor dem Hintergrund der heute bestehenden Schwierigkeiten bei der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

---

<sup>16</sup> Vgl. die Nachweise in der Einleitung, Fn. 4 u. 5.

einordnen zu können, bedarf es einer knappen Auseinandersetzung mit den Entwicklungen der betrieblichen Mitbestimmung in Deutschland.

### *1. Rechtfertigung der betrieblichen Mitbestimmung*

Die betriebliche Beteiligung der Arbeitnehmerschaft an den sie unmittelbar betreffenden unternehmerischen Entscheidungen ist Ausfluss des Demokratie- und Teilhabegedankens.<sup>17</sup> Das Betriebsverfassungsgesetz schafft als Ergebnis der nach Art. 14 Abs. 2 Grundgesetz (GG) zulässigen Sozialbindung – diese wiederum garantiert durch das Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG – einen Ausgleich zwischen den Grundrechten der Arbeitnehmer und denen des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 sowie Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>18</sup> Die Grundrechte sind deshalb Schranke und Legitimationsbasis der Beteiligungsrechte zugleich.<sup>19</sup>

Die Mitbestimmung soll dabei helfen, die strukturelle Abhängigkeit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auszugleichen oder zumindest abzumildern.<sup>20</sup> Die Teilhabe an dessen Entscheidungen wird insoweit durch Informations- und Mitwirkungsrechte ermöglicht, als das Arbeitsverhältnis sowie die Rechts- und Interessenlage der Arbeitnehmerschaft insgesamt berührt wird.<sup>21</sup> Die betriebliche Mitbestimmung findet wiederum grundsätzlich ihre Grenze, sofern in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit in wirtschaftlicher Hinsicht eingegriffen wird. Der Betriebsrat wird also keinesfalls „Mitunternehmer“.<sup>22</sup> Das System der betrieblichen Mitbestimmung rechtfertigt sich demnach durch das Sozialstaatsprinzip, begrenzt durch die Eigentumsrechte der Arbeitgeber. Es gilt, die berechtigten Belange der Arbeitnehmer zur Geltung und zugleich die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Unternehmers sowie sein Interesse an einem wirtschaftlichen Betriebsablauf in Ausgleich zu bringen.<sup>23</sup> In Bezug auf die Vergütung der Mitglieder des Vertretungsorgans ist der Rückschluss zulässig, dass der Arbeitgeber zwar der Mitbestimmung und deren Kosten generell unterliegt,

---

<sup>17</sup> Vgl. etwa BT-Drucks. VI/334, S. 56; BAG v. 10.12.2002 – 1 ABR 7/02, NZA 2004, 223, 227; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 1; *Fitting*, § 1 BetrVG Rn. 2; GK-BetrVG/*Wiese*, Einl. Rn. 75 ff.

<sup>18</sup> Vgl. BeckOK-ArbR/*Besgen*, § 1 BetrVG Rn. 1; *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 56 ff.

<sup>19</sup> *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 49.

<sup>20</sup> *ErfK/Koch*, § 1 BetrVG Rn. 1; *Fitting*, § 1 BetrVG Rn. 2; GK-BetrVG/*Wiese*, Einl. Rn. 76; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 3.

<sup>21</sup> *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 1.

<sup>22</sup> *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 3; *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 60.

<sup>23</sup> *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, BetrVG, Einl. Rn. 1.

aber zur Wahrung seiner Rechte die Intensität des Eingriffs und damit mittelbar auch die Finanzierung der Betriebsratsarbeit möglichst gering gehalten werden soll.

## 2. *Entwicklung der Vergütungsgrundsätze*

Zugleich leitet diese Annahme zu den Grundsätzen der Betriebsratsvergütung und deren Entwicklung über.

### a. *Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920*

Die erste gesetzliche Normierung der betrieblichen Mitbestimmung durch eine einheitliche Betriebsverfassung wurde im Jahr 1920 durch das Betriebsrätegesetz (BRG) vom 4. Februar 1920<sup>24</sup> vorgenommen.<sup>25</sup> Der jeweiligen Betriebsvertretung wurden entsprechend des vorherrschenden Schutz- und Teilhabegedankens lediglich beschränkte Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte in sozialen und personellen Angelegenheiten eingeräumt.<sup>26</sup> Zugleich regelte das Gesetz erstmals die konkrete Rechtsstellung der einzelnen Betriebsratsmitglieder. So sah § 35 S. 1 und 2 BRG 1920 vor:

*„Die Mitglieder der Betriebsräte und ihre Stellvertreter verwalten ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Notwendige Versäumnis von Arbeitszeit darf eine Minderung der Entlohnung oder Gehaltszahlung nicht zur Folge haben.“*

Durch die Formulierung des Verbots der „*Minderung der Entlohnung*“<sup>27</sup> wird deutlich, dass die Zahlung eines Entgelts für die Amtstätigkeit ausscheiden und allein die individuelle Vergütung weitergezahlt werden sollte.<sup>28</sup> Das Betriebsrätegesetz legte damit den Grundstein für die Ausgestaltung des Amts als unbezahltes Ehrenamt und die Vergütung nach dem sogenannten „*Lohnausfallprinzip*“.<sup>29</sup> Gemäß § 30 BRG 1920 waren Betriebsratssitzungen grundsätzlich außerhalb der üblichen Arbeitszeiten abzuhalten und war es gemäß

---

<sup>24</sup> RGBI. S. 147.

<sup>25</sup> Vgl. zu den unvollständigen und die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder nicht kodifizierenden Vorgängerregelungen *Georgi*, Ehrenamtsprinzip, S. 4 ff.; ausfl. zur Geschichte der Betriebsverfassung *Reichold*, ZfA 2020, 5.

<sup>26</sup> *Fitting*, BetrVG, Einl. Rn. 1; *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 11.

<sup>27</sup> Das Verbot der Entgeltminderung galt gemäß § 24 BRG 1920 vorgeschaltet bereits für die „*Versäumnis von Arbeitszeit infolge Ausübung des Wahlrechts oder Betätigung im Wahlvorstande*“.

<sup>28</sup> *Georgi*, Ehrenamtsprinzip, S. 17.

<sup>29</sup> Ausfl. unter Kapitel 1 B.

§ 95 BRG 1920 ausdrücklich verboten, die Ausübung der gesetzlichen Betriebsvertretung zu beschränken oder Arbeitnehmer deswegen zu benachteiligen. Ein Begünstigungsverbot sah man hingegen mangels entsprechender Gefährdungslage als nicht notwendig gesetzlich zu regeln an.<sup>30</sup>

Die Ausgestaltung des Amtes als unentgeltliches Ehrenamt wurde in der zeitgenössischen Kommentarliteratur mit dem „Grundcharakter des Betriebsrätegesetzes“ begründet.<sup>31</sup> Demnach sei die objektive Vertretung der Arbeitnehmerinteressen und die Unterstützung des Arbeitgebers nur dann möglich, wenn die Mitglieder der Betriebsvertretungen von keiner Seite her finanzielle Vorteile genießen würden. *Gürteler* begründet diese Ausgangsthese damit, dass „mit der Übernahme eines Amtes in der Betriebsvertretung ideelle und in der Praxis wohl auch materielle Opfer verbunden sind. Die Betriebsräteidee bleibt aber nur dann unverfälscht und die Bewegung bleibt frei von Korruptionerscheinungen, wenn diese Opfer weder durch indirekte noch direkte Entschädigungen materieller Art aufgewogen werden“.<sup>32</sup>

Das Betriebsrätegesetz legte damit den Grundstein für die Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsamts. Ausgangsthese war, dass nur auf diese Weise eine unverfälschte Interessenvertretung durch integere und unabhängige Betriebsräte garantiert werden könne.<sup>33</sup> Das Gesetz war entsprechend dem herrschenden Zeitgeist auf die anzunehmende Interessenpolarität von Arbeitnehmerschaft zum Kapital, das heißt zum Unternehmer, ausgerichtet. Zugleich ergab sich aufgrund der nur geringen Befugnisse und dem Grundsatz, dass die Arbeit der Betriebsvertretungen außerhalb der regulären Arbeitszeit stattzufinden habe, noch nicht die Notwendigkeit expliziter Vergütungsregelungen. Lediglich die Normierung eines Verbots der Entgeltminderung sah man in Bezug auf die Vergütung der Amtsträger als erforderlich an. Fand die Arbeit der Betriebsratsmitglieder doch einmal in der Arbeitszeit statt, so griff entsprechend dem noch recht geringen Schutzniveau des Betriebsrätegesetzes das Verbot der Entgeltminderung nur ein, sofern es sich um eine notwendige Versäumnis der Arbeitszeit handelte, deren Vorliegen wiederum

---

<sup>30</sup> *Flatow*, BRG, § 95 Rn. 3; *Kieschke/Syrup/Krause*, BRG, § 35 Rn. 2.

<sup>31</sup> *Gürteler*, BRG, § 35 Rn. 1.

<sup>32</sup> *Gürteler*, BRG, § 35 Rn. 1.

<sup>33</sup> *Mansfeld*, BRG, S. 197.

das einzelne Mitglied der Betriebsvertretung zu beweisen hatte.<sup>34</sup> Eine pauschalierte oder bedingungslose Arbeitsbefreiung für Tätigkeiten der Betriebsvertretung war hingegen nicht vorgesehen bzw. wurde als generell unzulässig bewertet.<sup>35</sup>

*b. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934*

Bereits in einem frühen Stadium der nationalsozialistischen Herrschaft wurde das soeben teilweise vorgestellte Betriebsrätegesetz 1920 durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) vom 20. Januar 1934<sup>36</sup> ersetzt. Das Gesetz sah allerdings entsprechend des Führerprinzips keine aktiv eingebundene Betriebsvertretung im eigentlichen Sinne vor, vielmehr wurde dem Unternehmer als „*Führer des Betriebes*“ ein Vertrauensrat mit rein beratender Funktion zur Seite gestellt.<sup>37</sup> Selbst die Mitglieder des Vertrauensrats wurden jedoch nicht von der Arbeitnehmerschaft gewählt, sondern gemäß § 9 AOG 1934 durch eine Einheitsliste des „*Führers des Betriebes*“ im Einvernehmen mit dem Obmann der nationalsozialistischen Betriebszellen-Organisation bestellt.

In Bezug auf die Vergütung der Vertrauensmänner regelte das Gesetz ähnlich wie der soeben dargestellte § 35 BRG 1920 in § 13 AOG 1934, dass es sich bei dem Amt der Vertrauensmänner um ein Ehrenamt handle, für dessen Wahrnehmung kein Entgelt zu gewähren, aber der übliche Lohn für den notwendigen Ausfall der Arbeitszeit zu zahlen war.

*c. Kontrollratsgesetz Nr. 22 vom 10. April 1946*

Nach Ende des zweiten Weltkriegs erhielt die Gestaltung der künftigen Betriebsverfassung insbesondere durch das Besatzungsrecht in Form des Kontrollratsgesetzes Nr. 22 vom 10. April 1946<sup>38</sup> erneut Auftrieb. Das Gesetz sah lediglich eine „*elastische Richtlinien-Regelung*“ vor, so dass den Bundesländern die Einführung deutlich voneinander abweichender Betriebsratsgesetze ermöglicht

---

<sup>34</sup> Kieschke/Syrup/Krause, BRG, § 35 Rn. 2.

<sup>35</sup> Kieschke/Syrup/Krause, BRG, § 35 Rn. 2.

<sup>36</sup> RGBl. I S. 45.

<sup>37</sup> *Fitting*, BetrVG, Einl. Rn. 2; *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 12; ausfl. zur politisch-weltanschaulichen Begründung *Reichold*, Betriebsverfassung, S. 339; im Übrigen auch *Lipp*, Honorierung, S. 9; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 5.

<sup>38</sup> Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S. 133 ff.; abrufbar unter:

<http://www.verfassungen.de/de45-49/kr-gesetz22.htm> (zuletzt abgerufen am 08.03.2022).

wurde.<sup>39</sup> Trotz der zum Teil erheblichen (politischen) Unterschiede der landeseigenen Betriebsrätegesetze verzichtete keines – anknüpfend an § 35 BRG 1920 – auf die Kodifizierung des Ehrenamts und des Verbots der Entgeltdiskriminierung.<sup>40</sup> Die Ausgestaltung einer vom Ehrenamtsprinzip abweichenden Vergütungsgestaltung erschien den verschiedenen Landesgesetzgebern demnach als keine umsetzbare Option.

*d. Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952*

Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952<sup>41</sup> führte die gesetzliche Ausgestaltung des Betriebsratsamts als unentgeltliches Ehrenamt fort. Insgesamt lassen sich – trotz der umfassenden und inhaltlich weitreichenden Diskussionen<sup>42</sup> – keinerlei Anhaltspunkte dafür finden, dass bei Erlass des Gesetzes über eine mögliche Veränderung dieses Grundsatzes debattiert wurde. § 37 BetrVG 1952 entsprach vielmehr bereits weit überwiegend der heutigen Fassung des § 37 Abs. 1 – 3 BetrVG. Das Betriebsverfassungsgesetz aus dem Jahr 1952 sah hingegen erstmals in § 53 Abs. 2 BetrVG 1952 ein ausdrückliches Begünstigungsverbot – entsprechend dem heutigen § 78 S. 2 BetrVG – sowie in § 37 Abs. 3 BetrVG 1952 ausdrückliche Freistellungsmöglichkeiten vor.<sup>43</sup>

*e. Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972*

In Bezug auf die vergütungsrechtlichen Regelungen ist wiederum die Reform des § 37 BetrVG im Zuge der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 1972<sup>44</sup> von Relevanz.<sup>45</sup> Auf Vorschlag der Fraktionen von CDU/CSU nahm der Gesetzgeber die Einkommensgarantie des § 37 Abs. 4 in das Betriebsverfassungsgesetz auf.<sup>46</sup> Zum einen sollten die Betriebsratsmitglieder an allen Lohn- und Gehaltsfortschritten vergleichbarer Arbeitskollegen teilnehmen. Zum anderen sollte die Einkommensverschlechterung während der Zugehörigkeit

---

<sup>39</sup> *Fitting*, BetrVG, Einl. Rn. 3; *Reichold*, Betriebsverfassung, S. 361 ff.

<sup>40</sup> Vgl. zu den verschiedenen Landesgesetzen und deren Einflüsse ausfl. *Reichold*, Betriebsverfassung, S. 361 ff.; vgl. etwa § 11 des Landesgesetzes über die Bildung von Betriebsräten des Landes Baden v. 24.09.1948, § 35 des Betriebsrätegesetzes des Landes Württemberg-Hohenzollern v. 21.05.1949, § 33 des Bayerischen Betriebsrätegesetzes v. 25.10.1950.

<sup>41</sup> BGBl. I S. 681.

<sup>42</sup> *Düwell/Düwell*, BetrVG, Einl. Rn. 7.

<sup>43</sup> Vgl. auch *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 6.

<sup>44</sup> BGBl. I S. 13.

<sup>45</sup> Vgl. *Fitting*, BetrVG, Einl. Rn. 10.

<sup>46</sup> BT-Drucks. VI/1806, S. 44; später BT-Drucks. VI/2729, S. 17.

zum Betriebsrat und ein Jahr nach dem Ausscheiden verhindert werden. Die Vorschrift sollte die Unabhängigkeit von Betriebsratsmitgliedern stärken und das Betriebsratsamt für qualifizierte Arbeitnehmer anziehender machen.<sup>47</sup> Zugleich erweiterte die Reform das Betriebsverfassungsgesetz in seinem § 38 um feste Freistellungsmöglichkeiten. Die Mindestzahlen der freizustellenden Betriebsratsmitglieder sollten „unnötige“ Streiterei zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber vermeiden.<sup>48</sup> Erstmals sah das Gesetz darüber hinaus einen Schulungsanspruch, inklusive der Kostenübernahme durch den Arbeitgeber, in § 37 Abs. 6 BetrVG vor, um die gestiegenen Anforderungen an die Betriebsratsarbeit bewältigen zu können.<sup>49</sup> Das Gesetz weitete die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrats insgesamt aus.<sup>50</sup>

#### *f. Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. Juli 2001*

Die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. Juli 2001<sup>51</sup>, die mit tiefgreifenden Veränderungen in der Arbeits- und Wirtschaftswelt begründet wurde, hatte keine unmittelbaren gesetzlichen Auswirkungen auf die Rechtsstellung und Vergütung der Betriebsräte.<sup>52</sup> Die angeführten grundlegenden Strukturveränderungen in den Betrieben sowie die angesprochene Ausweitung der Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte durch die Reform des Jahres 1972 hatten zu einer erhöhten Arbeitsbelastung des Betriebsrats geführt.<sup>53</sup> Aus diesem Grund wurde die Staffel der mindestens freizustellenden Betriebsratsmitglieder in § 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG zugunsten der Interessenvertretungen angepasst. Eine Anpassung des vergütungsrechtlichen Grundsystems, etwa für freigestellte Betriebsräte, wurde hingegen nicht erörtert.

#### *g. Zusammenfassung*

Das Betriebsverfassungsgesetz hat durch die umfassenden Reformen der Jahre 1972 sowie 2001 in Bezug auf die Rechtsstellung des Betriebsrats und insbesondere die Vergütung seiner Mitglieder kaum Veränderungen erfahren. Anknüpfend an das Betriebsrätegesetz 1920 ist die Mitgliedschaft in der Betriebsvertretung noch immer

---

<sup>47</sup> BT-Drucks. VI/1806, S. 44.

<sup>48</sup> BT-Drucks. VI/1786, S. 41.

<sup>49</sup> Vgl. auch *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 12.

<sup>50</sup> BT-Drucks. VI/1786, S. 31 ff.

<sup>51</sup> BGBl. I S. 1852.

<sup>52</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/5741, S. 1.

<sup>53</sup> Siehe dazu später noch näher unter Kapitel 1 A. I. 3. a.



ein unentgeltliches Ehrenamt. Die Einführung der Ehrenamtlichkeit wurde mit dem Grundcharakter des Amtes und der Notwendigkeit der objektiven Vertretung der Arbeitnehmerinteressen begründet. Das Betriebsratsmitglied verbleibt in vergütungsrechtlicher Hinsicht ausschließlich Arbeitnehmer und wird nicht zum Mandatsträger.<sup>54</sup>

### 3. *Entwicklungen der Betriebsratsarbeit und Auswirkungen auf die Vergütungsstrukturen*

Von Teilen der Praxis und auch der Literatur wird vermehrt unter dem Titel „*Wandel der Betriebsratsarbeit*“ die Reformbedürftigkeit der vergütungsrechtlichen Regelungen angemahnt.<sup>55</sup> Die historisch gewachsenen Normen seien nicht (mehr) geeignet, den heutigen betrieblichen Alltag ausreichend abzudecken.<sup>56</sup> Es sei bereits hier angemerkt, dass sich eine pauschale Betrachtungsweise verbietet. Entsprechend der Vielfalt an Unternehmen – etwa in Bezug auf deren Größe oder historisch gewachsene Strukturen<sup>57</sup> – erweisen sich auch die Begebenheiten der betrieblichen Interessenvertretungen als äußerst vielfältig.

Vergütungsrechtlich problematisch sind in erster Linie große Unternehmen und Konzerne mit einer Vielzahl von Freistellungen und eingerichteten Gesamt- oder Konzernbetriebsräten, die zugleich über mehrere Amtsperioden von ihrer Arbeitspflicht befreit werden.<sup>58</sup> Die Vergleichbarkeit zu anderen, ähnlich qualifizierten Arbeitnehmern – der gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG primäre Anknüpfungspunkt der festzustellenden Vergütungsentwicklung – nimmt infolge

---

<sup>54</sup> *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 115; ähnlich *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 6.

<sup>55</sup> Vgl. etwa die Feststellung auf dem 4. Deutschen Arbeitsrechtstag nach *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 5.

<sup>56</sup> Bspw. *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 8 ff., 375 ff.; *Beck*, Betriebsratsamt als Ehrenamt, S. 25 f.; *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 127; *Byers*, NZA 2014, 65, 69 f.; *Klebe*, NZA-Beilage 2017, 77, 84; aA etwa *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 495 f.; *Däubler*, SR 2017, 85, 87 f.; vertiefend unter Kapitel 1 A. I. 3. b.

<sup>57</sup> Vgl. etwa die starke Stellung der Arbeitnehmer und ihrer (Gewerkschafts-)Vertreter in der Volkswagen AG, die vor allem durch die staatliche Beteiligung des Landes Niedersachsen durch das Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand v. 21.07.1960 begründet werden kann.

<sup>58</sup> Dies betonen u.a. auch *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 9; *Byers*, NZA 2014, 65, 69 f.; *Fischer*, NZA 2007, 484, 486 f.; darauf aufbauend *ders.*, NZA 2014, 71, 73; *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 14; *Rieble*, Reformbedarf der betrieblichen Mitbestimmung, S. 127, 129 f.

der langen Abwesenheit vom ursprünglichen Tätigkeitsbereich sukzessive ab. Das erschwert die Bewertung und Bemessung der „richtigen“ Vergütung.<sup>59</sup>

Zugleich verändern sich gerade für Mitglieder des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats die thematischen Schwerpunkte und Problemfelder, wodurch etwa neue – in Bezug auf die Vergütung womöglich relevante – Fähigkeiten und Qualifikationen erworben werden können. Das Ehrenamtsprinzip ist hingegen in seinem grundsätzlichen Ansatz vermehrt auf kleine und mittlere Unternehmen ohne „professionelle“ Strukturen ausgerichtet.<sup>60</sup>

#### a. Entwicklungen der Betriebsratsarbeit

Nach Ende des zweiten Weltkriegs und noch bis in die Mitte der 1970er Jahre hinein war die Betriebsratsarbeit hauptsächlich „betriebliche Sozialarbeit“.<sup>61</sup> Die prekäre Versorgungslage der gesamten Bevölkerung und damit auch der Arbeitnehmerschaft machte es notwendig, sich zunächst mit vor allem sozialen Angelegenheiten, wie dem Schutz und der Fürsorge, zu befassen. Entsprechend der maßgeblichen Schutzrichtung war der Betriebsrat in der Fassung des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 vor allem mit unmittelbaren Belegschaftsinteressen befasst. Die Gestaltungsteilhabe war vor allem bei den Arbeitsbedingungen, bei der Zusammensetzung der Belegschaft und bei der wesentlichen Veränderung der Arbeitsplätze vorgesehen.<sup>62</sup>

Gerade der letztgenannte Bereich gewann ab der Mitte der 1970er Jahre und damit auch durch die Reform im Jahr 1972 an elementarer Bedeutung. Mit dem Ausklingen des Wirtschaftswachstums durch etwa die erste Ölkrise im Jahr 1973 mussten sich die Betriebsräte wieder vermehrt mit Fragen der beruflichen Existenzsicherung befassen.<sup>63</sup> Es lag ab diesem Zeitpunkt das Hauptaugenmerk der Interessenvertreter auf der personalpolitischen Planung sowie der sozialverträglichen Beschäftigungssicherung. Wie *Farthmann* zutreffend feststellte, war Kennzeichen dieser Aufgaben stets ein reaktives Element – der Betriebsrat reagierte im Rahmen seiner Arbeitsweise auf Maßnahmen und

---

<sup>59</sup> Kritisch betreffend den generellen Ausgangspunkt der Diskussion um die Vergütungsbemessung unter Hinweis auf die zu gewährende Privatautonomie *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841.

<sup>60</sup> *Rieble*, Reformbedarf der betrieblichen Mitbestimmung, S. 127, 129 f.

<sup>61</sup> *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 123.

<sup>62</sup> *Reichhold*, Betriebsverfassung, S. 386.

<sup>63</sup> *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 123; *Fitting*, BetrVG, Einl. Rn. 10 f.

Entscheidungen des Arbeitgebers. Wirkung jener Entwicklung war wiederum, dass sich die Interessenvertretung und der Arbeitgeber erneut als Gegenspieler gegenüberstanden, wobei die Betriebsverfassung in § 2 Abs. 1 BetrVG vielmehr auf die Integration beider Elemente ausgerichtet war.<sup>64</sup>

Insgesamt zeichnete sich durch die dargestellten tatsächlichen Entwicklungen und Reformen ein Wandel von der sozialen Schutzfunktion der systematisch unterlegenen Arbeitnehmerschaft gegenüber dem Arbeitgeber hin zu einem Teilhaben und Einbeziehen der Arbeitnehmerschaft ab.<sup>65</sup> Begünstigt durch weitergehende Reformen des Gesetzgebers, etwa in § 92a BetrVG, der ein aktives Tätigwerden des Betriebsrats voraussetzt, sowie auch den Rückzug der Tarifvertragsparteien, welche sich vermehrt auf Rahmenregelungen beschränken und durch Öffnungsklauseln auf betrieblicher Ebene größere Spielräume zulassen, konnte der Betriebsrat seine Gewichtung im unternehmensinternen Kräfteverhältnis sukzessive verstärken.<sup>66</sup>

Es ist sicherlich nicht möglich, die gesamten Ursachen jener Entwicklung vollständig zu identifizieren und aufzuzeigen.<sup>67</sup> Wichtige Triebfeder der aufgezeigten Entwicklung dürfte der Wandel der Wirtschaft vom rein produzierenden Gewerbe mit einfachem Tätigkeitsprofil hin zu einer technologisierten und komplexen Wirtschaft mit erhöhtem Dienstleistungsbedarf darstellen. Zusätzlich bedarf der – insbesondere durch die Digitalisierung schneller voranschreitende – Wandel auch Veränderungen in der Arbeits- und Unternehmensorganisation, die wiederum oftmals der Beteiligung des Betriebsrats unterliegen.<sup>68</sup> Beispielhaft sei hier nur auf moderne Arbeitsformen wie das Mobile- bzw. Home-Office in Bezug auf Fragen der Arbeitszeit oder etwa die weitreichenden Beteiligungsrechte des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei der Softwareimplikation hingewiesen, wodurch sich auch die eigene Arbeitsweise der

---

<sup>64</sup> *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 123.

<sup>65</sup> *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 2 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 10.

<sup>66</sup> *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 123; *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 13; *Hunold*, AuA 2002, 451; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 11.

<sup>67</sup> Ausfl. *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 11 ff.

<sup>68</sup> *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 158; *Klebe*, NZA-Beilage 2017, 77; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 11.

Betriebsräte ändern wird.<sup>69</sup> Im Zuge dieser gesamten Entwicklung, welche etwa unter den weitreichenden Begriffen der „*new work*“ oder des „*new normal*“ zusammengefasst wird, kann beispielsweise das gesamte arbeitstechnische Know-how der Belegschaft in die Entwicklung und Gestaltung der Produktpalette miteinbezogen werden, wodurch erneut die Stellung der Belegschaftsvertreter gestärkt wird.<sup>70</sup>

Während zu Beginn der 2000er Jahre noch die gesamte deutsche Wirtschaft als Auslaufmodell galt, waren die letzten Jahre doch von einem starken wirtschaftlichen Wachstum geprägt. Dieses wiederum verstärkte den Wettbewerb um qualifizierte Arbeitnehmer und brachte die Unternehmen in Zugzwang, sich auch mit Blick darauf am Markt als attraktiv zu präsentieren. Alles in allem hat sich aufgrund der aufgezeigten Ursachen und Wirkungen die Position der Betriebsräte aus einer abwehrenden bzw. reagierenden Haltung zunehmend in eine aktive und gestaltende Rolle gewandelt. Damit geht auch der Zuwachs an Aufgaben sowie Kompetenzen und eine stärkere Stellung der Betriebsräte in Unternehmen einher.<sup>71</sup>

#### *b. Auswirkungen der Entwicklungen*

Als automatische Folge dieser Entwicklungen erhöht sich – insbesondere in Großunternehmen – die Arbeitsbelastung der Betriebsräte bei zugleich steigenden fachlichen Anforderungen.<sup>72</sup> Die Mitwirkung an und Initiierung von unternehmensweiten Prozessen erfordert oftmals ein erhebliches Maß an Fachkenntnis, welches die Mitglieder – sofern sie es nicht mit in das Amt einbringen – über den Freistellungsanspruch für Schulungs- und Bildungsmaßnahmen des § 37 Abs. 6 BetrVG erwerben können oder sich während ihrer Tätigkeit selbst aneignen.

---

<sup>69</sup> Vgl. auch *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 15 f.; im Übrigen etwa hinsichtlich kommender Herausforderungen *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552; *Günther/Boglmüller*, NZA 2015, 1025; *Klebe*, NZA-Beilage 2017, 77; *Meik*, NZA 2017, 43; *Thüsing*, SR 2016, 87; allgemein *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, passim.

<sup>70</sup> Vgl. etwa die Aussage des Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrats der Daimler-Benz AG bei *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 115, 124 f., der sich auf die aktive Beeinflussung der Unternehmensausrichtung beruft.

<sup>71</sup> Vgl. auch GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 Rn. 81.

<sup>72</sup> *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 115, 123 ff.; *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 13; *Hunold*, AuA 2002, 451; *Lipp*, Honorierung, S. 196 ff.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 12; *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080, 1081.

Als Resultat der aufgezeigten Entwicklungen wird die Betriebsratsarbeit heute teilweise als sogenanntes „*Co-Management*“ bezeichnet.<sup>73</sup> Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung in einzelnen Unternehmen ist mit *Uffmann* jedoch festzustellen, dass der gesetzliche Aufgabenbereich des Betriebsrats nicht dem eines Managers gleicht, der aktiv in die Unternehmensgeschäfte und deren Ausrichtung eingreift.<sup>74</sup> Der teilweise propagierte Wechsel vom „*Klassenkampf zum Co-Management?*“<sup>75</sup> legt deshalb eine falsche Begrifflichkeit zugrunde und ist aus dieser Perspektive abzulehnen.

Unabhängig von der Bewertung der Begrifflichkeit gilt es, erneut auf die eingangs dargestellten Unterschiede in den Unternehmen hinzuweisen. Ein „*Co-Management*“ wird zumeist nur in Großunternehmen und Konzernen, das heißt bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern mit Führungsfunktion innerhalb des Gremiums, in Betracht kommen. Die rein betriebsverfassungsrechtliche Ausgestaltung des Amtes rechtfertigt grundsätzlich nicht die Einordnung der Position auf einer Ebene des Managements.<sup>76</sup> Das Betriebsverfassungsgesetz verfolgt allein den Zweck, eine Verhandlungsbasis der Arbeitnehmervertreter gegenüber den Arbeitgebervertretern „*auf Augenhöhe*“ zu gewährleisten. In Bezug auf die Vergütung lässt das Recht jedoch keineswegs einen solch gleichgearteten Rückschluss zu. Zugleich stellt sich die Ausübung des Betriebsratsamts nicht als Beruf im eigentlichen Sinne dar, sondern legitimiert sich ausschließlich aus der Wahl durch die Arbeitnehmerschaft.<sup>77</sup>

Die Stellung der Betriebsräte in Betrieb, Unternehmen sowie Konzern und deren Arbeit haben sich ohne Frage infolge der dargestellten Entwicklungen geändert und weisen – vor allem in internationalen Unternehmen und Konzernen – stark erhöhte

---

<sup>73</sup> Es finden sich zugleich Umschreibungen wie etwa „*Schattenbosse*“, „*auf Augenhöhe mit dem Management*“, „*Managementfunktionen*“; vgl. etwa bei *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 6; *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 160; *Henssler*, FS Betriebsverfassungsrecht, S. 173, 185; *HWK/Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 26; *Rieble*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 34 ff.; *Byers*, NZA 2014, 65; *Hunold*, AuA 2002, 215; *Niemeyer/Rapp*, AiB 2001, 473; *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080. Vgl. allerdings auch die Bezeichnung des gewerkschaftlichen Vertreters *Schmoldt*, ZAAR-Kongress 2004, Rn. 3.

<sup>74</sup> Ausfl. auch zur Herleitung *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 238; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 3; in die andere Richtung tendierend etwa *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 115, 116 f.

<sup>75</sup> Begriff übernommen vom Titel des Buches *Klitzke*, Vom Klassenkampf zum Co-Management?: Perspektiven gewerkschaftlicher Betriebspolitik; Wolfgang Klever zum 60. Geburtstag.

<sup>76</sup> *Kolbe*, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, S. 271; *Schmitt*, Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien, S. 818; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 238.

<sup>77</sup> Siehe oben unter Kapitel 1 A. I. 1.; *Lipp*, Honorierung, S. 3.

Anforderungen an die Arbeitsbelastung sowie den Arbeitsinhalt auf.<sup>78</sup> Es kommt etwa eine echte Leitungs- und Koordinationsfunktion gegenüber Referenten und sonstigen Dienstleistern hinzu.<sup>79</sup> Im Zuge dieser Entwicklung hat eine Professionalisierung auf Ebene der Betriebsräte stattgefunden, die wiederum durch die Unternehmen zum Teil vergütungsrechtlich gespiegelt wird.<sup>80</sup> Teile von Praxis und Literatur mahnen deshalb an, eine den Aufgaben gerecht werdende, „angemessene“ Vergütung der Betriebsräte gesetzlich zuzulassen.<sup>81</sup>

Die Problematik der Betriebsratsvergütung erweist sich auch infolge erhöhter Anforderungen aus den zu beachtenden Compliance-Regelungen an die (deutschen) Unternehmen als äußerst relevant.<sup>82</sup> Eine aufgrund der geringen Regelungsdichte des Betriebsverfassungsgesetzes undurchsichtige und teilweise kaum nachzuvollziehende Vergütungsstruktur ist ein hoher Risikofaktor innerhalb der Grundsätze der guten Unternehmensführung. Es kann erneut auf das aktuelle Verfahren im Zusammenhang mit dem VW-Konzern verwiesen werden.<sup>83</sup> Zur Vermeidung der entsprechenden Risiken setzen Unternehmen – wie auch Volkswagen – vermehrt darauf, Leitlinien zur Vergütung der Betriebsräte aufzustellen, und begeben sich durch zu weitreichende Regelungen wiederum in einen möglichen Konflikt mit den zwingenden Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes und damit letztlich gar zur möglichen Strafbarkeit gemäß § 119 BetrVG oder § 266 StGB.<sup>84</sup> Diese Entwicklungen und Auswirkungen sind bei der Beurteilung der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsregelungen stets zu berücksichtigen.

---

<sup>78</sup> Vgl. auch *Joussen*, RdA 2018, 193, 194.

<sup>79</sup> Vgl. etwa *Magazin Mitbestimmung*, Ausgabe 10/2014, Im Hintergrund, wonach dem Gesamtbetriebsrat bei VW etwa 20 Referenten zur Verfügung stehen; abrufbar unter: [https://www.boeckler.de/51506\\_51527.htm](https://www.boeckler.de/51506_51527.htm) (zuletzt abgerufen am 08.03.2022).

<sup>80</sup> *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 115, 116.

<sup>81</sup> So etwa *Klebe*, NZA-Editorial, Heft 12/2019, I; *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 5 f.

<sup>82</sup> Vgl. etwa „*Compliance – Brennpunkt Betriebsratsvergütung*“ bei *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637; *dies.*, BB 2012, 1604; „*Betriebsratsvergütung als Compliance-Frage*“ bei *Thüsing*, CB 2019, 457; „*Das Begünstigungsverbot als unterschätzte Compliance-Falle*“ bei *Johnson*, CCZ, 2021, 75.

<sup>83</sup> LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19.

<sup>84</sup> Etwa BGH v. 17.09.2009 – 5 StR 521/08, NJW 2010, 92; restriktiver hingegen im Anschluss an BVerfG 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., NJW 2010, 3209 BGH v. 13.09.2010 – 1 StR 220/09, NJW 2011, 88; vgl. auch *Esser*, Begünstigung, S. 191 ff.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 331 ff.; *Düwell/Zwiehoff*, § 119 BetrVG Rn. 8; *Byers*, NZA 2014, 65, 68 f.; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 260 ff.; *Frahm/Koch*, ArbRAktuell 2010, 468, 469 ff.

### *c. Zusammenfassung*

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Arbeit des Betriebsrats in den letzten Jahren aufgrund einer Vielzahl von Ursachen und Entwicklungen elementar geändert und letztlich unbestritten teilweise professionalisiert hat. Aus dem Blickwinkel des Gesetzes hat sich die Aufgabenlast hingegen nicht im gleichen Maße verändert. Zwar ist darin zuzustimmen, dass im Jahr 2001 sowohl in § 92a BetrVG als auch in § 80 Abs. 1 BetrVG eine gewisse Ausweitung der Rechte und Pflichten stattgefunden hat, zugleich aber kann dies durch die Möglichkeit der Hinzuziehung externer Experten, von Schulungen und der Expertise des eigenen Referentenstabs kompensiert werden. Letztlich lässt sich also die fortschreitende Professionalisierung nicht unmittelbar und ausschließlich mit der Ausweitung der gesetzlichen Beteiligungsrechte erklären. Die vermehrte Arbeitsbelastung auf Seiten des Betriebsrats geht auch auf die geänderten Umstände in der generellen Arbeitsweise bzw. Zusammenarbeit und damit den Bedeutungszuwachs der Interessenvertretung zurück. Es lässt sich also eine zunehmende Divergenz von der Realität in (großen) Betrieben, Unternehmen und dem gesetzlichen Aufgabenumfang feststellen.<sup>85</sup> Im Zuge dieser Entwicklungen stellt sich in gewissen Unternehmen immer drängender die Frage, ob das seit mehr als 100 Jahren nahezu unveränderte Vergütungssystem für die Mandatsträger noch zeitgemäß ist oder andere Möglichkeiten *de lege feranda* bestehen.

### **II. Systematik und Anspruchsgrundlage der Lohnfortzahlung**

Die generelle Ausgestaltung des Betriebsratsamts als unentgeltliches Ehrenamt hat sich, wie dargestellt, seit Einführung der betrieblichen Mitbestimmung nicht geändert.

§ 37 Abs. 2 BetrVG konkretisiert das in Absatz 1 der Vorschrift festgelegte Ehrenamts- und Unentgeltlichkeitsprinzip. Die Mitglieder des Betriebsrats sind von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts für die erforderliche Betriebsratstätigkeit zu befreien. Die Vorschrift bezweckt, dass das ursprüngliche arbeitsvertragliche Entgelt weitergezahlt wird, das Betriebsratsmitglied also keine Nachteile aus der Amtsführung erleidet. Dem einzelnen Mitglied des Gremiums steht deshalb grundsätzlich ein Anspruch auf Lohn(fort)zahlung zu. Dieser

---

<sup>85</sup> So bereits *Farthmann*, FS Stahlhacke, S. 115, 117.

Anspruch auf die Zahlung des Arbeitsentgelts kann sich dogmatisch entweder aus dem Gesetz, das heißt § 37 Abs. 2 BetrVG, oder aus dem Arbeitsvertrag ergeben.

Nach einer Ansicht stellt § 37 Abs. 2 BetrVG die Anspruchsgrundlage für den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts dar.<sup>86</sup> Dies wird damit begründet, dass während der Amtszeit eines Betriebsratsmitglieds das Arbeitsverhältnis insgesamt ruhe und sich der Anspruch auf Lohnfortzahlung deshalb nur aus dem Gesetz ergeben könne. Mit der ganz herrschenden Ansicht von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Literatur ist die Auslegung des § 37 Abs. 2 BetrVG als Anspruchsgrundlage abzulehnen. Der Arbeitsvertrag gemäß § 611a Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) bleibt stets Anspruchsgrundlage der Lohnzahlung.<sup>87</sup> § 37 Abs. 2 BetrVG begründet – wie bereits aus der Formulierung ersichtlich – keinen selbstständigen Anspruch, sondern setzt diesen vielmehr voraus.<sup>88</sup> § 37 Abs. 2 BetrVG nimmt dem Arbeitgeber letztlich allein den Einwand des nicht erfüllten Vertrags,<sup>89</sup> bestimmt aber selbst gerade nicht – entsprechend der Legaldefinition des Anspruchs in § 194 Abs. 1 BGB –, dass ein anderer etwas tun oder unterlassen muss.<sup>90</sup> Anspruchsgrundlage für die zu leistende Vergütung bleibt vor diesem Hintergrund stets der weiterhin bestehende Arbeitsvertrag i. V. m. § 611a Abs. 2 BGB. Der Anspruch auf die Lohn(fort)zahlung bemisst sich daher nach den Bestimmungen des für die Vergütung weiterhin relevanten individuellen Arbeitsverhältnisses. Die gesetzlichen Regelungen gehen von der Prämisse aus, dass Anhaltspunkt der Vergütungshöhe das vor Amtsübernahme bezogene Entgelt des Arbeitnehmers ist. Kriterien, die auf die konkrete Position des

---

<sup>86</sup> So LAG Frankfurt v. 31.08.1987 – 14 Sa 1003/86, NZA 1988, 817; LAG Niedersachsen v. 24.10.1973, wiedergegeben in BAG v. 18.06.1974 – 1 ABR 119/73, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 16; wohl auch *Löwisch/Rüenhagen*, DB 2008, 466.

<sup>87</sup> Etwa BAG v. 18.09.1973 – 1 AZR 102/73, NJW 1974, 335; v. 31.07.1986 – 6 AZR 298/84, NZA 1987, 528; v. 27.06.1990 – 7 ABR 43/89, NZA 1991, 430; v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 12; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 58; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 68; HWK/*Reichhold*, § 37 BetrVG Rn. 14; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 32; *Beule*, Stellung des gelegentlich befreiten Betriebsratsmitglieds, S. 66; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 151, *Lipp*, Honorierung, S. 10; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 134 f.; *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841.

<sup>88</sup> *Schneider*, NZA 1984, 21, 22.

<sup>89</sup> Zur neuen Rechtslage unter Geltung des § 611a BGB etwa BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 29; LAG Rheinland-Pfalz v. 21.07.2020 – 8 Sa 400/19, BeckRS 2020, 22993 Rn. 92; im Übrigen zur vorherigen Rechtslage BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 31; v. 18.05.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 13 – jew. mwN.

<sup>90</sup> Dies stellt auch den entscheidenden Unterschied zur (noch immer umstrittenen) Frage der dogmatischen Konstruktion bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 Abs. 1 EfZG dar. Die Norm bestimmt tatsächlich einen „Anspruch auf Entgeltfortzahlung“. Vgl. insgesamt dazu überzeugend BeckOK-ArbR/*Ricken*, § 3 EfZG Rn. 1 f.



Betriebsratsgremiums – etwa als Vorsitzender – abstellen, bleiben hingegen zwingend außen vor. Nach der normativen Wertung ist es deshalb irrelevant, wenn innerhalb des Gremiums unterschiedliche Einkommenshöhen bestehen. Ein normales Mitglied kann demnach unproblematisch eine höhere Vergütung als der Vorsitzende beziehen, sofern es auch zuvor bereits besser vergütet wurde.<sup>91</sup>

§ 37 Abs. 3 BetrVG regelt einen unter bestimmten Voraussetzungen entstehenden Anspruch für Betriebsrattätigkeit, die ausnahmsweise außerhalb der üblichen Arbeitszeit stattfindet. Der womöglich entstehende Abgeltungsanspruch nach § 37 Abs. 3 S. 2 BetrVG stellt eine singuläre Ausnahme vom Unentgeltlichkeitsprinzip dar.<sup>92</sup>

Bei der Vorschrift des § 37 Abs. 4 BetrVG handelt es sich demgegenüber wiederum um eine elementare Vergütungsvorschrift, die jedoch streng von Absatz 2 abgegrenzt werden muss. Während § 37 Abs. 2 BetrVG den arbeitsvertraglichen Vergütungsanspruch an sich aufrechterhält, bezweckt Absatz 4 die (hypothetische) Anpassung des individualvertraglichen Anspruchs an das betriebsübliche berufliche Fortkommen.<sup>93</sup> Durch die Amtstätigkeit, womöglich unter einer langjährigen dauerhaften Freistellung, kann sich die berufliche Entwicklung eines Arbeitnehmers erschweren, da das Betriebsratsmitglied aufgrund der Übernahme des Amtes nicht oder nicht im gleichen Umfang in die betrieblichen Arbeitsprozesse eingegliedert ist und deshalb keine übliche berufliche Entwicklung nimmt.<sup>94</sup> Das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats darf während der Amtszeit und ein Jahr nach Beendigung laut Absatz 4 nicht geringer bemessen werden „als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung“. Anhand einer objektiven Betrachtung der Entwicklung eines vergleichbaren Arbeitnehmers ist demnach eine Anpassung des zu zahlenden Arbeitsentgelts vorzunehmen. Dies ist letztlich Ausdruck des Benachteiligungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG.<sup>95</sup> Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass § 38 Abs. 3 BetrVG den Zeitraum des § 37 Abs. 4 BetrVG

---

<sup>91</sup> Vgl. auch *Esser*, Begünstigung, S. 209.

<sup>92</sup> Vgl. unter Kapitel 1 B. III. 3.

<sup>93</sup> Vgl. auch *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 115; abgrenzend auch *Weber*, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 68 f.

<sup>94</sup> *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 57, 58.

<sup>95</sup> Vgl. unten Kapitel 1 A. I. 4.

für Mitglieder des Betriebsrats, die drei volle aufeinanderfolgende Amtszeiten freigestellt waren, von einem auf zwei Jahre nach Ablauf der Amtszeit erhöht.

### ***III. Grundsätze der Vergütungsvorschriften***

Das Amt eines Betriebsrats ist aus seiner historischen gesetzlichen Konzeption heraus nach wie vor ein unentgeltliches Ehrenamt. Die Grundsätze der Vergütungsvorschriften sollen zunächst in ihren Grundzügen dargestellt werden, um im Anschluss darauf systematisch aufbauen zu können.

#### *1. Sinn und Zweck der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften*

Den vergütungsrechtlichen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes liegt in erster Linie das Ziel zugrunde, die Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder zu garantieren. Durch unabhängige Mitglieder soll eine ordnungsgemäße, sachdienliche und unparteiische Betriebsratsarbeit gewährleistet und das Vertrauen der Belegschaft in deren Repräsentanten gesichert werden.<sup>96</sup> Dem Betriebsrat obliegt nach der gesetzlichen Konzeption die Aufgabe, die Interessen der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG zu vertreten. Die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen soll vor allen sachfremden Motivationen und Erwägungen abgesichert werden, wobei insbesondere der Beeinflussung durch den Arbeitgeber entgegengewirkt werden soll.

Das Prinzip der Unentgeltlichkeit soll verhindern, dass der Arbeitgeber die Mitglieder des Gremiums, welche nach wie vor in einem Arbeitsverhältnis zu ihm stehen, durch Zahlungen oder sonstige materielle Vorteile zu einem für ihn positiven Handeln beeinflusst. Dem (historischen) Gesetzgeber erschien zu diesem Zweck das generelle Verbot der Entgeltzahlung für die Betriebsrats Tätigkeit als wirksamstes Mittel.<sup>97</sup> Untrennbar verbunden mit dem Ziel der möglichst unbeeinflussten Tätigkeit des Betriebsrats ist selbstverständlich auch der Sinn und Zweck, dass die Belegschaft Vertrauen in ihre betriebsverfassungsrechtlichen Repräsentanten hat.<sup>98</sup> Der Betriebsrat kann durch seine weitreichenden

---

<sup>96</sup> BAG v. 05.03.1997 – 7 AZR 581/92, NZA 1997, 1242; zur Stellung des Betriebsrats als Repräsentant vgl. Richardi/Richardi, BetrVG, Einl. Rn. 104 mwN.

<sup>97</sup> Vgl. Joussen, NZA 2018, 139 f.; ders., RdA 2018, 193 f.

<sup>98</sup> Erneut BAG v. 05.03.1997 – 7 AZR 581/92, NZA 1997, 1242, 1244; Fischer, NZA 2014, 71; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 21; Schweibert/Buse, NZA 2007, 1080.

Mitbestimmungsrechte unmittelbaren Einfluss auf die gesamte Belegschaft oder auch nur auf einzelne Arbeitsverhältnisse – etwa bei Kündigungen – ausüben. Schutzzweck der Norm ist demnach auch, das Vertrauen der Belegschaft in die Integrität und Unabhängigkeit der Interessenvertretung zu sichern. Es muss alles vermieden werden, was den Eindruck vermittelt, dass der Arbeitgeber Einfluss auf das Meinungs- und Abstimmungsverhalten im Repräsentationsorgan hat, sich also die Interessen der Repräsentanten von denen der Repräsentierten „*entfremden*“.<sup>99</sup>

Literatur und Rechtsprechung nehmen teilweise dementsprechend eine Unterteilung in die Gewährung der inneren und äußeren Unabhängigkeit vor. Die innere Unabhängigkeit solle gewährleisten, dass die Betriebsräte sich selbst vergegenwärtigen können, dass spezielle Leistungen des Arbeitgebers keinen Einfluss auf ihr Votum genommen haben. Die äußere Unabhängigkeit gewährleiste, dass die vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer davon ausgehen könnten, dass die Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nicht durch die Gewährung oder den Entzug materieller Vorteile für die Mitglieder des Betriebsrats beeinflussbar sind.<sup>100</sup> Eine solche Unterscheidung wird jedoch nicht konsequent durchgehalten. So verstehen etwa die Autoren des *Fitting* unter der äußeren Unabhängigkeit vielmehr die Absicherung des einzelnen Betriebsratsmitglieds durch §§ 15 f. Kündigungsschutzgesetz (KSchG) vor einer Kündigung.<sup>101</sup> § 37 Abs. 1 BetrVG schützt nach dieser Ansicht entgegen der Rechtsprechung allein die innere Unabhängigkeit.<sup>102</sup> Letztlich führt eine Unterscheidung der inneren von der äußeren Unabhängigkeit zu rechtlich keinerlei Erkenntnisgewinn, da sich in dem dargestellten Verständnis stets beide Aspekte gegenseitig bedingen und kaum sinnvoll voneinander zu trennen sind.<sup>103</sup> Wie *Esser* überzeugend erkennt, verdeutlicht die Unterscheidung lediglich das umfassende Verständnis der Unabhängigkeitsanforderungen.<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> So *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 496; vgl. auch *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 2; *Bayreuther*, NZA 2013, 758 f.; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 243.

<sup>100</sup> BAG v. 05.03.1997 – 7 AZR 581/92, NZA 1997, 1242, 1244; angedeutet etwa noch in BAG v. 05.05.2010 – 7 AZR 728/08, NZA 2010, 1025 Rn. 28; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 12; *Lipp*, Honorierung, S. 4; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 20.

<sup>101</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 7.

<sup>102</sup> So auch *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 2; *Rieble*, NZA 2008, 276.

<sup>103</sup> So erläutert etwa *HWK/Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 2 das eigene Begriffsverständnis nicht.

<sup>104</sup> *Esser*, Begünstigung, S. 24 f.

Die Auseinandersetzung mit dem Sinn und Zweck der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften darf zugleich die Perspektive des einzelnen Betriebsratsmitglieds nicht außer Betracht lassen. Dem Betriebsrat obliegt in erster Linie die Verfolgung der Belegschaftsinteressen, welche in den meisten Fällen diametral zu denen des Arbeitgebers stehen.<sup>105</sup> Die effektive Arbeit des Betriebsrats in Bezug auf die Interessen der Belegschaft muss vor diesem Hintergrund auch stets gewährleisten, dass die Mitglieder durch die Arbeit innerhalb des Gremiums keine Nachteile erleiden.<sup>106</sup> Dies gilt etwa in Bezug auf mögliche Sanktionen, aber auch auf die Entwicklung des konkret geschuldeten Arbeitsentgelts.<sup>107</sup> Nur wenn die Wahlbewerber davon ausgehen können, keine weitreichenden Nachteile durch die Amtsübernahme zu erfahren, werden sich genügend und qualifizierte Arbeitnehmer zur Wahl stellen.<sup>108</sup> Es müssen also mögliche Einkommenseinbußen infolge der Wahrnehmung des Ehrenamts verhindert werden. Dies lässt sich grundsätzlich nur erreichen, wenn das Betriebsratsmitglied weiterhin alle Entgeltbestandteile und Erhöhungen erhält, die es ohne Arbeitsbefreiung oder Freistellung erhalten würde.

## 2. Ehrenamtsprinzip

Die Tätigkeit als Betriebsrat ist ein privatrechtliches Ehrenamt.<sup>109</sup> Der Betriebsrat nimmt als Amtswalter seine betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben und Befugnisse wahr.<sup>110</sup> Die Ehrenamtlichkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Mandats muss nicht zwingend alle Charaktermerkmale sonstiger Ehrenämter aufweisen, denn es ist bereits aus dem Gesetz heraus ein solches.<sup>111</sup> Die Ausgestaltung des Betriebsratsamts als unentgeltliches Ehrenamt ist zwingend, sie kann also nicht durch Kollektivvereinbarung oder Individualarbeitsvertrag geändert werden.<sup>112</sup>

---

<sup>105</sup> MünchHArbR/Krois, § 295 Rn. 165.

<sup>106</sup> Statt vieler GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 1.

<sup>107</sup> Vgl. BAG v. 18.05.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 13; Esser, Begünstigung, S. 7 f.; Fischer, NZA 2014, 71; Rieble, NZA 2008, 276; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 21.

<sup>108</sup> BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 12.

<sup>109</sup> GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 11 ff. mwN.

<sup>110</sup> Richardi/Richardi, BetrVG, Einl. Rn. 105 mwN; Richardi/Thüsing, § 37 Rn. 6.

<sup>111</sup> Vgl. etwa zur Herleitung der typischen Merkmale eines Ehrenamts Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 23 ff.; Winkler, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 29 ff.

<sup>112</sup> Lipp, Honorierung, S. 4; Sturm, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 165 f.; Fitting, § 37 BetrVG Rn. 4; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 10; im Übrigen zu

Die Ausgestaltung als Ehrenamt erklärt sich aus verschiedenen Aspekten. Zum einen ist dem Ehrenamt nach seinem allgemeinen Verständnis immanent, dass keine Pflicht zur Übernahme dieses Amtes besteht. Weder die Aufstellung zur Wahl noch die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft nach der Wahl ist verpflichtend.<sup>113</sup> Die Mitglieder können vielmehr gemäß § 24 Nr. 2 BetrVG jederzeit ihr Amt niederlegen. Als weiteres charakteristisches Merkmal der Ehrenamtlichkeit trifft auch die fehlende Weisungsgebundenheit auf das Betriebsratsamt zu. Bei der Ausübung ihres Mandats unterliegen die Betriebsratsmitglieder weder den Weisungen des Unternehmers, noch denen der Belegschaft.<sup>114</sup> Die Arbeit des Betriebsrats als gesamtes Gremium ist letztlich ein Einsatz mit primärem Fremdnutzen, was wiederum ein häufiges Merkmal der ehrenamtlichen Tätigkeit darstellt.<sup>115</sup>

Elementarster Bestandteil der Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsmandats dürfte jedoch die Abgrenzung zu einer beruflichen Tätigkeit darstellen.<sup>116</sup> Die Betriebsratsarbeit stellt nach der gesetzlichen Regelung des § 37 Abs. 1 BetrVG niemals eine hauptberufliche Tätigkeit dar, weshalb auch das Gesetz keine Bezahlung der Betriebsratstätigkeit als solche vorsieht.<sup>117</sup> Der jeweilige Mandatsträger wird gemäß § 37 Abs. 2 oder § 38 Abs. 1 BetrVG entweder von seiner Arbeit befreit oder freigestellt,<sup>118</sup> die vertragliche Grundlage für die Beziehung zwischen als Betriebsratsmitglied tätigem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber bleibt das ursprüngliche Arbeitsverhältnis. Das Arbeitsverhältnis erfährt durch die Betriebsratstätigkeit auf Grundlage des Betriebsverfassungsgesetzes lediglich Modifizierungen.<sup>119</sup> So genießt etwa im Fall der Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 2 BetrVG die Betriebsratstätigkeit Vorrang gegenüber der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung.<sup>120</sup>

---

Kollektivvereinbarungen über die Durchführung der Vorschrift und deren Zulässigkeit unter Kapitel 2.

<sup>113</sup> Vgl. statt aller Richardi/*Thüsing*, § 24 BetrVG Rn. 8.

<sup>114</sup> *Fitting*, § 1 BetrVG Rn. 190; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 26.

<sup>115</sup> *Winkler*, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 29 ff.

<sup>116</sup> *Lipp*, Honorierung, S. 4 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 28 ff.

<sup>117</sup> Vgl. etwa *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 487 f.

<sup>118</sup> Dazu unter Kapitel 1 A. IV.

<sup>119</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 6; MünchHArbR/*Krois*, § 295 Rn. 1.

<sup>120</sup> MünchHArbR/*Krois*, § 295 Rn. 7.

Abwegig ist es deshalb nach der aktuellen Gesetzeslage, die Tätigkeit im Rahmen des Betriebsratsamts als eigenständigen Beruf anzusehen.<sup>121</sup> So vertrat *Aden* die These, dass die Ausgestaltung des Betriebsratsamts sich mit der Einführung des obligatorisch freizustellenden Betriebsratsmitglieds durch die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 1972 geändert habe und nunmehr auch gesetzlich als Beruf anerkannt werde. Die unveränderte Fassung des § 37 Abs. 1 BetrVG lasse sich mit einer rein deklaratorischen Wirkung erklären. Es werde allein festgehalten, dass das Betriebsratsmitglied das Vertrauen seiner Wähler haben müsse, nicht aber, dass das Amt neben den Beruf trete.<sup>122</sup> *Gamillscheg* begründete seine Zustimmung zu dieser Ansicht mit der „*Rechtswirklichkeit*“ bei der Vergütung von Betriebsräten.<sup>123</sup> Diese Ansicht lässt sich – trotz erkennbarer Tendenzen der „*Verberuflichung*“ der Betriebsratstätigkeit bei längerfristig freigestellten Mitgliedern – auf keinen Fall mit dem Gesetz in Einklang bringen.<sup>124</sup> Der Wortlaut des § 37 Abs. 1 BetrVG ist bezüglich der Ausgestaltung des Amts eindeutig. Das Ehrenamt kann nicht gleichzeitig „*Beruf*“ sein, sondern steht in diametralem Gegensatz dazu. Die Vorschrift soll zugleich nach ihrem Sinn und Zweck die Unabhängigkeit der Mitglieder nicht nur in Bezug auf die Bezahlung eines Entgelts, sondern auch in der Gestaltung und Übernahme des Betriebsratsamts absichern, und lässt unter diesem Auslegungsgrundsatz die Einordnung als eigenständigen Beruf nicht zu.<sup>125</sup> Gegen die Auslegung der Betriebsratstätigkeit als Beruf spricht auch die Gesetzssystematik, da § 37 Abs. 2 und 4 BetrVG sich an dem bislang zu zahlenden Arbeitsentgelt bzw. dem Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer orientieren und explizit nicht auf die Merkmale des Amts abstellen.

Wie bei *Gamillscheg* schon vor vielen Jahren (2008) angedeutet, ist die rechtstatsächliche Entwicklung hin zu sogenannten „*Berufsbetriebsräten*“ nicht vollständig von der Hand zu weisen.<sup>126</sup> Insbesondere freigestellte Mitglieder in großen Unternehmen oder Konzernen bleiben vereinzelt über mehrere Amtszeiten

---

<sup>121</sup> So aber *Aden*, RdA 1980, 256, 258; dem beipflichtend *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 567.

<sup>122</sup> *Aden*, RdA 1980, 256, 258.

<sup>123</sup> *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 567.

<sup>124</sup> Siehe etwa *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 491.

<sup>125</sup> *Lipp*, Honorierung, S. 5; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 30 f.

<sup>126</sup> So auch *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 8 ff.

Teil des Gremiums und verlieren deshalb den Bezug zu ihrer ursprünglichen Tätigkeit als Arbeitnehmer.

Im Übrigen besteht schließlich kein zwingender Zusammenhang zwischen professionell tätigen Betriebsräten und der Umwandlung des Ehrenamts, da der generelle Ehrenamtscharakter nicht automatisch mit Qualifizierung und Professionalisierung entfällt, sondern allein die Unabhängigkeit der Mitglieder garantieren soll.<sup>127</sup> Diese Entwicklung gibt Anlass, über die grundsätzliche Ausgestaltung des Betriebsratsamts an sich nachzudenken und eventuell alternative Konzepte einzubringen<sup>128</sup>, keinesfalls kann jedoch die Entwicklung über den unmissverständlichen, nicht auslegungsfähigen Wortlaut des Gesetzes hinweghelfen. Die Mitglieder des Betriebsrats führen danach ihr Amt stets als Ehrenamt, es ist also weiterhin zwischen dem ursprünglichen Arbeitsverhältnis und dem Betriebsratsamt zu unterscheiden.

### 3. Unentgeltlichkeitsprinzip

Eine trennscharfe Abgrenzung der Ehrenamtlichkeit von der Unentgeltlichkeit der Amtsführung lässt sich nicht ohne Weiteres vornehmen, da beide Aspekte ineinander übergehen und sich beide Grundsätze gegenseitig bedingen. § 37 Abs. 1 BetrVG bestimmt zusätzlich zur Ehrenamtlichkeit explizit, dass die Tätigkeit des Betriebsrats unentgeltlich erfolgt. Das wirtschaftliche Interesse der Betriebsratsmitglieder soll durch die Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei Freistellung von der Arbeitstätigkeit gewahrt werden.<sup>129</sup> Den Mitgliedern des Betriebsrats darf demnach weder in unmittelbarer noch mittelbarer oder versteckter Form irgendeine Vergütung für die Wahrnehmung des Amts zufließen, soweit dies nicht gesetzlich vorgesehen ist.<sup>130</sup> Zur Sicherung der Unabhängigkeit des Betriebsratsmitglieds richtet sich das Vergütungsverbot nicht nur an den Arbeitgeber, sondern an jedermann.<sup>131</sup> Aufgrund der zentralen Bedeutung der Unentgeltlichkeit in Bezug auf die Unabhängigkeit der Betriebsratsarbeit ist der

---

<sup>127</sup> So auch *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 31.

<sup>128</sup> Vgl. die Darstellung und Abwägung der Reformvorschläge in Kapitel 3, welche auch die daraus resultierenden Folgeprobleme berücksichtigen müssen.

<sup>129</sup> Vgl. Löwisch/Kaiser/Löwisch, § 37 BetrVG Rn. 2.

<sup>130</sup> BAG v. 05.05.2010 – 7 AZR 728/08, NZA 2010, 1025 Rn. 27 f.; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 8; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 15 ff. – jew. mwN.

<sup>131</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 13; Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 7.

Begriff der Unentgeltlichkeit grundsätzlich anhand eines strengen Maßstabs auszulegen.<sup>132</sup>

a. *Vergütungsverbot*

Die Betriebsratsarbeit ist aufgrund ihrer historisch gewachsenen Konzeption der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit gleichgestellt.<sup>133</sup> Die Bezahlung eines Entgelts für die Amtsführung ist grundsätzlich ausgeschlossen. Das Gesetz stellt konsequent auf das vor der Amtsübernahme bezogene Entgelt als Maßstab für die Bemessung des nunmehr geschuldeten Arbeitsentgelts ab. Die Vergütung der Betriebsratsmitglieder richtet sich nach dem sogenannten Lohnausfallprinzip.<sup>134</sup> Eine Zahlung von Arbeitsentgelt über den bislang geschuldeten Betrag hinaus oder die Gewährung von sonstigen unmittelbaren oder mittelbaren geldwerten Vorteilen ist unzulässig, sofern sie dem Mitglied aufgrund seines Amtes gewährt werden und nicht ausdrücklich durch das Gesetz legitimiert sind.<sup>135</sup> Steigt das Arbeitsentgelt etwa unmittelbar nach Übernahme des Betriebsratsamts stark an, ist die Rechtswidrigkeit der Zahlung indiziert.<sup>136</sup> Das Vergütungsverbot des § 37 Abs. 1 BetrVG bezieht sich umfassend auf sämtliche Formen der geldwerten Vergütung. Neben dem regulären Geldlohn sind alle weiteren Gehaltszulagen, Sondervergütungen und Provisionen sowie auch Sachvergütungen erfasst.<sup>137</sup> Zusätzliche Zahlungen für die Teilnahme an Betriebsratssitzungen oder überhöhte Aufwendungs- und Reise(kosten)pauschalen für tatsächlich nicht anfallenden Aufwand verstoßen ebenfalls gegen das Vergütungsverbot.<sup>138</sup> Immaterielle Vorteile erfüllen das Merkmal der Geldwertigkeit dagegen nicht.<sup>139</sup> Sie sind allein nach dem Verbot der Begünstigung gemäß § 78 S. 2 BetrVG zu beurteilen.<sup>140</sup>

---

<sup>132</sup> BAG v. 20.10.1993 – 7AZR 581/92, NZA 1994, 278, 281; statt vieler *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 7; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 12; Richardi/*Thüsing*, § 37 Rn. 7; MünchHArbR/*Krois*, § 295 Rn. 3.

<sup>133</sup> Vgl. etwa BAG v. 18.09.1973 – 1 AZR 102/73, NJW 1974, 335; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 14.

<sup>134</sup> Zu der genauen Ausgestaltung des Lohnausfallprinzips unter Kapitel 1 B.

<sup>135</sup> Siehe unten zu § 37 Abs. 3 BetrVG Kapitel B. III. 3.

<sup>136</sup> Richardi/*Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 8.

<sup>137</sup> Vgl. die Aufzählung bei ErfK/*Koch*, § 37 BetrVG Rn. 6.

<sup>138</sup> GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 17.

<sup>139</sup> GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 15; *Esser*, Begünstigung, S. 26 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 35.

<sup>140</sup> Siehe Kapitel 1 A. III. 4. b. cc. (1).



Von Teilen der Literatur wird die Frage, ob bereits einseitige Versprechen oder lediglich beiderseitige Vereinbarungen über die Zahlung einer überhöhten Vergütung gegen das Verbot des § 37 Abs. 1 BetrVG verstoßen, unterschiedlich beantwortet. Die überwiegende Kommentarliteratur stellt im Bereich des Vergütungsverbots das Versprechen einer Leistung dem tatsächlichen Gewähren gleich.<sup>141</sup> Bereits das Versprechen einer solchen Leistung sei ausgehend vom Schutzzweck des § 37 Abs. 1 BetrVG geeignet, das Mitglied des Betriebsrats in seiner Amtsführung zu beeinflussen.<sup>142</sup> Demgegenüber vertritt *Schlamp*, dass es in diesem Stadium noch an einer tatsächlichen Leistung oder einem eingetretenen Vorteil fehle. Der Verstoß gegen das Vergütungsverbot werde bei der Ausweitung auf einseitige Versprechen auf reine Mutmaßungen gestützt und stehe damit in einem nicht aufzulösenden Widerspruch zum Wortlaut des Begriffs der Entgeltlichkeit.<sup>143</sup> Außerdem sei das Versprechen von der beiderseitigen Vereinbarung – etwa aus Kollektivvereinbarungen oder auch individuellen Abreden – zu unterscheiden.<sup>144</sup> Nach der Ansicht von *Schlamp* verstoßen jedoch auch solche Vereinbarungen nicht gegen das Verbot des § 37 Abs. 1 BetrVG. Die reine schuldrechtliche Vereinbarung sei im Gegensatz zur tatsächlichen Gewährung nicht vom Wortlaut des § 37 Abs. 1 BetrVG erfasst, allerdings sei ein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG denkbar.<sup>145</sup>

Der Ansicht von *Schlamp* zur Begrenzung des Anwendungsbereichs des Vergütungsverbots kann nicht gefolgt werden. Die Annahme, dass das Versprechen oder die rein schuldrechtliche Vereinbarung von Leistungen nicht im Widerspruch zum Wortlaut des § 37 Abs. 1 BetrVG stünden, erschließt sich nicht. Die Mitglieder des Betriebsrats führen nach dieser Vorschrift ihr Amt unentgeltlich. Der Wortlaut ist hinsichtlich der Unterscheidung von Leistungsversprechen und der Gewährung von Leistungen keinesfalls eindeutig. Die Unentgeltlichkeit im Sinne des Gesetzes beschreibt nur den finalen Zustand, nicht hingegen, ob bereits das Versprechen oder erst die Vereinbarung von entgeltlichen Leistungen darunterfällt. Aus diesem Grund ist nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes auszulegen. Die Norm des

---

<sup>141</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 11; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 15; HWGNRH/*Glock*, § 37 BetrVG Rn. 19; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 10.

<sup>142</sup> *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 17.

<sup>143</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 36 f.

<sup>144</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 36 f.

<sup>145</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 37 f.

§ 37 Abs. 1 BetrVG soll nach ihrem Schutzzweck die Unabhängigkeit der Mandatsträger gewährleisten. Die Unabhängigkeit kann hingegen bereits durch das Inaussichtstellen oder mit der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Gewährung von Leistungen gefährdet werden.<sup>146</sup> Die Erwartung des Betriebsratsmitglieds – etwa hinsichtlich einer bevorstehenden, wohlwollend ausfallenden Gehaltserhöhung – kann das Handeln maßgeblich beeinflussen und unterfällt damit dem umfassenden Schutzzweck. Die Frage nach der Verbindlichkeit und der tatsächlichen Leistung tritt dahinter zurück,<sup>147</sup> da schon jeder Anschein einer beeinflussbaren Amtsführung verhindert werden soll.

*b. Ausnahme des § 37 Abs. 3 BetrVG*

§ 37 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BetrVG bestimmt, dass Betriebsratstätigkeit, die betriebsbedingt außerhalb der persönlichen Arbeitszeit durchgeführt wird und für die der zu gewährende Freizeitausgleich nicht innerhalb eines Monats umsetzbar ist, wie Mehrarbeit zu vergüten ist. Die Vorschrift stellt nach überzeugender Ansicht keine Ausnahme vom generellen Unentgeltlichkeitsprinzip und deshalb keine Amtsvergütung der Betriebsratstätigkeit dar.<sup>148</sup> Der Anspruch auf Freizeitausgleich für die außerhalb der Arbeitszeit durchgeführte Betriebsratstätigkeit kompensiert lediglich die Folgen einer aus betriebsbedingten Gründen notwendigen Abweichung vom betriebsverfassungsrechtlichen Leitbild, dass Betriebsratstätigkeit während der Arbeitszeit stattzufinden hat.<sup>149</sup> Der ausnahmsweise entstehende Zahlungsanspruch aus § 37 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BetrVG ist eine monetäre Kompensation für den vorrangigen und gerade nicht auf eine zusätzliche Vergütung abzielenden Freizeitausgleich, sofern dieser aus in der Sphäre des Arbeitgebers liegenden Gründen nicht zeitnah gewährt werden konnte.<sup>150</sup> Die Vorschrift bezweckt deshalb weder ein vom Unentgeltlichkeitsprinzip abweichendes Regelungskonzept noch die Aufgabe des Lohnausfallprinzips. Insbesondere lässt sich nicht der Rückschluss ziehen, dass Freizeitopfer eines Betriebsratsmitglieds – in Ausnahme vom

---

<sup>146</sup> So auch *Esser*, Begünstigung, S. 18 ff., 28.

<sup>147</sup> *AA Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 36.

<sup>148</sup> BAG v. 28.05.2014 – 7 AZR 404/12, NZA 2015, 564 Rn. 21; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 9; *HWK/Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 17; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 34.

<sup>149</sup> BAG v. 08.11.2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528 Rn. 24; v. 15.05.2019 – 7 AZR 396/17, NZA 2019, 1497 Rn. 18 ff.

<sup>150</sup> *Ausfl. Winkler*, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 66 ff.

Unentgeltlichkeitsprinzip – durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung auszugleichen sind.<sup>151</sup>

*c. Auslegungsmaßstab bei Anwendung des Unentgeltlichkeitsprinzips*

Unter dem Eindruck der dargestellten Entwicklung der Betriebsratsarbeit wird vermehrt über den Auslegungsmaßstab bei der Anwendung des Unentgeltlichkeitsprinzips diskutiert.

*aa. Meinungsbild zum Auslegungsmaßstab*

*(1) Notwendigkeit eines strengen Auslegungsmaßstabs*

Die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur stehen auf dem Standpunkt der Notwendigkeit einer strengen Anwendung und Auslegung des Unentgeltlichkeitsgrundsatzes.<sup>152</sup> Begründet wird dieser Maßstab mit der umfassenden Sicherung des Zwecks der Vorschrift, nämlich der Wahrung der Unabhängigkeit und Überparteilichkeit der Tätigkeit des Betriebsratsmitglieds. Denn, wenn Zweifel an jener Unabhängigkeit entstehen, gefährdet dies die Funktionsfähigkeit des Repräsentationsorgans wie auch die sachgerechte Durchführung der Betriebsratsaufgaben.<sup>153</sup> Die strenge Auslegung und Anwendung des Unentgeltlichkeitsprinzips wird *de lege lata* auch von denjenigen befürwortet, die Entwicklungen und Auswirkungen moderner Betriebsratsarbeit beschreiben.<sup>154</sup> Allein die steigenden Anforderungen und das womöglich erhöhte Arbeitsaufkommen könnten die Aufweichung des Unentgeltlichkeitsprinzips vor dem Hintergrund der unzweideutigen gesetzlichen Anordnung nicht rechtfertigen.<sup>155</sup> Das Gesetz lasse keinerlei Unterscheidung zwischen sogenannten „professionellen“ und sonstigen Betriebsräten zu.<sup>156</sup> Die rechtstatsächliche

---

<sup>151</sup> BAG v. 28.09.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335 Rn. 37.

<sup>152</sup> Unter stetem Verweis auf BAG v. 20.10.1993 – 7 AZR 581/92, NZA 1994, 278, 281 vgl. statt aller GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 12 mwN.; explizit auch LAG Hessen v. 20.02.2017 – 7 Sa 513/16, BeckRS 2017, 115918 Rn. 43; LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLs 85/19 Rn. 179.

<sup>153</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 7; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 12 – jew. mwN.

<sup>154</sup> Etwa *Esser*, Begünstigung, S. 210; *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 162 ff.; *Lipp*, Honorierung, S. 196 ff.; *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485 ff.; *Bayreuther*, NZA 2014, 235 f.; *Byers*, NZA 2014, 65; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 243; *Joussen*, RdA 2018, 193, 194 f.; *Oltmanns/Fuhlrott*, DB 2018, 1086, 1087; zur Bewertung von Reformvorschlägen *de lege ferenda* siehe in Kapitel 3.

<sup>155</sup> *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 243.

<sup>156</sup> *Joussen*, RdA 2018, 193, 194 f.

Entwicklung könne demnach nicht als Grund für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung herangezogen werden.

(2) *Abkehr vom strengen Auslegungsmaßstab*

Eine Gegenposition wird neuerdings von *Schlamp* eingenommen.<sup>157</sup> Sie plädiert in einer umfangreichen Auseinandersetzung für eine Abkehr von einer strikten Anwendung des Unentgeltlichkeitsgrundsatzes aufgrund der mittlerweile eingetretenen Professionalisierung gewisser Betriebsräte. Der Auslegungsmaßstab könne sich aufgrund dieser Entwicklung nicht an Umständen orientieren, die auf das Betriebsrätegesetz von 1920 zurückgehen. Im Übrigen sei die Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder gefährdet, sofern es zu einer hohen Belastung ohne entsprechenden finanziellen Ausgleich komme. Es sei deshalb ein nicht allzu strenger Maßstab an das Unentgeltlichkeitsprinzip anzulegen. Die Abkehr von einer strikten Anwendung eröffne sodann die Möglichkeit, den Grundsatz der Unentgeltlichkeit zeitgemäß auszulegen, um dem Wandel der Betriebsratsarbeit gerecht zu werden.

*Schlamp* legt das Unentgeltlichkeitsprinzip im Anschluss anhand des gelockerten Maßstabs aus, wobei sie den veränderten Auslegungsbedarf auf die Gruppe der „*professionalisierten*“ Betriebsräte begrenzt.<sup>158</sup> Die Auslegung nach dem typischen methodischen Auslegungskanon ergebe, dass jedenfalls nach der Auslegung anhand des Wortlauts und der Systematik kein unmittelbarer Wertungswiderspruch von Unentgeltlichkeitsprinzip und Etablierung moderner, „*verberuflichter*“ Betriebsratsstrukturen in Großunternehmen erkennbar werde.<sup>159</sup>

Zu einer abweichenden Beurteilung gelangt *Schlamp* jedoch anhand einer Auslegung nach dem Willen des Gesetzgebers.<sup>160</sup> Sie arbeitet heraus, dass sich der Gesetzgeber seit dem Betriebsverfassungsgesetz von 1952 sowie 1972 einer „*Verberuflichung*“ von Betriebsräten nicht verwehrt, sondern diese vielmehr unterstützt habe.<sup>161</sup> Die Einführung der generellen Freistellungsmöglichkeit nach der Unternehmensgröße, die Erhöhung der Amtszeit oder die Möglichkeit von

---

<sup>157</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 43 ff.

<sup>158</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 46 f.

<sup>159</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 47 ff.

<sup>160</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 51 ff.

<sup>161</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 51 ff.; ähnlich zuvor *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 13 f.

Schulungen für Betriebsratsmitglieder habe eine professionelle Arbeitsstruktur mit sich gebracht. Insbesondere wertet *Schlamp*, dass der Gesetzgeber die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 2001 mit „*tiefgreifenden Veränderungen der Arbeits- und Wirtschaftswelt*“ begründet habe, die wiederum zu einer „*erheblich angewachsenen Arbeitsbelastung*“ sowie einem „*Aufgabenzuwachs*“ für die Betriebsräte geführt hätten.<sup>162</sup> Letztlich habe der Gesetzgeber die „*Professionalisierung*“ bzw. „*Verberuflichung*“ der Strukturen anerkannt und sogar gefestigt. In Bezug auf die Vergütungsvorschriften verhalte der Gesetzgeber sich jedoch ihres Erachtens nach ambivalent.<sup>163</sup> Es sei nicht konsequent die tatsächlichen Entwicklungen anzuerkennen und zu verstärken, ohne dabei die Rechtsstellung und Vergütung der Mandatsträger an die veränderten Umstände anzupassen. Es ergebe sich also ein Wertungswiderspruch innerhalb des Gesetzes für eine bestimmte Gruppe von Betriebsräten.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt *Schlamp* auch anhand der teleologischen Auslegung, unter Einbeziehung der mit der Regelung verfolgten Zwecke sowie von Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen.<sup>164</sup> Hauptzweck des Unentgeltlichkeitsgrundsatzes sei, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Betriebsratsmitglieder für eine freie Amtsausübung zu sichern. *Schlamp* verwahrt sich gegen die These, dass die Unabhängigkeit generell durch die Gewährung finanzieller Mittel gefährdet sei, dies stelle vielmehr einen Generalverdacht dar.<sup>165</sup> Zu hohe Anforderungen und unbezahlter Mehraufwand seien ebenso geeignet, das Handeln der Betriebsräte negativ zu beeinflussen. Im Übrigen sei Zweck der Vergütungsregelungen zugleich, dass das Amt für potentielle Nachfolger attraktiv gehalten werden solle, um so auch den Fortbestand des Amtes zu sichern.<sup>166</sup> Die aktuellen gesetzlichen Vorgaben zur Vergütung üben demgegenüber eine abschreckende Wirkung aus, da die Bezahlung im Verhältnis zu den Aufgaben nicht attraktiv sei und sich Aufstiegschancen verschlechtern könnten. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden seien im Rahmen der objektiven

---

<sup>162</sup> Vgl. dazu BT-Drucks. 14/5741, S. 24.

<sup>163</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 53.

<sup>164</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 54 ff.

<sup>165</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 55.

<sup>166</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 56 unter Verweis auf u.a. BAG v. 18.05.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 13; *Lipp*, Honorierung, S. 109; *Jacobs/Frieling*, NZA 2015, 513, 516.

teleologischen Auslegung auch Gerechtigkeitserwägungen zu berücksichtigen.<sup>167</sup> *Schlamp* erkennt eine Ungleichheit darin, dass Betriebsratsmitglieder, die die gleiche betriebsverfassungsrechtliche Tätigkeit ausüben, aufgrund der vor Amtsübernahme von ihnen ausgeübten Tätigkeit unterschiedliches Entgelt erhalten würden. So könne etwa der freigestellte Betriebsratsvorsitzende trotz seines umfangreichen Aufgabenbereichs und des erhöhten Anforderungsprofils eine geringere Vergütung erhalten als ein normales Betriebsratsmitglied. Darin liege ein weiterer auflösungsbedürftiger Wertungswiderspruch.<sup>168</sup>

Nach der Ansicht von *Schlamp* verbleiben vor dem Hintergrund der zusammengefassten Auslegung des § 37 Abs. 1 BetrVG Zweifel bei der Gesetzesauslegung. Es sei abzuwägen, welche der Varianten sich als am zweckmäßigsten erweise und sich in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung einfüge. Die Probleme in der Praxis bei der Anwendung der Vergütungsvorschriften auf langjährig freigestellte Betriebsratsmitglieder seien letztlich ausschlaggebend dafür – im Sinne der von ihr vorgenommenen teleologischen Auslegung –, einer nicht mehr uneingeschränkten Geltung des Unentgeltlichkeitsgebots für „*professionalisierte*“ Mitglieder den Vorzug zu geben. Auf diesem Wege könnten, so *Schlamp*, die von ihr beschriebenen Nachteile angemessen ausgeglichen werden, ohne dass die generelle Möglichkeit zur Vergütung der Betriebsratsarbeit bestünde. Nur sofern konkrete „*Umstände und Belastungen*“ vorlägen, seien Ausnahmen von dem Grundsatz zulassen.<sup>169</sup> Letztlich liege damit eine nachträgliche verdeckte Regelungslücke für „*professionalisierte*“ bzw. „*verberuflichte*“ Betriebsratsmitglieder vor, da es an einer Einschränkung der Vergütungsregelung bzw. einer Ausnahmeregel für diese besonderen Fälle fehle.<sup>170</sup> Der Funktionswandel innerhalb der Betriebsratsarbeit habe sich erst nach Erlass des Betriebsverfassungsgesetzes gezeigt und sei in dieser Form nicht vorhersehbar gewesen; die Geltung des strikten Unentgeltlichkeitsprinzips sei in den besonderen Fällen der „*verberuflichten*“ Betriebsräte nicht mehr sachgerecht und müsse demnach teleologisch reduziert werden.<sup>171</sup> Das Amt werde also in besonderen Ausnahmekonstellationen zu einem entgeltlichen Amt, für das eine angemessene

---

<sup>167</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 57 f.

<sup>168</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 57 f.

<sup>169</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 59.

<sup>170</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 59.

<sup>171</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 61 ff.

Vergütung zu zahlen sei. Nach dieser Auslegung seien etwa Zahlungen für einen gewissen Nachteilsausgleich oder einen speziellen Mehraufwand möglich.<sup>172</sup>

Die teleologische Reduktion des in § 37 Abs. 1 BetrVG festgelegten Unentgeltlichkeitsprinzips bedarf darüber hinaus der Eingrenzung auf die Gruppe jener „*professionalisierten*“ Betriebsräte. *Schlamp* kommt zu dem Ergebnis, dass sich diese besonderen Fälle nur schwer anhand verlässlicher Kriterien einheitlich bestimmen oder festlegen ließen, es bedürfe vielmehr einer Prüfung jedes Einzelfalls. Die Prüfung sei anhand des Grads der „*Professionalisierung*“ und des konkreten Anforderungsprofils der übernommenen Aufgaben vorzunehmen.<sup>173</sup> Dabei könne als Kriterium auch die Unternehmensgröße herangezogen werden, da eine entsprechende Entwicklung zu „*verberuflichten*“ Betriebsratsmitgliedern zumeist in Großunternehmen und Konzernen vorkomme. Die Beurteilung, ob ein entsprechender Ausnahmefall vorliege, sei dann anhand von rein leistungs- oder aufwandsbezogenen Kriterien vorzunehmen. Es handle sich um Kriterien, die objektiv festgestellt werden könnten, so dass die Bestimmung einer Ausnahme stets rechtssicher vorgenommen werden könne.

#### *bb. Stellungnahme*

Die Grenzen des Prinzips der Unentgeltlichkeit sind mit der ganz herrschenden Literaturmeinung und der Rechtsprechung anhand eines strengen Auslegungsmaßstabs anzuwenden. Die dargestellte Meinung von *Schlamp* überzeugt – trotz des unbestrittenen Wandels in der Betriebsratsarbeit – nicht.

##### *(1) Lockerung des Auslegungsmaßstabs*

Die Lockerung des strengen Auslegungsmaßstabs wird damit begründet, dass nicht mehr allein der Schutzzweck der Regelung im Vordergrund stehen dürfe. Die Auffassung, dass die Unabhängigkeit der Amtsträger durch hohe Belastung ohne (finanzielle) Würdigung gefährdet oder die Tätigkeit negativ beeinflussbar sei, ist in ihrer Grundannahme nicht nachvollziehbar. An einer Begründung für die Gefährdung der Unabhängigkeit infolge fehlender Würdigung fehlt es. Sofern die Motivation und die Leistungsbereitschaft für die Tätigkeit mangels entsprechender Würdigung negativ beeinflusst werden könnte, so ist dies zwar praktisch an sich

---

<sup>172</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 65.

<sup>173</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 63 f.

nachvollziehbar, lässt sich jedoch nicht uneingeschränkt auf die Vergütung nach dem Betriebsverfassungsgesetz übertragen.

Das Betriebsverfassungsgesetz verfolgt nicht primär den Zweck, das Betriebsratsmitglied mittels entsprechender Vergütung zu guter Leistung innerhalb des Gremiums zu motivieren, sondern soll dessen unabhängige Amtsführung insgesamt garantieren. Im Übrigen sind zwar die Veränderungen in der Betriebsratsarbeit von Großunternehmen unbestritten; die daraus resultierende Schlussfolgerung, dass ein uneingeschränktes Festhalten an dem bislang streng auszulegenden Grundsatz nicht mehr vertretbar sei, erschließt sich allerdings nicht. Die Veränderungen im Arbeitsumfang und der Art und Weise der ausgeübten Tätigkeiten erfordern nicht zwingend deren Vergütung. Der Wunsch mancher Teile der Wirtschaft und der Amtsträger selbst nach einer großzügigeren und flexibleren Handhabung hat zunächst keinerlei Auswirkung auf die Anwendung des Gesetzes.

#### *(2) Auslegung des § 37 Abs. 1 BetrVG*

Die Auslegung der Vorschrift des § 37 Abs. 1 BetrVG entsprechend dem gelockerten Auslegungsmaßstab überzeugt ebenso wenig. Die Auslegung nach dem Willen des Gesetzgebers, welche nach Ansicht von *Schlamp* zu einem Wertungswiderspruch zwischen der „*Verberuflichung*“ der Strukturen und den dennoch gleichbleibenden Vergütungsvorschriften führt, erschließt sich nicht. Unbestritten war die reale Ausgangssituation in den Betrieben bei Erlass des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 1952 bzw. der Fortführung im Jahr 1972 noch eine andere – wobei das Prinzip der Unentgeltlichkeit bereits auf das Betriebsrätegesetz von 1920 zurückgeht.<sup>174</sup> Nicht in Zweifel gezogen wird auch die gesetzliche Anerkennung von gefestigten Betriebsratsstrukturen durch verpflichtende Freistellungen, verlängerte Amtszeiten oder ein erhöhtes Aufgabenprofil. Mandatsträger können über einen längeren Zeitraum eine „*Karriere*“ als Betriebsrat durchlaufen und sich von ihrem ursprünglichen Tätigkeitsgebiet entfernen. Das Gesetz ermöglicht damit „*professionalisierte*“ Betriebsräte ohne Einschränkung. Der Rückschluss darauf, dass ein Wertungswiderspruch zwischen der voranschreitenden Anerkennung von professionellen Betriebsratsstrukturen und deren unveränderter Vergütung besteht,

---

<sup>174</sup> Vgl. oben unter Kapitel 1 A. I. 2.



ist hingegen nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Es besteht kein zwingender Zusammenhang zwischen der Anerkennung von professionellen Strukturen und der notwendigen Vergütung von Mandatsträgern für deren Tätigkeit.

Das Gesetz kann etwa durch den Schulungs- und Kostenübernahmeanspruch des § 37 Abs. 6 BetrVG die Weiterbildung von Mandatsträgern fördern, ohne dass automatisch durch die erworbenen Kenntnisse eine finanzielle Aufwertung notwendig wird. Im Übrigen wurde – wie *Schlamp* selbst einräumt – die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 2001 mit „*tiefgreifenden Veränderungen der Arbeits- und Wirtschaftswelt*“ und den sich ändernden Anforderungen an die Betriebsräte begründet<sup>175</sup>, ohne zugleich deren Vergütung zu reformieren. Der Gesetzgeber sah augenscheinlich ebenfalls keinen Widerspruch zwischen Professionalisierung und dem Grundsatz der Unentgeltlichkeit.

Der Auslegung *Schlamps* nach dem Telos des § 37 Abs. 1 BetrVG liegt eine Verkennung dessen zugrunde. Wie bereits zur Lockerung des Auslegungsmaßstabs ausgeführt, ist der mögliche negative Einfluss einer fehlenden finanziellen Würdigung des Mehraufwands oder der erhöhten Belastungen auf die Ausübung des Betriebsratsamts für den Schutzzweck des § 37 Abs. 1 BetrVG zunächst nicht relevant. Es gilt zuvorderst die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Betriebsratsmitglieder, nicht jedoch deren Motivation zur Übernahme von Aufgaben zu sichern. Im Übrigen verbindet sich mit dem Prinzip der Unentgeltlichkeit nicht ein „*Generalverdacht*“<sup>176</sup> gegenüber den Betriebsratsmitgliedern, sondern ein Regelungskonzept, das der Gesetzgeber als möglichst effektiv zur Verhinderung jeglicher Interessenkonflikte angesehen hat. Die Sicherung der Attraktivität des Betriebsratsamts könnte wahrscheinlich durch die Einführung ausdrücklicher Vergütungsregelungen, etwa in Form von Zulagen oder Ähnlichem, gesteigert werden, allerdings ist dieser Zweck deutlich nachrangig gegenüber der Gewährleistung der Unabhängigkeit und tritt dahinter zurück. Die Annahme einer verdeckten nachträglichen Regelungslücke und damit die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion der Norm sind deshalb abzulehnen.

---

<sup>175</sup> BT-Drucks. 14/5741, S. 23 f.

<sup>176</sup> So die Formulierung bei *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 55.

Im Übrigen dürfte die Reduktion zu nicht weniger Problemen bei der Bestimmung des Kreises der „*verberuflichten*“ Betriebsräte führen.

Schließlich überzeugt auch die Argumentation in Bezug auf die vermeintlich ungerechte Vergütung verschiedener Betriebsratsmitglieder nicht. Das aktuelle System der Betriebsratsvergütung nimmt die unterschiedliche Vergütung von Mitgliedern desselben Organs unabhängig von der Art und dem Umfang der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben in Kauf. Dies entspricht der gesetzlichen Wertung, dass es sich bei dem Betriebsratsamt um keinen eigenständigen Beruf mit einer an den Aufgaben und der Verantwortung orientierten Vergütung handelt. In der unterschiedlichen Vergütung der Betriebsratsmitglieder liegt demnach kein zwingender Wertungswiderspruch. Zwar mag die Grundannahme rechtspolitische kritisiert und eine Neuregelung gefordert werden, jedoch ändert dies grundsätzlich nichts an der Tatsache, dass von dem aktuell gesetzlich vorgesehenen System ausgegangen werden muss. Die Mitglieder des Betriebsrats sind nach ihrem zuvor ausgeübten Beruf und eben nicht für ihre betriebsverfassungsrechtliche Arbeit zu vergüten.

#### *cc. Zusammenfassung*

Die angeführten Auslegungsalternativen rechtfertigen es nicht, den klaren Wortlaut des § 37 Abs. 1 BetrVG und die Systematik der sonstigen betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften zu übergehen. Es gibt im Ansatz gute Argumente das gesetzliche Regelungskonzept von Ehrenamt und Unentgeltlichkeit zu kritisieren und in Frage zu stellen bzw. die Reformbedürftigkeit herauszuarbeiten.<sup>177</sup> Die Defizite einer Regelung in praktischer Hinsicht lassen sich hingegen nicht durch die Auslegung des Gesetzes beheben, soweit dieses ein eindeutiges Regelungskonzept vorgibt, es also an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Die Anpassung jenes Regelungskonzepts an die veränderten Umstände ist deshalb allein Aufgabe des Gesetzgebers.

#### *4. Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot*

§ 78 S. 2 BetrVG bestimmt, dass Mitglieder des Betriebsrats und sonstiger Vertretungen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden

---

<sup>177</sup> Zu möglichen Reformvorschlägen vgl. Kapitel 3.

dürfen. Nach dem zweiten Halbsatz gilt dies explizit auch für ihre berufliche Entwicklung. Die Vorschrift wird als allgemeiner Grundsatz des gesamten Mitbestimmungsrechts gedeutet.<sup>178</sup> Das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot ist unerlässliche Voraussetzung für die unabhängige Amtsführung. Denn nur, wenn die Mitglieder der Interessenvertretung einerseits nicht durch den Arbeitgeber begünstigt werden und andererseits nicht aus Angst vor negativen beruflichen Konsequenzen seitens des Arbeitgebers auf die Durchsetzung der Belegschaftsinteressen verzichten, kann die ordnungsgemäße Amtsführung gewährleistet werden.<sup>179</sup> Es ist zunächst zu klären, inwieweit das allgemeine Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot neben der ausdrücklichen Vergütungsvorschrift des § 37 BetrVG Anwendung findet.

*a. Verhältnis von § 78 S. 2 BetrVG zu den Regelungen des § 37 BetrVG*

Für den Bereich der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern ist zunächst die Anwendbarkeit des § 78 S. 2 BetrVG im Verhältnis zur Vergütungsvorschrift des § 37 BetrVG zu klären. Die Regelungen des § 37 BetrVG könnten das allgemeine Verbot des § 78 S. 2 BetrVG zumindest im Bereich der Vergütung vollständig verdrängen.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) erkennt in § 37 BetrVG im Hinblick auf die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern unter Hervorhebung des allgemeinen Grundgedankens des § 78 S. 2 BetrVG eine Konkretisierung des allgemeinen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots.<sup>180</sup> Es wird nicht zwischen verschiedenen Absätzen des § 37 BetrVG unterschieden. Der generellen Einordnung der Norm als Konkretisierung des § 78 S. 2 BetrVG schließen sich weite Teile der Literatur an,<sup>181</sup> wobei terminologische Unterschiede erkennbar

---

<sup>178</sup> Richardi/Thüsing, § 78 BetrVG Rn. 3; Pürschwitz, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 39 f.

<sup>179</sup> Ebenfalls Pürschwitz, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 40.

<sup>180</sup> Für § 37 Abs. 2 BetrVG etwa BAG v. 28.06.1995 – 7 AZR 1001/94, NZA 1996, 252; bestätigt durch Entscheidung v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 12; für § 37 Abs. 4 BetrVG etwa BAG v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 22.

<sup>181</sup> BeckOK-ArbR/Mauer, § 37 BetrVG Vorb.; DKW/Wedde, § 37 BetrVG Rn. 1; ErfK/Koch, § 37 BetrVG Rn. 9; Fitting, § 37 BetrVG Rn. 1; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 9, 132; GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 5, 66; HWK/Reichold, § 37 BetrVG Rn. 1; MünchHArbR/Krois, § 295 Rn. 172; Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 1, 68; ders., § 78 BetrVG Rn. 3, 21a; Esser, Begünstigung, S. 5 f.; Sturm, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 110 f.

sind<sup>182</sup>. Während die Einordnung des § 37 BetrVG als Konkretisierung des § 78 S. 2 BetrVG bis auf die eher unwesentlichen terminologischen Unterschiede weitestgehend identisch erfolgt, unterscheiden sich die daraus gezogenen Rückschlüsse in Bezug auf die Anwendbarkeit der Vorschriften erheblich. Es überwiegt die Grundannahme, dass das allgemeine Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot aus § 78 S. 2 BetrVG als *lex generalis* stets neben der an sich spezielleren Vergütungsvorschrift des § 37 BetrVG anwendbar bleibe oder zumindest Auslegungskriterium bei der spezielleren Vergütungsvorschrift sei.<sup>183</sup> Es finden sich zugleich Stimmen, die eine subsidiäre Geltung des § 78 S. 2 BetrVG befürworten, sofern eine Sonderregelung nicht erfolgt ist.<sup>184</sup> Erkennbar ist jedenfalls, dass im Rahmen dieser Ansichten wiederum terminologische Unterschiede bestehen, jedoch übereinstimmend die Anwendbarkeit des § 78 S. 2 BetrVG neben § 37 BetrVG befürwortet wird. Teilweise wird jedoch auch vertreten, dass § 37 BetrVG die allgemeinere Vorschrift des § 78 S. 2 BetrVG im Rahmen der gesamten Vergütungsvorschriften entsprechend des „*lex specialis derogat legi generali*“-Grundsatzes verdränge.<sup>185</sup>

In Bezug auf die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern würde die konsequente Verdrängung dazu führen, dass ein allgemeines Begünstigungsverbot mangels expliziter Nennung in § 37 BetrVG im Vergütungsbereich nicht gelten würde. Sofern etwa das Arbeitsentgelt nicht gegen das Ehrenamts- oder Unentgeltlichkeitsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG verstoße, jedoch den Tatbestand einer Begünstigung des Mitglieds erfüllen sollte, wäre die Vergütung dennoch zulässig.<sup>186</sup>

Der konsequenten Nichtanwendung des § 78 S. 2 BetrVG auf alle Tatbestände der Betriebsratsvergütung kann keinesfalls gefolgt werden. Eine Verdrängung des

---

<sup>182</sup> Etwa „*Auffangvorschrift*“ nach HWGNRH/Worzalla, § 78 BetrVG Rn. 2; HWK/Sittard, § 78 BetrVG Rn. 1; „*Sonderregelungen*“ nach DKW/Buschmann, § 78 BetrVG Rn. 14; „*Ergänzung*“ nach WPK/Kreft, § 37 BetrVG Rn. 1.

<sup>183</sup> BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 18; v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 22; ausdrücklich auch DKW/Wedde, § 37 BetrVG Rn. 1; ErfK/Koch, § 37 BetrVG Rn. 9; Fitting, § 37 BetrVG Rn. 1, 114; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 9, 132; ders., § 78 BetrVG Rn. 15; Richardi/Thüsing, § 78 BetrVG Rn. 22; Esser, Begünstigung, S. 46 f.; Purschwitz, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 42; Giesen, RdA 2020, 155.

<sup>184</sup> GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 5; HWGNRH/Worzalla, § 78 BetrVG Rn. 2; Richardi/Thüsing, § 78 BetrVG Rn. 3; WPK/Preis, § 78 BetrVG Rn. 4.

<sup>185</sup> Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 567; HWGNRH/Glock, § 37 BetrVG Rn. 106; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 71 f.; Hennecke, BB 1986, 936, 939.

<sup>186</sup> So insbesondere Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 76 f.

§ 78 S. 2 BetrVG durch § 37 BetrVG für den gesamten Bereich der Vergütung von Mandatsträgern kann nicht angenommen werden. Die Anwendung des *lex specialis derogat legi generali*-Grundsatzes setzt voraus, dass sich zwei Rechtsnormen widersprechen und die eine im Verhältnis zur anderen die engere ist.<sup>187</sup> Ein notwendiger Widerspruch liegt in der hiesigen Konstellation nicht vor. Die Generalnorm des § 78 S. 2 BetrVG wird nur für gewisse Fälle – zum Teil aus Klarstellungsaspekten heraus – konkretisiert, ohne gänzlich einen Widerspruch zu erzeugen. Die Regelungen des § 37 Abs. 2 und 4 BetrVG gehen deshalb als speziellere Vorschriften nur in ihrem eng gefassten Anwendungsbereich der allgemeineren Vorschrift des § 78 S. 2 BetrVG vor. In diesem Sinne dürfte auch die subsidiäre Geltung des § 78 S. 2 BetrVG nach Ansicht von *Kreutz*<sup>188</sup> oder *Thüsing*<sup>189</sup> zu verstehen sein.<sup>190</sup> § 37 Abs. 2 BetrVG bestimmt deshalb allein als Ausprägung des allgemeinen Benachteiligungsverbots, dass die Mitglieder ohne Minderung des Arbeitsentgelts von ihrer beruflichen Tätigkeit zu befreien sind. § 37 Abs. 4 BetrVG bezieht sich hingegen allein auf mögliche Benachteiligungen in Bezug auf die Entgeltentwicklungen vergleichbarer Arbeitnehmer.

§ 37 BetrVG ist nicht insgesamt als abschließende *lex specialis* zu § 78 S. 2 BetrVG anzusehen.<sup>191</sup> Eine Verdrängung der Generalnorm kann nur insoweit Geltung beanspruchen, als der Gesetzgeber eine Regelung getroffen hat bzw. treffen wollte.<sup>192</sup> § 37 BetrVG bezieht sich nicht auf das Verbot der Begünstigung, sondern regelt lediglich spezielle Fälle des Benachteiligungsverbots in bestimmten Fragen der Vergütung.<sup>193</sup> Das allgemeine Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot gilt aus diesen Gründen auch im Bereich der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, sofern nicht eine speziellere Vorschrift in § 37 BetrVG einschlägig ist.

---

<sup>187</sup> *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 465.

<sup>188</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 5.

<sup>189</sup> *Richardi/Thüsing*, § 78 BetrVG Rn. 3.

<sup>190</sup> Siehe auch *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 23 f.; aA *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 70, die streng vom Grundsatz der Subsidiarität ausgeht.

<sup>191</sup> BAG v. 11.12.1991 – 7 AZR 75/91, NZA 1993, 909, 910; v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 18; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 Rn. 9.

<sup>192</sup> *Richardi/Thüsing*, § 78 BetrVG Rn. 24; *Esser*, Begünstigung, S. 56 f.; aA vor allem ausfl. *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 72 ff., auf S. 82 f. hingegen wieder als Auslegungskriterium relativierend; HWGNRH/*Glock*, § 36 BetrVG Rn. 106.

<sup>193</sup> *Giesen*, RdA 2020, 155.

*b. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots*

*aa. Persönlicher Anwendungsbereich*

Das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot nach § 78 S. 2 BetrVG richtet sich gegen jedermann.<sup>194</sup> § 78 BetrVG bestimmt zwar weder in Satz 1 noch in Satz 2 explizit einen Normadressaten, jedoch bezweckt die Vorschrift die unabhängige Amtsführung des Gremiums insgesamt. Es ist deshalb irrelevant, wer die Benachteiligung oder Begünstigung vornimmt, sofern die Handlung überhaupt an die Stellung als Betriebsratsmitglied anknüpft.<sup>195</sup> Es werden alle Mitglieder der in § 78 S. 1 BetrVG genannten Gremien geschützt. Nicht genannt sind hingegen die Mitglieder der in § 28a BetrVG genannten Arbeitsgruppen. § 78 S. 2 BetrVG bezweckt den Schutz der Wahrnehmung der betrieblichen Interessenvertretung insgesamt, so dass eine analoge Anwendung auf die nicht explizit genannten Mitglieder der Arbeitsgruppen, welche in gleichem Maße schutzbedürftig sind, überzeugt.<sup>196</sup>

*bb. Zeitlicher Anwendungsbereich*

Der Wortlaut des § 78 S. 2 BetrVG ist im Hinblick auf die mögliche Vor- oder Nachwirkung des Verbots nicht ergiebig. Überwiegend wird – wegen des bereits angesprochenen umfassenden Schutzzwecks – sowohl die Vor- als auch die unbeschränkte Nachwirkung befürwortet.<sup>197</sup> Die Vorwirkung kann insbesondere für Ersatzmitglieder relevant werden, wohingegen die Nachwirkung für alle Mitglieder nach Beendigung des Amtes gelten würde. Die Zulässigkeit von Benachteiligungen und Begünstigungen dürfen nicht davon abhängig sein, ob die betroffene Person bereits vollwertiges Mitglied des Betriebsrats oder soeben aus dem Gremium ausgeschieden ist. Der umfassende Schutzzweck zur Gewährung der

---

<sup>194</sup> BAG v. 15.10.2014 – 7 ABR 74/12, NZA 2015, 560 Rn. 32; Löwisch/Kaiser/Klumpp/Klumpp, § 78 Rn. 3; Richardi/Thüsing, § 78 BetrVG Rn. 12; Purschwitz, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 61.

<sup>195</sup> Richardi/Thüsing, § 78 BetrVG Rn. 3; Esser, Begünstigung, S. 9.

<sup>196</sup> BeckOK-ArbR/Werner, § 78 BetrVG Rn. 2; Fitting, § 78 BetrVG Rn. 1; Purschwitz, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 59; ohne Begründung einschränkend GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 14 ff.; aA DKW/Wedde, § 28a BetrVG Rn. 7.

<sup>197</sup> Vgl. etwa zur Vorwirkung BAG v. 05.12.2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, 515 Rn. 47; DKW/Buschmann, § 78 BetrVG Rn. 7; Fitting, § 78 BetrVG Rn. 2, 16; aA hinsichtlich der Vorwirkung GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 13, 63; HWGNRH/Worzalla, § 78 BetrVG Rn. 16; Purschwitz, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 66; zur Nachwirkung etwa Ascheid/Preis/Schmidt/Künzl, § 78 BetrVG Rn. 13; GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 62.

Unabhängigkeit macht eine zugleich umfassende Schutzwirkung notwendig. Entscheidendes Merkmal darf nicht die zeitliche Komponente, sondern muss vielmehr der objektive Zusammenhang mit der Amtstätigkeit sein.<sup>198</sup>

*cc. Tatbestandsvoraussetzungen*

*(1) Benachteiligung oder Begünstigung*

§ 78 S. 2 BetrVG bezieht sich im Gegensatz zu Satz 1 nicht ausschließlich auf den Schutz des Amts, sondern insbesondere auch auf den Schutz der persönlichen Rechtsstellung des einzelnen Betriebsratsmitglieds.<sup>199</sup> Das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot unterliegt hingegen keiner Erheblichkeitsschwelle, jede Form der Benachteiligung oder Begünstigung unterfällt damit grundsätzlich § 78 S. 2 BetrVG.<sup>200</sup>

Eine Benachteiligung oder Begünstigung im Sinne von § 78 S. 2 BetrVG ist „jede Besser- oder Schlechterstellung von Betriebsratsmitgliedern im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht“.<sup>201</sup> Die Wahl des passenden Vergleichsmaßstabs ist hierbei umstritten. Die genannte Rechtsprechung und weite Teile der Literatur ziehen den Vergleich zu anderen Arbeitnehmern im Betrieb, welche nicht Betriebsratsmitglieder sind.<sup>202</sup> Entsprechend dem explizit geregelten Maßstab in § 37 Abs. 4 und 5 BetrVG wird ebenfalls auf den Vergleichsmaßstab eines vergleichbaren Arbeitnehmers abgestellt.<sup>203</sup> Abzulehnen ist hingegen ein Vergleich der Betriebsratstätigkeit mit der Nichtbetriebsratstätigkeit, das heißt ein Vergleich der Situation mit und ohne Amtsstellung.<sup>204</sup> Würde man den entsprechenden Vergleich in dieser Form ziehen, wäre eine Abgrenzung zum weiteren Tatbestandsmerkmal der Kausalität nicht mehr möglich.<sup>205</sup> Auf der Ebene

---

<sup>198</sup> Esser, Begünstigung, S. 12.

<sup>199</sup> GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 17; Richardi/Thüsing, § 78 BetrVG Rn. 9; Purschwitz, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 50.

<sup>200</sup> GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 54; Purschwitz, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 67 ff.

<sup>201</sup> BAG v. 20.01.2010 – 7 ABR 68/08, NZA 2010, 777 Rn. 11 sowie v. 21.03.2018 – 7 AZR 590/16, NZA 2018, 1019 Rn. 16.

<sup>202</sup> Düwell/Lorenz, § 78 BetrVG Rn. 12; Fitting, § 78 BetrVG Rn. 17; Richardi/Thüsing, § 78 BetrVG Rn. 21; WPK/Preis, § 78 BetrVG Rn. 10; Lipp, Honorierung, S. 164.

<sup>203</sup> ErfK/Kania, § 78 BetrVG Rn. 7; MünchHArbR/Krois, § 295 Rn. 173.

<sup>204</sup> GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 57; Purschwitz, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 77 f.; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 93.

<sup>205</sup> So auch bereits Esser, Begünstigung, S. 16; Lipp, Honorierung, S. 164.

der Benachteiligung oder Begünstigung ist deshalb auf den Vergleich zu anderen Arbeitnehmern im Betrieb abzustellen. Eine Einschränkung des damit weiten Anwendungsbereichs erfolgt auf der Ebene der Kausalität.

Es bedarf darüber hinaus keiner Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht bzw. eines Verschuldens.<sup>206</sup> Es ist nicht erforderlich, dass der Amtsträger zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen veranlasst oder im Nachhinein für ein bestimmtes Verhalten belohnt werden soll.<sup>207</sup> Die Benachteiligung oder Begünstigung kann auch durch ein Unterlassen erfolgen, sofern dieses pflichtwidrig ist (etwa im Fall des § 37 Abs. 2 BetrVG).<sup>208</sup> Eine Schlechterstellung liegt generell nicht vor, wenn sie alle Arbeitnehmer in dem jeweiligen Betrieb betrifft.<sup>209</sup>

### (2) Kausalität

Zwischen der Benachteiligung bzw. der Begünstigung und der Amtstätigkeit muss stets ein objektiver Kausalzusammenhang entsprechend der Gesetzesformulierung „wegen ihrer Tätigkeit“ bestehen.<sup>210</sup> Mit *Kreutz* ist die Amtstätigkeit kausal, sofern „die Besser- oder Schlechterstellung entfallen würde, wenn man die Amtstätigkeit hinwegdenkt“.<sup>211</sup> Unter der Geltung des so verstandenen Kausalitätskriteriums bedarf das Verbot des § 78 S. 2 BetrVG jedoch einer weiteren Einschränkung, da ansonsten ein zu ausufernder Anwendungsbereich der Norm drohen würde. Unter Heranziehung des Schutzzwecks von § 78 S. 2 BetrVG müssen Maßnahmen unbeachtlich sein, die die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht gefährden.<sup>212</sup>

### (3) Rechtswidrigkeit

Die Notwendigkeit der eigens zu prüfenden Rechtswidrigkeit der Handlung wird nicht einheitlich beantwortet. Manche Stimmen der Literatur erkennen bereits tatbestandlich eine Benachteiligung oder Begünstigung nur an, sofern diese unzulässig, das heißt nicht durch sachliche oder persönliche Gründe begründbar

---

<sup>206</sup> BAG v. 05.12.2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, 515 Rn. 47; v. 08.11.2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528 Rn. 31.

<sup>207</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 83.

<sup>208</sup> MünchHArbR/*Krois*, § 295 Rn. 173.

<sup>209</sup> *Fitting*, § 78 BetrVG Rn. 20.

<sup>210</sup> HWGNRH/*Worzalla*, § 78 BetrVG Rn. 15; ErfK/*Kania*, § 78 BetrVG Rn. 6; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 58; HWK/*Sittard*, § 78 BetrVG Rn. 12.

<sup>211</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 58 unter Verweis auf LAG Rheinland-Pfalz v. 19.08.2013 – 5 Sa 167/13 – juris Rn. 79.

<sup>212</sup> *Purschwitz*, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 81; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 101.



ist.<sup>213</sup> Zur rechtssicheren Abgrenzung der verschiedenen Prüfungsstufen und des Charakters des „*Verbotstatbestands*“ ist jedoch die Prüfung der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung auf Ebene der Rechtswidrigkeit zu bevorzugen.<sup>214</sup> Demnach kann eine objektive Benachteiligung oder Begünstigung berechtigt sein, wenn ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Das Vorliegen der tatbestandmäßigen Voraussetzungen indiziert allerdings die Rechtswidrigkeit.<sup>215</sup> Letztlich wirkt sich deshalb die unterschiedliche Verortung des Prüfungspunkts in der tatsächlichen Anwendung der Vorschrift nicht aus.

*c. Anspruchsbegründung zugunsten von Betriebsratsmitgliedern*

*aa. Anspruch aus § 78 S. 2 BetrVG*

Der siebte Senat des BAG deutete den Regelungsgehalt des Verbots aus § 78 S. 2 BetrVG, zumindest das Verbot der Benachteiligung für die berufliche Entwicklung, als ein an den Arbeitgeber gerichtetes Gebot.<sup>216</sup> Der Senat legte die Norm insoweit als Anspruchsgrundlage aus, dem Betriebsratsmitglied die berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, die es ohne das Betriebsratsamt genommen hätte.<sup>217</sup> Einem Mitglied des Betriebsrats, dem die schwierige Nachweisbarkeit der Kausalität zwischen der unterbundenen Beförderung in eine besser dotierte Position und dem Betriebsratsamt gelingt,<sup>218</sup> steht in der Konsequenz ein unmittelbarer Anspruch auf Zahlung der höheren Vergütung zu.<sup>219</sup> Diese Auslegung wird in der überwiegenden Literatur zur Gewährleistung der Effektivität des Schutzes befürwortet.<sup>220</sup>

---

<sup>213</sup> Vgl. zur Formulierung etwa BAG v. 20.01.2010 – 7 ABR 68/08, NZA 2010, 777 Rn. 11; DKW/*Buschmann*, § 78 BetrVG Rn. 33; *Fitting*, § 78 BetrVG Rn. 17.

<sup>214</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 64; HWGNRH/*Worzalla*, § 78 BetrVG Rn. 23; *Purschwitz*, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 89; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 104 f.

<sup>215</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 64.

<sup>216</sup> Zuletzt BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 29 ff.

<sup>217</sup> Ausfl. unter Kapitel 1 C. II. 3.

<sup>218</sup> Zur Kausalitätsfrage und dem sich daran schließenden abgestuften System der Darlegungs- und Beweislast ausfl. GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 99 ff.

<sup>219</sup> BAG v. 15.01.1992 – 7 AZR 194/91, DB 1993, 1379; v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 18; v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 30.

<sup>220</sup> *Düwell/Lorenz*, § 78 BetrVG Rn. 19; *Fitting*, § 78 BetrVG Rn. 15; *Richardi/Thüsing*, § 78 BetrVG Rn. 24, 36 f.; *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 116; krit. GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 98.

*bb. Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB*

§ 78 S. 2 BetrVG ist in Bezug auf das Verbot der Benachteiligung ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.<sup>221</sup> Zugleich konkretisiert § 78 S. 2 BetrVG die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, so dass ein Anspruch wegen Verstoßes gegen diese Pflicht aus § 280 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Schuldhaftige Verstöße können damit grundsätzlich Schadensersatzansprüche auslösen, obwohl der Verstoß gegen das Schutzgesetz des § 78 S. 2 BetrVG selbst kein Verschulden voraussetzt.<sup>222</sup> Kritisch erweist sich auf der Rechtsfolgenseite, dass der Schadensersatzanspruch gemäß § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution gerichtet ist. Es ist demnach der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Benachteiligung unterblieben wäre. Das BAG entschied im Jahr 2014, dass eine Befristungsabrede mit einem Betriebsratsmitglied unwirksam sein kann, wenn dem Mitglied nur wegen seiner Tätigkeit im Betriebsrat lediglich ein befristetes anstelle eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses angeboten wurde. Das benachteiligte Mitglied kann in einem solchen Fall grundsätzlich den Abschluss eines Folgevertrags als Ausfluss der Naturalrestitution verlangen.<sup>223</sup> *Pallasch* weist zutreffend darauf hin, dass einem auf diesem Wege konstruierten Kontrahierungszwang auf Grundlage des § 249 Abs. 1 BGB rechtsdogmatische Bedenken entgegenstehen. Der Nichtabschluss eines Folgevertrags sei in dem oben genannten Beispiel kein „Schaden“, sondern vielmehr das haftungsbegründende Verhalten.<sup>224</sup> Der Folgevertrag bestand noch nicht, so dass auch keine Wiederherstellung im Sinne des § 249 Abs. 1 BGB in Betracht komme. Dies spricht wiederum dafür, einen Anspruch auf Abschluss des Folge- bzw. vorliegend eines Beförderungsvertrags unmittelbar aus dem § 78 S. 2 BetrVG abzuleiten.<sup>225</sup>

---

<sup>221</sup> BAG v. 25.06.2014 – 7 AZR 847/12, NZA 2014, 1209 Rn. 30; *Esser*, Begünstigung, S. 144; *Fitting*, § 78 BetrVG Rn. 21; *Richardi/Thüsing*, § 78 BetrVG Rn. 37 – jew. mwN.

<sup>222</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 96.

<sup>223</sup> BAG v. 25.06.2014 – 7 AZR 847/12, NZA 2014, 1209 Rn. 28 ff., wobei in diesem Fall der notwendige Kausalitätshinweis hinsichtlich der Ablehnung des unbefristeten Folgevertrags gerade wegen der Betriebsrats Tätigkeit nicht gelang; ausfl. GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 96, 72, 22; krit. hingegen *Pallasch*, RdA 2015, 108, 111 ff.; HWK/*Sittard*, § 78 BetrVG Rn. 14.

<sup>224</sup> Ausfl. *Pallasch*, RdA 2015, 108, 111 f. mwN.

<sup>225</sup> *Pallasch*, RdA 2015, 108, 112 f.

### 5. Zivilrechtliche Rechtsfolgen einer begünstigenden Betriebsratsvergütung

Rechtsgeschäfte, die gegen das Ehrenamts- oder Unentgeltlichkeitsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG bzw. das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG verstoßen, sind gemäß § 134 BGB nichtig.<sup>226</sup> Es handelt sich bei § 78 S. 2 BetrVG nach einstimmiger Ansicht von Rechtsprechung und Literatur um ein Verbotsgesetz.<sup>227</sup> Die Vorschriften sind jeweils zwingend und können weder durch eine Kollektivvereinbarung, noch durch eine einzelvertragliche Vereinbarung abbedungen werden. Gleiches gilt für einen Verzicht auf die durch die Vorschriften eingeräumte Rechtsstellung.<sup>228</sup> Es sollen hierbei allein die möglichen zivilrechtlichen Folgen einer begünstigenden Betriebsratsvergütung dargestellt werden. Die Darstellung der strafrechtlichen Problematik bleibt hingegen außen vor.<sup>229</sup>

#### a. Rückforderungsansprüche gegen Mitglieder des Betriebsrats

Betriebsratsmitglieder können hinsichtlich des zu viel gezahlten Lohns erheblichen Rückforderungsansprüchen ausgesetzt sein. Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG verstoßen, sind gemäß § 134 BGB nichtig, so dass das der Leistung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft entfällt.<sup>230</sup> Eine subjektive Begünstigungsabsicht ist nicht erforderlich.<sup>231</sup> In Bezug auf den Umfang der Nichtigkeitsfolge ist festzustellen, dass auf Rechtsfolgenseite nur eine Teilnichtigkeit angenommen werden kann. Zwar ist die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit bei Verstößen gegen die Norm des § 134 BGB der Regelfall,<sup>232</sup> die besonderen arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Wertungen rechtfertigen jedoch eine Abweichung von diesem Grundsatz.<sup>233</sup> Allein der Teil der Vergütung, der über das gesetzlich angeordnete Maß hinausgeht, stellt die Begünstigung dar. Die vollumfängliche

---

<sup>226</sup> BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 34; v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 26 sowie v. 20.01.2010 – 7 ABR 68/08, NZA 2010, 777 Rn. 10.

<sup>227</sup> Statt aller GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 25, 103; zur Herleitung als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB auch Esser, Begünstigung, S. 144.

<sup>228</sup> Fitting, § 78 BetrVG Rn. 4.

<sup>229</sup> Vgl. dazu etwa Esser, Begünstigung, S. 163 ff.; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 331 ff.; Zimmer/Dürr, NZWiST 2021, 176, 177 ff.

<sup>230</sup> BAG v. 20.01.2010 – 7 ABR 68/08, NZA 2010, 777 Rn. 10; Fitting, § 78 BetrVG Rn. 23; GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 25; Richardi/Thüsing, § 78 BetrVG Rn. 37a.

<sup>231</sup> GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 61 mwN.

<sup>232</sup> Grüneberg/Ellenberger, § 134 BGB Rn. 13; BeckOK-BGB/Wendtland, § 134 BGB Rn. 21.

<sup>233</sup> Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 205; Esser, Begünstigung, S. 145.

Nichtigkeitsfolge würde hingegen das Betriebsratsmitglied unangemessen belasten, da sie zum vollständigen Verlust der Vergütung führen könnte. Dies widerspräche dem Schutzzweck des § 78 S. 2 BetrVG der zur Sicherung der Unabhängigkeit lediglich die Zahlung einer im Verhältnis zur Arbeitnehmerstellung zu hohen Vergütung, nicht jedoch die Vergütung insgesamt unterbinden will.<sup>234</sup> Es findet insoweit eine geltungserhaltende Reduktion statt.

*aa. Anspruch aus Bereicherungsrecht*

Es stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber die zugewendete Leistung nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß §§ 812 ff. BGB zurückfordern kann. Das Bereicherungsrecht sieht für solche Fälle die beiden nebeneinander anwendbaren Vorschriften §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 sowie 817 S. 1 BGB vor.<sup>235</sup> Der Empfänger einer Leistung ist nach § 817 S. 1 BGB zur Herausgabe verpflichtet, wenn deren Zweck in der Art bestimmt war, dass er durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Der Tatbestand der Kondiktion nach § 817 S. 1 BGB ist bereits durch die Entgegennahme einer unrechtmäßig hohen Vergütung erfüllt, da auch das Betriebsratsmitglied Adressat des § 78 S. 2 BetrVG ist.<sup>236</sup>

*(1) Kondiktionsausschluss*

Entscheidend ist jedoch der mögliche Ausschluss der Kondiktion nach § 817 S. 2 BGB. Die Norm des § 817 S.2 BGB ist auf alle Leistungskonditionen anwendbar.<sup>237</sup> Nach dieser Konditionssperre ist demnach sowohl der mögliche Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB als auch derjenige aus § 817 S. 1 BGB ausgeschlossen, sofern auch oder nur der Leistende gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat,<sup>238</sup> wobei der Verstoß unmittelbar gerade in der Erbringung der

---

<sup>234</sup> Esser, Begünstigung, S. 145.

<sup>235</sup> Ausfl. zu den Rückforderungsansprüchen Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 205 ff.; Esser, Begünstigung, S. 148 ff.

<sup>236</sup> Vgl. BAG v. 08.11.2018 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528 Rn. 37; Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 206; aA Esser, Begünstigung, S. 21 f.

<sup>237</sup> Die Kondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB kann zugleich nach § 814 BGB, dass heißt bei Kenntnis des Leistenden von der Nichtschuld, ausgeschlossen sein. Es bedarf dabei einer positiven Kenntnis der Nichtschuld. Dazu muss eine zutreffende rechtliche Einschätzung anhand des Sachverhalts vorgenommen werden, wobei es sich dabei zumeist um Fragen des konkreten Einzelfalls handeln dürfte und deshalb hier – vor dem Hintergrund des § 817 S. 2 BGB – ausgespart werden soll; vgl. Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 218 f.

<sup>238</sup> Vgl. statt aller BGH v. 06.05.1965 – II ZR 217/62, NJW 2965, 1585, 1587; MüKoBGB/Schwab, § 817 BGB Rn. 11 ff. mwN.

Leistung liegen muss und der Leistende sich des Verstoßes bewusst gewesen sein und ihn trotzdem gewollt haben muss.

Im Fall der vergütungsrechtlichen Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern kommt es grundsätzlich zu der Konstellation, dass weder Anspruchsinhaber noch Anspruchsgegner die Rückforderung tatsächlich wollen. Die Entscheidungsträger des Unternehmens und Anspruchsinhaber haben sich (zumeist) bewusst für die Gewährung einer erhöhten Vergütung ausgesprochen und diese gezahlt, um entweder den Einsatz des Anspruchsgegners zu belohnen oder weil sie sich dadurch sonstige Vorteile versprochen haben. Das Betriebsratsmitglied hat ebenfalls kein Interesse daran, die gewährte und womöglich bereits ausgegebene Vergütung zurückzuzahlen.<sup>239</sup>

## (2) Meinungsbild

Im Fall der überhöhten Vergütung eines Betriebsratsmitglieds könnte die Rückforderung der zu viel bezahlten Vergütung ausgeschlossen sein, da zumindest der Arbeitgeber als Leistender gegen § 78 S. 2 BetrVG verstoßen hat. Die konsequente Anwendung des § 817 S. 2 BGB führt nach Auffassung von Teilen des arbeitsrechtsrechtlichen Schrifttums deshalb zum Ausschluss der Konditionen.<sup>240</sup> Eine Rückforderung der zu viel gezahlten Vergütung wäre demnach insgesamt ausgeschlossen. Der Wortlaut der Vorschrift sei dahingehend eindeutig. Die versagte Sanktionsmöglichkeit gegen das bevorzugte Betriebsratsmitglied lege eine „*unbefriedigende Regelungslücke*“ des Gesetzes offen<sup>241</sup>, es sei aber aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung nichts anderes vertretbar.<sup>242</sup> Zugleich widerspreche es dem Sinn und Zweck des Begünstigungsverbots, wenn der Arbeitgeber ohne Risiko des Rechtsverlusts begünstigen könne, da er wisse, dass er das überschüssig gezahlte Entgelt zurückerhalte.<sup>243</sup>

---

<sup>239</sup> Vgl. auch *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 212.

<sup>240</sup> *DKW/Buschmann*, § 78 BetrVG Rn. 36 u. Fn. 194; *Fitting*, § 78 BetrVG Rn. 23; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 359 f.; *Hennecke*, BB 1986, 936, 941; *Henssler*, BB 2002, 306, 308; *Johnson*, CCZ 2021, 75, 78; *Wichert*, AuA 2013, 281, 283.

<sup>241</sup> *Henssler*, BB 2002, 306, 308.

<sup>242</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 359 f.

<sup>243</sup> So explizit entgegen der BAG-Rechtsprechung LAG Düsseldorf v. 17.04.2019 – 7 Sa 1065/18, BeckRS 2019, 6569 Rn. 80; krit. auch *Pitzer*, DB 2019, 1963.

Der überwiegende Teil der Literatur<sup>244</sup> und mittlerweile die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>245</sup> legen hingegen § 817 S. 2 BGB im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm restriktiv aus, um so eine Kondiktion des Arbeitgebers gegen das bevorzugte Betriebsratsmitglied zu ermöglichen. Die Rückforderung der zu viel gezahlten Vergütung wäre danach möglich. Die teleologische Einschränkung des § 817 S. 2 BGB wird generell damit begründet, dass der Schutzzweck der verletzten Norm nur dann vollständig verwirklicht werden könne, wenn der Empfänger der Leistung das Erlangte herausgeben müsse.<sup>246</sup> Die Kondiktionssperre des § 817 S. 2 BGB dürfe – im Sinne einer ganzheitlichen Beurteilung des Gesetzes und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben – rechtlich nicht gebilligte Zustände nicht perpetuieren.<sup>247</sup> Rechtsprechung und Literatur haben dazu eine umfangreiche Kasuistik entwickelt, die sowohl Fälle der generalpräventiven Wirkung des § 817 S. 2 BGB (etwa der Schwarzarbeit) als auch Fälle des Individualschutzes (etwa im Fall des Lehrstellenkaufs) erfasst.<sup>248</sup> Bei einem Verstoß gegen das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG müsse § 817 S. 2 BGB nach dieser Ansicht teleologisch reduziert werden, so dass die Rückforderung der zu viel gezahlten Vergütung möglich sei. § 78 S. 2 BetrVG solle zur vollständigen Verwirklichung der Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder nicht nur die Gewährung von Begünstigungen, sondern auch die Entgegennahme unterbinden.<sup>249</sup> Es sei deshalb mit dem Zweck der Norm unvereinbar, wenn die Vermögensverschiebung erhalten bliebe, da zugleich auch der Betriebsrat als Organ und das Vertrauen der von ihm vertretenen Arbeitnehmer in dessen Unabhängigkeit geschützt werde.<sup>250</sup> Im Übrigen bestünde ansonsten kein Grund für das einzelne

---

<sup>244</sup> BeckOK-ArbR/Mauer, § 37 BetrVG Rn. 1; ErfK/Koch, § 37 BetrVG Rn. 1; GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 103; HWK/Reichold, § 37 BetrVG Rn. 5; MünchHArbR/Krois, § 295 Rn. 4; Richardi/Thüsing, § 78 BetrVG Rn. 37a; Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 206; Lipp, Honorierung, S. 189; Purschwitz, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 95; Sturm, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 117; Bittmann/Mujan, BB 2012, 1604, 1606; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753, 757; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 259; Rieble, NZA 2008, 276, 278.

<sup>245</sup> BAG v. 08.11.2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528 Rn. 40 ff.

<sup>246</sup> Zur teleologischen Reduktion des § 817 S. 2 BGB insgesamt MüKoBGB/Schwab, § 817 BGB Rn. 22 mwN.

<sup>247</sup> Etwa BGH v. 10.04.2014 – VII ZR 241/13, NZA 2014, 784 Rn. 21 ff.; im Übrigen auch BeckOK-BGB/Wendehorst, § 817 BGB Rn. 24; Wißmann, SPA 2022, 22, 23.

<sup>248</sup> Ausfl. MüKoBGB/Schwab, § 817 BGB Rn. 23 ff.

<sup>249</sup> Vor allem GK-BetrVG/Kreutz, § 78 BetrVG Rn. 103; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 259.

<sup>250</sup> BAG v. 08.11.2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528 Rn. 42.

Betriebsratsmitglied, auf eine rechtskonforme Vergütung hinzuwirken, da es auf jeden Fall die Zahlungen behalten dürfe.<sup>251</sup>

*Esser* wiederum vertritt eine vermittelnde Ansicht. Maßgebliches Kriterium für die Einschränkung der Konditionssperre sei der Beteiligungsgrad des Leistungsempfängers.<sup>252</sup> Habe das Betriebsratsmitglied aktiv an der Begünstigung und deren Herbeiführung mitgewirkt, so sei die Aufrechterhaltung des gesetzeswidrigen Zustands durch eine Einschränkung des § 817 S. 2 BGB zu verhindern. Nehme das Mitglied hingegen die Begünstigung passiv lediglich an, könne die Ermöglichung der Rückforderung durch den Leistenden hingegen nicht begründet werden, da keine aktive Beteiligung an dem Gesetzesverstoß vorliege. Würden sich hingegen die Beteiligten im Wege des kollusiven Zusammenwirkens über die gesetzlichen Vorschriften hinwegsetzen, sei eine teleologische Reduktion des § 817 S. 2 BGB gerechtfertigt. Entscheidend sei also letztlich, ob das begünstigte Mitglied aktiv die Sonderbehandlung einfordere bzw. eine Gegenleistung für diese zusichere.<sup>253</sup>

Die vermittelnde Ansicht von *Esser* vermag womöglich nach reinen Gerechtigkeitsaspekten zu überzeugen, ist jedoch bereits aus praktischen Gesichtspunkten abzulehnen. Die Frage danach, ob ein aktives Handeln des begünstigten Betriebsratsmitglieds vorliegt, eignet sich in der Rechtspraxis nicht als entscheidendes Merkmal. Die beteiligten Parteien werden in aller Regel keine verschriftlichten Absprachen oder Ähnliches getroffen haben, die eine entsprechende Beweisführung zuließen. Zugleich dürften die beteiligten Personen – auch vor dem Hintergrund möglicher strafrechtlicher Verfolgung – regelmäßig kein Interesse daran haben, ihre vermeintlichen Absprachen als Partei oder Zeuge darzulegen. Das Merkmal der aktiven Beteiligung wird demnach in der Praxis, weil ein Beweis kaum erbracht werden kann, letztlich leerlaufen.

### (3) *Stellungnahme*

Nach der gesetzlichen Grundkonzeption sind Rückforderungsansprüche durch § 817 S. 2 BGB in Fällen des § 78 S. 2 BetrVG zunächst ausgeschlossen. In Bezug

---

<sup>251</sup> *Lipp*, Honorierung, S. 189.

<sup>252</sup> *Esser*, Begünstigung, S. 153.

<sup>253</sup> Zum Ganzen *Esser*, Begünstigung, S. 153.

auf die sich anschließende Frage nach der Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion wegen des entgegenstehenden Schutzzwecks ist Folgendes zu werten: Den Befürwortern einer Einschränkung des § 817 S. 2 BGB ist darin zuzustimmen, dass diese notwendig sei, um eine abschreckende Wirkung auf die begünstigten Mitglieder des Betriebsrats zu generieren. Denn dies ist nur in eingeschränktem Maße zu realisieren, wenn die gezahlte Vergütung auf jeden Fall behalten werden darf.<sup>254</sup> Andererseits ist zu werten, dass eine mögliche Einschränkung des § 817 S. 2 BGB zugleich die abschreckende Wirkung gegenüber dem Unternehmen vereiteln würde.<sup>255</sup> Sofern ein Unternehmen eine überhöhte Vergütung bezahlt, könnte es stets darauf vertrauen, diese im Fall der Fälle zurückfordern zu können. Es ist also erkennbar, dass eine abschreckende Wirkung in finanzieller Hinsicht nur bei einer der beiden beteiligten Parteien realisiert werden kann. Das Gesetz weist zunächst keinerlei Anhaltspunkte dafür auf, dass diese Realisierung einer abschreckenden Wirkung auf Seiten des Betriebsratsmitglieds anzusiedeln ist. Der Wortlaut des § 78 S. 2 Hs. 1 BetrVG lässt keinen entsprechenden Rückschluss zu. Auch aus systematischem Blickwinkel zwingt sich hinsichtlich der Verortung des § 78 S. 2 BetrVG in den betriebsverfassungsrechtlichen Schutzvorschriften keine andere Bewertung auf.

Entscheidend ist also, ob der Zweck des Begünstigungsverbots, nämlich die Gewährleistung der unabhängigen Amtsführung durch die Mitglieder, die Rückzahlung des geleisteten Vorteils zwingend erfordert.<sup>256</sup> Gegen das zwingende Erfordernis der Rückzahlung spricht grundsätzlich, dass der Schutzzweck des § 78 S. 2 BetrVG auf die zukünftige Entwicklung ausgerichtet ist. Die Amtsführung soll zukünftig nicht durch die Gewährung materieller Vorteile an die Mitglieder des Betriebsrats beeinflussbar sein. Die nachträgliche Rückforderung ist mangels unmittelbarer Auswirkung auf die sowieso zu bezweifelnde Unabhängigkeit des Mitglieds hingegen nicht primär davon umfasst.

Die Drohung mit der möglichen Rückforderung und deren gerichtlicher Durchsetzung kann hingegen ein starkes Druckmittel gegenüber dem Mitglied des

---

<sup>254</sup> BAG v. 08.11.2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528 Rn. 42.

<sup>255</sup> LAG Düsseldorf v. 17.04.2019 – 7 Sa 1065/18, BeckRS 2019, 6569 Rn. 80.

<sup>256</sup> BAG v. 08.11.2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528 Rn. 42.



Betriebsrats sein.<sup>257</sup> Zur Gewährleistung des Zwecks des Begünstigungsverbots bedarf es dennoch aus zweierlei Gründen der Möglichkeit der Kondition des überschüssig gezahlten Entgelts und damit der Zulassung einer teleologischen Reduktion des § 817 S. 2 BGB. Der auf die zukünftige Entwicklung ausgerichtete Schutzzweck kann nur realisiert werden, sofern eine Sanktionsmöglichkeit besteht. Nur wenn es überhaupt die Möglichkeit der Rückforderung entsprechender Beträge gibt, kann idealtypisch davon ausgegangen werden, dass Betriebsratsmitglieder ein geringeres Interesse daran haben, unzulässige Zahlungen zu erhalten.<sup>258</sup> Die Rückforderungsmöglichkeit kann demnach abstrakt generalpräventive Zwecke erfüllen.<sup>259</sup> Zugleich bezieht sich die Norm des § 78 S. 2 BetrVG nicht ausschließlich auf die Betriebsratsmitglieder als Personen, sondern auch auf das Organ Betriebsrat und dessen Funktionsfähigkeit. Zusätzlich muss das Interesse der Arbeitnehmer an einer durch Begünstigungen nicht beeinflussten Amtsausübung durch die sie vertretenden Betriebsratsmitglieder gewahrt werden, so dass der Zweck des Begünstigungsverbots eine Aufrechterhaltung der Vermögensverschiebung zwingend ausschließt.<sup>260</sup> Der Zweck des Begünstigungsverbots erfordert deshalb eine teleologische Reduktion des § 817 S. 2 BGB.

#### *bb. Zwischenergebnis*

Im Fall der gegen § 78 S. 2 BetrVG verstoßenden Betriebsratsvergütung scheidet ein Anspruch auf Rückforderung des überhöhten Anteils des Arbeitsentgelts daher nicht aus, sondern kann gegen das Betriebsratsmitglied geltend gemacht werden.

#### *b. Haftungsansprüche gegen Vorstände und Geschäftsführer*

Wie vorstehend aufgezeigt, kann der Arbeitgeber aufgrund der vorzunehmenden teleologischen Reduktion des § 817 S. 2 BGB in Fällen der unrechtmäßigen Begünstigung grundsätzlich den überhöhten Anteil des Arbeitsentgelts von dem Mitglied des Betriebsrats zurückverlangen. Dem Unternehmen entsteht deshalb grundsätzlich kein Schaden. Wird aber die entsprechend geschuldete Rückzahlung nicht vom Empfänger geleistet und kann ihm gegenüber auch nicht durchgesetzt

---

<sup>257</sup> Anklingend etwa bei DKW/*Buschmann*, § 78 BetrVG Fn. 194; dies explizit ablehnend *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 117.

<sup>258</sup> *Purschwitz*, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 94.

<sup>259</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 201 f.

<sup>260</sup> BAG v. 08.11.2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528 Rn. 42.

werden, so tritt ein Schaden in Höhe der erhöhten, nicht geschuldeten Vergütung beim Unternehmen ein; dies kann zur Haftung der damit befassten Vorstände und Geschäftsführer führen.<sup>261</sup> Die Haftung der Unternehmensvertreter wird sich je nach Rechtsform zumeist aus § 93 Abs. 2 AktG oder § 43 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) ergeben.<sup>262</sup> Tatbestandlich bedarf es in diesen Fällen der Verletzung der Sorgfaltspflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Das bewusste Überschreiten der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsgrenzen, um Einfluss auf die Gremienentscheidungen nehmen zu können, verstößt gegen das Gesetz und ist damit stets eine solche Sorgfaltspflichtverletzung. Eine andere Bewertung ist nur dann möglich, wenn die verantwortliche Person nach sorgfältiger Abwägung des ihr bekannten Sachverhalts und der Einholung von Rechtsrat wegen einer nicht eindeutigen Rechtssituation die eigene Entscheidung für rechtmäßig halten durfte.<sup>263</sup> Die Bemessung der konkreten Vergütung von (freigestellten) Betriebsratsmitgliedern ist trotz der an sich eindeutigen gesetzlichen Regelungen mit einer Vielzahl von bewertungsoffenen Unsicherheiten und Schätzungen verbunden.<sup>264</sup> Sofern also kein unmittelbar auffallendes Missverhältnis oder die Absicht zur Einflussnahme zu beweisen ist, dürfte die Haftung der Vorstände sowie Geschäftsführer und der sonstigen damit befassten Arbeitnehmer nicht in Betracht kommen.<sup>265</sup>

## *6. Sonstige betriebsverfassungsrechtlichen Folgen einer begünstigenden Betriebsratsvergütung*

### *a. Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds nach § 23 Abs. 1 BetrVG*

Hat ein Mitglied des Betriebsrats seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten grob verletzt, so kann es auf Antrag der berechtigten Parteien durch den Spruch des angerufenen Arbeitsgerichts aus dem Betriebsrat ausgeschlossen werden. Haben alle Mitglieder diese Pflichten verletzt, kann auch die Auflösung des Betriebsrats

---

<sup>261</sup> Ausfl. *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 238 f.

<sup>262</sup> Entsprechendes gilt grundsätzlich auch für die Geschäftsführer von Personengesellschaften nach allgemeinen Grundsätzen wegen Verletzung des Geschäftsführeranstellungs-, Dienstvertrags. Im Übrigen wird die aktienrechtliche Vorschrift ergänzend herangezogen, soweit das GmbH-Recht keine eigenen Regelungen enthält, vgl. *MüKoGmbHG/Fleischer*, § 43 GmbHG Rn. 5.

<sup>263</sup> Vgl. *Hölters/Weber/Hölters/Hölters*, § 93 AktG Rn. 76.

<sup>264</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 357.

<sup>265</sup> Ähnlich LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 206; aA *Frahm/Koch*, ArbRAktuell 2010, 468, 470.

insgesamt beantragt werden, wobei der Vorschrift nur eine geringe praktische Relevanz zukommt.<sup>266</sup> Antragsberechtigt sind mindestens ein Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer, der Arbeitgeber oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft sowie beim Ausschluss des einzelnen Mitglieds der Betriebsrat selbst.<sup>267</sup> Notwendiges Tatbestandsmerkmal des § 23 Abs. 1 BetrVG ist die grobe Verletzung der gesetzlichen Pflichten. Die gesetzlichen Pflichten im Sinne des § 23 Abs. 1 BetrVG umfassen alle Pflichten aus dem Betriebsverfassungsgesetz, nicht jedoch die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten.<sup>268</sup> Die Pflichtverletzung muss von einem solchen Gewicht sein, dass sie das Vertrauen in die zukünftig ordnungsgemäße Amtsführung vernichtet oder erheblich erschüttert, also die weitere Amtsausübung insgesamt untragbar erscheint.<sup>269</sup> Ein Verschulden des Betriebsratsmitglieds ist hingegen nicht erforderlich, denn § 23 Abs. 1 BetrVG soll die Funktionsfähigkeit des Gremiums und das Vertrauen der Belegschaft sichern, welche jedoch bereits bei jeder Verletzung einer Amtspflicht bedroht sind.<sup>270</sup> Auf ein Verschulden kommt es daher nicht an.<sup>271</sup>

Sofern ein Betriebsratsmitglied aktiv seine Begünstigung einfordert, darauf hinwirkt oder gewisse Handlungen als Gegenleistung dafür verspricht, liegt selbstverständlich eine grobe Pflichtverletzung vor. Die Notwendigkeit des umfassenden Schutzes des Vertrauens der Arbeitnehmer in die Integrität der Amtsführung drückt sich zusätzlich darin aus, dass bereits die Annahme einer begünstigenden Leistung das Tatbestandsmerkmal einer groben Pflichtverletzung erfüllen kann.<sup>272</sup> Zwar lassen sich im Wortlaut des § 78 S. 2 BetrVG keine Anhaltspunkte für ein Verbot der reinen Annahme einer Leistung finden, jedoch muss die ausstrahlende Wirkung des generellen Ehrenamtsprinzips des § 37 Abs. 1

---

<sup>266</sup> Dazu ausfl. *Byers*, NZA 2014, 65, 67 f.

<sup>267</sup> Zur ausführlichen Antragsberechtigung des Arbeitgebers in Fällen der Begünstigung vgl. *Esser*, Begünstigung, S. 157 ff.; im Übrigen vgl. statt aller *Fitting*, § 23 BetrVG Rn. 9 ff.

<sup>268</sup> *Fitting*, § 23 BetrVG Rn. 14; *Richardi/Thüsing*, § 23 BetrVG Rn. 20.

<sup>269</sup> BAG v. 22.06.1993 – 1 ABR 62/92, NZA 1994, 184; bestätigend BAG v. 27.07.2016 – 7 ABR 14/15, NZA 2017, 136 Rn. 21.

<sup>270</sup> BAG v. 22.06.1993 – 1 ABR 62/92, NZA 1994, 184, 186; GK-BetrVG/*Oetker*, § 23 BetrVG Rn. 14 ff.; HWK/*Reichold*, § 23 BetrVG Rn. 8; WPK/*Kreft*, § 23 BetrVG Rn. 13; *Esser*, Begünstigung, S. 157; aA hingegen *Fitting*, § 23 BetrVG Rn. 16; *Richardi/Thüsing*, § 23 BetrVG Rn. 26, HWGNRH/*Huke*, § 23 BetrVG Rn. 17; DKW/*Trittin*, § 23 BetrVG Rn. 24.

<sup>271</sup> GK-BetrVG/*Oetker*, § 23 BetrVG Rn. 49 ff.

<sup>272</sup> LAG München v. 15.11.1977 – 5 Ta BV 34/77, DB 1978, 894, 895; Düwell/*Düwell*, § 23 BetrVG Rn. 17; ErfK/*Koch*, § 23 BetrVG Rn. 5; *Fitting*, § 23 BetrVG Rn. 19; GK-BetrVG/*Oetker*, § 23 BetrVG Rn. 45; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 22; MünchHArbR/*Krois*, § 295 Rn. 5; aA wohl *Rieble*, NZA 2008, 276, 278.

BetrVG beachtet werden.<sup>273</sup> Das Begünstigungsverbot in Verbindung mit der generellen Ehrenamtlichkeit der Amtsführung also lässt bereits die Einordnung der Annahme einer Leistung als grobe Pflichtverletzung, die zum Ausschluss führen kann, zu.

*b. Zwangsverfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG*

Bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten kann der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft – nicht jedoch die Arbeitnehmer – ein Zwangsverfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG einleiten. Das Zwangsverfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG zielt auf die Durchsetzung von Unterlassungs-, Duldungs- oder Handlungsansprüchen unter Androhung der Zahlung eines Zwangsgeldes bei Zuwiderhandlung ab. Zweck des Zwangsverfahrens ist also die präventive Wiederherstellung der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung durch die Verhinderung künftiger Rechtsverletzungen.<sup>274</sup> Die Benachteiligung oder Begünstigung des Betriebsrats oder seiner Mitglieder stellt ohne Weiteres eine grobe Pflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG dar, wobei ein Verschulden nicht erforderlich ist.<sup>275</sup> Praktische Relevanz dürfte ein solches Zwangsverfahren jedoch nur besitzen, sofern eine Begünstigung von einzelnen Mitgliedern des Betriebsrats durch das restliche Gremium verhindert werden soll. Mangels bestehender Antragsberechtigung der Arbeitnehmerschaft läuft § 23 Abs. 3 BetrVG bei der Beteiligung des gesamten Gremiums, inklusive der gewerkschaftlichen Vertreter, leer.<sup>276</sup>

**IV. Besonderheiten bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern**

Die zuvor aufgezeigten Entwicklungen in der täglichen Betriebsratsarbeit haben bereits eine Bruchlinie bei der Ausgestaltung des Amtes zu Tage gefördert. Zum einen muss zwischen großen Betrieben, inklusive nachgeschalteter Gesamt- und Konzernbetriebsräte, und „Normalbetrieben“ mit kleineren Gremien unterschieden werden. Zugleich ist innerhalb der Gruppe von Betriebsräten zwischen freigestellten und nicht freigestellten Mitgliedern zu unterscheiden. Gerade aus der

---

<sup>273</sup> Esser, Begünstigung, S. 156; Fischer, BB 2007, 997.

<sup>274</sup> Schweibert/Buse, NZA 2007, 1080, 1085; Byers, NZA 2014, 65, 68.

<sup>275</sup> Zuletzt etwa BAG v. 19.01.2010 – 1 ABR 55/08, NZA 2010, 659 Rn. 28.

<sup>276</sup> Vgl. etwa den Fall VW aus dem Jahr 2007; dazu Rüthers, NJW 2007, 195, 197.

vergütungsrechtlichen Perspektive erweisen sich langjährig freigestellte Betriebsratsmitglieder als problematisch. Im Gegensatz zu den nach § 37 Abs. 2 BetrVG von der Arbeit partiell befreiten Mitgliedern, die noch ihre ursprüngliche Tätigkeit ausüben und deren Entgelt nach dieser Tätigkeit bemessen werden kann, gehen die gänzlich freigestellten Mitglieder keiner unmittelbaren beruflichen Tätigkeit mehr nach. Sofern die Freistellung über mehrere Amtszeiten andauert, entfernen sich die Mitglieder des Betriebsrats immer mehr von ihrer ursprünglichen Tätigkeit. Zugleich rückt die betriebsübliche berufliche Entwicklung im Sinne von § 37 Abs. 4 BetrVG als primärer Anknüpfungspunkt für die Anpassung der geschuldeten Vergütung in die Ferne. Es sollen deshalb die Grundlagen der Freistellung von Betriebsratsmitgliedern erläutert werden.

### *1. Arbeitsbefreiung oder Freistellung*

Die Freistellung des Betriebsratsmitglieds ist von der Arbeitsbefreiung abzugrenzen.

#### *a. Arbeitsbefreiung gem. § 37 Abs. 2 BetrVG*

Auch gewählte Mitglieder des Betriebsrats bleiben reguläre Arbeitnehmer und sind demnach arbeitsvertraglich zur Leistungserbringung verpflichtet.<sup>277</sup> Nach der gesetzlichen Grundkonzeption sind Mitglieder des Betriebsrats gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG „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“. Arbeitsbefreiung ist demnach die Entbindung von der Arbeitspflicht, die aufgrund eines konkreten Anlasses zur Erledigung von Betriebsratsaufgaben erforderlich ist.<sup>278</sup> Voraussetzung der Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 2 BetrVG ist die Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben und die Erforderlichkeit der Arbeitsbefreiung zum Zweck der Ausübung eben jener Betriebsratstätigkeit.<sup>279</sup>

Die Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 2 BetrVG lässt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Pflicht zur Arbeitsleistung *ipso iure* entfallen, das heißt, es

---

<sup>277</sup> Vgl. statt aller *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 16.

<sup>278</sup> BAG v. 21.03.2017 – 7 ABR 17/15, NZA 2017, 1014, 1015; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 17; MünchHArbR/*Krois*, § 295 Rn. 8.

<sup>279</sup> Zu den verschiedenen Fallgruppen statt aller jew. ausfl. GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 30 ff. u. 43 ff.

bedarf also keiner Zustimmung des Arbeitgebers.<sup>280</sup> Das Betriebsratsmitglied unterliege jedoch der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht, sich zur Ausübung der Betriebsrats Tätigkeit beim Arbeitgeber ab- und wieder anzumelden.<sup>281</sup> Die Notwendigkeit einer Zustimmung des Arbeitgebers sei abzulehnen, da es ansonsten von dessen Willen abhängt, ob die Aufgaben des Betriebsrats rechtzeitig erfüllt werden könnten. Dies sei jedoch mit der Unabhängigkeit des Betriebsrats unvereinbar.<sup>282</sup> Unter Hinweis auf den Wortlaut der Norm („sind ... zu befreien“) wird dieses Ergebnis teilweise in Zweifel gezogen und angenommen, dass die Arbeitsbefreiung von einem Gestaltungsakt des Arbeitgebers abhängt.<sup>283</sup>

Mit der ständigen Rechtsprechung und der herrschenden Literatur sind diese Einwände jedoch zurückzuweisen. Dem Informationsinteresse des Arbeitgebers hinsichtlich des Arbeitsausfalls wird durch die nebenvertragliche Ab- und Rückmeldepflicht des Betriebsratsmitglieds Genüge getan. Für die Notwendigkeit eines weitergehenden Zustimmungserfordernisses besteht deshalb kein Raum. Die angesprochene, umfassend zu gewährende Unabhängigkeit des Betriebsrats erfordert vielmehr, dass zunächst die Mitglieder beurteilen können, inwieweit für eine Betriebsratsaufgabe die Befreiung von der beruflichen Tätigkeit erforderlich ist. Der Arbeitgeber muss sich deshalb auf eine nachgeschaltete Kontrolle dessen verweisen lassen, wobei ihm mit Blick auf die Bewertung zumindest die Umstände der Arbeitsbefreiung durch die Ab- und Rückmeldepflichten bekannt sind.

#### *b. Freistellung gem. § 38 BetrVG*

§ 38 Abs. 1 BetrVG bestimmt hingegen, dass je nach der geltenden, dort aufgeführten Staffeln eine Anzahl gewisser Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen ist. Die Vorschrift dient dazu, Auseinandersetzungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über den konkreten Umfang der Betriebsrats Tätigkeit zu vermeiden und damit die Konzentration der

---

<sup>280</sup> BAG v. 21.03.2017 – 7 ABR 17/15, NZA 2017, 1014 Rn. 20; v. 29.06.2011 – 7 ABR 135/09, NZA 2012, 47 Rn. 19; v. 15.03.1995 – 7 AZR 643/94, NZA 1995, 961 f.; ErfK/Koch, § 37 BetrVG Rn. 5; Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 27; HWK/Reichold, § 37 BetrVG Rn. 12.

<sup>281</sup> BAG v. 29.06.2011 – 7 ABR 135/09, NZA 2012, 47 Rn. 19 ff. mwN.; Fitting, § 37 BetrVG Rn. 50 f. zum Umfang und Ausgestaltung der Pflicht.

<sup>282</sup> Vgl. Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 27 mwN.

<sup>283</sup> MünchHArbR/Krois, § 295 Rn. 20 unter Hinweis auf LAG Berlin v. 16.10.1995 – 9 TaBV 5/95, NZA-RR 1996, 368, 370, wobei die Notwendigkeit der Zustimmung nur bei „längere Zeit voraussehbaren oder abschätzbaren Arbeitsversäumnissen“ anzunehmen ist; ähnlich Schiefer/Pogge, DB 2012, 743.

Interessenvertretung auf die gesetzlichen Aufgaben zu ermöglichen.<sup>284</sup> Es soll zugleich eine Konzentration und Rationalisierung der Betriebsratsstätigkeit erreicht werden, da die mit der Arbeitsbefreiung verbundenen Schwierigkeiten vermieden werden, was letztlich auch der Kostenreduzierung dient.<sup>285</sup>

Freistellung ist also die allgemeine auf einen längeren Zeitraum bezogene Entbindung der Betriebsratsmitglieder von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung zum Zwecke der Erfüllung von Betriebsratsaufgaben.<sup>286</sup> Die Erforderlichkeit der Befreiung für die Erledigung von Aufgaben des Betriebsrats wird in diesem Fall also durch das Gesetz unwiderleglich vermutet. § 38 Abs. 1 BetrVG ist demnach in der gesetzlichen Konzeption die Konkretisierung des § 37 Abs. 2 BetrVG.<sup>287</sup> Sofern eine bestimmte Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer in einem Betrieb erreicht ist, gewährt § 38 Abs. 1 BetrVG damit einen Anspruch auf dauerhafte Freistellung. Anspruchsinhaber des Freistellungsanspruchs ist zunächst das gesamte Gremium, da erst noch die weitere Konkretisierung durch den Betriebsrat bzw. den Spruch der Einigungsstelle gemäß § 38 Abs. 2 BetrVG auf die einzelnen Mitglieder erfolgen muss.<sup>288</sup> Es ist deshalb zwischen einem kollektiven Freistellungsanspruch des Betriebsrats als Gremium und einem anschließenden individuellen Freistellungsanspruch des einzelnen Mitglieds des Betriebsrats zu unterscheiden.

## 2. Rechtsstellung der freigestellten Betriebsratsmitglieder

Die nach dem Modus des § 38 Abs. 2 BetrVG gewählten bzw. von der Einigungsstelle benannten Betriebsratsmitglieder erhalten demnach einen individuellen Anspruch auf Freistellung. Die Erfüllung des Freistellungsanspruchs bedarf – im Gegensatz zur Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 2 BetrVG – stets der Einverständniserklärung des Arbeitgebers.<sup>289</sup> Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 38 Abs. 2 S. 7 BetrVG und der Tatsache, dass nur der Arbeitgeber als

---

<sup>284</sup> So ausdrücklich die Begründung zum Regierungsentwurf in BT-Drucks. VI/1786, S. 41; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 559 f.; GK-BetrVG/*Weber*, § 38 BetrVG Rn. 1; *Richardi/Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 2; *Natzel*, NZA 2000, 77; *Vey*, BB 2022, 180.

<sup>285</sup> *MünchHArbR/Krois*, § 295 Rn. 116.

<sup>286</sup> BAG v. 26.07.1989 – 7 ABR 64/88, NZA 1990, 621, 622; *Fitting*, § 38 BetrVG Rn. 7; *Richardi/Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 5.

<sup>287</sup> BAG v. 22.05.1973 – 1 ABR 10/73, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 2; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 17.

<sup>288</sup> Vgl. *MünchHArbR/Krois*, § 295 Rn. 130 f.; *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 6 ff.

<sup>289</sup> BAG v. 22.10.2003 – 7 ABR 3/03, NZA 2004, 1052 f.; v. 15.12.2011 – 7 ABR 65/10, NZA 2012, 519 Rn. 15.

Gläubiger des Anspruchs auf Arbeitsleistung allein auf die Erfüllung generell verzichten kann.<sup>290</sup> Rechtsfolge der Erfüllung des individuellen Freistellungsanspruchs ist die Gleichstellung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht mit der ehrenamtlichen Tätigkeit als Betriebsratsmitglied. Der Arbeitnehmer ist nicht mehr zur Erfüllung seiner Pflichten aus dem konkreten Arbeitsvertrag angehalten, sondern es tritt vielmehr die betriebsverfassungsrechtliche Pflicht zur Betriebsratsarbeit an deren Stelle.<sup>291</sup> Das freigestellte Mitglied hat seine gesamte Arbeitskraft auf die Erledigung von Betriebsratsaufgaben zu richten bzw. sich dafür im Betrieb bereitzuhalten.<sup>292</sup> Aus diesem Grund ist das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und dem freigestellten Betriebsratsmitglied auch nicht ruhend gestellt. Die synallagmatischen Pflichten bestehen in unveränderter Form fort, so dass insbesondere die vertraglichen Nebenpflichten weiterhin zu beachten sind.<sup>293</sup> Ein entsprechendes Direktionsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem freigestellten Betriebsratsmitglied bezieht sich hingegen nicht auf die Tätigkeit als Betriebsrat.<sup>294</sup> Eine Zuweisung bestimmter Tätigkeiten kann allein durch den Betriebsrat als Gremium erfolgen.

### 3. Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder

Außer Frage steht, dass freigestellten Betriebsratsmitgliedern trotz der dauerhaften „Arbeitsversäumnis“ ein entsprechendes Entgelt bezahlt werden muss. Die rechtliche Konstruktion des weiterhin bestehenden Entgeltanspruchs ist hingegen umstritten.

#### a. Geltung des § 37 Abs. 2 BetrVG bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern

§ 37 Abs. 2 BetrVG ist mangels bestehender Arbeitspflicht grundsätzlich nicht auf nach § 38 Abs. 1 BetrVG dauerhaft freigestellte Betriebsratsmitglieder anwendbar.

---

<sup>290</sup> DKW/Wedde, § 37 BetrVG Rn. 46; Fitting, § 37 BetrVG Rn. 57; MünchHArbR/Krois, § 295 Rn. 142.

<sup>291</sup> Zuletzt etwa BAG v. 28.09.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335 Rn. 30; Richardi/Thüsing, § 38 BetrVG Rn. 52; MünchHArbR/Krois, § 295 Rn. 150; Natzel, NZA 2000, 77; Vey, BB 2022, 180, 184.

<sup>292</sup> Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 564; Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 39 mwN.

<sup>293</sup> BAG v. 21.03.2017 – 7 ABR 17/15, NZA 2017, 1014 Rn. 17; Fitting, § 38 BetrVG Rn. 77; Richardi/Thüsing, § 38 BetrVG Rn. 52 – jew. mwN.

<sup>294</sup> DKW/Wedde, § 37 BetrVG Rn. 38; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 9; MünchHArbR/Krois, § 295 Rn. 1; Vey, BB 2022, 180, 184.



Die Befreiung von der Arbeitspflicht nach § 37 Abs. 2 BetrVG ist für nach § 38 Abs. 1 BetrVG freizustellende Betriebsratsmitglieder – in Bezug auf die Arbeitsbefreiung – irrelevant, weil bereits keine Pflicht zur Ausübung der ursprünglichen Tätigkeit mehr besteht.<sup>295</sup> Ein ausdrücklicher Hinweis auf das Verbot der Entgeltminderung wie in § 37 Abs. 2 BetrVG fehlt in § 38 BetrVG hingegen. Lediglich in seinem Absatz 3 verweist § 38 BetrVG auf die „Weiterzahlung des nach § 37 Abs. 4 zu bemessenden Arbeitsentgelts“. Das genaue Verhältnis von § 38 BetrVG zu dem in § 37 Abs. 2 BetrVG festgelegten Verbot der Entgeltminderung und damit die Bemessungsgrundlage des Arbeitsentgelts eines vollständig freigestellten Betriebsratsmitglieds bleibt demnach offen.

*aa. Anwendbarkeit des § 37 Abs. 2 BetrVG*

Die Anwendbarkeit des § 37 Abs. 2 BetrVG auf freigestellte Betriebsratsmitglieder wird von der Rechtsprechung und nahezu der gesamten Literatur vollständig anerkannt.<sup>296</sup> So formuliert das BAG in den angeführten Urteilen, dass die Vorschrift des § 37 Abs. 2 BetrVG „für alle Betriebsratsmitglieder unabhängig von einer etwaigen Freistellung nach § 38 BetrVG gilt“.<sup>297</sup> Die sich anschließenden Verweise auf ältere Entscheidungen des Gerichts sind in Bezug auf diese Aussage jedoch nicht ohne Weiteres zutreffend. In der zitierten Entscheidung eines anderen Senats aus dem Jahr 2014 wird nur angeführt, dass „die Vergütungsfortzahlungspflicht“ für vollständig freigestellte Mitglieder gilt.<sup>298</sup> Die Geltung des § 37 Abs. 2 BetrVG wird nur mittelbar anerkannt. Die zusätzlich zitierte Entscheidung aus dem Jahr 1991 spricht davon, dass „das in dieser Vorschrift [§ 37 Abs. 2 BetrVG, Anm. d. Verf.] normierte Lohnfortzahlungsprinzip“ auch für freigestellte Betriebsratsmitglieder gilt.<sup>299</sup> In einer weiteren Entscheidung wird § 37 Abs. 2 BetrVG als „Grundregel für die Entgeltfortzahlung, nach der sowohl freigestellte als auch nichtfreigestellte Betriebsratsmitglieder zu behandeln sind“ bezeichnet.<sup>300</sup> Eine durchgängig konsequente Linie ist darin nicht ohne Weiteres erkennbar. Das BAG wendet vermehrt die Vorschrift des § 37 Abs. 2

---

<sup>295</sup> Lipp, Honorierung, S. 45.

<sup>296</sup> S. etwa BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 31; v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 12; DKW/Wedde, § 38 BetrVG Rn. 73; Fitting, § 38 BetrVG Rn. 85; GK-BetrVG/Weber, § 38 BetrVG Rn. 97; Richardi/Thüsing, § 38 BetrVG Rn. 60.

<sup>297</sup> BAG v. 14.10.2020 – 7 AZR 286/18, NZA 2021, 869 Rn. 27.

<sup>298</sup> BAG v. 18.02.2014 – 3 AZR 568/12, BeckRS 2014, 68286 Rn. 26.

<sup>299</sup> BAG v. 18.09.1991 – 7 AZR 41/90, NZA 1992, 937.

<sup>300</sup> BAG v. 10.07.2013 – 7 ABR 22/12, NZA 2013, 1221 Rn. 19.

BetrVG an, immer aber jedenfalls das Prinzip der Lohnfortzahlung. Weitere Stimmen in der Literatur sehen in § 37 Abs. 2 BetrVG „die Grundnorm jeder Befreiung von der beruflichen Tätigkeit“ und wenden deshalb die Vorschrift an.<sup>301</sup> Andere verzichten auf eine direkte Anwendung des § 37 Abs. 2 BetrVG, gehen aber von einer (entsprechenden) Geltung des Regelungskonzepts aus.<sup>302</sup>

#### *bb. Keine Anwendbarkeit des § 37 Abs. 2 BetrVG*

Die Anwendbarkeit des § 37 Abs. 2 BetrVG auf freigestellte Betriebsratsmitglieder wird vereinzelt abgelehnt. § 38 BetrVG sei demnach in seiner Verweisung in Absatz 3 auf § 37 Abs. 4 BetrVG abschließend. Es sei deshalb anhand des nach § 37 Abs. 4 BetrVG weiterentwickelten Arbeitsvertrags zu ermitteln, ob ein Anspruch auf den Entgeltbestandteil bestehe.<sup>303</sup> Es sei fiktiv nachzuvollziehen, wie sich das Entgelt – mit seinen Bestandteilen – im Laufe der Zeit entwickelt hätte.<sup>304</sup> Zum Teil wird auch auf den Wortlaut des § 38 Abs. 3 BetrVG verwiesen, der von der „Weiterzahlung des nach § 37 Abs. 4 zu bemessenden Arbeitsentgelts“ spreche und sich die Fortzahlung also alleine daraus ergebe.<sup>305</sup> Einzig *Glock* erkennt einen von den betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften völlig unabhängigen Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts. § 37 Abs. 4 BetrVG führe nur zu einer Weiterentwicklung der Bemessungsgrundlage, führe aber keinesfalls zu einer gänzlichen Orientierung des gesamten Entgelts an vergleichbaren Arbeitnehmern.<sup>306</sup>

#### *cc. Stellungnahme*

Mit der Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur ist das in § 37 Abs. 2 BetrVG normierte Verbot der Entgeltminderung und das Entgeltausfallprinzip auf freigestellte Betriebsratsmitglieder anzuwenden. Der anderslautenden Meinung ist darin Recht zu geben, dass § 37 Abs. 2 BetrVG nicht

---

<sup>301</sup> So der Wortlaut bei GK-BetrVG/*Weber*, § 38 BetrVG Rn. 97; im Übrigen auch BeckOK-ArbR/*Mauer*, § 38 BetrVG Rn. 11; *Esser*, Begünstigung, S. 33; *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 32 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 132; *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 57.

<sup>302</sup> DKW/*Wedde*, § 38 BetrVG Rn. 10; ErfK/*Koch*, § 38 BetrVG Rn. 10; *Fitting*, § 38 BetrVG Rn. 85; HWK/*Reichhold*, § 38 BetrVG Rn. 24; Richardi/*Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 56; *Lipp*, Honorierung, S. 44 ff.

<sup>303</sup> *Aden*, RdA 1980, 256, 258.

<sup>304</sup> *Kehrmann*, FS Wlotzke, S. 357, 362.

<sup>305</sup> *Knipper*, Arbeitsverhältnis des freigestellten Betriebsratsmitglieds, S. 28 ff.

<sup>306</sup> HWGNRH/*Glock*, § 38 BetrVG Rn. 65.

vollständig gelten kann, da die Norm eine Einschränkung nach der Erforderlichkeit vorsieht, wobei diese in den Fällen des § 38 Abs. 1 BetrVG generell vermutet wird. Die Systematik der beiden Vorschriften zueinander lässt aber dennoch den Rückschluss zu, dass § 37 BetrVG in Bezug auf die Vergütung von Betriebsräten allgemeine Grundsätze aufstellt.<sup>307</sup> Wie *Schlamp* zutreffend feststellt, wird diese Systematik etwa in Bezug auf das Unentgeltlichkeitsprinzip des Absatzes 1 oder etwa auf die Schulungsteilnahme (Absatz 6 und 7) nicht bezweifelt.<sup>308</sup> Sinn und Zweck der Freistellungen ist es – wie zuvor aufgezeigt allein –, die Erforderlichkeit der Arbeitsbefreiung pauschal zu vermuten und damit Streitigkeiten zwischen den Betriebsparteien über deren Bemessung im konkreten Einzelfall zu vermeiden.<sup>309</sup> Ein grundsätzlich verändertes Konzept der Vergütung von freigestellten Betriebsratsmitgliedern ist hingegen nicht von der Regelung vorgesehen.

Allein die Bemessung des Entgelts über die in § 38 Abs. 3 BetrVG in Bezug genommene Vorschrift des § 37 Abs. 4 BetrVG überzeugt nicht. § 38 Abs. 3 BetrVG erweitert lediglich den Bemessungszeitraum, bezieht sich jedoch nicht generell auf die Anwendbarkeit von Vorschriften. § 37 Abs. 4 BetrVG bezweckt in Ausprägung des allgemeinen Benachteiligungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG, dass die Betriebsratsmitglieder in der Entgeltentwicklung keine Nachteile erleiden.<sup>310</sup> Die Anpassung des gesamten Arbeitsentgelts an vergleichbare Arbeitnehmer sieht das Gesetz nicht vor, sondern einen Anspruch auf Erhöhung des Entgelts in dem Umfang, in dem das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steigt.<sup>311</sup> Anknüpfungspunkt für die Entgeltbemessung muss daher grundsätzlich das nach dem ursprünglichen Arbeitsvertrag geschuldete Arbeitsentgelt sein, welches hinsichtlich der Entwicklung nach § 37 Abs. 4 BetrVG anzupassen ist. Das Entgeltausfallprinzip ist deshalb – trotz der noch aufzuzeigenden Schwierigkeiten der hypothetischen Entgeltbemessung bei langjähriger Freistellung – auch im Fall des § 38 BetrVG anzuwenden.

---

<sup>307</sup> Vgl. *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 41 f.

<sup>308</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 130 f.

<sup>309</sup> Vgl. unter Kapitel I A. IV. 1. b.

<sup>310</sup> In diesem Sinne auch *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 57.

<sup>311</sup> BAG v. 18.05.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 18; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 131.

### b. Voraussetzung für Entgeltfortzahlung

Die gemäß § 38 BetrVG dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitglieder sind unabhängig von anfallender und erforderlicher Betriebsratsarbeit generell von der Arbeitspflicht entbunden. Wie bereits zuvor erwähnt, bedeutet die Befreiung von der Arbeitspflicht jedoch nicht, dass keinerlei Anforderungen an die Tätigkeit gestellt werden. Sofern die Erfüllung besonderer Betriebsratsaufgaben nicht etwas anderes verlangt, haben sich die freigestellten Mitglieder des Betriebsrats am Sitz des Betriebsrats zur alleinigen Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben bereitzuhalten.<sup>312</sup> Freigestellte Betriebsratsmitglieder müssen „*als gesetzliche Rechtsfolge der Freistellung*“ deshalb grundsätzlich während der Anwesenheit im Betrieb nicht nachweisen, dass sie Betriebsratsarbeit leisten.<sup>313</sup>

Umstritten sind hingegen die Auswirkungen, wenn ein Betriebsratsmitglied während der Freistellung nicht mit der Betriebsratsarbeit zusammenhängende Aufgaben ausführt. Rechtsprechung und überwiegende Literatur lassen in diesem Fall den Anspruch auf Arbeitsentgelt mangels „*beruflicher Arbeitsleistung*“ entfallen.<sup>314</sup> Nach anderer Auffassung ist der Arbeitgeber auch dann zur Entgeltzahlung verpflichtet, wenn das freigestellte Betriebsratsmitglied während der maßgeblichen Arbeitszeit an sich zu leistende Betriebsratsarbeit nicht erbringt.<sup>315</sup> *Glock* begründet seine letztgenannte Ansicht mit der ansonsten unzulässigen Vermengung von betriebsverfassungsrechtlichen und arbeitsvertraglichen Pflichten. Das freigestellte Betriebsratsmitglied sei demnach von seiner beruflichen Pflicht befreit. An diese Stelle trete die betriebsverfassungsrechtliche Amtspflicht zur Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben. Diese Amtspflicht beruhe wiederum auf dem Gesetz, so dass der Arbeitgeber keinen vertraglichen Anspruch auf Erfüllung der Betriebsratsaufgaben habe.<sup>316</sup> In Übereinstimmung mit den Autoren des *Fitting* ist jedoch zu werten, dass die Freistellung normativ nur zweckgebunden zur Erfüllung der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben erfolgt. Der Arbeitgeber ist demnach

---

<sup>312</sup> BAG v. 10.07.2013 – 7 ABR 22/12, NZA 2013, 1221 Rn. 18 ff.

<sup>313</sup> BAG v. 24.02.2016 – 7 ABR 20/14, NZA 2016, 831 Rn. 14; v. 28.09.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335 Rn. 30.

<sup>314</sup> BAG v. 19.05.1983 – 6 AZR 290/81, NJW 1983, 2720; v. 28.09.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335 Rn. 30; *Fitting*, § 38 BetrVG Rn. 79; GK-BetrVG/*Weber*, § 38 BetrVG Rn. 92; *Richardi/Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 59.

<sup>315</sup> HWGNRH/*Glock*, § 38 BetrVG Rn. 62.

<sup>316</sup> HWGNRH/*Glock*, § 38 BetrVG Rn. 62.

zur Entgeltfortzahlung verpflichtet, wenn jener „*Freistellungszweck*“ erfüllt, das heißt Betriebsratsstätigkeit erbracht bzw. sich dafür bereitgehalten wird.<sup>317</sup>

#### 4. Freistellungen über die Staffel des § 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG hinaus

Wie zuvor dargestellt, gibt § 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG eine Staffel für die pauschale Freistellung von Betriebsratsmitgliedern vor, und es besteht in diesem Fall eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung für die Erforderlichkeit der Betriebsratsstätigkeit. Die Staffel legt jedoch nur eine Mindestzahl der freizustellenden Mitglieder fest, wobei der Gesetzgeber die Staffel großzügig bemessen hat.<sup>318</sup> Der Betriebsrat kann als Gremium die vollständige Freistellung weiterer Mitglieder auf Grundlage des § 37 Abs. 2 BetrVG – der an sich nur eine anlassbezogene Arbeitsbefreiung gewährt – verlangen, wenn dies erforderlich ist, um die ihm nach dem Gesetz obliegenden Aufgaben ordnungsgemäß zu erledigen.<sup>319</sup> Es handelt sich dann um eine Art „*Daueranlass*“ wegen des erhöhten Aufgabenumfangs. Die vollständige Arbeitsbefreiung muss in diesem Fall zur Durchführung der Aufgaben erforderlich sein.

Die Erforderlichkeit bestimmt sich auch im Fall einer vollständigen Freistellung auf Grundlage des § 37 Abs. 2 BetrVG danach, ob unter Berücksichtigung des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit und bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände diese Arbeitsbefreiung für notwendig gehalten werden darf.<sup>320</sup> Es ist also festzustellen und durch den Betriebsrat zu beweisen, ob aus der Sicht eines objektiven Dritten ein solcher Arbeitsanfall, der über das von § 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG abdeckte Maß hinausgeht, zu verzeichnen ist.<sup>321</sup> Sofern dem Betriebsrat dieser Nachweis gelingt, ihm also der kollektive Anspruch zusteht, sind entsprechend des in § 38 Abs. 2 BetrVG vorgesehenen Verfahrens die Freistellungsansprüche auf die einzelnen Mitglieder des Betriebsrats

---

<sup>317</sup> *Fitting*, § 38 BetrVG Rn. 79.

<sup>318</sup> HWK/*Reichold*, § 38 BetrVG Rn. 9.

<sup>319</sup> BAG v. 21.03.2017 – 7 ABR 17/15, NZA 2017, 1014 Rn. 20.

<sup>320</sup> *Fitting*, § 38 BetrVG Rn. 19; GK-BetrVG/*Weber*, § 38 BetrVG Rn. 42 ff.;

MünchHArbR/*Krois*, § 295 Rn. 14; Richardi/*Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 17; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 43.

<sup>321</sup> Vgl. etwa BAG v. 09.10.1973 – 1 ABR 29/73, NZA 1974, 471; v. 26.07.1989 – 7 ABR 64/88, NZA 1990, 621; v. 26.06.1996 – 7 ABR 48/95, NZA 1997, 58.

umzuwandeln.<sup>322</sup> Aufgrund der großzügigen Berechnung des Gesetzgebers ist an den Nachweis der Erforderlichkeit ein strenger Maßstab anzulegen.<sup>323</sup>

Gemäß § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG können durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung abweichende Freistellungsregelungen getroffen werden. In diesem Fall wird abweichend von § 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht auf gesetzlicher, sondern kollektivvertraglicher Grundlage die Erforderlichkeit der Arbeitsbefreiung vermutet. Die Parteien des Kollektivvertrags erhalten damit im Wege der Vereinbarung die Möglichkeit, mehr Betriebsräte freizustellen, als es das Gesetz vorsieht. Grenze dieser zusätzlichen Freistellungsmöglichkeit ist hingegen die nach § 78 S. 2 BetrVG verbotene Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern. Ein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot liegt immer dann vor, wenn einem Mitglied des Gremiums wegen seiner Amtstätigkeit ein Sondervorteil gewährt wird.<sup>324</sup> Dies ist der Fall, wenn ein vergleichbarer Arbeitnehmer diesen Vorteil nicht erhalten würde.<sup>325</sup>

Wie *Bayreuther* zutreffend feststellt, trifft dies grundsätzlich auf eine Vergütung zu, die dem Betriebsrat für eine nicht notwendige Arbeitsversäumnis auf Grundlage des § 37 Abs. 2 BetrVG gezahlt wird bzw. wenn das Mitglied ohne Anlass einer notwendigen Arbeitsversäumnis von jeder Arbeitsleistung freigestellt wird.<sup>326</sup> Diese Grundannahme gilt konsequent auch für die Parteien des Kollektivvertrags, obwohl darin nicht unmittelbar ein individueller Freistellungsanspruch eines einzelnen Mitglieds, sondern zunächst der Kollektivanspruch begründet wird, denn die Bindung an das Gesetz herrscht auch in diesem Fall.<sup>327</sup> Über die Staffel des § 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG hinaus sind demnach nur zusätzliche Freistellungen zulässig, sofern sie „sachnotwendig, zumindest aber sachgerecht sind“.<sup>328</sup> Im Umkehrschluss zu dem zuvor dargestellten Anspruch auf zusätzliche Freistellung bei bewiesener Erforderlichkeit ist jedoch nicht ein solch strenger Kontrollmaßstab anzulegen, weil ansonsten § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG ohne Anwendungsbereich

---

<sup>322</sup> *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 52 f.

<sup>323</sup> Vgl. HWK/*Reichold*, § 38 BetrVG Rn. 9.

<sup>324</sup> *Fitting*, § 78 BetrVG Rn. 22.

<sup>325</sup> Vgl. oben unter Kapitel 1 A. III. 4. b. cc.

<sup>326</sup> *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 431.

<sup>327</sup> *Bayreuther*, NZA 2019, 430; aA hingegen *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 561.

<sup>328</sup> *Bayreuther*, NZA 2019, 430.

bliebe, da der Betriebsrat unabhängig davon weitere Freistellungen durchsetzen könnte. Den Parteien kommt also ein Beurteilungsspielraum bei der Bewertung des Umfangs der Aufgaben und des Inhalts der Betriebsratsarbeit zu. Es handelt sich hierbei letztlich um eine Prognoseentscheidung, die immer mit einem gewissen Maß an Unsicherheit einhergeht.<sup>329</sup> Die Parteien müssen sich dabei auf plausible und sachlich begründete Annahmen stützen, so dass die Ausweitung der Freistellungen nicht unangemessen erscheint.<sup>330</sup>

Sofern eine anderweitige Regelung durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung getroffen wurde, ist jedoch im Umkehrschluss davon auszugehen, dass diese vorläufig abschließend ist.<sup>331</sup> Will der Betriebsrat in diesem Fall auf Grundlage des § 37 Abs. 2 BetrVG weitere Freistellungen durchsetzen, so trifft ihn nach richtiger Auffassung eine erhöhte Darlegungslast, da er zugleich die Möglichkeit hätte, die Betriebsvereinbarung zu kündigen.<sup>332</sup>

## ***V. Zusammenfassung***

Im Vordergrund des Abschnitts A. dieses ersten Kapitels stand die Systematik der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern. Das Betriebsverfassungsgesetz gestaltet das Betriebsratsamt wie seine geschichtshistorischen Vorgängerregelungen uneingeschränkt als unentgeltliches Ehrenamt. Die gesetzliche Konzeption soll in erster Linie die unabhängige Amtsführung gewährleisten und insbesondere durch den Grundsatz der Unentgeltlichkeit strenge Grenzen an die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern setzen. Denjenigen, die Kritik am strikten Unentgeltlichkeitsprinzip üben, ist darin zuzustimmen, dass sich die tatsächlichen Umstände in den Unternehmen, vor allem aus betriebsverfassungsrechtlicher Perspektive, mit der Zeit stark verändert haben und auch künftig Veränderungen zu erwarten sind. Die Arbeit des Betriebsrats ist in gewissen Großunternehmen von einem hohen Grad an Professionalität und Kontinuität geprägt. Mitglieder des Betriebsrats werden teilweise über mehrere Amtszeiten hinweg freigestellt und übernehmen zusätzlich als Mitglieder des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats wichtige Positionen innerhalb des Unternehmens, die sich zum Teil auch zu

---

<sup>329</sup> Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 45 f.

<sup>330</sup> Bayreuther, NZA 2019, 430, 431.

<sup>331</sup> DKW/Wedde, § 38 BetrVG Rn. 31; Fitting, § 38 BetrVG Rn. 33; GK-BetrVG/Weber, § 38 BetrVG Rn. 46.

<sup>332</sup> Richardi/Thüsing, § 38 BetrVG Rn. 26.

operativen Fragen offensiv äußern. Diese Entwicklung lässt nach dem aufgezeigten Ergebnis nicht den Rückschluss darauf zu, dass eine gelockerte Auslegung des Unentgeltlichkeitsprinzips angebracht ist. Es gilt, in diesem Punkt das Betriebsverfassungsgesetz – unabhängig von der rechtspolitischen Bewertung der Reformbedürftigkeit – ernstzunehmen. Gerade im Zusammenspiel mit dem allgemeinen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG ist den Betriebsräten „nur“ ihr individuelles Arbeitsentgelt zu zahlen.

## **B. Entgeltbemessung nach dem Lohnausfallprinzip gem. § 37 Abs. 2 BetrVG**

§ 37 Abs. 2 BetrVG hält, wie aufgezeigt, den arbeitsvertraglichen Vergütungsanspruch des Betriebsratsmitglieds für die Zeit der Arbeitsversäumnis aufrecht. Zugleich bestimmt die Vorschrift, dass das Arbeitsentgelt für diese Zeit nicht gemindert werden darf. Das damit aufgestellte Lohnausfallprinzip zielt im Rahmen einer hypothetischen Betrachtung darauf ab, „*dass dem Betriebsratsmitglied das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen ist, das es verdient hätte, wenn es keine Betriebsratstätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte*“.<sup>333</sup>

### ***I. Arbeitsentgelt im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG***

Zu dem fortzuzahlenden Arbeitsentgelt im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG gehört das eigentliche Arbeitsentgelt; dazu gehören aber auch die bei Arbeitsleistung anfallenden Nebenbezüge, wie etwa besondere Zuschläge und sonstige allgemeine Zuwendungen. Insgesamt besteht eine Vielzahl an Gehaltsformen und Berechnungsweisen. Das Arbeitsentgelt kann sich beispielsweise bei einer zeit- oder erfolgsbasierten Vergütung erheblich unterscheiden. Die Definition dessen, was unter diese Kategorien fällt und wie die konkrete Berechnung vorzunehmen ist, kann grundsätzlich mangels Dispositivität und tarifvertraglicher Öffnungsklausel nicht durch Tarifvertrag oder sonstige Kollektivvereinbarung modifiziert werden.<sup>334</sup> Im Rahmen dieser Darstellung sollen die wichtigsten Fallgruppen des § 37 Abs. 2 BetrVG untersucht werden.

---

<sup>333</sup> BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 31; v. 18.05.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 14 – jew. mwN.

<sup>334</sup> Vgl. BAG v. 13.07.1994 – 7 AZR 477/93, NZA 1995, 588, 590; DKW/*Wedde*, § 37 BetrVG Rn. 50; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 57; weiterhin zur Dispositivität der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsregelungen in Kapitel 2.



### 1. Grundsatz

Arbeitsentgelt ist generell jedweder materieller Vorteil, der durch das Arbeitsverhältnis veranlasst ist. Der Vorteil wird an den Arbeitnehmer als Zuwendungsempfänger im Gegenzug für die Zurverfügungstellung der eigenen Arbeitskraft gewährt.<sup>335</sup> Das Arbeitsentgelt als Zuwendung muss nicht automatisch auf einer arbeitsvertraglichen Anspruchsgrundlage beruhen, sondern kann etwa auch in einer freiwilligen Leistung des Arbeitgebers bestehen.<sup>336</sup>

### 2. Abgrenzung zur Aufwandsentschädigung

Das Arbeitsentgelt im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG ist von Aufwandsentschädigungen abzugrenzen. Eine dritte Kategorie arbeitgeberseitiger Zahlungen besteht nicht.<sup>337</sup> Aufwandsentschädigungen werden ebenfalls auf Grundlage des Arbeitsverhältnisses getätigt, sie sollen jedoch nur einen Mehraufwand des Arbeitnehmers ausgleichen und verfolgen dem Grundsatz nach keine Vergütungsfunktion.<sup>338</sup> Aufwendungen dieser Art sind keine Gegenleistungen für die Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung, sondern decken einen damit einhergehenden Mehrbedarf ab; Aufwandsentschädigungen sind etwa sogenannte Schmutzzulagen für die intensive Reinigung der Arbeitskleidung. Während der Zeit der Arbeitsversäumnis entstehen dem Betriebsratsmitglied keine derartigen durch die Tätigkeit notwendig gewordenen Aufwendungen. Aufwandsentschädigungen dürfen deshalb mangels „Entgeltcharakters“ für die Zeit der betriebsratsbedingten Arbeitsversäumnis nicht mehr auf Grundlage des § 37 Abs. 2 BetrVG gewährt werden.<sup>339</sup> In der Gewährung einer Aufwandsentschädigung für Zeiten der betriebsratsbedingten Arbeitsversäumnis läge ansonsten eine unzulässige Begünstigung im Sinne von § 78 S. 2 BetrVG.

---

<sup>335</sup> MüKoBGB/*Spinner*, § 611a BGB Rn. 614 ff.

<sup>336</sup> *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 65.

<sup>337</sup> BAG v. 13.07.1994 – 7 AZR 477/93, NZA 1995, 588, 589; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 152; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 244.

<sup>338</sup> Vgl. etwa BAG v. 13.07.1994 – 7 AZR 477/93, NZA 1995, 588, 589; *Beule*, Stellung des gelegentlich befreiten Betriebsratsmitglieds, S. 75; *Rieble*, NZA 2008, 276, 277.

<sup>339</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 138; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 80; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 37/38.

a. *Abgrenzung der Aufwandsentschädigung zum Aufwendungsersatz nach § 40 Abs. 1 BetrVG*

Die Aufwandsentschädigung ist von dem betriebsverfassungsrechtlichen Aufwendungsersatz nach § 40 Abs. 1 BetrVG abzugrenzen. Nach dieser Norm hat der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten zu tragen. Zu diesen Kosten gehören unbestritten solche Aufwendungen, die dem Betriebsrat und seinen Mitgliedern gerade durch die Amtstätigkeit entstehen. Der Arbeitgeber hat die Kosten zu tragen, sofern sie denn erforderlich waren. Die Erforderlichkeit wird bejaht, wenn die Aufwendung nach gewissenhafter Abwägung aller Umstände zum Zeitpunkt der Verursachung als gerechtfertigt angesehen werden konnte, weil ansonsten die Betriebsratstätigkeit nicht unbedeutend behindert worden wäre.<sup>340</sup> Der Aufwendungsersatz nach § 40 Abs. 1 BetrVG kann kein Arbeitsentgelt im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG sein, da er allein aufgrund der Betriebsratstätigkeit und gerade nicht aufgrund der Arbeitsleistung erbracht wird. Zur Abgrenzung ist deshalb immer auf den Entstehungsgrund der Aufwendungen und den Zusammenhang mit dem Betriebsratsamt abzustellen.<sup>341</sup>

b. *Bestimmung der Aufwandsentschädigung*

Die Zahlung unterfällt nicht dem Lohnausfallprinzip, wenn es sich bei der Leistung um eine Aufwandsentschädigung im oben beschriebenen Sinne und nicht um einen Teil des geschuldeten Entgelts handelt.<sup>342</sup> Üblicherweise wird für typische Aufwendungen auf das Wegegeld oder die Beköstigungszulage verwiesen. Eine Aufwendung in diesem Sinne liegt nicht vor, wenn die konkrete Aufwandsentschädigung stattdessen der Verbesserung des Lebensstandards des Arbeitnehmers dient und dieser insoweit keine tatsächlich entstehenden Aufwendungen gegenüberstehen.<sup>343</sup> Die Abgrenzung ist also danach vorzunehmen, ob die Zahlung nach ihrem objektiv zu bestimmenden Zweck einen konkret entstehenden Mehraufwand abdecken soll oder nur zur allgemeinen Erhöhung des

---

<sup>340</sup> BAG v. 19.04.1989 – 7 ABR 87/87, NZA 1989, 936; *Fitting*, § 40 BetrVG Rn. 9 mwN.

<sup>341</sup> Vgl. insbesondere BAG v. 23.06.2010 – 7 ABR 103/08, NZA 2010, 1298 zur Kostenerstattung wegen Pflichtenkollision eines alleinerziehenden Betriebsratsmitglieds in Teilzeit, welches zur Erfüllung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben den Ersatz von Kinderbetreuungskosten während der auswärtigen Betriebsratstätigkeit verlangte; vgl. ausfl. und krit. *Esser*, Begünstigung, S. 65 ff., der die Konstruktion über § 78 S. 2 BetrVG bevorzugt.

<sup>342</sup> HWGNRH/*Glock*, § 37 BetrVG Rn. 61; HWK/*Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 16.

<sup>343</sup> GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 80; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 153.

Entgelts bestimmt ist.<sup>344</sup> Sofern ein Mehraufwand des Arbeitnehmers typischerweise nicht festgestellt werden kann, es sich also um eine (versteckte) Entgeltzahlung handelt, muss der Entgeltbestandteil auch für die Zeit der Arbeitsversäumnis gezahlt werden. Dies gilt auch, wenn die Zahlung etwa nicht nur den erhöht auftretenden Mehraufwand aufwiegen soll, sondern auch dem Ausgleich besonderer körperlicher oder psychischer Belastungen dient.<sup>345</sup>

*c. Bestimmung der Aufwandsentschädigung bei Pauschalierung*

Besondere Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Arbeitsentgelt und Aufwandsentschädigung können auftreten, wenn der Arbeitgeber die Mehraufwendungen pauschal abgilt. Sinn der Pauschalierung ist es, den Arbeitnehmer vom Nachweis des konkret entstandenen Aufwands zu befreien und stattdessen eine Zahlung vorzunehmen, die nach allgemeiner Erfahrung den entsprechenden Mehraufwand abbildet.<sup>346</sup> Die Belastungen werden nicht mehr nach konkretem Anfall vergütet. Antrieb und Rechtfertigung einer solchen Gestaltung ist zumeist aber auch die Rationalisierung des Verwaltungsaufwands. Voraussetzung einer zulässigen Pauschalzahlung sind bestehende Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, die dann grundsätzlich pauschaliert werden können. Die entsprechenden Zahlungen müssen wiederkehrend und regelmäßig auftreten, damit die Vereinfachungsfunktion der Pauschalierung ihre Wirkung entfalten kann. Der Arbeitgeber kann die Mehraufwendungen nach überzeugender Meinung pauschalieren, ohne dass automatisch ein Arbeitsentgelt im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG vorliegt, sofern die Höhe der Pauschale den tatsächlichen Aufwendungen entspricht.<sup>347</sup> Übertrifft die Pauschale hingegen die üblicherweise auftretenden Mehraufwendungen und kann der Arbeitnehmer sie frei verwenden, kommt ihr insoweit eigene Vergütungsfunktion zu. Sie ist infolgedessen auch den Betriebsratsmitgliedern zu gewähren.<sup>348</sup>

---

<sup>344</sup> BAG v. 05.04.2000 – 7 AZR 213/99, NZA 2000, 1174; *Lipp*, Honorierung, S. 105; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 139; *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 66; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 244 f.

<sup>345</sup> BAG v. 05.04.2000 – 7 AZR 213/99, NZA 2000, 1174, 1175; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 67; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 34.

<sup>346</sup> BAG v. 28.08.1991 – 7 AZR 137/90, NZA 1992, 709, 710.

<sup>347</sup> Bereits zum Kontrollratsgesetz Nr. 22 BAG v. 09.11.1955 – 1 AZR 329/54, NJW 1956, 158 f.; in diesem Sinne auch *Lipp*, Honorierung, S. 105 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 185; *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 57, 58; vgl. dazu auch Kapitel 1 B. III. 3. b.

<sup>348</sup> Vgl. dazu BAG v. 05.04.2000 – 7 AZR 213/99, NZA 2000, 1174, 1175.

Die Möglichkeit der Pauschalierung des betriebsverfassungsrechtlichen Aufwendungsersatzes gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG ist hingegen umstritten. Das BAG befürwortete die Zulässigkeit der Pauschalierung des Aufwendungsersatzes, wenn die Pauschale „*im großen und ganzen, den tatsächlichen Aufwendungen*“ entspreche.<sup>349</sup> Einer teilweisen Begünstigung des Betriebsratsmitglieds stünde die Möglichkeit einer Benachteiligung entgegen. Die Literatur hat sich überwiegend für die Zulässigkeit der Pauschalierung des Aufwendungsersatzes ausgesprochen, sofern sich diese an den tatsächlichen Aufwendungen orientiere und nicht zu einer Begünstigung des Betriebsratsmitglieds führe.<sup>350</sup> Die Zulässigkeit jener Vorgehensweise dürfte jedoch mit anderen Stimmen der Literatur abzulehnen sein.<sup>351</sup> Das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG sieht keine Bagatellgrenze oder Ähnliches vor. Die Annahme, dass der pauschale Aufwendungsersatz im Mittel einen ordnungsgemäßen Ausgleich zwischen Begünstigung und Benachteiligung ergebe<sup>352</sup>, widerspricht damit der gesetzlichen Regelung. Zugleich ist das Prinzip der Unentgeltlichkeit streng auszulegen, so dass auch eine geringe Abweichung nicht zulässig ist.

## ***II. Berechnung des Arbeitsentgelts nach dem Lohnausfallprinzip***

Das Lohnausfallprinzip zielt im Rahmen einer hypothetischen Betrachtung darauf ab, dass dem Betriebsratsmitglied das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen ist, das es verdient hätte, wenn es keine Betriebsrats Tätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte. In diesem Zusammenhang wird erneut die Differenzierung zwischen den Vorschriften des § 37 Abs. 2 und 4 BetrVG relevant. § 37 Abs. 2 BetrVG gewährt die Zahlung des vereinbarten Arbeitsentgelts für die Zeit der Arbeitsversäumnis. § 37 Abs. 4 BetrVG bestimmt hingegen einen Anspruch auf Erhöhung dieses Entgelts in dem Umfang, in dem das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steigt. Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer bei der Gewährung von Zeitlohn so zu behandeln, als hätte keine Arbeitsversäumnis

---

<sup>349</sup> BAG v. 09.11.1955 – 1 AZR 329/54, NJW 1956, 158, 159.

<sup>350</sup> DKW/Wedde, § 40 BetrVG Rn. 12; Fitting, § 40 BetrVG Rn. 41; GK-BetrVG/Weber, § 40 BetrVG Rn. 33 mwN.; HWK/Reichold, § 40 BetrVG Rn. 9; Bayreuther, NZA 2013, 758, 760; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753, 756.

<sup>351</sup> WPK/Kreft, § 40 BetrVG Rn. 23; Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 158 f.; Esser, Begünstigung, S. 72; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 255; Rieble, NZA 2008, 276, 277.

<sup>352</sup> BAG v. 09.11.1955 – 1 AZR 329/54, NJW 1956, 158, 159; GK-BetrVG/Weber, § 40 BetrVG Rn. 33; Moll/Roebbers, NZA 2012, 57, 58.

vorgelegen. Wird ein Leistungslohn gewährt, muss hypothetisch bestimmt werden, was das Betriebsratsmitglied ohne die Arbeitsversäumnis verdient hätte.<sup>353</sup> Die konkrete Entgeltberechnung kann sich dann im Rahmen der vorzunehmenden hypothetischen Betrachtung wegen verschiedenster zu beachtender Umstände als äußerst schwierig erweisen, da Anhaltspunkte für die prognostizierte Arbeitsleistung zumeist fehlen.

### *1. Hypothetische Bewertung*

Es ist eine Prognose hinsichtlich der hypothetischen Arbeitsleistung vorzunehmen. Bei einer teilweisen Arbeitsbefreiung kann sich die Entgeltbemessung für alle Entgeltbestandteile wegen der Nähe zur ursprünglichen Arbeitstätigkeit an den Leistungen und sonstigen betrieblichen Umständen im Betrieb des Betriebsratsmitglieds orientieren.<sup>354</sup> Die freigestellten Betriebsratsmitglieder entfernen sich insbesondere bei länger andauernden Freistellungen zunehmend von ihrer ursprünglichen Arbeitstätigkeit, und so lassen sich auch keine aktuellen Leistungsdaten heranziehen, so dass sich die Frage stellt, anhand welcher Indizien beurteilt werden muss, ob und in welcher Höhe das Betriebsratsmitglied die verschiedenen Entgeltbestandteile erhalten hätte. Allein die Tatsache, dass das Betriebsratsmitglied etwa aufgrund seiner Amtstätigkeit keine Nacht- oder Samstagsarbeit geleistet hat, steht dem Anspruch auf die entsprechenden Zuschläge nicht entgegen.<sup>355</sup>

Es würde der Systematik zwischen § 37 Abs. 2 und 4 BetrVG nicht entsprechen, wenn stets auf andere, vergleichbare Arbeitnehmer und deren Durchschnittswerte abgestellt werden würde. Das Entgeltausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG verlangt vielmehr einen individuellen Ansatz unter Berücksichtigung aller zur Verfügung stehenden Parameter.<sup>356</sup> Es ist das Entgelt zu bestimmen, das das Betriebsratsmitglied erhalten hätte, wenn es seine ursprüngliche Tätigkeit fortgesetzt hätte, nicht das, was der Durchschnitt verdient.<sup>357</sup> Auf die Tätigkeit anderer, vergleichbarer Arbeitnehmer kann indiziell abgestellt werden, wenn sich

---

<sup>353</sup> GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 13, 66 ff.

<sup>354</sup> Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 137.

<sup>355</sup> BAG v. 13.07.1994 – 7 AZR 477/93, NZA 1995, 588, 589; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 76 mwN.

<sup>356</sup> So etwa für den Umsatz und die Zielerreichung maßgebliche Umstände wie Kundenstruktur, Marktlage und frühere Leistung, vgl. GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 75.

<sup>357</sup> Sturm, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 66.

keine anderen Anhaltspunkte ergeben.<sup>358</sup> Die genauen Kriterien der Entgeltbestimmung sind nicht für alle Entgeltbestandteile einheitlich zu bestimmen, es kommt vielmehr auf die jeweilige Ausgestaltung und Besonderheiten an.<sup>359</sup> Nach Ausschöpfung aller Kriterien kann die hypothetische Vergütung gegebenenfalls im Wege einer Schätzung nach den Grundsätzen des § 287 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) vorgenommen werden.<sup>360</sup>

## *2. Einschränkung durch § 78 S. 2 BetrVG*

Die Entgeltbemessung nach dem Lohnausfallprinzip unterliegt der Einschränkung nach dem Begünstigungsverbot gemäß § 78 S. 2 BetrVG.<sup>361</sup> Dem Betriebsratsmitglied sind „*keine Vergütungsbestandteile zu gewähren, die es nicht erhalten hätte, wenn es keine Betriebsrats Tätigkeit erbracht, sondern gearbeitet hätte*“.<sup>362</sup> Bei der Ermittlung der konkreten Vergütung muss die (hypothetische) berufliche Entwicklung mit einbezogen und auf die Tätigkeit, in die das Betriebsratsmitglied aufgestiegen wäre, abgestellt werden. Entstunden in der danach bestimmten Position etwa keine Schicht- oder Erschwerniszuschläge mehr, sind diese nicht mehr zu zahlen, obwohl das Betriebsratsmitglied diese in seiner ursprünglichen Position bezog, da in der Berücksichtigung von Zulagen und erhöhtem Entgelt eine unzulässige Begünstigung im Sinne des § 78 S. 2 BetrVG läge.<sup>363</sup>

## **III. Einzelne Entgeltbestandteile und deren Berechnung**

Die wichtigsten Entgeltbestandteile der Vergütung von Mitgliedern des Betriebsrats sollen im Folgenden analysiert werden.

### *1. Regelmäßige Grundvergütung*

Üblicherweise wird die Grundvergütung anhand der Form des Zeitlohns bemessen. Das Gesetz ist auf diese Art der Lohnbemessung zugeschnitten. Die

---

<sup>358</sup> BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 17; anders wohl *Jacobs/Frieling*, NZA 2015, 513, 518.

<sup>359</sup> Vgl. zu den einzelnen Entgeltbestandteilen Kapitel 1 B. III.

<sup>360</sup> BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 14, 23; *Weber*, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 71.

<sup>361</sup> AA *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 137, 66 ff.

<sup>362</sup> BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 32; *Weber*, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 73.

<sup>363</sup> BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 40; *Weber*, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 73.

Grundvergütung wird teilweise durch Sachbezüge (wie etwa die Zurverfügungstellung eines Dienstfahrzeugs) ergänzt.

#### *a. Zeitlohn*

Die vertragliche Grundvergütung eines Arbeitnehmers wird in der Regel als Zeitlohn gezahlt. Die Auszahlung ist unabhängig von etwaigen Leistungen für einen bestimmten Zeitraum – im Regelfall eine bestimmte Anzahl an Wochenstunden – zu leisten. Die Vorschrift des § 37 Abs. 2 BetrVG ist entsprechend ihrer Entstehungsgeschichte und der daraus resultierenden Wirkungsweise auf genau diesen Fall angelegt.<sup>364</sup> Der Gesetzgeber ging von einem zwingenden Zusammenhang zwischen Arbeitszeit und Arbeitslohn aus.<sup>365</sup> Die Bestimmung des Zeitlohns für die Zeit der Betriebsrats Tätigkeit ist demnach vollkommen unproblematisch. Der übliche Lohn ist für die Zeiten der betriebsratsbedingten Arbeitsversäumnis unverändert weiterzuzahlen. Es ist von der Stundenzahl auszugehen, die ein Betriebsratsmitglied bei normaler Tätigkeit, das heißt ohne die Arbeitsbefreiung oder Freistellung, einzuhalten hätte.<sup>366</sup>

#### *b. Sachbezüge*

Gemäß § 107 Abs. 2 Gewerbeordnung (GewO) können Arbeitgeber und Arbeitnehmer Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts vereinbaren, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Der üblichste Fall des Sachbezugs, die Gewährung eines Dienstfahrzeugs zur privaten Nutzung, soll in den Fokus gestellt werden.

Zunächst ist bei allen Arten der Naturalvergütung danach zu fragen, ob es sich um einen Vergütungsbestandteil oder um ein davon zu unterscheidendes reines Arbeitsmittel handelt. Arbeitsmittel sind solche Gegenstände, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zur Verfügung stellt, damit dieser seinen arbeitsvertraglichen Pflichten bestmöglich nachkommen kann. Beispiele sind etwa die Gewährung von Mobilfunkgeräten oder Laptops zwecks Erfüllung der Arbeitspflichten. Sofern die private Nutzung solcher Geräte ausgeschlossen ist, der Arbeitnehmer also außerhalb seiner Tätigkeit keine Vorteile daraus ziehen kann, fehlt es an einem

---

<sup>364</sup> Dies betonen vor allem *Jacobs/Frieling*, NZA 2015, 513, 514.

<sup>365</sup> Erneut *Jacobs/Frieling*, NZA 2015, 513, 514 unter Hinweis auf BT-Drucks. I/3585, S. 7.

<sup>366</sup> BAG v. 25.10.2017 – 7 AZR 731/15, NZA 2018, 538 Rn. 23 ff.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 140.

Gegenseitigkeitsverhältnis von Arbeitsleistung und Sachleistung, mithin an einer Vergütungsfunktion.<sup>367</sup> Diese Arbeitsmittel gehören damit nicht zum Arbeitsentgelt im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG.

Inwieweit als Arbeitsentgelt anzuerkennende Sachbezüge nach den Grundsätzen des Entgeltausfalls nach Eintritt in das Betriebsratsamt zu gewähren sind, bestimmt sich danach, ob zwischen den Parteien zuvor eine entsprechende Vereinbarung über die Vergütung bestand.<sup>368</sup> Sofern diese Frage zu bejahen ist, müssen die Sachbezüge grundsätzlich weiterhin gewährt werden. Bei einer fehlenden Abrede würde die erstmalige Gewährung einen nach § 78 S. 2 BetrVG unzulässigen Vorteil darstellen. Nach dem Kriterium der (privaten) Nutzungsmöglichkeit vor oder nach Amtsübernahme ist deshalb auch die Gewährung eines Dienstwagens zu beurteilen.<sup>369</sup> Wurde die Möglichkeit zur privaten Nutzung schon vor Amtsübernahme gewährt, so ist dies im Fall der Arbeitsbefreiung und Freistellung weiterhin zu tun. Die Ermöglichung der privaten Nutzung erst ab Amtsübernahme ist hingegen vor dem Hintergrund des § 78 S. 2 BetrVG unzulässig.<sup>370</sup> Die Notwendigkeit von Reisetätigkeiten vermag die Überlassung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

Ein möglicher Anspruch des Betriebsrats auf ein Dienstfahrzeug kann sich zwar aus § 40 BetrVG ergeben, dabei aber handelt es sich – wie bereits festgestellt – um ein Sachmittel zur effektiven Wahrnehmung des Amtes und nicht um ein Arbeitsentgelt,<sup>371</sup> wobei das Dienstfahrzeug dann zur ordnungsgemäßen Durchführung der Betriebsratsaufgaben erforderlich sein muss<sup>372</sup>. Eine andere Beurteilung der zulässigen erstmaligen Überlassung kann sich (theoretisch) nur in einem solchen Fall ergeben, in dem das Mitglied des Betriebsrats auf Grundlage der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung des § 37 Abs. 4 BetrVG hypothetisch in eine Position vorrückt in der üblicherweise Dienstfahrzeuge zur persönlichen

---

<sup>367</sup> Vgl. BAG v. 24.03.2009 – 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861 Rn. 12; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 141.

<sup>368</sup> BAG v. 23.06.2004 – 7 AZR 514/03, NZA 2004, 1287, 1288 ff.

<sup>369</sup> BAG v. 23.06.2004 – 7 AZR 514/03, NZA 2004, 1287, 1288 ff.; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 67a; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 167; *Joussen*, NZA 2018, 139, 142; krit. *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 33.

<sup>370</sup> Vgl. LAG Sachen v. 02.08.2021 – 1 Sa 321/20, BeckRS 2021, 44586 Rn. 31 ff.

<sup>371</sup> Vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 11.02.2020 – 7 Sa 997/19, NZA-RR 2020, 481 Rn. 31 f.; zustimmend *Rasche*, ArbRAktuell 2020, 428.

<sup>372</sup> *DKW/Wedde*, § 40 BetrVG Rn. 116; *Fitting*, § 40 BetrVG Rn. 104; *Richardi/Thüsing*, § 40 BetrVG Rn. 66.



Nutzung gewährt werden.<sup>373</sup> Die Konstruktion einer weiteren Ausnahme vom Verbot der erstmaligen Überlassung für die „*verberpflichteten Betriebsräte*“ als Ausgleich für die mit dem Amt verbundenen und vermeintlich vorhandenen Nachteile ist vollumfänglich abzulehnen.<sup>374</sup> Auch für die Gruppe der langjährig freigestellten Betriebsratsmitglieder in Großunternehmen gilt das Unentgeltlichkeits- und Ehrenamtsprinzip in seiner strengen Auslegung.<sup>375</sup>

## 2. Leistungsabhängige Vergütungssysteme

In Bezug auf leistungsabhängige Vergütungssysteme ist eine konträre Entwicklung zu beobachten. Während die leistungsabhängige Grundvergütung des Arbeitnehmers, zumeist in der Form des Akkordlohns, einen immer kleiner werdenden Teil der Arbeitnehmer betrifft, verbreiten sich wiederum andere variable Entgeltbestandteile, die zusätzlich zu einer festen Grundvergütung gezahlt werden.<sup>376</sup> Nach modernen Entgeltmodellen macht der Anteil des variablen Arbeitslohns einen zunehmend größeren Anteil aus, da sich Unternehmen einerseits Flexibilität in Krisenzeiten und andererseits die individuellere Motivation des einzelnen Mitarbeiters davon versprechen.

Die Bestimmung der genauen Vergütungshöhe eines teilweise befreiten oder gänzlich freigestellten Betriebsratsmitglieds erweist sich im Rahmen von leistungsabhängigen Vergütungssystemen als besonders problematisch, weil die Regelung des § 37 Abs. 2 BetrVG von der Bezahlung eines reinen Zeitlohns ausgeht.<sup>377</sup> Ausgangsüberlegung ist also stets, dass sich das Entgelt vollständig nach der Arbeitszeit bestimmt.<sup>378</sup> Bei variablen Entgeltbestandteilen ist ein solcher Zusammenhang nicht ohne Weiteres feststellbar, etwa wenn aufgewendete Arbeitszeit und erbrachte Leistung nicht kongruent sind und das Entgeltsystem eine arbeitszeitunabhängige, aber leistungsbezogene Vergütung vorsieht. Das Gesetz ist deshalb hinsichtlich einer Regelung von Vergütungsmodellen, die von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers abhängen, lückenhaft, weil der

---

<sup>373</sup> Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 175 ff.; Bittmann/Mujan, BB 2012, 637, 638 f.; Joussem, NZA 2018, 139, 142.

<sup>374</sup> AA Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 146.

<sup>375</sup> Siehe oben Kapitel 1 A. III. 3. c.

<sup>376</sup> So auch die Feststellung bei Jacobs/Frieling, NZA 2015, 513, 514; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 146.

<sup>377</sup> Vgl. oben unter Kapitel 1 B. I. 1.

<sup>378</sup> BT-Drucks. I/3585, 7.

Gesetzgeber solche Modelle nicht bedachte, andererseits eine abschließende Regelung des betriebsratsbedingten Entgeltausfalls treffen wollte.<sup>379</sup> Inwieweit die Gesetzeslücke geschlossen werden muss, ist je nach konkretem Entgeltbestandteil und dessen Berechnung zu bestimmen. Es gilt, sich daran zu orientieren, welche Methode dem Lohnausfallprinzip in Bezug auf den konkreten Entgeltbestandteil am ehesten entspricht.<sup>380</sup>

*a. Akkordlohn als arbeitsabhängige Vergütung*

Auch die Grundvergütung eines Arbeitnehmers kann grundsätzlich anhand vielfältiger Kriterien bemessen werden. Insbesondere im produzierenden Gewerbe kommt die Gewährung von Akkordlohn in Betracht. Die Vergütung ist mithin von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers abhängig, wobei die Leistung anhand des geleisteten Arbeitsumfangs bestimmt wird.<sup>381</sup> Es wird üblicherweise die materiell bestimmbare Arbeitsmenge mit einem zuvor pro Abrechnungseinheit festgelegten Geldbetrag vergütet. Die Bemessung der konkreten Abrechnungseinheit kann sich insbesondere bei vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern als problematisch erweisen. Es ist ausgehend von der Ausgangsüberlegung eine hypothetische Berechnung anzustellen, deren Ziel es ist, das Entgelt zu ermitteln, das ohne die Befreiung oder Freistellung hypothetisch verdient worden wäre.<sup>382</sup> Zur Berechnung des hypothetisch verdienten Arbeitsentgelts werden in der Literatur verschiedene Konzepte vorgeschlagen, höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es dazu bislang nicht.

*aa. Unterschiede in den Berechnungsmethoden*

Übereinstimmung herrscht darin, dass der Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Akkordlohns üblicherweise der Durchschnitt der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ist.<sup>383</sup> Unterschiedliche Sichtweisen ergeben sich erst, sofern der Durchschnitt, etwa aufgrund der Freistellung, nicht (mehr) festgestellt werden kann. Es haben sich dabei vor allem zwei konträre Ansichten herauskristallisiert.

---

<sup>379</sup> *Jacobs/Frieling*, NZA 2015, 513, 514.

<sup>380</sup> Vgl. BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 14.

<sup>381</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 147.

<sup>382</sup> BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 14.

<sup>383</sup> *DKW/Wedde*, § 37 BetrVG Rn. 52; *ErfK/Koch*, § 37 BetrVG Rn. 6; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 65; *GK-BetrVG/Weber*, § 37 BetrVG Rn. 75; *HWGNRH/Glock*, § 37 BetrVG Rn. 57; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 34; *Esser*, Begünstigung, S. 75 f.; auch *Lipp*, Honorierung, S. 113; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 148; *Rieble*, NZA 2008, 276.

Nach der überwiegenden Meinung im Schrifttum soll das arbeitsabhängige Entgelt des freigestellten Betriebsratsmitglieds nach dessen vor Amtstätigkeit erreichten Durchschnittslohns<sup>384</sup> bzw. dessen zuletzt bezogenen Entgelts bemessen werden.<sup>385</sup> Sollte eine diesbezügliche Feststellung nicht möglich sein, müsse in diesem absoluten Ausnahmefall auf den Durchschnitt von vergleichbaren Arbeitnehmern in dem Zeitraum erzielten Gehalts abgestellt werden.<sup>386</sup>

Nach anderer Ansicht verbietet sich der Rückgriff auf den früher erzielten Durchschnitt bzw. das zuletzt bezogene Entgelt des freigestellten Betriebsratsmitglieds, da § 37 Abs. 2 BetrVG eben nicht das Referenz-, sondern das Entgeltausfallprinzip zugrunde liege; es müsse vielmehr sofort auf das durchschnittliche Einkommen vergleichbarer Arbeitnehmer abgestellt werden.<sup>387</sup>

#### *bb. Stellungnahme*

Zunächst ist zu bestimmen, ob generell für die Berechnung ein individueller oder kollektiver Maßstab anzuwenden ist. Für die Berechnung anhand des Durchschnittsverdiensts aller vergleichbaren Arbeitnehmer und damit anhand eines kollektiven Maßstabs spricht grundsätzlich die normative Anknüpfung an den Rechtsgedanken des § 37 Abs. 4 BetrVG.<sup>388</sup> Zugleich ist dies wiederum das entscheidende Gegenargument. Es gilt auch hier, die beiden Absätze 2 und 4 des § 37 BetrVG auseinanderzuhalten. Der Lohnausfall bestimmt sich auch bei der hypothetischen Betrachtung allein nach § 37 Abs. 2 BetrVG und damit anhand eines individuellen Maßstabs des einzelnen Betriebsratsmitglieds. Das unmittelbare Abstellen auf den Durchschnitt vergleichbarer Arbeitnehmer würde deshalb der

---

<sup>384</sup> Etwa DKW/*Wedde*, § 37 BetrVG Rn. 52; ErfK/*Koch*, § 37 BetrVG Rn. 6; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 65; *Beule*, Stellung des gelegentlich befreiten Betriebsratsmitglieds, S. 66; *Esser*, Begünstigung, S. 75 f.; *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 67; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 149 f.

<sup>385</sup> GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 75 mwN.; vgl. insbesondere auch *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 34, der eine Berechnung des Lohnbetrags vorschlägt, der zum Durchschnittsverdienst aller Arbeitnehmer während des Arbeitsversäumnisses im gleichen Verhältnis steht wie der letzte in der gleichen Zeiteinheit vom Betriebsratsmitglied verdiente Arbeitslohn zum damaligen Durchschnittsverdienst aller Arbeitnehmer, diese Berechnung mangels praktischer Durchführbarkeit jedoch wieder verwirft.

<sup>386</sup> HWGNRH/*Glock*, § 37 BetrVG Rn. 57; HWK/*Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 15; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 178; *Esser*, Begünstigung, S. 74; *Lipp*, Honorierung, S. 113; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 153; *Natzel*, NZA 2000, 77, 79.

<sup>387</sup> Insbesondere *Jacobs/Frieling*, NZA 2015, 513, 517 ff.; *dies.*, ZfA 2015, 241, 257; zumindest bei § 38 BetrVG auch *Knipper*, Arbeitsverhältnis des freigestellten Betriebsratsmitglieds, S. 46 f.; inkonsequent wohl *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 65 zu § 38 BetrVG Rn. 86.

<sup>388</sup> In diese Richtung tendiert zumindest für Bonuszahlungen BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 22 ff.; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 65; *Jacobs/Frieling*, NZA 2015, 513, 514 ff.

gesetzlichen Konzeption widersprechen. Zwar ist der Gegenmeinung darin zuzustimmen, dass auch die Anwendung des Referenzprinzips nicht zwingend dem Lohnausfallprinzip entspricht, jedoch ist es der Grundintention des Gesetzes, nämlich ein individuelles Entgelt zu bestimmen, näher.<sup>389</sup> Der entsprechende Referenzrahmen kann entweder auf einen Durchschnitt des zuletzt erhaltenen oder explizit das letzte Entgelt abzielen. Das Ziel des Entgeltausfallprinzips, nämlich ein hypothetisches möglichst leistungsgerechtes Entgelt zu bestimmen, lässt sich bestmöglich durch die Heranziehung des Durchschnitts des zuvor erhaltenen Entgelts als Referenz erreichen. Auf diese Weise kann ausgeschlossen werden, dass Ausschläge bei der letzten Leistung nach oben oder unten berücksichtigt werden, das heißt, es wird ein möglichst unverfälschtes Leistungsbild erzeugt.<sup>390</sup>

In der Praxis kann sich unstreitig eine Bestimmung nach dem aufgezeigten System des Gesetzes als schwierig, wenn nicht gar unmöglich erweisen. Es sei dabei insbesondere an langjährig freigestellte Betriebsratsmitglieder gedacht, deren Vergütungsbemessung während der Freistellung neuen Berechnungsmethoden zugeführt wird.<sup>391</sup> Ein Durchschnittswert lässt sich in einem solchen Fall nicht bestimmen. Die Feststellung des hypothetischen Sachverhalts kann deshalb in der Regel nur auf der Grundlage von Hilfstatsachen, in Verbindung mit allgemeinen Erfahrungsregeln, erfolgen.<sup>392</sup> Zur indiziellen Bestimmung des möglichst individualisierten Entgelts muss deshalb auf alle tatsächlich vorhandenen Parameter zurückgegriffen werden. Entscheidender Parameter ist vor allem das gesamte frühere Leistungsverhalten.<sup>393</sup> Teilweise soll in diesem Zusammenhang auch auf die abstrakte Qualifikation oder das Leistungsverhalten des Mandatsträgers im Betriebsrat zurückgegriffen werden.<sup>394</sup> Die Bestimmung anhand nicht konkret aussagekräftiger Aussagekriterien, wie etwa der Qualifikation oder das schwer bestimmbare Leistungsverhalten im Betriebsrat, dürfte unzulässig und im Übrigen nicht praxisgerecht sowie fehleranfällig sein. Sofern sich keine

---

<sup>389</sup> AA *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 258.

<sup>390</sup> *Esser*, Begünstigung, S. 75, der einen überzeugenden Bezugszeitraum von zwölf Monaten wählt.

<sup>391</sup> Etwa wenn ein variables Vergütungssystem erst nachträglich für den Mandatsträger auf Grundlage eines neuen Tarifvertragsabschlusses eingeführt wird.

<sup>392</sup> BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 23.

<sup>393</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 65; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 72; *Byers*, NZA 2014, 65, 67; *Rieble*, NZA 2008, 276; aA *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 257.

<sup>394</sup> So insbesondere *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 153.

konkreten Anhaltspunkte für die Vergütung finden lassen, ist in diesem Ausnahmefall auf den Rechtsgedanken des § 37 Abs. 4 BetrVG und den Durchschnittsverdienst der vergleichbaren Arbeitnehmer abzustellen, das heißt, anhand dessen eine Schätzung nach den Grundsätzen des § 287 Abs. 2 ZPO vorzunehmen.<sup>395</sup>

*b. Provisionen und sonstige erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile*

Erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile ähneln den leistungsabhängigen weitestgehend, da beide Bestandteile letztlich den Arbeitserfolg vergüten. Im Gegensatz zu leistungsabhängigen Vergütungsbestandteilen beziehen sich erfolgsbedingte üblicherweise auf immaterielle Erfolge (etwa im Fall der Provision) oder beziehen sich nicht auf den individuellen Erfolg des Arbeitnehmers, sondern etwa auf das gesamte Unternehmen (etwa im Fall von Tantiemen). Erfolgsabhängige Bestandteile der Vergütung stehen damit auch im Austauschverhältnis von Arbeitsleitung und Lohnzahlung. Sie sind daher allen Betriebsratsmitgliedern unabhängig von der Arbeitsbefreiung oder Freistellung weiterzuzahlen. Entsprechend dem leistungsbezogenen Anknüpfungspunkt stellt sich auch bei den erfolgsbedingten Vergütungsbestandteilen stets die Frage nach der Berechnungsmethode für Betriebsratsmitglieder.

*aa. Individueller Anknüpfungspunkt*

*(1) Provisionen*

Erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile knüpfen üblicherweise an den individuellen Erfolg des Arbeitnehmers an. Typisch ist etwa die Entlohnung in Form von Provisionen für erfolgreich vermittelte Geschäftsabschlüsse. Es gilt in Anwendung des Lohnausfallprinzips zu ermitteln, in welchem Umfang der Arbeitnehmer nach seiner hypothetisch zu bestimmenden Arbeitsleistung Provisionszahlungen generiert hätte. Dies bestimmt sich wiederum nach der Anzahl individueller Geschäftsabschlüsse, so dass die zuvor aufgezeigten Grundsätze der Entgeltbemessung bei leistungsabhängiger Vergütung anzuwenden sind.<sup>396</sup> Es ist also grundsätzlich der Durchschnitt der bislang ausgeübten Tätigkeit des

---

<sup>395</sup> BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 23.

<sup>396</sup> Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 155.

Betriebsratsmitglieds als Ausgangspunkt der individuellen Berechnung heranzuziehen.

### *(2) Berechnung des variablen Entgeltbestandteils nach Zielvereinbarungen*

In Wirtschaftsbereichen außerhalb des Vertriebs wird der variable Entgeltbestandteil des einzelnen Arbeitnehmers teilweise anhand von Zielvereinbarungen bestimmt. Solche Vereinbarungen werden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffen und definieren individuelle – jedoch nicht automatisch wirtschaftliche – Entwicklungsziele des Arbeitnehmers, die innerhalb einer bestimmten Zeitspanne erreicht werden müssen.<sup>397</sup> Neben der individuellen Vereinbarung kommen auch sogenannte „*Gruppenzielvereinbarungen*“ vor, die zwischen dem Arbeitgeber und einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern geschlossen werden. An den Grad der Zielerreichung wird dann üblicherweise die Höhe des zuvor bestimmten Jahresbonus oder sonstiger variabler Entgeltbestandteile geknüpft. Die Zielvereinbarung ist von der Zielvorgabe abzugrenzen, weil bei Zielvorgaben der Arbeitgeber in den Grenzen seines Weisungsrechts einseitig von der Leistungsbestimmung Gebrauch macht.<sup>398</sup>

Der nach dem Grad der Zielerfüllung gezahlte Bonus ist unbestritten Arbeitsentgelt im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG und damit zwingend Mandatsträgern zu gewähren.<sup>399</sup> Die Bemessung des variablen Entgeltbestandteils nach Zielvereinbarungen erweist sich im Hinblick auf Mitglieder des Betriebsrats jedoch als besonders schwierig, da aufgrund der Arbeitsbefreiung oder gar Freistellung auf der ersten Ebene die Ziele und anschließend die Erfüllung der Vereinbarung (teilweise) hypothetisch bestimmt werden müssen.<sup>400</sup>

#### *(a) Gruppenzielvereinbarungen*

Unproblematisch ist die Feststellung des Grads der Zielerreichung, wenn es sich um die zuvor angesprochenen Gruppenzielvereinbarungen auf Gruppen- oder

---

<sup>397</sup> Küttner/*Griese*, Personalbuch 2021, Zielvereinbarungen Rn. 1; insgesamt dazu ausführlich *Heiden*, Entgeltrelevante Zielvereinbarungen, passim.

<sup>398</sup> Küttner/*Griese*, Personalbuch 2021, Zielvereinbarungen Rn. 3; *Heiden*, Entgeltrelevante Zielvereinbarungen, S. 33 ff.

<sup>399</sup> Eine reine Umsatzzielvereinbarung lag etwa BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 16 zugrunde; im Übrigen auch *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 64; *Esser*, Begünstigung, S. 77; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 159; *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 75.

<sup>400</sup> *Vey*, BB 2022, 180, 183 f.

Betriebsebene handelt. Unabhängig von der Art der Freistellung kann das Betriebsratsmitglied an dem Zielerreichungsgrad der Einheit teilhaben. Wie *Sturm* richtigerweise feststellt, spricht dagegen insbesondere nicht der individuelle Maßstab des § 37 Abs. 2 BetrVG, da der kollektive Maßstab bereits durch die Gruppenzielvereinbarung selbst erfolgt.<sup>401</sup>

*(b) Einzelzielvereinbarungen*

Sofern im Betrieb oder Unternehmen üblicherweise ein Entgeltbestandteil nach dem Zielerreichungsgrad einer Einzelzielvereinbarung vorgenommen wird, stellt sich die Berechnung der genauen Höhe des Bestandteils auf Grundlage der hypothetischen Zielerreichung ungleich schwieriger dar.

*(aa) Einzelzielvereinbarungen bei teilweisen Arbeitsbefreiungen*

Zunächst ist zu fragen, welchen Inhalt eine entsprechende Einzelzielvereinbarung bei teilweise befreiten oder vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern haben kann und wie dieser zu bestimmen ist. Teilweise freigestellte Betriebsratsmitglieder erfüllen noch immer einen Teil ihrer arbeitsvertraglichen Arbeitsleistung, so dass anhand dieser Arbeitsleistung grundsätzlich der Inhalt der Zielvereinbarung bestimmt werden kann. In der Literatur werden teilweise komplizierte Formeln zur Reduzierung der Zielvereinbarungen im Umfang der Arbeitsbefreiung vorgeschlagen.<sup>402</sup> So müsse berücksichtigt werden, dass neben der individuellen Leistung auch andere Faktoren die Zielerreichung beeinflussen würden. So sei etwa bei Umsatzzielen nicht ausschließlich der Arbeitsaufwand des Arbeitnehmers maßgeblich, sondern es würden auch sonstige Faktoren, wie beispielsweise Aufwendungen des Arbeitgebers (etwa für Werbung), das Ergebnis beeinflussen. Es müsse also eine Anrechnung dieses Aufwands stattfinden.<sup>403</sup> In diesem Fall würde wegen der Betriebsrats Tätigkeit eine Korrektur der festgelegten Ziele, das heißt des Inhalts der Zielvereinbarung vorgenommen werden. Die andere Möglichkeit bestünde darin, den hypothetisch erreichten Erfolg anhand der

---

<sup>401</sup> *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 76; folgend auch *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 159.

<sup>402</sup> Insbesondere *Gaul*, BB 1998, 101 ff.; unter Bezugnahme auf LAG Berlin v. 12.07.1996 – 6 Sa 37/96, NZA 1997, 224.

<sup>403</sup> *Gaul*, BB 1998, 101 ff.; ähnlich auch *Göpfert/Fellenberg/Klarmann*, DB 2009, 2041.

vorhandenen Leistungskriterien für die inhaltlich unveränderte Zielvereinbarung zu bestimmen.<sup>404</sup>

Für letztere Ansicht spricht vor allem die Praktikabilität im Einzelfall. Eine Berechnung anhand der beeinflussenden Faktoren wird oft nicht durchführbar sein und scheidet damit in der Praxis aus. Der Grad der Zielerreichung ist bei Betriebsratsmitgliedern, die teilweise von der Arbeit befreit sind, anhand der vorhandenen Leistungsdaten bzw. von Durchschnittswerten aus der Vergangenheit zu bestimmen.<sup>405</sup>

*(bb) Einzelzielvereinbarungen bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern*

Bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern kommt die Schwierigkeit der Bestimmung des Inhalts der jeweiligen Zielvereinbarung hinzu. Einen Anknüpfungspunkt kann zwar der Inhalt der letzten Zielvereinbarung vor Beginn der Freistellung darstellen, allerdings unterliegen die Vereinbarungen einer steten Veränderung in ihrer Ausgestaltung, so dass eine Bestimmung faktisch unmöglich werden würde.<sup>406</sup> Mangels konkreter Arbeitsleistung kann deshalb der Inhalt der individuellen Vereinbarung nicht zweifelsfrei bestimmt werden. In diesem Fall dürfte sich zumindest in Bezug auf den Inhalt der Zielvereinbarung ein Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 37 Abs. 4 BetrVG und damit den Inhalt von Zielvereinbarungen vergleichbarer Arbeitnehmer anbieten.<sup>407</sup> Darin liegt kein unmittelbarer Verstoß gegen das Entgeltausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG, da es sich allein um die Konditionen der Zielvereinbarung, nicht jedoch um den individuellen Grad der Zielerreichung handelt. Entsprechend dem zuvor angeführten individuell vorzunehmenden Maßstab im Rahmen des § 37 Abs. 2 BetrVG ist wiederum der Grad der Zielerreichung – sofern möglich – anhand der früheren Leistungsdaten zu bestimmen. Es handelt sich dann um eine hypothetische Betrachtung von Leistungsdaten, die mit hohen Unsicherheiten verbunden ist. Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern auf (teilweiser) Basis von Zielvereinbarungen erweist sich vor diesem Hintergrund als lediglich eingeschränkt

---

<sup>404</sup> Vgl. etwa BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 24 ff.

<sup>405</sup> So auch GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 75; Esser, Begünstigung, S. 76 f.; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 167.

<sup>406</sup> Etwa im Fall einer langjährigen Freistellung, während der sich das Aufgabengebiet und damit der Anknüpfungspunkt der Zielvereinbarung geändert haben; vgl. Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 258.

<sup>407</sup> Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 256 ff.



praktikabel. Diese Feststellung hat allerdings keinen Einfluss darauf, dass nach dem geltenden Lohnausfallprinzip auch jener Vergütungsbestandteil bei einer Freistellung fortwährend zu gewähren ist.

*bb. Unternehmens- bzw. konzernweiter Anknüpfungspunkt*

Eine deutlich untergeordnete Rolle bei der Betriebsratsvergütung nehmen hingegen variable Entgeltbestandteile ein, die sich an betriebs-, unternehmens- oder konzernweiten Kennzahlen (etwa dem Reingewinn bzw. Ebit) orientieren. Gewinnbeteiligungen und sonstige Tantiemen werden zumeist nur Angestellten in höhere Positionen oder Managern gewährt, die wiederum selten bis gar nicht Mitglieder des Betriebsrats werden. Wurde einem Mandatsträger dennoch eine solche Zahlung vertraglich zugesichert, so lässt sich die die Höhe oftmals ohne Probleme anhand der zuvor bestimmten Bezugsgröße (etwa einem festen Prozentsatz am Reingewinn) feststellen. Die teilweise Arbeitsbefreiung bzw. Freistellung des Mandatsträgers ist wegen des zu beachtenden Entgeltausfallprinzips unerheblich.<sup>408</sup>

*3. Mehrarbeitsvergütung*

Ein weiterer Problemkreis betrifft die Vergütung von Mehrarbeit. Der Arbeitgeber ist aufgrund des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit dazu angehalten, organisatorische Vorkehrungen – etwa bei der Zuteilung des Arbeitspensums – dafür zu treffen, dass das Betriebsratsmitglied die Betriebsratsaufgaben in seiner üblichen Arbeitszeit bearbeiten kann.<sup>409</sup> In Ausnahmefällen können es die betrieblichen Verhältnisse – etwa bei unterschiedlichen Schichtmodellen – objektiv erfordern, dass die Betriebsratsarbeit außerhalb der Arbeitszeit stattfindet. In diesen Fällen greift die Sonderregel des § 37 Abs. 3 BetrVG, der primär auf eine Arbeitsbefreiung unter Lohnfortzahlung gerichtet ist und sich unter Umständen in einen monetären Abgeltungsanspruch umwandeln kann.<sup>410</sup>

---

<sup>408</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 158.

<sup>409</sup> BAG v. 27.06.1990 – 7 ABR 43/89, NZA 1991, 430, 431; v. 11.01.1995 – 7 AZR 543/94, NZA 1996, 105, 106; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 21; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 54; MünchHArbR/*Krois*, § 295 Rn. 19; *Esser*, Begünstigung, S. 81 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 283; *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 57, 59.

<sup>410</sup> Vgl. oben Kapitel 1 A. III. 3. b.

Generell gilt es hierbei, zwischen insgesamt drei Regelungskomplexen zu unterscheiden.

Die Unterscheidung ist zunächst danach zu treffen, ob betriebsrats- oder betriebsbedingte Gründe vorliegen.<sup>411</sup> Das dauerhaft hohe Arbeitsaufkommen des Betriebsrats und die Tatsache, dass jenes aufgrund des Umfangs nicht während der Arbeitszeit bewältigt werden kann, ist jedenfalls kein Grund zur Vergütung.<sup>412</sup> Mehrarbeit, die ein Betriebsratsmitglied aus betriebsratsbedingten Gründen leistet, bleibt unvergütet. Die Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsamts lässt eine Abgeltung nicht zu, die Mehrarbeit wird ehrenamtlich und damit unentgeltlich erbracht.<sup>413</sup> In einem solchen Fall sind vielmehr weitere Betriebsratsmitglieder von der Arbeit zu befreien bzw. vollständig freizustellen. Betriebsbedingte Gründe liegen hingegen vor, wenn kurzfristig die Fülle der Betriebsratsaufgaben nicht innerhalb der üblichen Arbeitszeit erledigt werden kann.<sup>414</sup>

Leistet ein Mitglied des Betriebsrats tatsächlich aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit Mehrarbeit für den Betriebsrat, beurteilt sich die rechtliche Lage nach § 37 Abs. 3 BetrVG. Die Vorschrift ist sowohl auf teilweise von der Arbeit befreite als auch vollständig freigestellte Betriebsratsmitglieder anwendbar.<sup>415</sup> Auch bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern findet die Betriebsratsarbeit üblicherweise während der Arbeitszeit statt, so dass bei Ausnahmen von diesem Grundsatz auch diesen Mitgliedern ein entsprechender Freizeitausgleich zu gewähren ist. § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG setzt nicht voraus, dass die Betriebsrats Tätigkeit zusätzlich zu der vertraglichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds geleistet wird. Entscheidend ist, ob die Betriebsrats Tätigkeit zu einer Zeit geleistet wurde, zu der das Betriebsratsmitglied ansonsten keine Arbeitsleistungen zu erbringen hätte.<sup>416</sup> Das Betriebsratsmitglied hat gegebenenfalls Anspruch auf eine entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Sofern eine Arbeitsbefreiung nicht innerhalb der

---

<sup>411</sup> Ausfl. GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 94 ff.

<sup>412</sup> Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 49.

<sup>413</sup> BAG v. 12.12.2000 – 7 AZR 508/99, NZA 2001, 514, 516; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 255.

<sup>414</sup> DKW/Wedde, § 37 BetrVG Rn. 66; Fitting, § 37 BetrVG Rn. 80.

<sup>415</sup> BAG v. 28.09.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335 Rn. 37; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 88; aA Knipper, Arbeitsverhältnis des freigestellten Betriebsratsmitglieds, S. 44 ff.

<sup>416</sup> BAG v. 15.05.2019 – 7 AZR 396/17, NZA 2019, 1497 Rn. 18 ff.

Frist des § 37 Abs. 3 S. 3 Hs. 1 BetrVG möglich ist, gewährt der zweite Halbsatz unter der Voraussetzung, dass das aus ebenfalls betriebsbedingten Gründen nicht möglich ist, die Zahlung einer entsprechenden Mehrarbeitsvergütung.<sup>417</sup>

Davon zu unterscheiden ist wiederum der mögliche Anspruch eines Betriebsratsmitglieds auf Zahlung einer Mehrarbeitsvergütung nach dem Lohnausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG, wenn es in der Zeit der Betriebsrattätigkeit ansonsten Mehrarbeit geleistet und damit eine entsprechende Vergütung bezogen hätte. In Bezug auf den konkreten Entgeltbestandteil soll die Bestimmung der hypothetischen Mehrarbeit im Fokus stehen, wobei bei der sich anschließenden Frage nach der Zulässigkeit von Pauschalierungen auch auf die betriebsbedingt geleistete Mehrarbeit des § 37 Abs. 3 BetrVG einzugehen sein wird.

#### *a. Vergütung der hypothetisch geleisteten Mehrarbeit*

Die Vergütung für geleistete Mehrarbeit stellt Arbeitsentgelt dar und ist damit von der Arbeit befreiten oder freigestellten Betriebsratsmitgliedern fortzuzahlen.<sup>418</sup> Das Lohnausfallprinzip fragt allein danach, ob bei hypothetischer Arbeitsleistung Mehrarbeit geleistet worden wäre. Die Tatsache, dass eine Mehrarbeit tatsächlich nicht geleistet wurde, ist hingegen irrelevant. Eine Vergütung der hypothetisch geleisteten Mehrarbeit kann wiederum auf Basis des Lohnausfallprinzips nur dann erfolgen, wenn diese seitens des Arbeitgebers auch tatsächlich vergütet wird. Gewährt der Arbeitgeber etwa zulässigerweise ausschließlich einen entsprechenden Freizeitausgleich, muss eine Vergütung unterbleiben.

Deutlich schwieriger ist allerdings die Frage zu beantworten, wie der Umfang der hypothetisch anzunehmenden Mehrarbeit zu bestimmen ist. Dies gilt insbesondere im Fall von vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern, da erneut keine konkreten Anhaltspunkte der Bemessung zur Verfügung stehen. Aus diesem Grunde ist auf die Grundsätze der Vergütungsbemessung bei leistungsabhängigen

---

<sup>417</sup> Vgl. oben Kapitel 1 A. III. 3. b.

<sup>418</sup> BAG v. 12.12.2000 – 9 AZR 508/99, NZA 2001, 514, 516; im Übrigen übereinstimmend HWGNRH/Glock, § 37 BetrVG Rn. 58; Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 34; Esser, Begünstigung, S. 87; Lipp, Honorierung, S. 108 ff.; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 174.

Vergütungssystemen zurückzugreifen.<sup>419</sup> Es ist danach zu fragen, inwieweit das Betriebsratsmitglied vor der Amtsübernahme üblicherweise vergütete Mehrarbeit geleistet hat, um anhand dessen ein individuelles Entgelt für die hypothetische Mehrarbeit zu bestimmen. Die Anknüpfung an vergleichbare Arbeitnehmer nach § 37 Abs. 4 BetrVG kann nur ultima ratio sein, nämlich für den Fall, dass es keine andere Möglichkeit der individuellen Bestimmung gibt. Zugleich kann die Entwicklung des Umfangs der Mehrarbeit nach § 37 Abs. 4 BetrVG bemessen werden, wenn etwa ein deutlicher Anstieg der Mehrarbeit zu verzeichnen ist.

Besondere Beachtung verdient die Konstellation, dass vergleichbare Arbeitnehmer aufgrund der Freistellung des vormaligen Kollegen Mehrarbeit leisten müssen, um dessen freistellungsbedingten Arbeitsausfall auszugleichen. Die Tatsache, dass das Betriebsratsmitglied mittelbar von seinem eigenen Arbeitsausfall durch erhöhte Mehrarbeitszuschläge profitiert, werten manche Stimmen in der Literatur als unzulässige Begünstigung.<sup>420</sup> Andere erkennen richtigerweise, dass jedenfalls eine Vergütung dieser freistellungsbedingten Mehrarbeit nicht auf das Lohnausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG gestützt werden kann.<sup>421</sup> Nach der hypothetischen Betrachtung hätte das Betriebsratsmitglied regulär gearbeitet und damit wäre die Mehrarbeit nicht angefallen. Gleichzeitig ist nach dieser Ansicht, die Vergütung nach § 37 Abs. 4 BetrVG anzupassen, da durch den Ausgleich der Freistellung jedenfalls die Mehrarbeit für die (zumeist) vergleichbaren Arbeitnehmer ansteige.

Grundsätzlich ist *Aden* darin zuzustimmen, dass die Vergütung freistellungsbedingter Mehrarbeit bei vergleichbaren Arbeitnehmern ein gewisses Störgefühl hervorruft.<sup>422</sup> Das freigestellte Betriebsratsmitglied wird in rein konsequenter Gedankenführung für die Freistellung bezahlt, da eine Lohnsteigerung nur aufgrund der Amtsübernahme eintritt. Dies wiederum verstößt gegen das Unentgeltlichkeitsgebot des § 37 Abs. 1 BetrVG. Andererseits wird eine entsprechende Mehrarbeit bei den vergleichbaren Arbeitnehmern und damit eine

---

<sup>419</sup> Vgl. oben Kapitel 1 B. III. 2.; *Esser*, Begünstigung, S. 87; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 174; aA *Knipper*, Arbeitsverhältnis des freigestellten Betriebsratsmitglieds, S. 44.

<sup>420</sup> *Aden*, RdA 1980, 256, 257; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 567.

<sup>421</sup> *Esser*, Begünstigung, S. 88; im Ergebnis auch *Knipper*, Arbeitsverhältnis des freigestellten Betriebsratsmitglieds, S. 44; *Lipp*, Honorierung, S. 112 f.; wohl auch *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 176.

<sup>422</sup> *Aden*, RdA 1980, 256, 257.

Lohnsteigerung anhand des § 37 Abs. 4 BetrVG stets davon abhängen, inwiefern der Arbeitgeber Ersatz für das freigestellte Betriebsratsmitglied einsetzt und auf wie viele vergleichbare Arbeitnehmer sich die Mehrarbeit verteilt. Es überzeugt deshalb, an der strikten Anwendung des § 37 Abs. 4 BetrVG festzuhalten, da dies eine Beurteilung je nach Ausgestaltung im konkreten Einzelfall zulässt und nicht die Vergütung der freistellungsbedingten Mehrarbeit generell ausschließt.

*b. Pauschalierung hypothetisch geleisteter Mehrarbeit*

Zur Vereinfachung des Verwaltungsaufwands und zur Umgehung der Schwierigkeiten bei der Bestimmung der hypothetischen Mehrarbeit wird bei Betriebsratsmitgliedern vereinzelt auf die pauschale Überstundenabgeltung zurückgegriffen.<sup>423</sup> Für die Zulässigkeit der pauschalen Abgeltung der hypothetischen Mehrarbeit spricht zunächst, dass das Maß der Mehrarbeit auf einer Schätzung beruht und diese Schätzung auch pauschal umgewandelt werden kann, ohne dass es dadurch zu einem gravierenden Anstieg der Ungenauigkeit käme.<sup>424</sup> Die Festlegung eines pauschalen Monatsbetrags ist zulässig, sofern sie im Wesentlichen der durchschnittlichen Mehrarbeitsvergütung entspricht, sich also dahinter keine zusätzliche Vergütung versteckt.<sup>425</sup>

Die Frage nach der Zulässigkeit der pauschalen Mehrarbeitsabgeltung hängt allerdings von zusätzlichen Aspekten ab. Sofern die Mehrarbeit des Betriebsratsmitglieds bereits vor der Übernahme des betriebsverfassungsrechtlichen Amts pauschal in der entsprechenden Höhe vergütet wurde, sind keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Begünstigung des Mitglieds im Sinne von § 78 S. 2 BetrVG erkennbar. Die Zahlung ist stets zulässig. Es erfolgt keine Gewährung einer Pauschale aufgrund der Betriebsratstätigkeit, sondern vielmehr in konsequenter Anwendung des Lohnausfallprinzips. Ist etwa üblicherweise zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart, dass eine durch individual- oder kollektivvertragliche Regelung ausdrücklich festgelegte Anzahl an Mehrarbeitsstunden abgegolten wird, hat das Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf den dafür womöglich vorgesehenen Betrag. Das Betriebsratsmitglied muss sich

---

<sup>423</sup> So etwa Regelungen aus dem Jahr 2011 bei der Adam Opel und der Volkswagen AG, zit. nach *Esser, Begünstigung*, S. 81.

<sup>424</sup> *Esser, Begünstigung*, S. 89.

<sup>425</sup> BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 39; *Wißmann, SPA* 2022, 22, 23.

dann aber auch damit abgegoltenen Stunden im Rahmen der betriebsbedingt anfallenden Mehrarbeit gem. § 37 Abs. 3 BetrVG anrechnen lassen.

Anders stellt sich hingegen die Lage dar, wenn die Pauschale erst mit oder nach der Amtsübernahme gezahlt wird. In einem solchen Fall ist die Zahlung nur zulässig, wenn der Umfang der hypothetischen Mehrarbeit und damit die Höhe der Pauschale den Anforderungen des Begünstigungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG entspricht.<sup>426</sup> Bei teilweise von der Arbeit befreiten Mitgliedern des Betriebsrats kann diesbezüglich an die verbleibende Arbeitsleistung und den Umfang der Mehrarbeit angeknüpft werden. Im Fall der freigestellten Betriebsratsmitglieder ist wiederum auf frühere Daten zurückzugreifen oder eine Schätzung nach den Grundsätzen des § 287 Abs. 2 ZPO anhand der von vergleichbaren Arbeitnehmern geleisteten Tätigkeiten zu zuschlagsrelevanten Zeiten vorzunehmen.<sup>427</sup> Die Zahlung einer pauschalen Mehrarbeitsvergütung ist demnach zulässig, wenn diese bereits vor der Arbeitsübernahme in entsprechender Höhe gezahlt wurde, oder, sofern die Pauschale im Wesentlichen dem Durchschnitt der tatsächlichen hypothetischen Zuschlagsansprüche entspricht, sich in der pauschalen Zahlung also keine versteckte zusätzliche Vergütung verbirgt.<sup>428</sup>

*c. Sonderfall: Betrieblich veranlasste Mehrarbeit außerhalb der Arbeitszeit bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern*

Eine beachtenswerte Sonderkonstellation betrifft die Frage der Vergütung von betrieblich veranlasster Mehrarbeit außerhalb der Arbeitszeit bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern, die zusätzlich in flexiblen Arbeitszeitmodellen arbeiten. In einem solchen Fall kommt eine Mehrarbeit in Betracht, wenn das freigestellte Betriebsratsmitglied für die Betriebsrats Tätigkeit Freizeit opfern, das heißt entweder Betriebsratsarbeit außerhalb der gewöhnlichen Arbeitszeiten oder über deren Umfang hinaus leisten muss. Übereinstimmung besteht grundsätzlich darin, dass in diesem Spezialfall dem Betriebsratsmitglied ein Freizeitausgleich zukommen muss. Unterschiede bestehen im Hinblick auf die Frage, ob die Mehrarbeit bei einem freigestellten Betriebsratsmitglied ebenfalls allein auf betriebsbedingte Gründe zurückzuführen sein muss. So vertritt *Thüsing*, dass § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG auf

---

<sup>426</sup> Ebenfalls *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 184 f.; aA *Esser*, Begünstigung, S. 89.

<sup>427</sup> BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 23.

<sup>428</sup> BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 39.

das freigestellte Betriebsratsmitglied keine Anwendung finden müsse, da es ohnehin von seiner beruflichen Tätigkeit befreit sei.<sup>429</sup> Der Freizeitausgleich sei nicht darauf beschränkt, dass betriebsbedingte Gründe die Durchführung der Betriebsratsstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit gebieten, sondern gelte auch, sofern betriebsratsbedingte Gründe vorlägen.<sup>430</sup> Damit ginge eine unterschiedliche Behandlung von freigestellten und nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern einher.

Mit der überwiegenden Gegenmeinung ist diese Auslegung abzulehnen.<sup>431</sup> Die unterschiedliche Behandlung von freigestellten und nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern im Hinblick auf die Gründe der außerhalb der Arbeitszeit notwendigen Betriebsratsstätigkeit würde zu einer nicht gerechtfertigten Begünstigung der freigestellten Betriebsratsmitglieder führen. Im Übrigen dürfte es interessengerecht sein, auch dem freigestellten Betriebsratsmitglied im Rahmen eines Prozesses die Darlegung der betriebsbedingten Gründe für die außerhalb der üblichen geschuldeten Arbeitszeit liegende Mehrarbeit als Voraussetzung des Anspruchs aus § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG aufzuerlegen. Das Betriebsratsmitglied hat ohne Weiteres einen Überblick über seine eigenen Arbeitszeiten und die erbrachten Tätigkeiten, während dem Arbeitgeber mangels eines Direktionsrechts für betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben keine gleich starke Einflussmöglichkeit zusteht.<sup>432</sup> Mangels Eingliederung in den Betriebsablauf ist das freigestellte Betriebsratsmitglied jedoch dazu befugt, den sich aus § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG ergebenden Anspruch auf Freizeitausgleich nach seinen eigenen Vorstellungen und ohne Rücksprache mit dem Arbeitgeber zu nehmen.<sup>433</sup>

#### *d. Sonderfall: Pauschalierung betriebsbedingter Mehrarbeit*

Im Zuge der Diskussion über die Zulässigkeit von pauschaler Überstundenabgeltung für Betriebsratsmitglieder hat sich zuletzt die Frage gestellt, ob auch eine Abgeltung von Ausgleichsansprüchen nach § 37 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BetrVG wegen betriebsbedingter Mehrarbeit zulässig ist. Die pauschale Abgeltung

---

<sup>429</sup> Richardi/*Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 54.

<sup>430</sup> Richardi/*Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 54.

<sup>431</sup> BAG v. 28.09.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335 Rn. 38; *Fitting*, § 38 BetrVG Rn. 81; GK-BetrVG/*Weber*, § 38 BetrVG Rn. 100; MünchHArbR/*Krois*, § 295 Rn. 152; *Schönhöft/Oelze*, NZA 2017, 284, 285 f.

<sup>432</sup> So auch *Schönhöft/Oelze*, NZA 2017, 284, 286.

<sup>433</sup> *Fitting*, § 38 BetrVG Rn. 81 mwN.

solcher Ansprüche muss nach überzeugender Ansicht aus gesetzessystematischen Gründen ausscheiden.<sup>434</sup> Das System des § 37 Abs. 3 BetrVG sieht als gesetzlichen Regelfall gemäß Satz 1 einen zwingend durchzuführenden Freizeitausgleich vor. Nur wenn dieser aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich ist, darf eine Mehrarbeitsvergütung überhaupt gezahlt werden. Das automatische Umwandeln des Freizeitausgleichsanspruchs in einen Vergütungsanspruch weicht hingegen von der zwingenden Natur des primären Freizeitausgleichs ab und ist deshalb unzulässig.

Einzelne Stimmen in der Literatur erkennen eine Ausnahme von diesem Grundsatz an, wenn entsprechende Mehrarbeit bei einzelnen Betriebsräten in einer gewissen Regelmäßigkeit auftritt, die eine Pauschalierung rechtfertigen könne.<sup>435</sup> So könne insbesondere in größeren Betrieben der Fall eintreten, dass Betriebsratsarbeit in einem Umfang anfalle, die nicht mehr in der dazu zu Verfügung stehenden Zeit erledigt werden könne. Zusätzlich sei die Gewährung von Freizeitausgleich in dieser Situation kontraproduktiv, da der Arbeitsanfall sowieso zu groß sei. Der Pauschalierung seien in einem solchen Fall „*verlässliche Erfahrungswerte*“, etwa aus dem Lohnbüro, zugrunde zu legen.<sup>436</sup>

Diese Auffassung ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Zum einen verkennt die automatische Pauschalierung die aufgezeigte Systematik des Gesetzes, welche immer erst die Gewährung von Freizeitausgleich vorsieht. Zum anderen besteht auch in der von den Vertretern dieser Ansicht beschriebenen Ausnahmesituation kein zwingendes Erfordernis, von der Systematik abzuweichen. Die Tatsache, dass die notwendige Betriebsratsarbeitszeit die allgemeine Arbeitszeit übersteigt, ist grundsätzlich kein Grund zur Vergütung der Mehrarbeit.<sup>437</sup> Sofern ein singular erhöhter betriebsbedingter Arbeitsanfall zu verzeichnen ist, kann die entsprechende Mehrarbeit ohne Weiteres dokumentiert und danach abgerechnet werden. Handelt es sich um einen dauerhaft erhöhten betriebsbedingten Arbeitsanfall, besteht für die

---

<sup>434</sup> Esser, *Begünstigung*, S. 84 f.; Schlamp, *Vergütung von Betriebsräten*, S. 292 f.; Jacobs/Frieling, *ZfA* 2015, 241, 256; Moll/Roebbers, *NZA* 2012, 57, 61; aA Waas, *Betriebsrat und Arbeitszeit*, S. 24 ff.

<sup>435</sup> Georgi, *Ehrenamtsprinzip*, S. 70 f.; Schlamp, *Vergütung von Betriebsräten*, S. 293; Waas, *Betriebsrat und Arbeitszeit*, S. 25 ff.; Däubler, *SR* 2017, 85, 97.

<sup>436</sup> Insbesondere Däubler, *SR* 2017, 85, 97.

<sup>437</sup> BAG v. 12.12.2000 – 7 AZR 508/99, *NZA* 2001, 514, 516; Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 49; Jacobs/Frieling, *ZfA* 2015, 241, 255.



Betriebsparteien die Möglichkeit, durch zusätzliche Freistellungen auf die Situation zu reagieren und diesen durch den erhöhten Personalaufwand abzuarbeiten. Die dauerhafte Ableistung von Mehrarbeit durch Mitglieder des Betriebsrats, welche eine pauschale Zahlung rechtfertigen könnte, ist gesetzlich nicht vorgesehen und wie aufgezeigt auch tatsächlich nicht notwendig. Einer pauschalen Zahlung für betriebliche Mehrarbeit ist damit stets ein Verstoß gegen das Unentgeltlichkeitsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG sowie das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG inhärent.<sup>438</sup> Die Zulässigkeit einer solchen Zahlung ist deshalb in jedem Fall abzulehnen.

#### 4. Nebenbezüge

##### a. Allgemeine Zuwendungen

Unter die nach dem Lohnausfallprinzip weiter zu gewährenden Entgeltbestandteile fallen auch die allgemeinen Zuwendungen. Darunter sind alle von der Arbeitsleistung unabhängigen Zahlungen des Arbeitgebers, wie etwa Weihnachtsgratifikationen oder das Urlaubsgeld, zu fassen.<sup>439</sup> In Abgrenzung zu den erfolgsabhängigen Zahlungen des Arbeitgebers fällt unter die allgemeine Zuwendung auch ein nicht individuell berechneter Bonus, der einem Großteil der Arbeitnehmer gewährt wird. Die Gewährung eines solchen Entgeltbestandteils beruht – trotz der expliziten Nennung der allgemeinen Zuwendungen in § 37 Abs. 4 S. 2 BetrVG – auf dem Entgeltausfallprinzip und damit auf § 37 Abs. 2 BetrVG.<sup>440</sup> Die Aufführung der allgemeinen Zuwendungen in § 37 Abs. 4 S. 2 BetrVG erfolgte erst im Nachgang durch die Reform im Jahre 1972 und sollte klarstellen, dass das Benachteiligungsverbot umfassend auch im Hinblick auf die berufliche Entwicklung gilt.<sup>441</sup> § 37 Abs. 4 S. 2 BetrVG wird für jene Sonderzahlungen relevant, die ein Arbeitgeber vergleichbaren Arbeitnehmern gewährt, auf deren Stufe das Betriebsratsmitglied nach der gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG anzunehmenden Entwicklung aufsteigt.<sup>442</sup>

---

<sup>438</sup> So auch *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 253.

<sup>439</sup> *Fitting*, § 67 BetrVG Rn. 64 mwN.

<sup>440</sup> So bereits *Esser*, Begünstigung, S. 56; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 186 f.; aA *HWGNRH/Glock*, § 3 BetrVG Rn. 58; *Knipper*, Arbeitsverhältnis des freigestellten Betriebsratsmitglieds, S. 38 f.

<sup>441</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 187.

<sup>442</sup> *Esser*, Begünstigung, S. 56.

Unzulässig sind hingegen alle weiteren Zuwendungen und Zahlungen, die Betriebsratsmitglieder für die Tätigkeit im Betriebsrat erhalten. Das gesamte System der Betriebsratsvergütung basiert auf den aufgezeigten Prinzipien der Ehrenamt- und Unentgeltlichkeit. Die Vergütung der Funktion als Betriebsratsmitglied ist wegen eines Verstoßes gegen § 37 Abs. 1 BetrVG rechtswidrig. Als Beispiele werden üblicherweise etwa die Zahlungen von Funktionszulagen für die Tätigkeit im Betriebsrat oder spezielle Sitzungsgelder für die Teilnahme an Betriebsratssitzungen genannt.<sup>443</sup> Eine singuläre Meinung im Schrifttum erachtet die Gewährung sogenannter „Ausgleichszahlungen“ in den Sonderfällen professionalisierter Betriebsräte für zulässig.<sup>444</sup> Die Zulässigkeit der Zahlungen wird vor allem mit den auftretenden Nachteilen und finanziellen Einbußen gerechtfertigt, ohne dass diese genauer spezifiziert werden. Unabhängig davon, ob sich in der Praxis die angeführten Nachteile und Belastungen tatsächlich ergeben, sind solche Zahlungen wegen eines Verstoßes gegen das weiterhin streng auszulegende Unentgeltlichkeitsprinzip abzulehnen.<sup>445</sup> Es steht im eindeutigen Widerspruch zum gesetzlichen Konzept der Betriebsratsvergütung, wenn die Mandatsträger unmittelbare monetäre Vorteile aus dem Amt ziehen und damit die Unabhängigkeit der Amtsführung gefährdet sein könnte. Die besondere Arbeitsbelastung und Verantwortung von Betriebsräten in Großunternehmen und Konzernen muss in Fragen der Vergütung außer Betracht bleiben.<sup>446</sup>

#### *b. Arbeitsabhängige Zulagen*

Zum Ausgleich gewisser Härten und Belastungen werden in der Personalpraxis zusätzlich zum Grundentgelt Zulagen gewährt. Typische Beispiele sind etwa Zusatzzahlungen für Überstunden-, Feiertags-, Sonntags- oder Nacharbeit oder aber auch die bereits zuvor erwähnten Zuschläge für besonders schmutzige Arbeit. In diesem Zusammenhang wird erneut die Abgrenzung des Entgelts und damit der arbeitsabhängigen Zulagen von den Aufwandsentschädigungen relevant.<sup>447</sup>

---

<sup>443</sup> LAG Rheinland-Pfalz v. 19.08.2013 – 5 Sa 167/13, BeckRS 2014, 65216; MünchHArbR/Krois, § 295 Rn. 3; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 252 f. – jew. mwN.

<sup>444</sup> Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 306 f., entsprechend dem unter Kapitel 1 A. III. 3. c. angeführten sieht Schlamp die Gruppe der professionalisierten Betriebsräte nicht mehr vom Sinn und Zweck des Gesetzes erfasst, so dass sie eine teleologische Reduktion des § 37 Abs. 1 BetrVG vornimmt.

<sup>445</sup> Fitting, § 37 BetrVG Rn. 8; Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 8 ff.; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 252 f.; Rieble, NZA 2008, 276 f.

<sup>446</sup> Siehe oben unter Kapitel 1 A. III. 3. c. bb.

<sup>447</sup> Siehe oben unter Kapitel 1 B. I. 2.

Zusammengefasst sind beide Zahlungsarten danach abzugrenzen, ob der konkreten Zahlung ein sogenannter „*Entgeltcharakter*“ zukommt, das heißt, tatsächlich nur entstehende Mehraufwendungen abdecken soll oder etwa auch eine Zuzahlung der Art der Arbeit wegen darstellt. Es ist deshalb stets nach dem Zweck der konkreten Zahlung zu fragen.

Sofern eine Aufwandsentschädigung angenommen werden kann, ist diese dem Betriebsratsmitglied nicht für die Zeit der Arbeitsbefreiung oder Freistellung zu gewähren. In konsequenter Anwendung des Lohnausfallprinzips sind den Mitgliedern des Betriebsrats hingegen alle arbeitsabhängigen Zulagen und Zuschläge zu gewähren, sofern sie diese für die während der Arbeitsbefreiung oder Freistellung hypothetisch erbrachte Leistung erhalten hätten.<sup>448</sup>

*aa. Sonderfall: Betriebsratsbedingte Änderung der Arbeitszeit*

Einen Sonderfall stellt die Konstellation dar, in der das teilweise von der Arbeitsleistung befreite Betriebsratsmitglied seine Arbeitszeit oder die Art seiner Tätigkeit zur besseren Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben verändert, so dass die eigentliche Tatbestandsvoraussetzung zur Gewährung einer entsprechenden Zulage entfällt. Exemplarisch ist etwa der Fall, dass das teilweise von der Arbeit befreite Betriebsratsmitglied in Absprache mit dem Arbeitgeber seine Arbeitszeit, die ursprünglich in der Nacht begann in den Tag verschiebt, um generell für die Mitarbeiter besser erreichbar zu sein. In dem konkreten Fall sollte insbesondere eine Arbeitsbefreiung zu den Mittagsstunden, etwa zur Gewährung von Sprechstunden, gewährleistet sein.<sup>449</sup> In einer solchen Konstellation ist zu fragen, ob die betriebsratsbedingte Veränderung der Arbeitszeit entsprechende Auswirkungen auf die Fortzahlung einer Zulage haben darf.

---

<sup>448</sup> Etwa BAG v. 13.07.1994 – 7 AZR 477/93, NZA 1995, 588; v. 05.04.2000 – 7 AZR 213/99, NZA 2000, 1174, 1175; v. 18.05.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 15 ff.; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 153; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 63 mwN.; krit. *Purschwitz*, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 122, die in Bezug auf Erschwerniszulagen eine Einschränkung vornimmt, da diese allein ein finanzieller Ausgleich für die konkreten Arbeitsbedingungen seien.

<sup>449</sup> So die Konstellation bei BAG v. 18.05.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212; anders Vorinstanz LAG Köln v. 19.12.2013 – 12 Sa 682/13, AuR 2014, 121; zustimmend zum BAG etwa *Richard/Thüsing*, § 37 Rn. 34.

### *bb. Bewertung und Stellungnahme*

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln sowie einige Stimmen in der Literatur gelangen zu dem Ergebnis, dass die betriebsratsbedingte Änderung der Arbeitszeit oder eine Versetzung keinesfalls Auswirkungen auf die Fortzahlung einer entsprechenden Zulage haben dürfe.<sup>450</sup> Werde dem Betriebsratsmitglied aufgrund von betriebsratsbedingten Gründen die entsprechende Zulage gekürzt, so führe dies zu einer unzulässigen finanziellen Verschlechterung. Das BAG und weite Teile der Literatur sehen in einem solchen Fall die Nichtleistung der Zulage an das Betriebsratsmitglied nicht als Folge der teilweisen Befreiung von der Arbeit. Der Entfall der Zulagen beruhe vielmehr darauf, dass die Arbeitszeit einvernehmlich auf eine nicht zuschlagsfähige Zeitspanne verschoben wurde, ohne dass dies für die Erbringung der Betriebsrats Tätigkeit zwingend erforderlich war.<sup>451</sup> Die Verschiebung der Arbeitszeit sei auch deshalb nicht erforderlich, weil für mögliche betriebsbedingte Mehrarbeit außerhalb der Arbeitszeit der Ausgleichsanspruch des § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG zu Verfügung stehe.<sup>452</sup>

Der Auffassung des BAG ist mit der Vorinstanz des LAG Köln – wenn auch ohne Bemühung des § 37 Abs. 4 BetrVG – und den vereinzelt Stimmen in der Literatur entgegenzutreten. Die Verschiebung der Arbeitszeit zur besseren Erreichbarkeit dient allein einem betriebsratsbedingten Grund. Wäre der Arbeitnehmer nicht Betriebsratsmitglied würde er die Zulagen weiterhin erhalten.<sup>453</sup> Eine Benachteiligung wegen des Amtes soll auf Grundlage des allgemeinen Benachteiligungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG gerade vermieden werden. Das BAG wertet hingegen zu schematisch, dass allein die vorgenommene Vertragsänderung Grundlage der Arbeitszeitverschiebung ist, ohne darauf abzustellen, dass diese mittelbar selbstverständlich nur zwecks Erleichterung der Arbeit im Betriebsrat vorgenommen wurde. Das Lohnausfallprinzip lässt auch in diesem Fall eine entsprechende hypothetische Betrachtung zu, weil bei der Berechnung stets „die

---

<sup>450</sup> LAG Köln v. 19.12.2013 – 12 Sa 682/13, AuR 2014, 121, wobei das LAG die Zahlung der Zulage fälschlicherweise am Maßstab des § 37 Abs. 4 BetrVG bemisst; ebenfalls krit. *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 182 f.; *Blattner*, NZA 2018, 129, 132 f.

<sup>451</sup> BAG v. 18.05.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 15; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 63; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 76; HWGNRH/*Glock*, § 37 BetrVG Rn. 59; HWK/*Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 15; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 34; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 151 f.; *Weber*, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 72.

<sup>452</sup> BAG v. 18.05.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 23.

<sup>453</sup> *Blattner*, NZA 2018, 129, 132 f.

*Besonderheiten des jeweiligen Vergütungsbestandteils zu berücksichtigen“ sind.*<sup>454</sup> Die Besonderheit der betriebsratsbedingten Verlegung der Arbeitszeit in zuschlagsfreie Zeiten zur Gewährung der besseren Erledigung von Betriebsratsaufgaben ist vorliegend – insbesondere wegen des Benachteiligungsprinzips – zugunsten des Betriebsratsmitglieds zu werten.

Es erscheint zusätzlich paradox, einem gänzlich freigestellten Betriebsratsmitglied eine entsprechende Zulage zu gewähren, obwohl dieses ebenso wenig zu den besonders vergüteten Zeiten arbeitet<sup>455</sup> und dem nur teilweise von der Arbeitsleistung befreiten Betriebsratsmitglied die Zulage allerdings mit eben jenem Argument zu verweigern.<sup>456</sup> Auch das freigestellte Betriebsratsmitglied wird sinnvollerweise die Betriebsratsarbeit lediglich zu den normalen Tageszeiten erledigen, ohne dass hier der Anspruch auf eine Nachtzulage entfiel. Nichts anderes muss bei einem nur teilweise freigestellten Mitglied gelten. Eine andere Bewertung ergibt sich nur, sofern die Veränderung der üblichen Arbeitszeit nicht aus betriebsratsbedingten Gründen notwendig war, das heißt, etwa lediglich im Zuge der Betriebsratswahl veranlasst wurde.<sup>457</sup>

#### ***IV. Entgeltausfall unter Geltung des Lohnausfallprinzips***

Nach dem Lohnausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG steht den Mitgliedern des Betriebsrats nach der Amtsübernahme weiterhin der ungekürzte individualvertragliche Entgeltanspruch zu. Die Erhöhung des Entgelts ist in Zusammenhang mit § 37 Abs. 4 BetrVG zu sehen und soll in einem späteren Schritt aufgearbeitet werden.<sup>458</sup> Es können darüber hinaus auch Fälle eintreten, in denen aus verschiedenen Gründen nach der Amtsübernahme eine Verschlechterung des Entgelts in Betracht kommt. Besonders relevant sind etwa die Fälle der Kurzarbeit oder die in arbeitsorganisatorischer Hinsicht notwendig gewordene Versetzung des Betriebsratsmitglieds auf einen geringer entlohnten Arbeitsplatz.

---

<sup>454</sup> BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 14.

<sup>455</sup> Vgl. etwa BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 39.

<sup>456</sup> AA BAG v. 18.05.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 24.

<sup>457</sup> GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 76 mwN.

<sup>458</sup> Vgl. unter Kapitel I C. II.

### 1. Kurzarbeit

Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit, das heißt die vorübergehende Reduzierung der Arbeitszeit mit entsprechend geminderter Lohnzahlungspflicht, auf Grundlage einer kollektiv- oder einzelvertraglichen Regelung einführen.<sup>459</sup> Zugleich können die von dieser Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld nach § 95 S. 1 SGB III haben.<sup>460</sup> In diesem Fall stellt sich in vergütungsrechtlicher Hinsicht die Frage, ob die Entgeltminderung an die teilweise von der Arbeitspflicht befreiten oder vollständig freigestellten Betriebsratsmitglieder weiterzugeben ist.

§ 37 Abs. 2 BetrVG spricht nach seinem Wortlaut davon, dass Betriebsratsmitglieder „ohne Minderung des Arbeitsentgelts“ von ihrer beruflichen Tätigkeit zu befreien sind. Der Ausschluss einer Minderung des Entgelts könnte dahingehend aufgefasst werden, dass allgemein Entgeltverschlechterungen nicht an die Betriebsratsmitglieder weiterzugeben sind. Andererseits ist das nach § 37 Abs. 2 BetrVG anzuwendende Lohnausfallprinzip darauf ausgerichtet, den hypothetischen Lohn festzustellen, den das Betriebsratsmitglied bei normaler Arbeit bezogen hätte. Im Rahmen der hypothetischen Betrachtung wäre dann auch eine Entgeltminderung zu berücksichtigen. Die konsequente Anwendung des Entgeltausfallprinzips führt zur Annahme, dass Entgeltverschlechterungen grundsätzlich auch an Betriebsratsmitglieder weiterzugeben sind.<sup>461</sup>

Die Annahme, dass Entgeltminderungen an Mitglieder des Betriebsrats weiterzugeben sind, kann jedoch in gewissen Konstellationen zu zunächst ungerecht erscheinenden Ergebnissen führen. Dies ist etwa der Fall, wenn aufgrund der Einführung der Kurzarbeit zugleich ein erhöhtes Maß an Betriebsratsarbeit anfällt oder nur gewisse Abteilungen von der Einführung der Kurzarbeit betroffen sind, so dass nur die dort beschäftigten Mitglieder des Betriebsrats eine Entgeltminderung hinzunehmen hätten.<sup>462</sup> Eine Meinung in der Literatur vertritt in einem solchen Fall, dass zumindest bei vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern die Entgeltminderung nur weiterzugeben ist, wenn sich in

---

<sup>459</sup> Ausfl. zur Einführung und Ausgestaltung der Kurzarbeit ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 657 ff.

<sup>460</sup> Zu den Voraussetzungen Küttner/Voelzke, Personalbuch 2021, Kurzarbeit Rn. 29 ff.

<sup>461</sup> BAG v. 12.10.1994 – 7 AZR 398/93, NZA 1995, 641, 642; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 70 f.; Fitting, § 37 BetrVG Rn. 69; Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 36.

<sup>462</sup> Vgl. Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 190 f.

diesem Maße auch die Betriebsratsarbeit verringert.<sup>463</sup> Der überwiegende Teil der Literatur besteht hingegen auf einer konsequenten Anwendung des Entgeltausfallprinzips und verneint deshalb auch in diesen Fällen den ungekürzten Arbeitsentgeltanspruch des Betriebsratsmitglieds.<sup>464</sup>

Letzterer Ansicht ist aus verschiedenen Gründen zu folgen. Die Vergütung des Betriebsratsmitglieds anhand des ungekürzten Entgeltanspruchs aufgrund der erhöhten oder gleichbleibenden betriebsratsbedingten Arbeitsbelastung verkennt den Grundsatz des § 37 Abs. 1 BetrVG, dass keine Vergütung der Amtstätigkeit erfolgt. Die Ansicht steht damit im Widerspruch zum Ehrenamts- und Unentgeltlichkeitsprinzip.<sup>465</sup> Im Übrigen sprechen zugleich gesetzsystematische Gründe für eine konsequente Anwendung des Entgeltausfallprinzips des § 37 Abs. 2 BetrVG und damit für die Weitergabe von Entgeltverschlechterungen an Betriebsratsmitglieder. Zwar können auf den ersten Blick ungerecht erscheinende Ergebnisse entstehen, diese können jedoch durch den Anspruch aus § 37 Abs. 3 BetrVG kompensiert werden. Sofern wegen der Einführung der Kurzarbeit kurzfristig ein erhöhtes Aufkommen des Arbeitsumfangs zu verzeichnen ist, liegen betriebsbedingte Gründe vor, die zu einem entsprechenden Anspruch auf Arbeitsbefreiung bzw. stattdessen unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Mehrarbeitsvergütung führen.<sup>466</sup> Eine Benachteiligung der Betriebsratsmitglieder in der Form, dass sie trotz des Bezugs eines reduzierten Arbeitsentgelts weiterhin den regulären Arbeitsumfang leisten, wird dadurch verhindert. Das Verbot der Entgeltminderung bezieht sich allein auf eine mögliche Anspruchsminderung aufgrund der betriebsratsbedingten Arbeitsbefreiung, nicht auf die Entgelthöhe insgesamt.<sup>467</sup> Sofern die Kurzarbeit wirksam angeordnet wurde, ist dem Betriebsratsmitglied deshalb nur das reduzierte Entgelt zu entrichten. Im Übrigen

---

<sup>463</sup> Etwa DKW/*Wedde*, § 37 BetrVG Rn. 53; *Schneider*, NZA 1984, 21, 23; differenzierend nach Arbeitsbefreiung einerseits und Freistellung andererseits *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 69 und § 38 BetrVG Rn. 88.

<sup>464</sup> GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 70; HWGNRH/*Glock*, § 37 BetrVG Rn. 60; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 36; *Beule*, Stellung des gelegentlich befreiten Betriebsratsmitglieds, S. 123 ff.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 194 ff.; vgl. auch *Knipper*, Arbeitsverhältnis des freigestellten Betriebsratsmitglieds, S. 57 ff., die allerdings auf die Berechnung nach § 37 Abs. 4 BetrVG abstellt.

<sup>465</sup> Vgl. bereits *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 192 f.

<sup>466</sup> Vgl. oben Kapitel 1 A. III. 3. b.

<sup>467</sup> BAG v. 12.10.1994 – 7 AZR 398/93, NZA 1995, 641; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 70.

können Mitglieder des Betriebsrats das Kurzarbeitergeld nach den §§ 99 ff. SGB III ebenfalls beziehen, auch wenn Betriebsrattätigkeit ausgeübt wurde.<sup>468</sup>

## 2. Streik und Aussperrung

Der Betriebsrat als Organ unterliegt gemäß § 74 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BetrVG dem Arbeitskampfverbot. Dennoch dürfen die Mitglieder des Betriebsrats in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer grundsätzlich an einem Streik teilnehmen.<sup>469</sup> Gleichzeitig können sie also auch von der arbeitgeberseitigen Aussperrung betroffen sein. In beiden Fällen ruhen für die Zeit des Arbeitskampfs die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis und damit auch die Pflicht zur Entgeltzahlung. Der Arbeitskampf berührt darüber hinaus weder die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten des Betriebsrats noch seiner Mitglieder, und zwar unabhängig davon, ob sich die Mitglieder tatsächlich an der Arbeitsniederlegung beteiligen oder nicht.<sup>470</sup>

Die weit überwiegende Rechtsprechung und Literatur entzieht bei fehlender Arbeit in konsequenter Anwendung des Entgeltausfallprinzips den arbeitsvertraglichen Entgeltanspruch, selbst wenn während des Arbeitskampfs Betriebsrattätigkeit ausgeübt wird.<sup>471</sup> Problematisch ist hingegen die Konstellation, in der ein Arbeitnehmer in seiner Position als Betriebsratsmitglied bereits vor Beginn des Arbeitskampfs von seiner Arbeitspflicht befreit war. In einem solchen Fall muss ohne bestehende Arbeitspflicht beurteilt werden, ob eine Teilnahme an dem Streik angenommen werden kann. Dem Betriebsratsmitglied darf unter Geltung des allgemeinen Benachteiligungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG jedenfalls nicht hypothetisch und ohne weitere Anhaltspunkte seine Teilnahme am Streik unterstellt

---

<sup>468</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 196.

<sup>469</sup> Vgl. statt aller *Fitting*, § 74 BetrVG Rn. 16 mwN.

<sup>470</sup> BAG v. 13.12.2011 – 1 ABR 2/10, NZA 2012, 571 Rn. 25.

<sup>471</sup> BAG v. 25.10.1988 – 1 AZR 368/87, NZA 1989, 353, 354; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 61; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 71; HWGNRH/*Glock*, § 37 BetrVG Rn. 64; HWK/*Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 14; *Lipp*, Honorierung, S. 129 ff.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 196 ff., die richtigerweise bei solchen Fallgestaltungen die Regelung des § 37 Abs. 3 BetrVG als erfüllt ansieht; aA hingegen DKW/*Wedde*, § 37 BetrVG Rn. 61; im Übrigen wird eine Unterbrechung dieses Grundsatzes zugelassen, sofern der Betriebsrat während eines wilden Streiks mit Einverständnis des Arbeitgebers vermittelnd tätig wird, vgl. GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 71 mwN.



werden.<sup>472</sup> Aufgrund der Schutzwirkung des § 78 S. 2 BetrVG darf die Teilnahme am Streik selbst dann nicht unterstellt werden, wenn das Betriebsratsmitglied Mitglied der streikführenden Gewerkschaft ist. Dieses Ergebnis mag zwar realitätsfern anmuten, rechtfertigt sich aber aus dem umfassenden Schutzzweck des § 78 S. 2 BetrVG. Eine andere Beurteilung wird nur dann zulässig sein, wenn das Betriebsratsmitglied seine Teilnahme am Streik trotz der Arbeitsbefreiung ausdrücklich erklärt oder sich tatsächlich am Streikgeschehen beteiligt.<sup>473</sup> Die unstreitige Aussage, dass sich das Betriebsratsmitglied „*selbstverständlich nicht als Streikbrecher*“ beteiligt hätte, ist in Abweichung von der Entscheidung des BAG und Übereinstimmung mit *Weber* als ausdrückliche Erklärung der Teilnahme zu werten.<sup>474</sup>

## V. Zusammenfassung

§ 37 Abs. 2 BetrVG hält den arbeitsvertraglichen Vergütungsanspruch des Betriebsratsmitglieds für die Zeit der betriebsratsbedingten Arbeitsversäumnis ohne Minderung aufrecht. Die Entgeltbemessung gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG nach dem Entgeltausfallprinzip erscheint in der Theorie als leicht durchführbar. Es gilt, das individuelle Arbeitsentgelt des Betriebsratsmitglieds zu bestimmen, also das, was das Betriebsratsmitglied verdient hätte, wenn es regulär seiner Arbeitspflicht nachgekommen wäre. Auf diesem Wege soll jeder Eindruck fehlender Unabhängigkeit vom sozialen Gegenspieler vermieden werden. Die Praxis wartet hingegen wie aufgezeigt mit überaus umfangreichen Problemen auf. Während die Abgrenzung zu Aufwandsentschädigungen noch ohne Probleme vorgenommen werden kann, stößt die gesetzliche Regelung an ihre Grenzen, sofern die Vergütung vom reinen Zeitlohn abweicht. In einem solchen Fall ist der hypothetischen Entgeltbestimmung nach dem Entgeltausfallprinzip immer eine Komponente inhärent, die mit großen Unsicherheiten verbunden ist. Die hypothetische Arbeitsleistung muss zwar anhand von subjektiven Kriterien bestimmt werden, allerdings stehen diese insbesondere bei einer vollständigen Freistellung des

---

<sup>472</sup> Zumindest während der Zeit der Arbeitsbefreiung wegen einer Schulungsveranstaltung, BAG v. 15.01.1991 – 1 AZR 178/90, NZA 1991, 604, 605 sowie BAG v. 14.08.2018 – 1 AZR 287/17, NZA 2019, 100; ebenfalls GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 71; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 196 ff.

<sup>473</sup> GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 71; *Lipp*, Honorierung, S. 120 ff.

<sup>474</sup> Vgl. dazu BAG v. 15.01.1991 – 1 AZR 178/90, NZA 1991, 604, 605 und GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 71 und Bezugnahme auf die Vorinstanz LAG Hamm v. 31.01.1990 – 3 Sa 1539/89, DB 1990, 2274 (Ls.).

Betriebsratsmitglieds nicht zu Verfügung. Die überzeugendsten Modelle greifen in einem solchen Fall zunächst auf vorherige Leistungsdaten zurück. Sind solche nicht vorhanden, muss entgegen der intendierten gesetzlichen Regelung auf objektive Bewertungsmaßstäbe, wie etwa den Durchschnitt der sonstigen vergleichbaren Arbeitnehmer, zurückgegriffen werden.

Insgesamt lässt sich bei der konkreten Entgeltbestimmung – unabhängig von der noch darzulegenden Entgeltentwicklung gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG – eine verbreitete Unsicherheit ausmachen. Dies gilt vor allem deshalb, weil die aufgezeigten Entwicklungen bei der Betriebsratsarbeit – etwa ein erhöhtes Maß der Spezialisierung und Freistellungen über Jahre hinweg – verstärkend einwirken. Der Arbeitgeber kann mitunter erhebliche Probleme bei der Entgeltbestimmung haben. Gleichzeitig ist vor dem Hintergrund der eindeutigen Gesetzeslage an der strengen Auslegung des Ehrenamts- und Unentgeltlichkeitsprinzips festzuhalten.

Die bekannt gewordenen Fälle aus der Praxis, etwa der Fall „*Osterloh*“ bzw. „*Volkert*“ oder der der Daimler AG, lassen darauf schließen, dass sich die konkrete Entgeltbestimmung als schwierig erweist, und letztlich Fehlentwicklungen bei der zu hohen Entgeltbestimmung erkennbar sind. Den Betriebsräten wurde zumindest in diesen Fällen ein deutlich zu hohes Entgelt gewährt, dessen Höhe sich nicht auf die Schwierigkeiten bei der konkreten Entgeltbemessung, sondern auf andere Umstände zurückführen lässt. Die Unternehmen setzen sich vielmehr bewusst über die als unzureichend empfundenen Regelungen der §§ 37 Abs. 1 und 2 BetrVG hinweg, um eine der Position und Verantwortung entsprechende Vergütung der Amtsträger zu gewähren bzw. um sie eventuell auch milde zu stimmen. Vor diesem Hintergrund sollte bei der Bewertung der auftretenden vergütungsrechtlichen Problemlagen beachtet werden, dass in erster Linie das gesamte System der Ehrenamt- und Unentgeltlichkeit des Betriebsratsamts in der Praxis als störend empfunden wird, nicht so sehr die Vergütungsbemessung im Einzelfall.

### **C. Entgeltanpassung gem. § 37 Abs. 4 BetrVG**

In Abgrenzung zu § 37 Abs. 2 BetrVG, der lediglich den Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Weiterzahlung des Arbeitsentgelts aufrechterhält, sieht § 37 Abs. 4 BetrVG eine dynamische Anpassung des Entgeltanspruchs durch Normierung einer Mindestregelung vor. Die Vorschrift ist eine

betriebsverfassungsrechtliche Schutzvorschrift, um möglicherweise auftretende wirtschaftliche Nachteile, die durch die Ausübung des betriebsverfassungsrechtlichen Amtes auftreten können, zu verhindern. Nach der Vorschrift dynamisiert sich das Entgelt anhand des Fortkommens vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Die Regelung ist unabhängig davon anzuwenden, ob es sich um eine teilweise Arbeitsbefreiung oder eine vollständige Freistellung des Betriebsratsmitglieds handelt.<sup>475</sup>

Im Unterschied zu § 37 Abs. 2 BetrVG wählt Absatz 4 einen anderen Vergleichsmaßstab für die hypothetische Betrachtung der Entwicklung des Betriebsratsmitglieds. § 37 Abs. 2 BetrVG stellt auf einen Maßstab ab, der auf das einzelne Betriebsratsmitglied und dessen individuelle Vergütung ausgerichtet ist. § 37 Abs. 4 BetrVG bezieht sich in seinem Anwendungsbereich zwingend auf die (vermeintlich) objektiv einfacher feststellbare Entgeltentwicklung bei vergleichbaren Arbeitnehmern. Der Gesetzgeber versucht auf diesem Wege, die – bei der Anwendung von § 37 Abs. 2 BetrVG aufgezeigten – Unsicherheiten bei der hypothetischen Entgeltentwicklung zu umgehen.<sup>476</sup> Der objektive Vergleichsmaßstab verfolgt den Sinn und Zweck, die einfachere Durchsetzung des möglicherweise erhöhten Vergütungsanspruchs zu ermöglichen.<sup>477</sup> Die Anwendung der Vorschrift ist in der Praxis jedoch trotz der auf den ersten Blick objektiven Kriterien wiederum mit großen Unsicherheiten verbunden. Es handelt sich sowohl bei den vergleichbaren Arbeitnehmern als auch der betriebsüblichen Entwicklung um Tatbestandsmerkmale, die aufgrund ihrer Unbestimmtheit einer vertieften Auslegung bedürfen.

### ***I. Wirkung der dynamischen Entgeltanpassung***

Bei der Auslegung der Vorschrift ist stets die spezielle Wirkungsweise der dynamischen Entgeltanpassung zu berücksichtigen. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG garantiert dem Betriebsratsmitglied keine in der Höhe absolut gleiche Vergütung. Die Vorschrift fragt vielmehr danach, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Betriebsratstätigkeit in Relation zu

---

<sup>475</sup> Vgl. statt aller *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 117; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 68.

<sup>476</sup> *HWK/Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 24; *Weber*, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 73.

<sup>477</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 116; *GK-BetrVG/Weber*, § 37 BetrVG Rn. 132; *MünchHArbR/Krois*, § 295 Rn. 183; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 211; *Hennecke*, RdA 1986, 241, 242; *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080.

derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist.<sup>478</sup> Das Gehalt dynamisiert sich deshalb nur prozentual. Sollte es etwa zu dem Fall kommen, dass der vergleichbare Arbeitnehmer wegen besserer Gehaltsverhandlungen seit jeher mehr als das Betriebsratsmitglied verdient, wird allein der prozentuale Zuwachs angerechnet, nicht jedoch eine Angleichung in der absoluten Höhe vorgenommen.<sup>479</sup>

Zugleich schreibt die Vorschrift keine bestimmte Vergütung fest. Dieses Fehlverständnis ist anhand eines von *Giesen* gestellten Beispiels zu illustrieren.<sup>480</sup> Er beschreibt den Fall eines Betriebsratsmitglieds, welches im Jahr 2010 sein Amt antritt, im Jahr 2016 seine Meisterprüfung ablegt und auf einer entsprechend höheren Position eingesetzt wird, bevor es im Jahr 2018 freigestellt wird. Nach Ansicht *Giesens* ändere die Ablegung der Meisterprüfung nichts daran, „*dass das freigestellte Betriebsratsmitglied gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG weiterhin unter Zugrundelegung der relativ niedrigen Vergütung von Beschäftigten bezahlt wird, mit denen es 2010 [...] vergleichbar war*“. Der Autor geht also in der Grundannahme davon aus, dass das Arbeitsentgelt mit der Wahl in das Amt „eingefroren“ und die Entwicklung allein anhand der Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers aus § 37 Abs. 4 BetrVG bestimmt werde. Dies ist systematisch verfehlt. § 37 Abs. 4 BetrVG führt nur zu einer gewissen prozentualen Entgeltentwicklung, nicht allerdings zu einer Festlegung des Entgelts. In dem dargestellten Beispiel wird das freigestellte Betriebsratsmitglied selbstverständlich auf Grundlage des § 37 Abs. 2 BetrVG anhand der zuletzt ausgeübten höheren Position als Meister vergütet. Der Vergleich der Entgeltentwicklung wird also zwingend zugunsten des Betriebsratsmitglieds ausfallen, da es im Vergleich zu den im Jahr 2010 vergleichbaren Arbeitnehmern erhöhte prozentuale Vergütungssteigerungen erlangt hat. Ausgehend von dieser Wirkungsweise der Norm des § 37 Abs. 4 BetrVG ist die Entgeltentwicklung genauer zu untersuchen.

---

<sup>478</sup> BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 20; v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448, 449; v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 15; ErfK/*Koch*, § 37 BetrVG Rn. 9; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 116; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 141 f.; *Richardi/Thüsing*, § 37 Rn. 70; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 244.

<sup>479</sup> BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448, 449; v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 15; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 Rn. 151; *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 79; *Lipp*, Honorierung, S. 87; *Annuß*, NZA 2018, 976; *Giesen*, RdA 2020, 155, 162.

<sup>480</sup> Vgl. *Giesen*, RdA 2020, 155, 159.

## II. Verhältnis von § 37 Abs. 4 BetrVG zu § 78 S. 2 BetrVG

Es bestehen verschiedene Meinungen und Ansätze, um das Verhältnis der beiden vergütungsrechtlichen Normen zu bestimmen. Das Spektrum bewegt sich dabei zwischen der gänzlichen Nichtanwendbarkeit des § 78 S. 2 BetrVG im Vergütungsbereich bis zu einer strengen Auslegung der Mindest- und Höchstvergütung anhand des § 37 Abs. 4 BetrVG.<sup>481</sup> Vor diesem Hintergrund gilt es, erneut das Verhältnis der beiden Vorschriften vertieft in den Blick zu nehmen.

### 1. § 37 Abs. 4 BetrVG als Konkretisierung des § 78 S. 2 BetrVG

Sinn und Zweck der Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG ist es, die möglicherweise auftretenden Nachteile bei der Einkommenshöhe sowie der allgemeinen beruflichen Entwicklung, welche sich auf die Inanspruchnahme des betriebsverfassungsrechtlichen Amtes zurückführen lassen, zu verhindern.<sup>482</sup> Entsprechende Nachteile können entstehen, da das Betriebsratsmitglied infolge der Belastungen durch das Amt nicht mit der gleichen Intensität in die Arbeitsprozesse eingliedert ist und deshalb an der beruflichen Entwicklung nicht teilhaben kann wie die mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer.<sup>483</sup> Mitglieder des Betriebsrats sollen – in der Ausgangsüberlegung identisch mit § 37 Abs. 2 BetrVG – das Arbeitsentgelt erhalten, das sie verdient hätten, wenn sie das Amt nicht übernommen und deshalb eine andere (und bessere) berufliche Entwicklung genommen hätten. Die Vorschrift bezweckt vor allem die Erleichterung der Beweisbarkeit der möglichen Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds durch einfach nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen.<sup>484</sup>

§ 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG ist deshalb eine konkret auf die Entgeltentwicklung bezogene Konkretisierung des allgemeinen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG.<sup>485</sup> Es bezieht sich auf die spezifische Entgeltentwicklung des Mandatsträgers. Mangels abschließender Sonderregelung

---

<sup>481</sup> Vgl. die Feststellung auch bei *Giesen*, RdA 2020, 155, 156.

<sup>482</sup> Statt aller *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 114; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 132; HWK/*Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 23 ff.

<sup>483</sup> Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu BT-Drucks. VI/2729, S. 15 ff.; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 68.

<sup>484</sup> BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 22; v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 18.

<sup>485</sup> Etwa BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 13; LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLs 85/19 Rn. 179; ausfl. mwN. *Purschwitz*, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, S. 137 ff.

der vergütungsrechtlichen Vorschriften bleibt § 78 S. 2 BetrVG daneben grundsätzlich anwendbar.<sup>486</sup> Es könnte sich theoretisch auch ein unmittelbarer Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Zahlung einer bestimmten Vergütung aus § 78 S. 2 BetrVG ergeben, wenn sich die Zahlung einer zu geringen Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds herausstellt.<sup>487</sup> Dieser systematischen Abgrenzung ist im Grundsatz zuzustimmen. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG stellt eine spezielle Anspruchsgrundlage bezüglich der Vergütungsentwicklung dar, wobei in gewissen Konstellationen – wenn der Vergleich mit den anderen Arbeitnehmern versagt – auch die allgemeinere Norm des § 78 S. 2 BetrVG das Begehren einer Vergütungshöhe tragen kann.<sup>488</sup> § 78 S. 2 BetrVG kann demnach einerseits in Ausprägung des Benachteiligungsverbots als Anspruchsgrundlage für eine Vergütungserhöhung relevant werden, andererseits stellt die Vorschrift in Ausprägung des Begünstigungsverbots die Grenze der zu gewährenden Vergütung dar.

## 2. Begrenzung des Vergütungsanspruchs

Nachdem festgestellt wurde, dass § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG die Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG nicht generell ausschließt, sondern beide Normen grundsätzlich anwendbar bleiben, drängt sich die Frage auf, inwieweit die speziellere Norm des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG verdrängend wirkt. Dies ist deshalb relevant, weil angenommen werden könnte, dass § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG sowie in Ausnahmefällen das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG allein die Untergrenze der Entgeltentwicklung normiert und für alle weiteren Fallkonstellationen – also insbesondere für eine mögliche Obergrenze – das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG einschlägig wäre. Vertreter der gegenläufigen Auslegung sehen in der aus § 37 Abs. 4 BetrVG folgenden Mindestvergütung zugleich die Höchstvergütung nach dem Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG.<sup>489</sup>

---

<sup>486</sup> Vgl. unter Kapitel 1 A. III. 4.

<sup>487</sup> BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 18 mwN.; v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 30 f.; *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 192 ff.

<sup>488</sup> BAG v. 11.12.1991 – 7 AZR 75/91, NZA 1993, 909; vgl. ebenfalls *Giesen*, RdA 2020, 155, 156; krit. zur Auslegung als eigene Anspruchsgrundlage GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 98.

<sup>489</sup> *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753, 755; *Löwisch/Rügenhagen*, DB 2008, 466; *Rieble*, NZA 2008, 276, 277.

Der Wortlaut der Vorschrift „*nicht geringer bemessen werden*“ lässt zunächst die Schlussfolgerung zu, dass sich die Konkretisierung in § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG allein auf die Normierung einer Untergrenze der Entgeltentwicklung beschränkt.<sup>490</sup> Auch die relevanten Gesetzesmaterialien zur Einführung des § 37 Abs. 4 BetrVG enthalten lediglich den Passus, dass „*wirtschaftliche und berufliche Nachteile*“ verhindert werden sollen.<sup>491</sup> Die gesetzgeberische Intention, zugleich eine Begrenzung der Vorteilsgewährung zu normieren, ist demnach nicht (direkt) ersichtlich.<sup>492</sup> Auch die Auslegung der Norm nach dem Sinn und Zweck stünde einer allein das Benachteiligungsverbot regelnden Auslegung nicht generell entgegen, da die Norm, wie bereits angeführt, in erster Linie die Durchsetzung des Benachteiligungsverbots durch prozessual einfach nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen – nämlich den prozentualen Zuwachs bei der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer – erleichtern soll.<sup>493</sup> § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG stellt aus sich heraus zunächst allein eine Untergrenze der Entgeltentwicklung auf.<sup>494</sup>

Diese Annahme leitet wiederum zu der Frage über, auf welcher Grundlage die entsprechende Obergrenze zu bestimmen ist. Wäre die entsprechende Obergrenze – trotz des dahingehend unergiebigem Wortlauts – in der Regel nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG zu bemessen, so wäre eine Abweichung von der Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung weder nach oben noch nach unten möglich. Jegliche Vergütung, die über diesen Maßstab

---

<sup>490</sup> Ursprünglich *Kehrmann*, FS Wlotzke, S. 357, 363 f.; daran anschließend GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 88; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 136; ausdrücklich auch *Zimmer/Dürr*, NZWiST 2021, 176; nicht eindeutig letztlich aber *Esser*, Begünstigung, S. 46 ff.; *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 106 ff.; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 242 ff.; im Ergebnis auch *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 105 ff.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 254 ff.; *Neef*, Liber amicorum Wendeling-Schröder, S. 97, 98; *Bachner/Engesser Means*, NZA 2020, 422, 423; *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 842; *Byers*, NZA 2015, 65, 66; vgl. auch *Annuß*, NZA 2018, 134, der davon spricht, dass § 78 S. 2 BetrVG „*um die Mindestsicherung des § 37 Abs. 4 ergänzt*“ wurde.

<sup>491</sup> BT-Drucks. VI/1786, S. 41, wobei die Vorschrift zu diesem Zeitpunkt noch als neuer § 38 Abs. 3 BetrVG vorgesehen war.

<sup>492</sup> *Esser*, Begünstigung, S. 56; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 254.

<sup>493</sup> BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 18; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 114 mwN.; *Bachner/Engesser Means*, NZA 2020, 422, 423; so weit übereinstimmend auch *Giesen*, RdA 2020, 155, 156.

<sup>494</sup> Insoweit noch übereinstimmend *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 108.

hinausginge, wäre eine verbotene Begünstigung.<sup>495</sup> Der vergleichbare Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung wäre die verbindliche Bemessungsgrundlage der Vergütung. Wäre die Obergrenze hingegen nach den Kriterien des § 78 S. 2 BetrVG festzulegen, so wäre nicht die Vergütung anhand der Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers zwingend, sondern es verbliebe allein das allgemeine Verbot der Begünstigung wegen der Amtstätigkeit.<sup>496</sup> Voraussetzung einer Begünstigung wäre, ob sich ein objektiver kausaler Zusammenhang zwischen Amtstätigkeit und der begünstigenden Maßnahme – etwa einer Beförderung bzw. Entgeltsteigerung – finden lässt, der nicht auf näher zu bestimmenden sachlichen Gründen, sondern alleine auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht.<sup>497</sup>

In der Literatur werden ersichtlich alle entsprechenden Positionen vertreten. Während manche auf das beschränkte Regelungsanliegen des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG und der Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers verweisen, sehen andere darin immer zugleich auch eine Höchstvergütung. Oftmals vermeiden die Autoren eine klare Stellungnahme und wählen einen Mittelweg, indem sie zwar § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG als Untergrenze auslegen, aber zugleich eine höhere Vergütung stets über eine strenge Auslegung des § 78 S. 2 BetrVG begrenzen.<sup>498</sup>

### 3. *Rechtsprechung des BAG*

Die Rechtsprechung musste bislang auf das Verhältnis der Vorschriften zueinander nicht explizit eingehen, da sich zumeist nur jene Fälle vor Gericht wiederfinden, in denen die Betriebsräte eine höhere Vergütung einfordern und ihr Verlangen dabei allein auf die Regelung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG stützen.<sup>499</sup> Fallkonstellationen, in denen eine unzulässige vergütungsrechtliche Begünstigung relevant wird, sind

---

<sup>495</sup> So sieht etwa *Esser*, Begünstigung, S. 47 durch § 37 Abs. 4 BetrVG ein „gesetzliches Leitbild“ geschaffen, welches auch die Geltung für die Obergrenze der Vergütung enthalte; vgl. auch *HWK/Sittard*, § 78 BetrVG Rn. 15; *Richardl/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 69; *ders.*, § 78 BetrVG Rn. 28, 36c; *Fischer*, NZA 2014, 71 f.; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 253; *Löwisch/Rügenhagen*, DB 2008, 466; *Rieble*, NZA 2008, 276, 277; *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080, 1081.

<sup>496</sup> *Kehrmann*, FS Wlotzke, S. 357, 364; *GK-BetrVG/Kreutz*, § 78 Rn.57;

*Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 244.

<sup>497</sup> Zuletzt etwa BAG v. 21.03.2018 – 7 AZR 590/16, NZA 2018, 1019 Rn. 16; vgl. zu § 78 S. 2 BetrVG grundlegend unter Kapitel 1 A. III. 4; ebenfalls *Annufß*, NZA 2022, 247, 248 f.

<sup>498</sup> Vgl. die Feststellung bei *Giesen*, RdA 2020, 155, 156 unter Hinweis auf u.a. *Annufß*, NZA 2018, 134, 135; *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1208; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 114.

<sup>499</sup> *Giesen*, RdA 2020, 155, 156.



deutlich seltener, da diese zumeist nicht den Weg vor das Arbeitsgericht finden, sondern eher eine strafrechtliche Komponente aufweisen.<sup>500</sup> Es finden sich jedoch in der jüngeren Rechtsprechung des BAG verschiedene Passagen, die (vermeintlich) eine gewisse Positionierung des Gerichts erkennen lassen.

Das BAG beginnt die in Bezug auf § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG relevanten Urteilspassagen zuletzt damit, dass wegen der Konkretisierung des § 78 S. 2 BetrVG durch § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG die Anwendung der Vorschrift „*auch nicht zu einer Begünstigung des Betriebsratsmitglieds gegenüber anderen Arbeitnehmern*“ führen dürfe.<sup>501</sup> Daraus könnte man schließen, dass das BAG in § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG zugleich grundsätzlich die zwingende Obergrenze der Entgeltbemessung sieht, weil ein zwingender Zusammenhang zwischen der Anwendung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG und einer unzulässigen Begünstigung erkannt werde. Nach dieser Auslegung wäre die nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG zu gewährende Vergütung zugleich die höchstmögliche. Die Ausführungen des Gerichts müssen allerdings im Zusammenhang mit der Fallgestaltung gesehen werden.<sup>502</sup> Die angeführte Rechtsprechung des BAG und der darin aufgenommene Passus bezieht sich auf eine spezielle Konstellation. Das klagende Betriebsratsmitglied verlangt in diesen Fällen über § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG die Zahlung einer gestiegenen Vergütung, da einem Mitglied der vergleichbaren Arbeitnehmergruppe eine höherwertige Tätigkeit übertragen wurde. Der Ausgang des Verfahrens ist davon abhängig, ob der Aufstieg des vergleichbaren Arbeitnehmers eine betriebsübliche berufliche Entwicklung im Sinne der Vorschrift darstellt. Die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten sei nur dann betriebsüblich, „*wenn diese dem Betriebsratsmitglied nach den betrieblichen Gepflogenheiten hätten übertragen werden müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreiche*“.<sup>503</sup> Nach Ansicht des BAG darf die Anwendung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG also nicht insoweit ausgedehnt werden, dass die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten in Bezug auf das Betriebsratsmitglied erfolgen muss, wenn nur ein Mitglied der vergleichbaren

---

<sup>500</sup> Zuletzt LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 9., anders noch im Fall „*Gebauer/Volkert*“, BGH v. 17.09.2009 – 5 StR 521/08, NJW 2010, 92, wo etwa keine explizit betriebsverfassungsrechtliche Stellungnahme erfolgte.

<sup>501</sup> Etwa BAG v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 22.

<sup>502</sup> Vgl. auch *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1208.

<sup>503</sup> Erneut BAG v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 22.

Arbeitnehmer – nicht jedoch die Mehrheit – dies erreicht hat. Das Betriebsratsmitglied soll durch die Wirkung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG nicht automatisch bevorteilt werden, wenn einem Mitglied der Vergleichsgruppe der Aufstieg aufgrund individueller (Leistungs-)Gründe gelingt. Nur wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer eine entsprechende Entwicklung nimmt, zwingt § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG, die Untergrenze danach zu bestimmen.<sup>504</sup> Die Frage nach der Obergrenze ist hingegen nicht davon erfasst.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2017 führt das BAG – erneut in Bezug auf die eingeklagte Vergütungserhöhung eines Betriebsratsmitglieds – in einem *obiter dictum* aus: „Vergütungserhöhungen, auf die das Betriebsratsmitglied vor seiner Amtsübernahme keinen Anspruch hatte oder, wenn es arbeitete, nicht hätte, haben bei der Bemessung seines Arbeitsentgelts nach der Wahl zum Betriebsratsmitglied außer Betracht zu bleiben“<sup>505</sup>. Würde man dies anders beurteilen, so erhielte das Betriebsratsmitglied einen nicht mit § 78 S. 2 BetrVG zu vereinbarenden Vorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern.<sup>506</sup> Die Aussagekraft dieser Passage muss erneut unter Auswertung des streitgegenständlichen Sachverhalts eingeschränkt werden. Das klagende Betriebsratsmitglied verlangte letztlich prozentuale Vergütungserhöhungen, die mit ihm vergleichbare Arbeitnehmer erhalten hatten. Speziell war allerdings in diesem Fall, dass das Betriebsratsmitglied – im Gegensatz zu den vergleichbaren Arbeitnehmern – bereits die höchste tarifliche Vergütungshöhe erreicht hatte und deshalb eigentlich keine prozentualen Vergütungserhöhungen erhalten konnte, sofern es nicht in den Kreis der AT-Angestellten aufstieg.<sup>507</sup> Da ein solcher Aufstieg nicht betriebsüblich war, lehnte das BAG die Erhöhung des Vergütungsanspruchs korrektermaßen ab.<sup>508</sup> Die Vorschrift des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG kann nicht dazu führen, dass eine ganz eigene Kategorie der Vergütung geschaffen wird. Sofern die höchste tarifliche Vergütungsstufe erreicht ist, kann diese nicht mehr erhöht werden, es sei denn ein Aufstieg zum AT-Angestellten ist ersichtlich. In diesem Zusammenhang erklärt sich, dass das BAG feststellte, die Anwendung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG dürfe

---

<sup>504</sup> Vgl. BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 11; LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 169.

<sup>505</sup> BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 25.

<sup>506</sup> Diese Aussage wiederholt das BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 auch noch einmal unter Rn. 26 in den Entscheidungsgründen.

<sup>507</sup> BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 25.

<sup>508</sup> Vgl. auch *Weber*, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 80 f.

nicht zu einer Begünstigung des Betriebsratsmitglieds führen. Letztlich wendet das BAG in diesem Fall die Regelung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG konsequent und richtig an. Die dabei verwendete Formulierung kann allerdings in der Weise ausgelegt werden, dass das Gericht, in der nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG zu bestimmenden Vergütung auch die zulässige Höchstvergütung erkennt. Für diese Annahme spricht auch, dass das BAG die entsprechende Passage losgelöst vom direkten Zusammenhang in die Entscheidungsgründe eines anderen Urteils aus dem Jahr 2018 übernommen hat.<sup>509</sup>

Explizit führt das BAG in dieser weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2018 an, dass das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG es „regelmäßig“ nicht zulasse „*dem Mandatsträger wegen seiner Amtsstellung eine während der Mandatstätigkeit weiterzuzahlende Vergütung zuzusagen, die über das nach § 37 Abs. 2 bis Abs. 4 BetrVG geregelte gesetzliche Maß*“ hinausgehe.<sup>510</sup> Die verwendete Formulierung zeigt, dass das BAG der Vergütungsentwicklung nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG grundsätzlich eine die Vergütungshöhe begrenzende Funktion beimisst. Zugleich behält es sich unter Verwendung des Wortes „regelmäßig“ eine Möglichkeit zur Abweichung vor. Von der nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG geschuldeten Vergütung kann zugunsten des Betriebsratsmitglieds also in besonderen Ausnahmefällen abgewichen werden. Ein solcher Ausnahmefall dürfte nur vorliegen, wenn der Arbeitnehmer ohne das Betriebsratsamt in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen wäre, aber dies nicht über § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG abgebildet wird. In diesem Fall muss er also den entsprechenden Aufstieg auf Grundlage des § 78 S. 2 BetrVG darlegen und beweisen. Im Umkehrschluss bedeutet dies zugleich, dass die Zahlung einer über § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG hinausgehenden Vergütung, abgesehen von diesem Ausnahmefall, als unzulässige Begünstigung zu werten ist.<sup>511</sup>

---

<sup>509</sup> Vgl. BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012 Rn. 18.

<sup>510</sup> BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 34.

<sup>511</sup> Vgl. auch Giesen, RdA 2020, 155, 156, der davon ausgeht, dass „*die somit aus § 37 Abs. 4 BetrVG und § 78 S. 2 BetrVG folgende Vergütung gemäß der Rechtsprechung des BAG zugleich die höchstzulässige Vergütung nach dem in § 78 S. 2 BetrVG mitenthaltene Begünstigungsverbot*“ ist; anders wertet dies etwa Richardi/Thüsing, § 78 Rn. 24.

Diese Auslegung der angeführten Passage spiegelt sich auch im Verständnis des LAG Düsseldorf in einer Entscheidung aus dem Jahr 2019.<sup>512</sup> In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt verlangte das klagende Betriebsratsmitglied auf Grundlage von § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG oder § 78 S. 2 BetrVG eine erhöhte Vergütung, während die Beklagte, Arbeitgeberin, wiederklagend die in der Vergangenheit zu viel gezahlte Vergütung zurückverlangte. Das Gericht entschied, dass die konkrete Vergütung des Betriebsratsmitglieds gegen das Begünstigungsverbot verstoße, da die Voraussetzungen des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG nicht vorlägen. Im weiteren Verlauf der Urteilsgründe bezieht es sich explizit auf die zuvor angeführte Passage des BAG.<sup>513</sup>

Das BAG misst § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG und damit der Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung eine die Vergütung nach oben hin begrenzende Funktion zu.<sup>514</sup> Von dieser Figur kann nach Ansicht des BAG nur abgewichen werden, wenn ansonsten eine Benachteiligung im Sinne von § 78 S. 2 BetrVG anzunehmen wäre, was wiederum von dem Betriebsratsmitglied dargelegt und bewiesen werden muss.<sup>515</sup> Geht die Vergütung über dieses Maß hinaus, ist nach Ansicht des Gerichts ein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot anzunehmen. Wie *Giesen* feststellt, bestehen nach dieser Auslegung zwei Ansätze der Gleichbehandlung. Der Anspruch aus § 37 Abs. 4 BetrVG, der die vergleichbaren Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Amtsübernahme in Betracht nimmt und der Anspruch aus § 78 S. 2 BetrVG der Entwicklungen bei der Amtsausübung in Bezug nimmt.<sup>516</sup> Es wird mithin eine zeitliche Abgrenzung vorgenommen.

#### 4. *Stellungnahme*

Der Ansicht des BAG ist teilweise zuzustimmen, teilweise allerdings auch zu widersprechen. Angebracht ist deshalb eine differenzierte Betrachtungsweise.

---

<sup>512</sup> LAG Düsseldorf v. 17.04.2019 – 7 Sa 1065/18, BeckRS 2019, 6569; ebenfalls für Personalräte LAG Berlin-Brandenburg v. 23.10.2019 – 17 Sa 2297/18, NZA-RR 2020, 105 Rn. 41 ff.

<sup>513</sup> LAG Düsseldorf v. 17.04.2019 – 7 Sa 1065/18, BeckRS 2019, 6569 Rn. 61 f.

<sup>514</sup> Dem folgend dann auch LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 180 f.

<sup>515</sup> BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448; LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 160.

<sup>516</sup> Vgl. *Giesen*, RdA 2020, 155, 156.

### a. Tatbestand der Mindestvergütung

Dem BAG ist darin zuzustimmen, dass § 37 Abs. 4 BetrVG allein den Tatbestand einer Mindestvergütung regelt. Zugleich ist zwingend von dieser Mindestvergütung in Fällen der ansonsten bestehenden Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds auf Grundlage des Benachteiligungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG abzuweichen.<sup>517</sup> Die Vorschrift des § 37 Abs. 4 BetrVG ist im Bereich der Mindestvergütung nicht abschließend, sondern konkretisiert das allgemeine Benachteiligungsverbot.

Die Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers ist demnach nicht automatisch der allein zulässige Maßstab für die geschuldete Vergütung. Eine solche Wertung ergibt sich weder aus dem Wortlaut oder dem Sinn und Zweck der Vorschrift noch aus der Systematik der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften.<sup>518</sup> § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG zielt darauf ab, die sich aus dem Betriebsratsamt womöglich ergebenden Nachteile zu verhindern.<sup>519</sup> Dies wird dadurch erreicht, dass die Untergrenze der Entgeltentwicklung anhand der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer zu bestimmen ist. Dabei wird zur Vereinfachung der Durchsetzung des Benachteiligungsverbots auf die Betrachtung anhand des objektiv bestimmbaren und leicht nachzuweisenden Maßstabs der Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgegriffen. Wie *Kreutz* zutreffend feststellt, ist „mit dieser hypothetischen zu ermittelnden Entgeltsicherung aber über die konkrete individuelle berufliche Entwicklung nicht entschieden“.<sup>520</sup> Der Gesetzgeber ging im Bereich der Entgeltentwicklung des Betriebsratsmitglieds allein von der Gefahr der Benachteiligung aus. Die spezifische entgeltliche Begünstigung erschien ihm bei Erlass des Gesetzes hingegen als wenig reale Gefahr. Zur Vermeidung von Prozessen, die auf eine einzuklagende positive Entgeltentwicklung gerichtet wären, sollte ein objektiver Maßstab mit leicht nachzuweisenden Anspruchsvoraussetzungen geschaffen werden. Die Begrenzung der gesamten Vergütung war nicht die gesetzgeberische Intention.<sup>521</sup> Die

---

<sup>517</sup> Vgl. *Bachner/Engesser Means*, NZA 2020, 422, 423.

<sup>518</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 88; *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14; *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 106 ff.; *Kehrmann*, FS Wlotzke, S. 357, 363 f.; *Annuß*, NZA 2018, 134; *ders.*, NZA 2022, 247, 248; *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 842 ff.; im Ergebnis auch *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 254 ff., wobei sie die Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG im Bereich des § 37 Abs. 4 BetrVG insgesamt ablehnt.

<sup>519</sup> *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841; *Weber*, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 81 ff.

<sup>520</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 88; zuletzt auch *Zimmer/Dürr*, NZWiST 2021, 176.

<sup>521</sup> *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14.

Anwendung des (vermeintlich) objektiven Maßstabs auf die individuelle berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds scheidet demnach aus.

Die konkrete Betriebsratsvergütung kann deshalb grundsätzlich über das in § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG geregelte Maß hinausgehen.<sup>522</sup> Darin liegt entgegen mancher Stimmen in der Literatur kein genereller Verstoß gegen das Prinzip des unentgeltlichen Ehrenamts aus § 37 Abs. 1 BetrVG.<sup>523</sup> Das Unentgeltlichkeits- sowie das Ehrenamtsprinzip verbieten eine unmittelbare Bezahlung der Betriebsratsstätigkeit. Sofern eine unmittelbare Bewertung bzw. Bezahlung nicht angenommen werden kann, ist auch kein Verstoß gegen § 37 Abs. 1 BetrVG anzunehmen. Wenn etwa *Junker* davon spricht, dass das Gesetz aus gutem Grund auf die rein berufliche Entwicklung und nicht auf die Leistungen als Betriebsratsmitglied abstellt, so ist ihm grundsätzlich zuzustimmen.<sup>524</sup>

Allerdings ist die angesprochene berufliche Entwicklung nicht auf die vergleichbaren Arbeitnehmer beschränkt, sondern kann auch von individuellen Faktoren des einzelnen Betriebsratsmitglieds abhängen.<sup>525</sup> Dieser Auslegung steht auch nicht der Sinn und Zweck des § 37 Abs. 1 BetrVG, also die Sicherung der Unabhängigkeit der Amtsführung, entgegen. Allein durch die Möglichkeit der Abweichung von der Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung, welche auch nur innerhalb fester – noch zu besprechender Grenzen – besteht, wird nicht der gesamte § 37 Abs. 1 BetrVG in Frage gestellt. Die Gefahr von „Kungeleien“ oder „Kopplungsgeschäften“ besteht unabhängig davon, und dieser Gefahr muss auf anderen Wegen begegnet werden. Entsprechend der vorgenommenen Auslegung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG ist die Vergütung des Betriebsratsmitglieds nicht ausschließlich anhand der Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung zu bestimmen.

Sofern der im Rahmen des § 37 Abs. 4 BetrVG vorzunehmende Vergleich mit anderen Arbeitnehmern versagt, kann in Ausnahmefällen ein Anspruch auf eine

---

<sup>522</sup> Ähnlich formuliert das BAG vereinzelt, wenn es anführt, dass „§ 37 Abs. 4 BetrVG keine abschließende Regelung über die Höhe des Arbeitsentgelts des Amtsträgers“ treffe, etwa BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 18; zuletzt ausdrücklich *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 842 ff.

<sup>523</sup> *Dietze*, FS Klebe, S. 95, 99; *Junker*, ZfA-Editorial, Heft 1/2020, 1, 2.

<sup>524</sup> Erneut *Junker*, ZfA-Editorial, Heft 1/2020, 1, 3.

<sup>525</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 88; *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14.

erhöhte Mindestvergütung auf Grundlage des allgemeinen Benachteiligungsverbots in Betracht kommen.<sup>526</sup> In diesem Fall ist die Durchsetzung allerdings nicht durch die einfach nachzuweisenden Anspruchsvoraussetzungen des § 37 Abs. 4 BetrVG erleichtert, sondern das Betriebsratsmitglied muss unter Geltung der üblichen Darlegungs- und Beweislastregeln zur Überzeugung des Gerichts darlegen, dass es eine darüber hinausgehende positive Entwicklung genommen hätte. Dieser Ausgangslage bei der Bestimmung der Mindestvergütung ist in der Grundannahme zuzustimmen.

#### b. Vergütungsrechtliche Obergrenze

Dem BAG ist allerdings hinsichtlich der Festlegung der vergütungsrechtlichen Obergrenze aus verschiedenen Gründen zu widersprechen. Die Obergrenze ist allein anhand des Maßstabs des allgemeinen Begünstigungsverbots gemäß § 78 S. 2 BetrVG zu bemessen.<sup>527</sup> Die Vorschrift verbietet lediglich die nicht von sachlichen Gründen getragene Annahme einer beruflichen Weiterentwicklung und eine damit einhergehende Vergütung des Betriebsratsmitglieds.<sup>528</sup> Das BAG misst der Vorschrift des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG und damit der Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers hingegen eine dahingehende Wirkung zu, dass im Regelfall die darüber hinausgehende Vergütung eine unzulässige Begünstigung darstellt. Das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG lasse es regelmäßig nicht zu, dass dem Mandatsträger eine Vergütung zu zahlen sei, die über das nach § 37 Abs. 2 – 4 BetrVG geregelte gesetzliche Maß hinausgehe.<sup>529</sup> Nur im Ausnahmefall einer ansonsten bestehenden Benachteiligung könne sich auf Grundlage des § 78 S. 2 BetrVG eine höhere Vergütung ergeben.<sup>530</sup>

Die systematische Annahme, dass mit der nach § 37 Abs. 4 BetrVG zu bestimmenden Vergütung zugleich auch eine „*Regelvergütung*“<sup>531</sup> oder zumindest ein „*Leitbild*“ normiert werde,<sup>532</sup> geht zu weit, da der Gesetzgeber ausschließlich durch § 78 S. 2 BetrVG eine allgemeine Begrenzung ins Gesetz aufgenommen hat,

---

<sup>526</sup> Vgl. unter Kapitel 1 C. IV. 1. b.

<sup>527</sup> So auch *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 843.

<sup>528</sup> Ausfl. noch unter Kapitel 1 C. II.; vgl. auch *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14; *Annuß*, NZA 2020, 20; *ders.*, NZA 2022, 247, 248 f.

<sup>529</sup> BAG v. 29.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 34.

<sup>530</sup> BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448, 450 mwN.

<sup>531</sup> Zurückgehend auf *Neef*, *Liber amicorum Wendeling-Schröder*, S. 97, 98; sich daran anschließend *Denzer*, *Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen*, S. 108.

<sup>532</sup> *Esser*, *Begünstigung*, S. 38.

die einzig die vergütungsrechtliche Grenze bestimmt.<sup>533</sup> Entgegen der Ansicht von *Jacobs* liegt in § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG auch keine allgemeine Grundwertung, die auf die Frage nach einer möglichen Begünstigung ausstrahlt.<sup>534</sup> Der Gesetzgeber hat entgegen der Annahme des LG Braunschweig mit §§ 37 Abs. 2, Abs. 4 BetrVG schon gar keine „klare – wenn auch mitunter schwer zu handhabende – Regelung“ in Bezug auf die Obergrenze der Vergütungsentwicklung geschaffen.<sup>535</sup> Das Betriebsverfassungsgesetz beinhaltet letztlich – im Gegensatz zu der regelmäßigen Untergrenze des § 37 Abs. 4 BetrVG – keine passgenaue Regelung in Bezug auf die vergütungsrechtliche Obergrenze von Betriebsratsmitgliedern.<sup>536</sup> Es kann unter Geltung des Benachteiligungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG deshalb grundsätzlich zugunsten des Betriebsratsmitglieds von der Entgeltbemessung nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG abgewichen werden, da keine verbindliche Bemessungsgrundlage für die positive Entgeltentwicklung vorliegt.<sup>537</sup>

Das Ergebnis wird auch durch die Funktionsweise der Vorschrift bestätigt. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG garantiert wie eingangs festgestellt, eben kein absolut gleiches Entgelt, sondern nur die prozentuale Anpassung, das heißt, die Vergütung des Betriebsratsmitglieds wird allein positiv an jene der vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher vergleichbarer Entwicklung prozentual angepasst. Eine Norm, die einen rein prozentualen Anstieg des Entgelts garantiert, zugleich zum Maßstab für mögliche Beförderungen, das heißt für Vorgänge, die tatsächliche Auswirkungen im betrieblichen Alltag haben, zu machen, ist widersinnig.<sup>538</sup>

*Giesen* hat zuletzt die Bestimmung der Mindestvergütung anhand des regelmäßig einschlägigen § 37 Abs. 4 BetrVG sowie des ausnahmsweise zu beachtenden Benachteiligungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG zutreffend beschrieben. Allerdings

---

<sup>533</sup> *Weber*, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 84.

<sup>534</sup> So aber *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1610 unter Hinweis etwa auf *Joussen*, RdA 2018, 193, 195; ähnlich *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753, 755; anders ausdrücklich *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 842 ff.

<sup>535</sup> So aber LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 179; wie hier *Annuß*, NZA 2022, 247, 248 f.

<sup>536</sup> *Annuß*, NZA 2020, 20; *ders.*, ZAAR-Tagung 2020, S. 87; *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 842 ff.

<sup>537</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 88; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 243 ff.; ähnlich auch *Annuß*, NZA 2018, 134, 135; *ders.*, ZAAR-Tagung 2020, S. 87, 89; *Byers*, NZA 2014, 65, 66; aA *Richard/Thüsing*, § 78 BetrVG Rn. 28, 36c; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 253.

<sup>538</sup> Deshalb bestimmt § 38 Abs. 4 S. 2 BetrVG zugleich nur, dass die betriebsübliche berufliche Entwicklung nachgeholt werden kann.



geht auch er im zweiten Schritt vom „*Gleichlauf*“ der geschuldeten Mindest- sowie der zulässigen Höchstvergütung aus.<sup>539</sup> Nach seinem Ansatz darf von der Mindestvergütung des § 37 Abs. 4 BetrVG nur nach oben abgewichen werden, wenn das vergleichsgruppenbezogene Modell aufgrund seit der Amtsübernahme eintretender Umstände versagt und deshalb eine Korrektur über das Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG angebracht sei. Eine höhere Vergütung als die daraus resultierende sei hingegen nach der zu befürwortenden Rechtsprechung des BAG verboten.<sup>540</sup> Diese Auslegung ergibt sich allerdings nicht zwingend aus dem Gesetz. Es spricht nach der gesetzlichen Systematik nichts dafür, dass die Vergütung des Betriebsratsmitglieds punktgenau zwischen Benachteiligung und Begünstigung zu bestimmen ist. Die Obergrenze der Vergütung bestimmt sich anhand des Begünstigungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG. Eine Begünstigung im Sinne von § 78 S. 2 BetrVG ist jede Besserstellung von Betriebsratsmitgliedern im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht.<sup>541</sup> Die Begünstigung kann bei jeder Zuwendung eines Vorteils angenommen werden, die ausschließlich aufgrund der Amtstätigkeit erfolgt.<sup>542</sup> Der Rückschluss darauf, dass jede über die Mindestvergütung hinausgehende Vergütung nicht von sachlichen Gründen getragen ist, sondern auf der Amtstätigkeit beruht, ist gesetzlich nicht zwingend. Eine Begünstigung ist nur dann anzunehmen, wenn sich diese auf die Amtstätigkeit zurückführen lässt.<sup>543</sup>

Der nach Auslegung des BAG bestehende Automatismus zwischen Mindest- und Maximalvergütung ist gesetzlich so nicht zwingend. Die Obergrenze der Entgeltentwicklung bestimmt sich allein anhand des Tatbestands des Begünstigungsverbots und wird nicht durch die aus § 37 Abs. 4 BetrVG oder dem Benachteiligungsverbot resultierende Mindestvergütung beschränkt.

---

<sup>539</sup> *Giesen*, RdA 2020, 155, 156 f. unter Bezugnahme auf BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935.

<sup>540</sup> *Giesen*, RdA 2020, 155, 163 ff.

<sup>541</sup> BAG v. 20.01.2010 – 7 ABR 68/08, NZA 2010, 777 Rn. 11.

<sup>542</sup> BAG v. 21.03.2018 – 7 AZR 590/16, NZA 2018, 1019 Rn. 16.

<sup>543</sup> Ebenfalls *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 843.

### *c. Zwischenergebnis*

§ 37 Abs. 4 BetrVG ist eine entgeltbezogene Konkretisierung des aus § 78 S. 2 BetrVG resultierenden allgemeinen Benachteiligungsverbots. Die Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG stellt allerdings nur die Normierung einer Mindestvergütung auf und enthält keine abschließende Regelung. Es soll lediglich die Durchsetzung der Vergütungssteigerung durch einfach nachzuweisende Tatbestandsvoraussetzungen ermöglicht werden. Unter der Geltung des Benachteiligungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG kann sich zugleich ein erhöhter Anspruch auf eine Vergütung ergeben. Die aus dem Zusammenspiel von § 37 Abs. 4 BetrVG sowie dem allgemeinen Benachteiligungsverbot resultierende Mindestvergütung stellt nicht zugleich die maximal zulässige Höchstvergütung dar. Diese ist allein anhand des allgemeinen Begünstigungsverbots zu bestimmen.

Im Zuge der weiteren Ausführungen müssen deshalb zwei Fragen auseinandergehalten werden. Zum einen sind die Parameter der Entgeltgarantie des § 37 Abs. 4 BetrVG als Untergrenze der Vergütungsbemessung an sich näher sowie die Ausnahmefälle der vergütungsrechtlichen Benachteiligung zu untersuchen. In diesem thematischen Zusammenhang ist anschließend die davon zu unterscheidende Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen einem Betriebsratsmitglied eine höherwertige Tätigkeit mit entsprechender Vergütungssteigerung angetragen werden kann, mithin welche konkrete Obergrenze hierbei das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG zieht.

### ***III. Parameter der Arbeitsentgeltgarantie des § 37 Abs. 4 BetrVG***

Die hypothetische regelmäßige Entgeltentwicklung des Betriebsratsmitglieds richtet sich gemäß § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG nach dem Arbeitsentgelt der vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Auf diesem Wege soll die hypothetische Betrachtung der Weiterentwicklung des Betriebsratsmitglieds, die es ohne das Amt mutmaßlich genommen und damit ein entsprechendes Entgelt verdient hätte, objektiviert werden. Aufgrund des objektiven Vergleichsmaßstabs ist in der hypothetischen Grundannahme weder eine positive noch negative Entwicklung des Betriebsratsmitglieds im Verhältnis

zu den ursprünglich vergleichbaren Arbeitnehmern zu berücksichtigen.<sup>544</sup> Die vermeintlich objektive Feststellung der Entwicklung wird jedoch dadurch kompliziert, dass die Frage nach der Vergleichbarkeit von subjektiven Einflüssen und mit der Zeit eintretenden Veränderungen – wie etwa dem Ausscheiden der ursprünglich vergleichbaren Arbeitnehmer – abhängt. Zugleich vermischen sich die beiden Tatbestandsmerkmale der Arbeitsentgeltgarantie, nämlich die vergleichbaren Arbeitnehmer und deren betriebsübliche berufliche Entwicklung, in gewissen Fallkonstellationen. Ob beispielsweise die mögliche Beförderung eines Arbeitnehmers zugunsten des Betriebsratsmitglieds berücksichtigt wird, kann sowohl die Frage nach der ursprünglichen Vergleichbarkeit als auch die Frage nach der Betriebsüblichkeit tangieren.

### 1. Vergleichbare Arbeitnehmer

Die Vorschrift des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG legt selbst keine Kriterien zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer fest. Vergleichbar im Sinne von § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Literatur grundsätzlich solche Arbeitnehmer, die *„im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren“*.<sup>545</sup> Beide Tatbestandsmerkmale der Vergleichbarkeit, das heißt die Tätigkeit sowie die Qualifikation, müssen jeweils für sich erfüllt sein.<sup>546</sup> Üben etwa vergleichbare Arbeitnehmer bei gleicher Qualifikation eine höher bezahlte Tätigkeit und objektiv nicht vergleichbare Tätigkeit aus, sind diese nicht mit einzubeziehen.<sup>547</sup>

Da die generelle Entwicklung maßgeblich von den individuellen Fähigkeiten des einzelnen Arbeitnehmers abhängt, müssen auch die individuellen Fähigkeiten des Betriebsratsmitglieds bei der Bestimmung der relevanten Vergleichsgruppe Berücksichtigung finden.<sup>548</sup> Ist das zu vergleichende Betriebsratsmitglied für seine

---

<sup>544</sup> GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 142.

<sup>545</sup> Statt vieler BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012 Rn. 17 mwN.; LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 167; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 119; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 143; Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 71.

<sup>546</sup> *Lipp*, Honorierung, S. 60; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 220.

<sup>547</sup> HWGNRH/Glock, 37 BetrVG Rn. 108; Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 72.

<sup>548</sup> BAG v. 13.11.1987 – 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 120; GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 143 ff.; Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 71.

Hierarchiestufe überdurchschnittlich qualifiziert und leistungsfähig, so müssen die vergleichbaren Arbeitnehmer ein im Wesentlichen gleiches Potential aufweisen.<sup>549</sup> Das Gesetz geht in seiner Grundannahme davon aus, dass sämtliche vergleichbaren Arbeitnehmer des Betriebs in den Vergleich mit einzubeziehen sind.<sup>550</sup>

*a. Zeitpunkt der Vergleichbarkeit*

Das Gesetz trifft keine explizite Aussage zum Zeitpunkt der Vergleichbarkeit und dessen Ermittlung. Nach der herrschenden Definition von Rechtsprechung und Literatur ist grundsätzlich der maßgebliche Zeitpunkt für die Vergleichbarkeit die (erstmalige) Amtsübernahme.<sup>551</sup> Bei Ersatzmitgliedern kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Nachrückens in den Betriebsrat an.<sup>552</sup> Als deutlich praxisrelevanter und schwieriger erweist sich die Frage danach, ob auf einen anderen Zeitpunkt bei der Wiederwahl eines Arbeitnehmers in den Betriebsrat abzustellen ist.

Nach dem Sinn und Zweck des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG, nämlich Beeinträchtigungen in der beruflichen Entwicklung und Vergütung infolge der Amtsausübung zu verhindern, könnte zwischen der vollständigen Freistellung und der teilweisen Arbeitsbefreiung unterschieden werden. Bei einer teilweisen Arbeitsbefreiung sei die noch erbrachte Arbeitsleistung zugunsten des Betriebsratsmitglieds zu berücksichtigen, sofern das Mitglied sich in beruflicher Hinsicht besser als die ursprüngliche Vergleichsgruppe entwickelt habe. Andernfalls wäre das Betriebsratsmitglied entgegen § 78 S. 2 BetrVG benachteiligt, da die eigene Leistung nicht Einfluss auf die Entgeltentwicklung nehmen würde.<sup>553</sup>

---

<sup>549</sup> BAG v. 13.11.1987 – 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 120; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 71 – jew. mwN.

<sup>550</sup> Vgl. auch *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 137, der darauf hinweist, dass sich dies u.a. aus dem Abstellen auf die Mehrzahl der Arbeitnehmer in Bezug auf das Merkmal der Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung ergibt.

<sup>551</sup> BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 24 ff.; v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 23; vgl. statt aller *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 119; *HWK/Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 25; in der Literatur wird der Zeitpunkt teilweise (terminologisch) verfeinert, *Esser*, Begünstigung, S. 37 verweist bspw. auf den Moment in dem das Betriebsratsmitglied erstmals seine ursprüngliche Arbeitstätigkeit zurückstellt. Erkennbare Unterschiede sind damit allerdings nicht verbunden; ähnlich *Lipp*, Honorierung, S. 57.

<sup>552</sup> BAG v. 15.01.1992 – 7 AZR 194/91, DB 1993, 1379; weiter differenzierend bei der zeitweisen Vertretung nach BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012 Rn. 23.

<sup>553</sup> *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 242, 248 f.; daran anschließend GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 146 ff.; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 66; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 217.

Im Fall der Wiederwahl sei der Zeitpunkt der erneuten Bestimmung der Vergleichsgruppe der Beginn der jeweiligen Amtszeit.<sup>554</sup> Sollte sich das Betriebsratsmitglied negativ zur Vergleichsgruppe entwickelt haben, scheide eine erneute Bestimmung der Vergleichsgruppe nach den Wertungen des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG aus. In diesem Fall könne nicht ausgeschlossen werden, dass sich die negative Entwicklung als Folge der Amtsübernahme darstelle.<sup>555</sup>

Bei vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern entfällt allerdings die Orientierung an der erbrachten Arbeitsleistung, so dass grundsätzlich auf den Moment des erstmaligen Eintritts in eine vollständige Freistellung abgestellt werden muss. Teilweise wird allerdings auch eine Anpassung der Vergleichsgruppe für freigestellte Betriebsräte befürwortet, sofern Fähigkeiten und Kenntnisse erlangt wurden, die die Betriebsratsmitglieder nicht aufgrund des Amtes erworben haben.<sup>556</sup> Andere verweisen darauf, dass das Gesetz versuche, die hypothetische Entgeltentwicklung durch den Anknüpfungspunkt der vergleichbaren Arbeitnehmer zu objektivieren, und deshalb eine spätere Anpassung der Vergleichsgruppe, das heißt eine Verschiebung des Zeitpunkts der Vergleichbarkeit, ausscheide. Das Gesetz knüpfe gerade an einer fiktiven Karriere ohne Betriebsratsamt an.<sup>557</sup>

Wie zuvor festgestellt, bezieht sich § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG auf die drohende Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds und regelt die (positive) Vergütungsentwicklung des Betriebsratsmitglieds nicht abschließend. Aus diesem Grund muss erneut zwischen der Arbeitsentgeltgarantie des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG und der Frage nach der individuellen beruflichen Entwicklung unterschieden werden. Sofern darauf verwiesen wird, dass in der Festlegung des Zeitpunkts auf den erstmaligen Eintritt in die vollständige Freistellung eine Benachteiligung liegen könne, da eine individuelle Festlegung des Aufstiegs anhand der nach der Bildung der Vergleichsgruppe erworbenen Qualifikationen und Fähigkeiten unterbliebe, so liegt dem ein Fehlverständnis der Normen zugrunde.<sup>558</sup> Die Arbeitsentgeltgarantie des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG fragt alleine

---

<sup>554</sup> *Annuß*, NZA 2018, 976, 977; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 66 f.; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 248; *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 93 f.

<sup>555</sup> *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 248.

<sup>556</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 217; *Annuß*, NZA 2018, 134.

<sup>557</sup> *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 69 unter Verweis auf *Lipp*, Honorierung, S. 61.

<sup>558</sup> So etwa *Annuß*, NZA 2018, 134, 136 f.

danach, ob das Betriebsratsmitglied durch die Ausübung seines Amtes vergütungsrechtliche Nachteile in der Entgeltentwicklung erfahren hat. Die individuelle berufliche Entwicklung ist davon zu trennen.

Die Untergrenze der Vergütungsentwicklung bestimmt sich auch bei vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern grundsätzlich nach der Entwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer ab der erstmaligen Übernahme des Betriebsratsamts.<sup>559</sup> Allein anhand des danach festzustellenden prozentualen Zuwachses ist die Untergrenze der Vergütung zu bestimmen. Ein Abstellen auf den Zeitpunkt der erstmaligen Freistellung oder eine Anpassung der Vergleichsgruppe zur jeweiligen Amtszeit scheidet aus.<sup>560</sup> Darin liegt keine Benachteiligung der Betriebsratsmitglieder. Zwar werden die beruflichen Entwicklungen im Zeitraum zwischen Amtsantritt und Freistellung oder die Arbeitsleistungen des nur teilweise von der Arbeit befreiten Betriebsratsmitglieds nicht berücksichtigt, jedoch gilt § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG nach richtigem Verständnis auch nur für die Untergrenze der Entgeltentwicklung. Sollte hingegen ein Betriebsratsmitglied – in noch näher zu besprechenden Konstellationen – aufgrund seiner individuellen Entwicklung befördert werden, ist ebenfalls keine Anpassung der zu vergleichenden Arbeitnehmer vorzunehmen. Die Untergrenze der Entgeltentwicklung bestimmt sich auch dann noch nach den ursprünglichen vergleichbaren Arbeitnehmern. Die Frage, ob die ursprünglich vergleichbaren Arbeitnehmer noch immer ein vergleichbares Profil ausweisen, ist hingegen irrelevant, da die Vorschrift allein bezweckt, dass das Betriebsratsmitglied keine Nachteile aus seiner Amtstätigkeit erleidet. Die Vorschrift greift demnach nur, wenn die vergleichbaren Arbeitnehmer im Verhältnis zum Beginn der Betriebsratstätigkeit mehr verdienen. Ist dies nicht der Fall, verbleibt für die Vorschrift kein Anwendungsbereich und es hat insbesondere eine Anpassung der vergleichbaren Arbeitnehmer zu unterbleiben.

Der Zeitpunkt der Vergleichbarkeit ist zu unterscheiden von dem für die Berechnung der Entgeltentwicklung maßgeblichen Zeitraum. Der Vergleich der Vergütungsentwicklung ist ab dem zuvor dargestellten Beginn der

---

<sup>559</sup> BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 24 ff.; zustimmend insofern *Thüsing/Denzer*, BB 2020, 1460, 1461.

<sup>560</sup> AA *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 217; *Bachner/Engesser Means*, NZA 2020, 422, 424.

Vergütungsentwicklung anhand einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen.<sup>561</sup> Die Vergütungsanpassung bezieht sich nicht auf einen gewissen vorher festgelegten Zeitraum bzw. Stichtag. Die Kontrolle an einem bestimmten Stichtag kann grundsätzlich zur Gewährleistung einer regelmäßigen Kontrolle hilfreich sein, der Anspruch auf Anpassung besteht allerdings unabhängig davon.

Darüber hinaus ist die Frage nach dem Zeitpunkt der Vergleichbarkeit von der Frage zu unterscheiden, wann die Vergleichsgruppe ermittelt werden muss. Hier kann entweder der zuvor bestimmte Zeitpunkt der Vergleichbarkeit, das heißt eine *Ex-ante*-Perspektive, oder eine Betrachtung in die Vergangenheit (*ex-post*) gewählt werden. Das Gesetz gibt keine Regelung vor und auch das BAG trifft hierüber keine Aussage. Die Festlegung zum *Ex-ante*-Zeitpunkt dürfte sich grundsätzlich anbieten, da die Frage nach der Vergleichbarkeit bzw. Regelmäßigkeit der Vergütungsentwicklung bestmöglich anhand der aktuellen Verhältnisse beurteilt werden kann.<sup>562</sup> Nachteil einer solchen Betrachtung ist allerdings, dass die Arbeitnehmer, die keine „betriebsübliche“ Entwicklung durchlaufen, im Nachhinein wieder ausgenommen werden müssten.<sup>563</sup> Eine Beurteilung aus der *Ex-post*-Perspektive dürfte sich jedoch aufgrund der Bewertung einer eventuell bereits lange zurückliegenden Situation als schwieriger erweisen. Insgesamt ist zu erkennen, dass die verbindliche Festlegung einer Vergleichsgruppe zu einem feststehenden Zeitpunkt jedenfalls nicht gesetzlich institutionalisiert ist. In Übereinstimmung mit *Giesen* und *Rieble* ist davon auszugehen, dass die Beurteilung aus einer *Ex-ante*-Perspektive im Grundsatz dem gesetzlichen Leitbild entspricht. Wie *Giesen* dann im Anschluss auch feststellt, führt dies allerdings nicht dazu, dass – sofern eine Vergleichsgruppe tatsächlich *ex-ante* bestimmt wurde – die Vergleichsgruppe nachträglich keiner Veränderung unterliegen kann. Arbeitnehmer, die ursprünglich vergleichbar waren, dann aber außergewöhnliche Entwicklungen in positiver und negativer Hinsicht durchlaufen, können wiederum aus der Vergleichsgruppe hinausfallen. Die Bestimmung der Vergleichsgruppe wird stets eine Frage der Abwägung im Einzelfall bleiben. Es ist deshalb davon

---

<sup>561</sup> BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012 Rn. 23 mwN.

<sup>562</sup> *Rieble*, NZA 2008, 276, 277; differenzierend *Giesen*, RdA 2020, 155, 158.

<sup>563</sup> *Giesen*, RdA 2020, 155, 158, wobei dieser auf die (vermeintliche) Gefahr hinweist, dass der Arbeitgeber die „Vergleichswillige“ des Betriebsratsmitglieds bewusst besser oder schlechter stellen könnte, um mittelbar Einfluss auf die Entgeltentwicklung nehmen zu können. Diese dürfte aber eher ein theoretisches Problem sein.

auszugehen, dass das auch BAG die *ex-ante* bestimmte Vergleichsgruppe im Grundsatz akzeptieren und nur bei besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls anpassen würde.

#### *b. Kriterien der Vergleichbarkeit*

Die Kriterien des durchzuführenden Tätigkeits- und Qualifikationsvergleichs sind grundsätzlich objektiv zu bestimmen.<sup>564</sup> Es sind die tatsächlich ausgeführten Arbeiten sowie die erworbenen Hard- und Softskills (etwa Ausbildung, beruflicher Werdegang, persönliche Qualifikation) zu vergleichen.<sup>565</sup> Vergleichbare Tätigkeiten liegen vor, wenn sie inhaltlich und in der Betriebshierarchie übereinstimmen.<sup>566</sup> Wie zuvor bereits ausgeführt, müssen bezüglich der zu vergleichenden fachlichen und persönlichen Qualifikationen die individuellen Fähigkeiten des Betriebsratsmitglieds Berücksichtigung finden, da das Gesetz nicht nach einem durchschnittlichen, sondern einem vergleichbaren Arbeitnehmer fragt.<sup>567</sup>

Ausgehend von der oben genannten Definition („*im Wesentlichen*“)<sup>568</sup> ist allerdings kein allzu strenger Maßstab an die jeweilige Vergleichbarkeit anzulegen. Eine rein objektive Prüfung scheidet aus, da niemals alle zu wertenden Belange nach einem festen Schema ins Verhältnis gesetzt werden können. Eine vollständige Vergleichbarkeit kann es nicht geben. Es genügt, die objektiven Kriterien einem unter Berücksichtigung des Einschätzungsspielraums des Arbeitgebers nachvollziehbaren, wertenden Vergleich zu unterziehen.<sup>569</sup> Letztlich muss eine im

---

<sup>564</sup> GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 143; Klagges/Schrader, Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, Rn. 45 ff.; Thüsing/Denzer, Betriebsratsvergütung, Rn. 104 ff.; zur Bildung von Vergleichsgruppen auch Blattner, NZA 2018, 129, 130 ff.

<sup>565</sup> Vgl. die Nennungen bei Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 247; auf solche Fähigkeiten einschränkend, die für die Bestimmung der Vergütungshöhe bedeutsam sind, Annuß, NZA 2018, 134, 135.

<sup>566</sup> Sturm, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 90.

<sup>567</sup> GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 143; Esser, Begünstigung, S. 38.

<sup>568</sup> Siehe oben unter Kapitel 1 C. III. 1.

<sup>569</sup> Ähnlich Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 221, 224; Sturm, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 90; Bachner/Engesser Means, NZA 2020, 422, 423; Keilich, BB 2014, 2229, 2232; Weber, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 74; aA Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 248, wonach „*sehr genau und kleinteilig vorgegangen*“ werden muss, allerdings auch auf die damit einhergehenden Probleme in der Praxis hingewiesen wird; ähnlich Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 72.



Wesentlichen in Tätigkeitsart, Belastung und notwendiger Qualifikation ähnliche Arbeitsumgebung gegeben sein.<sup>570</sup>

*c. Fehlen vergleichbarer Arbeitnehmer*

Es bedarf nicht der Vergleichbarkeit mit mehreren Arbeitnehmern, ein einzelner Arbeitnehmer reicht aus.<sup>571</sup> Der verwendete Plural in § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG („vergleichbare Arbeitnehmer“) ist in Zusammenhang mit den ebenfalls im Plural genannten „Mitgliedern des Betriebsrats“ zu sehen und hat keine eigenständige Bedeutung.<sup>572</sup> Es bedarf jedoch selbst bei der Vergleichbarkeit des Amtsträgers mit nur einem einzelnen Arbeitnehmer einer dahingehenden Feststellung, dass eben jener eine betriebsübliche berufliche Entwicklung durchlaufen hat.<sup>573</sup>

Insbesondere in kleineren Betrieben bzw. bei einem hohen Spezialisierungsgrad des Betriebsratsmitglieds kann es zu der Situation kommen, dass ein gewähltes Betriebsratsmitglied mit keinem Arbeitnehmer „im Wesentlichen“ vergleichbar ist. In diesem Fall stellt sich die Frage, anhand welchen Parameters die Entgeltentwicklung zu bestimmen ist, da dem Betriebsratsmitglied stets die Möglichkeit zur Entgeltentwicklung zu geben ist. Teile der Literatur wollen den Bezugsrahmen verändern und in einem solchen Fall – sofern vorhanden – das Unternehmen und deren gesamte Arbeitnehmer heranziehen.<sup>574</sup> Weitere Stimmen stellen auf den „am ehesten“ vergleichbaren Arbeitnehmer und dessen Entwicklung ab.<sup>575</sup> Andere sehen in diesem Ausnahmefall lediglich Raum für die hypothetische Betrachtung eines fiktiven Arbeitnehmers, der die Qualifikationen des Betriebsratsmitglieds aufweist.<sup>576</sup>

Die Auffassung, beim Fehlen eines vergleichbaren Arbeitnehmers auf denjenigen abzustellen, der noch am ehesten mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbar ist, ist

---

<sup>570</sup> So auch *Giesen*, RdA 2020, 155, 157 f.

<sup>571</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 118 mwN.

<sup>572</sup> HWGNRH/*Glock*, § 37 BetrVG Rn. 111; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 213.

<sup>573</sup> BAG v. 13.11.1987 – 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403, 405; v. 17.05.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448, 450.

<sup>574</sup> *Lipp*, Honorierung, S. 69 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 214, 218 f.; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 250, die nachrangig auch auf die durchschnittliche Entwicklung aller Arbeitnehmer abstellen.

<sup>575</sup> ErfK/*Koch*, § 37 BetrVG Rn. 9; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 118; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 143; HWK/*Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 25; *Esser*, Begünstigung, S. 39; *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 94; *Blattner*, NZA 2018, 129, 131.

<sup>576</sup> HWGNRH/*Glock*, § 37 BetrVG Rn. 106; *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 47 f.; *Däubler*, SR 2017, 85, 100; *Annuß*, NZA 2018, 134, 135.

zu bevorzugen. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG verzichtet bewusst auf die Feststellung der hypothetischen individuellen beruflichen Entwicklung des Betriebsratsmitglieds, um auf diesem Wege Prozesse über die anzunehmende Laufbahn zu vermeiden. Dieser Ansatz muss auch beim Fehlen eines vergleichbaren Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Die Ansicht, auf das gesamte Unternehmen bei der Suche nach einem vergleichbaren Arbeitnehmer abzustellen, überzeugt ebenfalls nicht. Zum einen ist dieser Ansatz nur dann zweckmäßig, wenn überhaupt mehrere Betriebe innerhalb eines Unternehmens vorhanden sind. Zum anderen kann aus der Entwicklung des vergleichbaren Arbeitnehmers in einem anderen Betrieb des Unternehmens nur in eingeschränktem Maße Rückschluss auf die Entwicklung des Betriebsratsmitglieds gezogen werden. Es kann etwa zu dem Fall kommen, dass sich die unterschiedlichen Betriebe aufgrund sonstiger Faktoren (etwa des Standorts oder der Produktpalette) überaus verschieden entwickeln.

Das Gesetz bezieht sich in § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG auf einen objektiv feststellbaren Parameter. Aus diesem Grund überzeugt es auch, beim Fehlen eines vergleichbaren Arbeitnehmers auf die ähnlichste Lösung abzustellen und sich für die Entgeltentwicklung des Betriebsratsmitglieds am ehesten vergleichbaren Arbeitnehmer zu orientieren.<sup>577</sup> Es kann in diesem Fall an eine reale Person und dessen berufliche Entwicklung angeknüpft werden, so dass die Entwicklung für Arbeitgeber und das Betriebsratsmitglied im Ansatz nachvollziehbar bleibt. Es bliebe zwar der Einwand, dass in diesem Fall ja gerade keine Vergleichbarkeit bestehe, allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Frage nach der Vergleichbarkeit – insbesondere bei der persönlichen Qualifikation – von subjektiven Einschätzungen abhängt, die das Gesetz hinnimmt. Es soll allein eine rein hypothetische Bestimmung der mutmaßlichen Karriere verhindert werden, da diese mit weitaus mehr Unsicherheiten behaftet ist.

## 2. Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung

Zweite Tatbestandsvoraussetzung der Arbeitsentgeltgarantie des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG ist die Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung. Die Entgeltentwicklung des Betriebsratsmitglieds soll auf diesem Wege einem üblichen Karriereweg und den damit einhergehenden Gehaltserhöhungen angepasst

---

<sup>577</sup> Vgl. insbesondere *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 218 f.; *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 94.

werden. Die Voraussetzung soll verhindern, dass sich die Entgeltentwicklung an untypischen und deshalb nicht repräsentativen Karriereverläufen orientiert.

Die Vorschrift des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG wurde durch die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 1972 eingefügt, wobei die damaligen Verhältnisse insbesondere bei der Frage nach der betriebsüblichen Entwicklung beachtet werden müssen.<sup>578</sup> Die gesetzliche Regelung geht bei der Frage nach der „*Üblichkeit*“ erkennbar von einer regelmäßigen, gleichförmigen und damit erkennbaren Entwicklung jedes Arbeitnehmers aus. Das Merkmal soll eine „*Normalkarriere*“ umschreiben, die zu diesem Zeitpunkt als (vermeintlich) bestimmbar angesehen wurde. Die heutige fluidere und sich von der unmittelbaren Produktion entfernende Arbeitswelt macht die Bestimmung einer als normal anzusehenden Karriere deutlich schwieriger, da entsprechende Schritte (etwa der regelmäßige Aufstieg zum Schichtleiter nach einer gewissen Anzahl an Berufsjahren) nicht mehr vorhersehbar sind. Die mannigfaltigen Entwicklungen werden oftmals unter dem Begriff einer fortschreitenden „*Entgrenzung des Arbeitsverhältnisses*“ zusammengefasst.<sup>579</sup> Mithin dürfte auch die Entwicklung eines Arbeitnehmers durch die Veränderungen in der Arbeitswelt weniger vorhersehbar geworden sein, da der berufliche Fortschritt zumeist von den persönlichen Qualifikationen und Fähigkeiten abhängt.<sup>580</sup> Die Praxis sieht sich vor diesem Hintergrund verstärkten Problemen ausgesetzt.

#### a. *Definition der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung*

Nach der übereinstimmenden Definition von Rechtsprechung und Literatur ist eine Entwicklung üblich, „*die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und persönlichen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben bzw. nehmen werden*“.<sup>581</sup> Die Üblichkeit ist gegeben, wenn die Entwicklung aufgrund gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und nach einer von ihm aufgestellten Regel erfolgt.<sup>582</sup> Dies ist der Fall, wenn zumindest in der

---

<sup>578</sup> Vgl. BT-Drucks. VI/2729, S. 17.

<sup>579</sup> Vgl. beispielhaft *Hanau/Matiaske*, Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen: arbeitsrechtliche und sozialwissenschaftliche Perspektiven.

<sup>580</sup> Ebenfalls *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 233.

<sup>581</sup> Etwa BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 16; LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 168; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 121; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 151; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 73 – jew. mwN.

<sup>582</sup> BAG v. 15.01.1992 – 7 AZR 194/91, DB 1993, 1379 Ls. 2.

Mehrzahl der vergleichbaren Fälle die entsprechende Entwicklung mutmaßlich eintreten wird bzw. eingetreten ist.<sup>583</sup> Das Merkmal der Üblichkeit erfordert zwingend, außergewöhnliche (über- sowie unterdurchschnittliche) Karrieren und Beförderungen aus der Betrachtung herauszunehmen.<sup>584</sup> Solche Ausnahmefälle stellen keine nach dem Gesetz anvisierte „*Normalkarriere*“ dar.

#### *b. Berechnungsmethode der Vergütungsanpassung*

Die konkrete Berechnung der Vergütungsanpassung kann im Einzelnen streitig werden. Sofern die Vergütung bei allen vergleichbaren Arbeitnehmern um einen einheitlichen Prozentsatz steigt, ist die Steigerung ohne Weiteres auf das Betriebsratsmitglied zu projizieren. Verbleibt einzig ein einzelner Arbeitnehmer hat sich die Entgeltentwicklung grundsätzlich nach diesem einzelnen Arbeitnehmer zu richten.<sup>585</sup>

Unterschiedliche Ansätze bestehen jedoch, sofern eine Vergütungssteigerung bei nur einem Teil der vergleichbaren Arbeitnehmer bzw. in unterschiedlicher Höhe zu verzeichnen ist. Es wird etwa vertreten, dass bei einer Mehrzahl an vergleichbaren Arbeitnehmern auf die Entgeltentwicklung des „*Medianarbeitnehmers*“ abzustellen sei.<sup>586</sup> Andere ziehen in Übereinstimmung mit dem BAG die der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer gezahlte gleiche Erhöhung heran.<sup>587</sup> Das BAG schränkt die so gewählte Berechnungsweise wegen der ausgemachten praktischen Schwierigkeiten jedoch in einem Sonderfall ein. Sofern es sich um eine kleine Vergleichsgruppe handle und sich deshalb nicht feststellen lasse, dass die Gehälter der Mehrzahl in gleichem Umfang erhöht wurden, müsse eine andere Berechnungsmethode gewählt werden. Es müsse dann auf den Durchschnitt der den Angehörigen der Vergleichsgruppe gewährten Gehaltserhöhungen abgestellt

---

<sup>583</sup> BAG v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 22.

<sup>584</sup> BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448, 449 unter Hinweis auf BAG v. 15.01.1992 – 7 AZR 194/91, DB 1993, 1379; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 151; Richardi/*Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 73; *Esser*, Begünstigung, S. 40; *Giesen*, RdA 2020, 155, 159; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 251; aA *Annuß*, NZA 2018, 134, 136.

<sup>585</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 118; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 151.

<sup>586</sup> *Annuß*, NZA 2018, 134, 136; *ders.*, NZA 2018, 976, 978.

<sup>587</sup> BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012 Rn. 18; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 124; Richardi/*Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 70; *Giesen*, RdA 2020, 155, 162.

werden. Nur auf diese Weise könne eine nach § 78 S. 2 BetrVG unzulässige Begünstigung oder Benachteiligung verhindert werden.<sup>588</sup>

Die Anknüpfung an die durchschnittliche Vergütungsentwicklung der Vergleichsarbeitnehmer in Fällen einer kleinen Vergleichsgruppe wird mit gewichtigen Argumenten kritisiert. Insbesondere *Annuß* verweist darauf, dass in einem solchen Vorgehen ein Verstoß gegen den Wortlaut der Vorschrift konstruiert werde. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG stelle nicht auf die gesamte Vergleichsgruppe, sondern lediglich auf die Mitglieder mit betriebsüblicher Entwicklung ab. Bei einer Durchschnittsbetrachtung werde das Merkmal der Betriebsüblichkeit faktisch aufgegeben. Im Übrigen rechtfertige das BAG den Sonderfall einer Durchschnittsbetrachtung lediglich damit, dass auf diesem Wege eine nach § 78 S. 2 BetrVG unzulässige Benachteiligung oder Begünstigung des Betriebsratsmitglieds vermieden werden könne. Einer Anwendung des § 37 Abs. 4 BetrVG bedürfe es allerdings nicht, da das Betriebsratsmitglied seinen möglichen Anspruch in diesem Fall unmittelbar auf das allgemeine Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot stützen könne.<sup>589</sup>

Der logische Bruch in der Argumentation des BAG wird jedoch von *Uffmann* richtigerweise durch eine andere Überlegung aufgefangen. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG verfolgt das Ziel, das Betriebsratsmitglied von Nachweisschwierigkeiten bezüglich der hypothetischen Entwicklung zu entlasten. Solche würden jedoch genau bei der alleinigen Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG auftreten. Um die vom Gesetz gewünschte einfache Nachweisbarkeit zu gewährleisten, sei eine Durchschnittsbetrachtung gerechtfertigt. Dies gelte insbesondere deshalb, weil der Gesetzgeber bei der Einführung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG von den mittlerweile überholten Strukturen der industriellen Fertigung mit entsprechend großen Vergleichsgruppen ausgegangen sei. Den Fall einer kleinen Vergleichsgruppe habe der Gesetzgeber hingegen wohl kaum vor Augen gehabt.<sup>590</sup>

---

<sup>588</sup> BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012 Rn. 18 mwN.; ebenfalls *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 124.

<sup>589</sup> Zum Ganzen *Annuß*, NZA 2018, 976, 978.

<sup>590</sup> Zum Vorstehenden *Uffmann*, Anm. zu BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 169.

### 3. Zwischenergebnis

Die Anwendung der Arbeitsentgeltgarantie bedingt es, dass die vergleichbaren Arbeitnehmer und deren betriebsübliche berufliche Entwicklung festgestellt werden müssen. In Bezug auf die vergleichbaren Arbeitnehmer ist eine „*im Wesentlichen*“ vorliegende Vergleichbarkeit zu fordern. Es dürfen demnach nicht zu strenge Anforderungen aufgestellt werden. Zeitpunkt der Vergleichbarkeit ist die erstmalige Übernahme des Betriebsratsamts. Unter Anwendung dieser Maßstäbe erweist sich die Bestimmung der Untergrenze der Entgeltentwicklung als deutlich weniger problembehaftet.

### IV. *Beförderungen und die Übertragung von höheren Tätigkeiten*

In der Diskussion um die Bestimmung der Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung wird insbesondere die Frage nach der Zulässigkeit bzw. Notwendigkeit von Beförderungen und damit zusammenhängend nach der Übertragung von höheren Tätigkeiten relevant.<sup>591</sup> Betriebsratsmitglieder müssen unter Geltung des allgemeinen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG unabhängig von ihrer Amtstätigkeit bei Beförderungentscheidungen berücksichtigt werden. Eine Beförderung darf insbesondere nicht mit dem Argument abgelehnt werden, dass das Betriebsratsmitglied aufgrund der teilweisen Arbeitsbefreiung bzw. dauerhaften Freistellung nicht in ausreichendem Maße auf der Beförderungsstelle einsetzbar wäre.<sup>592</sup>

Die Berücksichtigung der Betriebsratsmitglieder darf im Umkehrschluss zugleich niemals den Tatbestand der unzulässigen Begünstigung erfüllen. Wie *Annuß* prägnant zusammenfasst, wurde „*die Diskussion um die Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern in Beförderungssituationen in jüngster Zeit allerdings weitgehend durch eine politisch aufgeladene Auseinandersetzung darüber verdrängt, in welchen Fällen eine Beförderung die Grenze zur unzulässigen Betriebsratsbegünstigung überschreitet*“<sup>593</sup>. Der folgende Abschnitt befasst sich mit eben jener dahinterstehenden Frage.

---

<sup>591</sup> Ausfl. dazu auch im Folgenden *Annuß*, NZA 2020, 20.

<sup>592</sup> *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 198 f.

<sup>593</sup> *Annuß*, NZA 2020, 20.

In der Ausgangsüberlegung gilt es, sich erneut die bislang herausgearbeiteten Ergebnisse in Erinnerung zu rufen. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG betrifft in konsequenter Auslegung allein die Anpassung des Entgelts zur Verhinderung von möglichen Nachteilen. Es handelt sich um eine dynamische Untergrenze bei der Entgeltentwicklung. Die individuell zu bestimmende berufliche Entwicklung ist nicht vom Regelungsgehalt der Vorschrift umfasst, sondern muss auf anderem Wege bestimmt werden.<sup>594</sup> Dabei ist nur das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG zu beachten. Bei der Frage nach der möglichen Beförderung eines Betriebsratsmitglieds müssen deshalb zwei Alternativen auseinandergelassen werden. Es stellt sich zum einen die Frage, inwieweit Beförderungen, die Mitglieder der Vergleichsgruppe erfahren haben, an das Betriebsratsmitglied weitergegeben werden müssen. Üblicherweise verlangt der Amtsträger im Rahmen eines Prozesses eine höhere Vergütung, da er seines Erachtens die Beförderung ohne die Amtstätigkeit ebenfalls erhalten hätte. Es muss die Untergrenze auf Basis des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG sowie in Ausnahmefällen des § 78 S. 2 BetrVG bestimmt werden. Wird das Betriebsratsmitglied von seinem Arbeitgeber – etwa wegen der durch die Betriebsratsstätigkeit erlangten Fähigkeiten – befördert, dann stellt sich die Frage, ob ein solches Vorgehen unter Geltung des § 78 S. 2 BetrVG zulässig ist. Mithin wird die Frage nach der Obergrenze der Vergütungsentwicklung relevant.

### *1. Bestimmung der Untergrenze*

#### *a. § 37 Abs. 4 BetrVG*

Im Anschluss an die bereits dargestellte Definition der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung verweist das BAG regelmäßig darauf, dass § 37 Abs. 4 BetrVG das Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG konkretisiere und deshalb die Anwendung der Vorschrift auch nicht zu einer Begünstigung des Betriebsratsmitglieds gegenüber anderen Arbeitnehmern führen dürfe.<sup>595</sup> Die Beförderung bzw. Übertragung höherwertiger Tätigkeiten sei nur dann betriebsüblich, wenn dies nach betrieblichen Gepflogenheiten hätte erfolgen müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg

---

<sup>594</sup> Vgl. oben unter Kapitel 1 C. II.

<sup>595</sup> Etwa BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 13; v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 16.

erreiche. Außergewöhnliche Karriereverläufe sollen nicht der Vergleichsmaßstab sein.

Es reicht deshalb nicht aus, dass das Betriebsratsmitglied bei der Amtsübernahme mit den höhergestuften Arbeitnehmern gleichgestanden habe und deren Beförderung auf individuellen bzw. auf diese Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruhe.<sup>596</sup> Das BAG legt damit bei der Bestimmung der Untergrenze einen recht hohen Maßstab an. Sowohl die Erforderlichkeit gleichförmigen Verhaltens des Arbeitsgebers bzw. der Aufstellung einer Beförderungsregel sowie die Nichtberücksichtigung von Sonderkarrieren stellen starke Schranken dar.<sup>597</sup> Im Einzelnen bleiben bei der Bestimmung der Untergrenze anhand des § 37 Abs. 4 BetrVG sowie des § 78 S. 2 BetrVG zahlreiche Detailfragen offen. Es gilt, die wichtigsten im Folgenden zu klären.

#### *aa. Anpassung der Vergleichsgruppe*

Die mögliche Anpassung der Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer reiht sich zwischen die Tatbestandsmerkmale der vergleichbaren Arbeitnehmer sowie die betriebsübliche berufliche Entwicklung ein. Entwickelt sich ein Mitglied des Betriebsrats im Vergleich zu den ursprünglich vergleichbaren Arbeitnehmern in nicht vorhersehbarer Weise positiv oder negativ, so kann entweder die Frage nach der Vergleichbarkeit oder die nach der Betriebsüblichkeit bestritten werden. Eine genaue Zuordnung ist wegen der unweigerlichen Vermischung nicht möglich.

Sofern die Entwicklung des Betriebsratsmitglieds einen untypisch negativen Verlauf nimmt, muss diese – unabhängig davon, ob sie auf beruflichen oder persönlichen Gründen basiert – außer Betracht bleiben.<sup>598</sup> Ein persönlicher Grund könnte etwa eine langwidrige Krankheit sein. Das Gesetz knüpft die generelle Entwicklung des Betriebsratsmitglieds an die ursprünglich vergleichbaren Arbeitnehmer an, ohne nach den im Anschluss eintretenden Unterschieden zu fragen. Wie insbesondere *Esser* richtig erkennt, ist die generelle Kopplung durch den Regelungszweck des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG gedeckt. Es kann im Einzelnen

---

<sup>596</sup> Zurückgehend auf BAG v. 13.11.1987 – 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403, 405 unter Hinweis auf *Hennecke*, RdA 1986, 241, 242.

<sup>597</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 230.

<sup>598</sup> DKW/*Wedde*, § 37 BetrVG Rn. 90; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 122; *Esser*, Begünstigung, S. 42; aA GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 142; *Lipp*, Honorierung, S. 77, *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 99.



zumeist nicht nachvollzogen werden, inwieweit die Amtstätigkeit negativen Einfluss auf die Entwicklung hatte bzw. auf welche Gründe diese zurückzuführen ist. Gerade deshalb kommt eine negative Anpassung der Vergleichsgruppe nicht in Betracht. Dieses Ergebnis gilt auch in dem Fall, dass das Betriebsratsmitglied erfolglos an einer Fortbildungsmaßnahme teilgenommen hat, die die ursprünglich vergleichbaren Arbeitnehmer hingegen abgeschlossen haben. Die nicht erfolgreiche Teilnahme an einer Bildungsmaßnahme hat keinen Einfluss auf die konkrete Entgeltentwicklung. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG wählt keinen subjektiven, auf das einzelne Mitglied gerichteten Maßstab, sondern fragt allein nach den ursprünglich vergleichbaren Arbeitnehmern. Auch in diesem Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Amtstätigkeit Einfluss auf den Erfolg oder Misserfolg bei der Teilnahme an der Fortbildungsveranstaltung hatte.<sup>599</sup>

Gleiches gilt allerdings auch für eine untypisch positive Entwicklung des Betriebsratsmitglieds. Entfernt sich das Betriebsratsmitglied in seinen Fähigkeiten und Qualifikationen, die es etwa durch die Betriebsratsstätigkeit erhalten hat, immer weiter von den ursprünglich vergleichbaren Arbeitnehmern, so hat dies ebenfalls keinen Einfluss auf die Untergrenze der Vergütungsentwicklung. Sofern man in diesem Fall eine Anpassung der Vergleichsgruppe zuließe – das heißt, die individuelle Entwicklung berücksichtigen würde –, entstünde ein Wertungswiderspruch zu der allein auf Schutz ausgerichteten Vorschrift des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG. Diese stellt lediglich die absolute Untergrenze auf.<sup>600</sup> Es herrscht kein Bedarf, die Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer im Nachhinein anzupassen, da die Vorschrift nur nach der ursprünglichen Vergleichbarkeit fragt. Zugleich würde in einem solchen Fall der Zeitpunkt der Vergleichbarkeit ständig aufgehoben werden. Die Anpassung der Vergütung nach oben ist nach der hier vertretenen Auslegung allein Frage des § 78 S. 2 BetrVG.

#### *bb. Bestehen einer einzelnen Beförderungsstelle*

Das Merkmal der Betriebsüblichkeit gerät an seine Grenzen, wenn für den Amtsträger und die Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer nur eine einzige

---

<sup>599</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 122; *GK-BetrVG/Weber*, § 37 BetrVG Rn. 146 ff.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 242 f.; eine vermittelnde, nach den genauen Gründen fragende Ansicht vertritt *Lipp*, Honorierung, S. 74 ff.; aA *Hennecke*, RdA 1986, 241, 244.

<sup>600</sup> Vgl oben Kapitel 1 C. II. 4.

Beförderungsstelle zur Verfügung steht. In diesem Fall kann die Mehrzahl niemals die entsprechende Entwicklung durchlaufen, so dass die Beförderung des Amtsträgers auf Grundlage des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG stets unterbliebe.

In Rechtsprechung und Literatur gibt es verschiedene Ansätze zur Lösung des sich daraus ergebenden Problems. Das BAG hat in einer Entscheidung angenommen, dass der Anspruch des nicht berücksichtigten Betriebsratsmitglieds auf das höhere Arbeitsentgelt nur dann gerechtfertigt sei, wenn die Auswahl im Rahmen der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung zu dem Ergebnis geführt hätte, dass nur das Betriebsratsmitglied nach den betriebsüblichen Auswahlkriterien befördert worden wäre.<sup>601</sup> In der Konsequenz löst sich diese Ansicht im geschilderten Fall „*partiell vom Kriterium der gesetzmäßigen Beförderungsüblichkeit*“<sup>602</sup>. Die Bewertung soll (hypothetisch) danach vorgenommen werden, ob das Betriebsratsmitglied allen an die Beförderung gestellten Kriterien in Eignung und Leistung entspricht.<sup>603</sup> Andere verweisen darauf, dass in einem solchen Fall gerade keine betriebsübliche Entwicklung vorliege. Eine Anwendung von § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG scheidet damit aus. Ein Anspruch auf die Beförderung und damit die gestiegene Vergütung könne sich allerdings aus § 78 S. 2 BetrVG ergeben. Das Betriebsratsmitglied wäre befördert worden, wenn es keine Amtsstellung inne hätte.<sup>604</sup>

Auch in dieser speziellen Konstellation muss es bei der konsequenten Anwendung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG bleiben. Eine Betriebsüblichkeit liegt aufgrund der lediglich singular vorhanden Beförderungsstelle nicht vor. Die Untergrenze der Entgeltentwicklung bestimmt sich weiterhin nach der ursprünglichen Position, da die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer auf eben jener Hierarchieebene verweilt. In Übereinstimmung mit *Jacobs/Frieling* sowie *Annuß*<sup>605</sup> muss die Lösung – sofern das Betriebsratsmitglied jedenfalls alle Auswahlkriterien erfüllt hätte – über die Regelung des § 78 S. 2 BetrVG gesucht werden.

---

<sup>601</sup> BAG v. 13.11.1987 – 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403.

<sup>602</sup> *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 237 unter Hinweis auf BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448, 450; ebenfalls *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 63 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 237 ff.

<sup>603</sup> *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 237.

<sup>604</sup> *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 251.

<sup>605</sup> *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 251; *Annuß*, NZA 2020, 20, 21 f.

*cc. Notwendiger Darlegungsmaßstab*

Ein Betriebsratsmitglied, das eine erhöhte Vergütung auf Basis des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG geltend macht, muss die eingeklagte Entgeltentwicklung darlegen und beweisen. Insoweit wird das Betriebsratsmitglied durch die vom Gesetzgeber gewollte Beweiserleichterung nicht befreit. Es sind deshalb sowohl in Bezug auf die vergleichbaren Arbeitnehmer als auch auf die Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung die entsprechenden Tatsachen vorzutragen.<sup>606</sup> Dies kann allerdings nur unter Berücksichtigung der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten gelten. Handelt es sich etwa um einen großen Betrieb und hat das Betriebsratsmitglied wegen der Vielzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer keine ausreichenden Erkenntnismöglichkeiten, kann die Darlegung von entsprechenden Referenzfällen ausreichen.<sup>607</sup> Letztlich genügt im Rahmen des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG die Darlegung, aus welchen Umständen sich eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, dass die Mehrzahl der mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer die behauptete Gehaltsentwicklung genommen hat.<sup>608</sup>

*b. § 78 S. 2 BetrVG*

Nach dem hiesigen Verständnis von den betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften kann die Vorschrift des § 78 S. 2 BetrVG eigene Anspruchsgrundlage für die Entwicklung der Vergütung des Betriebsratsmitglieds sein.<sup>609</sup> § 37 Abs. 4 BetrVG stellt zwar eine spezielle Anspruchsgrundlage bezüglich der Vergütungsentwicklung dar, wobei in gewissen Konstellationen – wenn der Vergleich mit den anderen Arbeitnehmern versagt – auch die allgemeinere Norm des § 78 S. 2 BetrVG das Begehren einer Vergütungshöhe tragen kann.<sup>610</sup> Dies begründet sich daraus, dass das Betriebsratsmitglied durch die alleinige Anwendung der Arbeitsentgeltgarantie des § 37 Abs. 4 BetrVG benachteiligt werden könnte. Die vergleichsgruppenbezogene Betrachtung stellt –

---

<sup>606</sup> BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 23.

<sup>607</sup> BAG v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 24.

<sup>608</sup> Vgl. auch *Giesen*, RdA 2020, 155, 161 f., der die Notwendigkeit einer Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO bejaht, da der „*vergleichsgruppenbezogene Vergütungswertegang [...] in der Sache nach nichts anderes als eine besondere Vorgehensweise der rechtssicheren Schätzung*“ ist.

<sup>609</sup> Übereinstimmend BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 28; v. 20.01.2021 – 7 AZR 52/20, NZA 2021, 864 Rn. 23; *Götz*, DB 2020, 558.

<sup>610</sup> Vgl. oben unter Kapitel 1 C. II.; übereinstimmend *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 108 ff.; *Bachner/Engesser Means*, NZA 2020, 422, 423.

wie zuvor aufgezeigt – allein auf den Aufstieg der Mehrheit der vergleichbaren Arbeitnehmer ab. Dem Betriebsratsmitglied wird die Möglichkeit genommen, dass es zur aufsteigenden Minderheit gehört.<sup>611</sup> Um diese Benachteiligung zu unterbinden, muss die Untergrenze der Entgeltentwicklung in gewissen Fällen anhand der Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG ergänzt werden.

Das allgemeine Benachteiligungsverbot aus § 78 S. 2 BetrVG kann also auch in Bezug auf die Bestimmung der Untergrenze relevant werden. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG ist wegen der Anknüpfung an die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer nicht für alle Beförderungsfälle abschließend. Insbesondere bei der Besetzung von führenden Positionen verbleibt deshalb ein Anwendungsbereich des allgemeinen Benachteiligungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG.<sup>612</sup> Es kann sich so ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds aus § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG ergeben.<sup>613</sup> Dies erklärt sich daraus, dass Personalauswahlentscheidungen – vor allem bei Leitungspositionen – nicht alleine durch im Vorhinein und sicher bestimmbare Kriterien determiniert sind, sondern vielmehr auf persönlichen Präferenzen und sonstigen subjektiven Einschätzungen der Entscheidungsträger beruhen.<sup>614</sup> Die Orientierung am Maßstab des vergleichbaren Arbeitnehmers kann zu einer Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds führen, wenn es eine erfolgreichere Karriere ohne das Betriebsratsamt gehabt hätte.<sup>615</sup> In diesem Bereich bleibt ein begrenzter Anwendungsbereich des § 78 S. 2 BetrVG.

Nach der Rechtsprechung des BAG stellt eine solche Annahme jedoch allenfalls eine Ausnahme dar.<sup>616</sup> Zur Durchsetzung einer wegen der Betriebsrats Tätigkeit unterbliebenen Beförderung muss das Betriebsratsmitglied durch konkrete Tatsachen darlegen und beweisen, dass es die begehrte berufliche Entwicklung ohne die Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte.<sup>617</sup> Das BAG geht in Übereinstimmung mit dem Gesetz von einem rechtmäßig handelnden Arbeitgeber

---

<sup>611</sup> Vgl. *Giesen*, RdA 2020, 155, 159, der von einer „strukturellen Schlechterstellung“ spricht.

<sup>612</sup> *Giesen*, RdA 2020, 155, 156 ff.

<sup>613</sup> Krit. GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 98.

<sup>614</sup> *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 237 f.; *Annufß*, NZA 2020, 20, 21.

<sup>615</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 108.

<sup>616</sup> Beginnend mit BAG v. 17.05.1977 – 1 AZR 458/74, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 28; zuletzt etwa BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 21; v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448, 450.

<sup>617</sup> BAG v. 20.01.2021 – 7 AZR 52/20, NZA 2021, 864 Rn. 23 f.

aus, dessen Auswahlentscheidung Ausfluss seiner unternehmerischen Freiheit ist.<sup>618</sup> Erst wenn sich diese Entscheidung als rechtswidrig erweist, kann das Betriebsratsmitglied eine Beförderung auf Grundlage des § 78 S. 2 BetrVG verlangen. Eine Beweislast erleichterung wie bei Anwendung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG kommt dem Amtsträger bei Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG in der Ausgangsüberlegung nicht zu.<sup>619</sup> Letztlich muss zur Überzeugung des Gerichts festgestellt werden, dass die zu Lasten des Betriebsratsmitglieds getroffene Auswahlentscheidung allein auf das Betriebsratsamt zurückzuführen ist.<sup>620</sup> Alleine die Tatsache, dass abstrakt die Möglichkeit bzw. Chance bestand, eine entsprechende berufliche Entwicklung zu durchlaufen, genügt jedenfalls nicht.<sup>621</sup> Eine Benachteiligungsabsicht seitens des Arbeitgebers ist hingegen nicht erforderlich. Das Betriebsratsmitglied muss in einem solchen Fall entweder darlegen und beweisen, dass seine tatsächliche Bewerbung auf eine bestimmte Stelle aufgrund seiner Amtstätigkeit erfolglos geblieben ist.<sup>622</sup> Alternativ bleibt ihm der Nachweis, dass er wegen der Amtstätigkeit die Bewerbung unterlassen hat und eine fiktive Bewerbung erfolgreich gewesen wäre.<sup>623</sup>

Die Beweisführung ist demnach in diesen Fällen verhältnismäßig schwierig<sup>624</sup>, wobei das BAG zuletzt gar eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast entworfen hat.<sup>625</sup> Danach muss der klagende Arbeitnehmer darlegen, dass er zumindest die Qualifikationsanforderungen für die höher dotierte Stelle erfüllt und kann – sofern ihm dieser Nachweis gelingt – in prozessual zulässiger Weise unter Bezugnahme auf die zur Verfügung stehenden Hilfstatsachen die Behauptung aufstellen, dass die Beförderung alleine wegen der Betriebsratstätigkeit unterblieb. Der Arbeitgeber muss sich dann wiederum zu der Behauptung wahrheitsgemäß erklären und seine

---

<sup>618</sup> Vgl. BAG v. 11.12.1991 – 7 AZR 75/91, NZA 1993, 909, 910, für den Fall der versagten Beförderung; so auch *Annuß*, NZA 2020, 20, 21.

<sup>619</sup> Vgl. BAG v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 23 ff.; *Giesen*, RdA 2020, 155, 156 ff.; *Götz*, DB 2020, 558, 559.

<sup>620</sup> BAG v. 17.08.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448, 450.

<sup>621</sup> BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 21; zustimmend *Bartelmeß*, ArbRAktuell 2020, 236.

<sup>622</sup> BAG v. 20.01.2021 – 7 AZR 52/20, NZA 2021, 864 Rn. 24.

<sup>623</sup> BAG v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 31; *Schiefer*, DB 2021, 2894, 2897.

<sup>624</sup> Vgl. etwa die Feststellung bei *Annuß*, NZA 2018, 134.

<sup>625</sup> Vgl. dazu auch *Thüsing/Denzer*, BB 2021, 2228; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 Rn. 137; *Richardi/Thüsing*, § 78 Rn. 36a ff.

eigenen Beweggründe konkret offenlegen, um dem klagenden Arbeitnehmer wiederum die Möglichkeit zur Enkräftung zu verschaffen.<sup>626</sup>

## 2. Bestimmung der Obergrenze

Entsprechend der zuvor getroffenen Feststellungen legt § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG und im Ausnahmefall das Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG lediglich eine Mindestsicherung fest. Die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer ist keine generelle Obergrenze für die vergütungsrechtliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds.<sup>627</sup> Den Parteien bleibt ein gewisser Spielraum zwischen der Mindest- und Höchstvergütung.<sup>628</sup> Dies ist schon deshalb der Fall, weil es ansonsten immer nur die eine absolut richtige Vergütungshöhe zwischen bestehender Benachteiligung und Begünstigung geben würde. Dies kann allerdings nicht angenommen werden, so dass ein gewisser Spielraum insbesondere in Bezug auf die Beförderung bzw. Weiterentwicklung des Betriebsratsmitglieds verbleibt. Arbeitgeber und Betriebsratsmitglied haben Raum für freiwillige Beförderungen, die allerdings nicht gegen das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG verstoßen dürfen.<sup>629</sup>

Es stellt sich damit die Frage, anhand welcher Parameter eine nach § 78 S. 2 BetrVG unzulässige Beförderungsentscheidung bestimmt werden kann. Das Begünstigungsverbot wird naturgemäß durch das zugleich immer zu berücksichtigende Benachteiligungsverbot begrenzt, so dass ein Weg gefunden werden muss, der beide Aspekte in ausreichendem Maße berücksichtigt. Das BAG hatte bislang noch nicht die Chance, entsprechende Leitlinien einer unzulässigen Begünstigung im Beförderungsfall zu bestimmen, da nur in absoluten Ausnahmefällen gegen ein zu hohes Gehalt vorgegangen werden wird.<sup>630</sup> Entsprechende Entscheidungen, inwieweit ein Betriebsratsmitglied befördert

---

<sup>626</sup> BAG v. 20.01.2021 – 7 AZR 52/20, NZA 2021, 864 Rn. 30 f.; *Thüsing/Denzer*, BB 2021, 2228.

<sup>627</sup> Vgl. oben Kapitel 1 C. II. 4. b.; im Übrigen auch GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 88; *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14; *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 843.

<sup>628</sup> So auch *Weber*, ZAAAR-Tagung 2020, S.67, 84 f.; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 Rn. 88 f.

<sup>629</sup> *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 244; aA *Giesen*, RdA 2020, 155, 166 ff., der darin ein unzulässiges Abbedingen der Vorschrift des § 78 S. 2 BetrVG sieht.

<sup>630</sup> Vgl. auch die Feststellung bei *Annuß*, NZA 2020, 20, 21 unter Hinweis in Fn. 15 auf die sich nicht dazu äßernde „*Gebauer/Volkert*“-Entscheidung des BGH v. 17.09.2009 – 5 StR 521/08, NJW 2010, 92, die im Zuge der ersten VW-Affäre ergangen war. So auch *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1208, der erkennt, dass dieser Fall nichts Weiterführendes enthalte, „da die Beteiligten sich dort völlig in der Oktave vergriffen und in bespielloser Weise über die Stränge geschlagen haben“.

werden darf, ergehen nur äußerst vereinzelt und sind dann von speziellen Konstellationen und Vorgehensweisen geprägt,<sup>631</sup> die eine Verallgemeinerung eher nicht zulassen. Die zu untersuchende Beförderung des Betriebsratsmitglieds wird rechtstechnisch durch eine Änderung des jeweiligen Arbeitsvertrags erreicht.<sup>632</sup> Es erfolgt anschließend eine Übertragung höherwertiger Tätigkeiten bzw. eine Versetzung, die mit einer entsprechend höheren Vergütung dotiert werden. Das Betriebsratsmitglied hat infolgedessen – etwa bei Beendigung der Freistellung – Anspruch auf eine entsprechende Beschäftigung.<sup>633</sup>

#### a. Merkmale einer unzulässigen Beförderung

Wie *Annuß* richtig erkennt, ergeben sich die Grundsätze bezüglich der Bestimmung einer unzulässigen Beförderung grundsätzlich aus einer „*spiegelbildlichen Anwendung*“ der seitens des BAG zum Benachteiligungsverbot ergangenen Rechtsprechung.<sup>634</sup> Bei dem Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG handelt sich um zwei ineinandergreifende Regelungen, die vom gleichen Normzweck getragen werden. Aufgrund dieser Tatsache kann die zum Benachteiligungsverbot ergangene Rechtsprechung in ihrem Ansatz auch für die Fälle der Begünstigung angewandt werden,<sup>635</sup> sofern sich keine Wertungen aus dem Grundsatz von der Einheit des Gesetzes ergeben. In der Ausgangsüberlegung gilt es deshalb – entsprechend zu dem zuvor besprochenen Fall einer Beförderung auf Grundlage des Benachteiligungsverbots –, das grundgesetzlich gewährte Auswahlermessen des Arbeitgebers zu wahren.<sup>636</sup>

Spiegelt man in einem zweiten Schritt die zuvor aufgegriffene Rechtsprechung des BAG zum Benachteiligungsverbot, so kann die Beförderung grundsätzlich nur dann unzulässig sein, „*wenn feststeht, dass das Betriebsratsmitglied diese berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit nicht genommen hätte*“.<sup>637</sup> Die Beförderung muss in der Konsequenz auf die Tätigkeit als Betriebsratsmitglied bzw. einen noch

---

<sup>631</sup> Vgl. insbesondere LAG Düsseldorf 17.04.2019 – 7 Sa 1065/18, BeckRS 2019, 6569.

<sup>632</sup> Richardi/*Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 83; *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 237; aA *Giesen*, RdA 2020, 155, 165, der die Anspruchsentstehung aufgrund des Gesetzes annimmt.

<sup>633</sup> Löwisch/Kaiser/*Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14 f.; *Bachner/Engesser Means*, NZA 2020, 422, 426.

<sup>634</sup> *Annuß*, NZA 2020, 21, 21 f.

<sup>635</sup> *Annuß*, NZA 2020, 21, 21.

<sup>636</sup> *Annuß*, NZA 2020, 20, 21 f.; *ders.*, NZA 2018, 134, 138; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 242.

<sup>637</sup> *Annuß*, NZA 2020, 20, 21.

näher zu bestimmenden Umstand zurückgeführt werden können.<sup>638</sup> Das Gesetz gibt jedenfalls keinen Ansatzpunkt dafür, dass im Beförderungsfall ein entsprechender Verstoß vermutet wird.<sup>639</sup> Als Indiz für die Amtsunabhängigkeit einer Beförderung kann die Tatsache herangezogen werden, dass der Arbeitgeber das Betriebsratsmitglied über ein konkretes Stellenangebot in den aktiven Dienst zurückwerben möchte.<sup>640</sup>

Zur Beantwortung der Frage, ob die konkrete Beförderung eine rechtswidrige Begünstigung in der beruflichen Entwicklung darstellt, muss nachgewiesen werden, dass diese Besserstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern auf einer sachfremden Verknüpfung von Betriebsrätstätigkeit und Beförderungsentscheidung beruht.<sup>641</sup> Sachliche Gründe können die Anknüpfung an die Amtstätigkeit grundsätzlich rechtfertigen. Das BAG lehnte etwa zuletzt die Annahme einer unzulässigen Begünstigung im Fall eines Aufhebungsvertrags ab.<sup>642</sup> Das Betriebsratsmitglied hatte in diesem Fall aufgrund des bestehenden Sonderkündigungsschutzes im Gegensatz zu anderen Arbeitnehmern vorteilhafte Konditionen bei einer Aufhebungsvereinbarung aushandeln können. Das Gericht erkannte, dass die Besserstellung auf sachlichen Gründen und nicht auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruhe. Es gilt im Folgenden, anhand dieses Maßstabs die in Bezug auf die Beförderung eines Betriebsratsmitglieds häufig diskutierten Fälle zu überprüfen.

*b. Leistungen im Amt als Indiz für die Leistungsfähigkeit des Betriebsratsmitglieds*

Mangels konkreter arbeitsvertraglicher Leistung wird zumindest für vollständig freigestellte Betriebsratsmitglieder vorgeschlagen, die Leistung und das Engagement des Amtsträgers als Indiz für dessen möglicherweise bestehende

---

<sup>638</sup> Vgl. auch *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 843, die eine nachweislich „*ermessensfehlerhafte*“ Beförderungsentscheidung voraussetzen.

<sup>639</sup> Siehe oben bereits unter Kapitel 1 C. II.; ähnlich *HWK/Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 26, der ein „*nennenswertes Ermessen*“ des Arbeitgebers annimmt; aA explizit *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 63 f.

<sup>640</sup> Vgl. etwa *HWK/Reichold*, § 38 BetrVG Rn. 24; *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1209; aA *Giesen*, RdA 2020, 155, 168 f.

<sup>641</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 55; *Annuß*, NZA 2020, 20, 22; *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 843 ff.

<sup>642</sup> BAG v. 21.03.2018 – 7 AZR 590/16, NZA 2018, 1019.



überdurchschnittliche Qualifikation und Leistungsfähigkeit heranzuziehen.<sup>643</sup> Es muss hier – entgegen der teilweise vorzufindenden Vermischung – klar zwischen der Berücksichtigung von Leistungen und der durch die Betriebsratsarbeit erlangten Fähigkeiten unterschieden werden.<sup>644</sup> Zunächst soll die (indizielle) Berücksichtigung von Leistungen in den Blick genommen werden.

In der Literatur wird überwiegend vordergründig einhellig vertreten, dass die amtsbezogenen Leistungen des Betriebsratsmitglieds nicht unmittelbar in die Beurteilung der Leistungsfähigkeit einfließen dürfen.<sup>645</sup> Diese Feststellung wird allerdings zum Teil dahingehend eingegrenzt, dass die Leistungen zumindest ein Indiz für dessen in der Person angelegte, überdurchschnittliche Qualifikation sein können.<sup>646</sup> Jeglicher Einbezug von Leistungen im Zusammenhang mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Amt ist in konsequenter Anwendung der §§ 37 Abs. 1 und 78 S. 2 BetrVG abzulehnen.<sup>647</sup> In rein praktischer Hinsicht muss bereits darauf verwiesen werden, dass keine Kriterien zur Verfügung stehen, die eine (vermeintlich) objektive Beurteilung der Leistung eines Betriebsrats zuließen. So kann etwa die besondere Kompromisslosigkeit eines Betriebsratsmitglieds gegen seinen betrieblichen Gegenpart besonders hervorzuheben sein, wobei eben jene Eigenschaft im realen Berufsleben je nach Einsatzgebiet kontraproduktiv sein könnte.

Deutlich schwerer wiegt das Argument, dass bei einer Leistungsbeurteilung der Arbeit des Betriebsrats und der einzelnen Mitglieder, die primär zu schützende

---

<sup>643</sup> Etwa *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 127 ff.; *Richardi/Thüsing*, § 37 Rn. 69; *Kehrmann*, FS Wlotzke, S. 357, 364.

<sup>644</sup> Vgl. *Annuß*, NZA 2018, 134, 136; nicht konsequent etwa *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 120; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 69; *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1209; zur Berücksichtigung von erworbenen Fähigkeiten vgl. Kapitel 1 C. IV. 2. c.

<sup>645</sup> *DKW/Wedde*, § 37 BetrVG Rn. 90; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 120; *GK-BetrVG/Weber*, § 37 BetrVG Rn. 147; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 69; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 81; *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 236; *Rieble*, NZA 2008, 276, 277; *Rüthers*, RdA 1976, 61, 63.

<sup>646</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 120; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 69; *Kehrmann*, FS Wlotzke, S. 357, 364; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 81; *Bachner/Engesser Means*, NZA 2020, 422, 425; *Däubler*, SR 2017, 85, 99; *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080, 1082; andere beschränken dies auf den Fall, das eine Vergleichbarkeit in Bezug auf das Berufsfeld gegeben ist, vgl. *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 42 f.; *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 236; *Byers*, NZA 2014, 65, 66.

<sup>647</sup> *DKW/Wedde*, § 37 BetrVG Rn. 90; *GK-BetrVG/Weber*, § 37 BetrVG Rn. 156; *Esser*, Begünstigung, S. 38; *Lipp*, Honorierung, S. 61 f.; *Annuß*, NZA 2018, 134, 136; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637, 638; *Giesen*, RdA 2020, 155, 164 ff.; *Rieble*, NZA 2008, 276, 277; *Strauß*, NZA 2018, 1372.

Unabhängigkeit der Amtsführung sowie das Ehrenamtsprinzip zur Debatte ständen. Die Bewertung der Amtstätigkeit und eine – wenn auch nur mittelbare – Berücksichtigung bei der Vergütungsbemessung ist als eindeutiger Verstoß gegen das gesetzgeberische Regelungskonzept zu werten. Das Gesetz geht durch die Regelung des unentgeltlichen Ehrenamts von dem absoluten Verbot der Vergütung von Betriebsratstätigkeit aus. Jegliche Art der Beurteilung von Tätigkeiten, die im Rahmen des betriebsverfassungsrechtlichen Amtes erbracht wurden, hat zu unterbleiben, da mit jeder Bewertung der eigenen Person die Unabhängigkeit in Frage gestellt werden kann. Als überragendes Schutzgut innerhalb der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften genießt die Unabhängigkeit der Amtsführung absoluten Vorrang.

Damit ist auch denjenigen in der Literatur, die eine Berücksichtigung als Indiz für die Leistungsfähigkeit annehmen<sup>648</sup>, deutlich zu widersprechen. Selbst im Fall einer nur indiziellen Berücksichtigung wäre bereits die Unabhängigkeit der Amtsführung gefährdet. Dies lässt sich schon damit begründen, dass keiner der Autoren ausführt, wie eine solche Berücksichtigung als Indiz ausgestaltet wäre und wo deren Grenzen liegen.<sup>649</sup> Der Versuch, eine Indizwirkung zu konstruieren, ist lediglich ein Kunstgriff, um eine mittelbare Bewertung der Betriebsratstätigkeit zuzulassen.

Die Berücksichtigung von Leistungen im Amt wäre, wie auch immer diese ausgestaltet sein sollte, nicht rechtssicher vorzunehmen, würde sich als Verstoß gegen das gesetzliche Regelungskonzept darstellen und zu Missbrauch sowie Fehlverständnissen einladen. Ebenso wenig kann die Übernahme einer hervorgehobenen betriebsverfassungsrechtlichen Funktion (etwa der Betriebsratsvorsitz) Berücksichtigung finden.<sup>650</sup>

---

<sup>648</sup> *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 120; *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 69; *Kehrmann*, FS Wlotzke, S. 357, 364; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 81; *Bachner/Engesser Means*, NZA 2020, 422, 425; *Däubler*, SR 2017, 85, 99; *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080, 1082; vgl. auch *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 42 f.; *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 236; *Byers*, NZA 2014, 65, 66.

<sup>649</sup> Allenfalls vage *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 81 ff.

<sup>650</sup> *Annuß*, NZA 2020, 20, 24; *Joussen*, RdA 2018, 193, 196.

*c. Berücksichtigung der im Betriebsrat erworbenen Kenntnisse und Qualifikationen*

Daran schließt sich sogleich die Frage an, ob solche Fähigkeiten und Qualifikationen des Betriebsratsmitglieds, die es aufgrund seiner Tätigkeit im Betriebsrat erworben hat, bei der Bestimmung der Vergleichbarkeit bzw. bei der Frage nach möglichen Beförderungen Berücksichtigung finden können.

Betriebsräte können gemäß §§ 37 Abs. 6 und 7 BetrVG an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen teilnehmen, soweit diese Kenntnisse vermitteln, die für die Arbeit des Betriebsrats erforderlich sind bzw. von der Arbeitsbehörde des Landes als geeignet anerkannt wurden.<sup>651</sup> Das Gesetz fördert auf diesem Wege die Weiterbildung der Amtsträger. Sofern das Weiterbildungsangebot angenommen wird, kann das Betriebsratsmitglied durch die möglicherweise erworbenen Qualifikationen der ursprünglichen Vergleichsgruppe in seinen Fähigkeiten entwachsen.

Zugleich kann ein Zugewinn an entsprechenden Kompetenzen selbstverständlich auch infolge normaler Betriebsratstätigkeit eintreten. Betriebsräte müssen sich insbesondere in großen Unternehmen und Konzernen in verschiedenste Bereiche einarbeiten und erlangen beispielsweise auch Personalführungskompetenzen, die sie ohne das betriebsverfassungsrechtliche Amt nicht erlangt hätten.<sup>652</sup>

Die Frage danach, ob die durch das Amt erworbenen Fähigkeiten und Qualifikationen bei möglichen Beförderungen berücksichtigt werden dürfen, besitzt eine hervorzuhebende Relevanz, weil sich gerade in diesem Punkt die betriebsverfassungsrechtliche und die arbeitsvertragliche Ebene stark überschneiden können.<sup>653</sup> Die Fähigkeiten, die auf die Amtsstellung zurückzuführen sind, könnten Einfluss auf die weitere Beförderung und Karriere haben. Darin könnte eine Begünstigung aufgrund der Betriebsratstätigkeit vorliegen. Ist die Berücksichtigung der erlangten Fähigkeiten zuzulassen, muss im

---

<sup>651</sup> Ausfl. etwa GK-BetrVG/Weber, § 37 BetrVG Rn. 165 ff.

<sup>652</sup> Vgl. bspw. Byers, NZA 2014, 65, 66, der auf vertiefte bilanzielle Kenntnisse verweist.

<sup>653</sup> Deshalb ist wird jener Aspekt auch in den Leitsätzen der Entscheidung des LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 explizit aufgeführt.

Anschluss die Frage geklärt werden, anhand welcher Kriterien die positive berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds bewertet werden muss.

Das unterschiedliche Systemverständnis von Vergütungsregelungen in § 37 BetrVG und dem allgemeinen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG tritt bei der Beantwortung dieser Frage besonders deutlich hervor. Während manche systemwidrig die Anwendung von § 78 S. 2 BetrVG im Bereich der Vergütung vollständig ablehnen und deshalb nur eine Bewertung am Maßstab des § 37 Abs. 4 BetrVG vornehmen,<sup>654</sup> stellen sich für diejenigen, die richtigerweise eine ergänzende Anwendung annehmen, gänzlich andere Probleme. Auch wenn die ergänzende Anwendung bejaht wird, können sich im Zusammenspiel von §§ 37 Abs. 4 und 78 S. 2 BetrVG erhebliche Unterschiede ergeben. Die folgende Darstellung geht deshalb von dem vorstehend herausgearbeiteten Verhältnis von § 37 Abs. 4 BetrVG zu § 78 S. 2 BetrVG aus. Die Frage nach der beruflichen Entwicklung von vergleichbaren Arbeitnehmern ist lediglich für die Bestimmung der Untergrenze der Vergütungsentwicklung relevant, während die Obergrenze etwa im Beförderungsfall nach den Kriterien des § 78 S. 2 BetrVG zu bestimmen ist.

#### *aa. Ablehnung der Berücksichtigung*

Gegen die Berücksichtigung der durch die Betriebsratsarbeit erworbenen Fähigkeiten und Qualifikationen wird unter anderem der Widerspruch in Bezug auf den Zeitpunkt der Vergleichbarkeit angeführt. Die erworbenen Qualifikationen beeinflussen die Vergleichbarkeit erst nach der Amtsübernahme und müssten damit nach der grundsätzlich anzuwendenden Definition außen vor bleiben.<sup>655</sup> Dieses Argument zieht allerdings lediglich, wenn § 37 Abs. 4 BetrVG und damit die Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers als Bemessungsgrundlage der vergütungsrechtlichen Obergrenze ausgelegt wird.<sup>656</sup> Nur dann ist der Zeitpunkt der Vergleichbarkeit in diesem Zusammenhang relevant.

---

<sup>654</sup> Etwa *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 256 ff.

<sup>655</sup> So auch LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 165 ff unter Hinweis auf *Biitmann/Mujan*, BB 2012, 637; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753, 755; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 253.

<sup>656</sup> Vgl. unter Kapitel 1 C. II.

Es wird vor allem jedoch auf einen (mittelbaren) Verstoß gegen das Unentgeltlichkeitsprinzip hingewiesen.<sup>657</sup> Mittelbar würde zwar nicht die Leistung, wohl aber die allein den Betriebsräten zustehende Möglichkeit zur Weiterbildung vergütet, was wiederum eine nach § 78 S. 2 BetrVG verbotene Begünstigung darstelle.<sup>658</sup> Es gelte vor dem Hintergrund des streng auszulegenden Ehrenamts- und Unentgeltlichkeitsprinzips, jede vergütungsrechtliche Berücksichtigung von Fähigkeiten, die aufgrund oder durch das betriebsverfassungsrechtliche Amt erlangt wurden, zu unterbinden.<sup>659</sup>

#### *bb. Zulässigkeit der Berücksichtigung*

Insbesondere *Annuß* plädiert hingegen für die Zulässigkeit der Berücksichtigung der im Rahmen der Betriebsrats Tätigkeit erlangten Qualifikationen.<sup>660</sup> Das Betriebsratsmitglied kann nach dieser Ansicht aufgrund der amtsbedingt erlangten Fähigkeiten und Qualifikationen befördert werden. Der Gegenansicht liege ein Missverständnis von §§ 37 Abs. 4 S. 1 sowie 78 S. 2 BetrVG zugrunde. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG stelle allein die Untergrenze der Entgeltentwicklung dar. Das anzuwendende Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG untersage lediglich eine Anknüpfung an das Betriebsratsamt bzw. die Betriebsrats Tätigkeit als solche.<sup>661</sup> Es verbiete sich deshalb nur die sachfremde Anknüpfung an das Betriebsratsamt. Eine solche sei allerdings aus zweierlei Gründen nicht gegeben. Zum einen knüpfe die Berücksichtigung der erworbenen Qualifikationen nicht an das Betriebsratsamt an, sondern vielmehr an die dadurch veränderte persönliche Entwicklung des

---

<sup>657</sup> *Lipp*, Honorierung, S. 61 f.; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637, 638; *Däubler*, SR 2017, 85, 110; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 247 u. 253; *Joussen*, RdA 2018, 193, 199; *Rieble*, NZA 2008, 276, 277; *Rüthers*, RdA 1976, 61, 63; *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080, 1081 f.; nicht eindeutig *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753, 755; *Keilich*, BB 2014, 2229, 2232.

<sup>658</sup> LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 165 ff.; *Esser*, Begünstigung, S. 47 u. 112; *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 489; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753, 755; *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 5 f.

<sup>659</sup> LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 180 ff.

<sup>660</sup> *Annuß*, NZA 2018, 134, 136; *ders.*, ZAAR-Tagung 2020, S. 87, 92; im Übrigen auch GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 88; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 250 ff.; *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 144; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 244; *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14; *Bachner/Engesser Means*, NZA 2020, 422, 425; *Löwisch/Rügenhagen*, DB 2008, 466; *Zimmer/Dürr*, NZWiST 2021, 176, 177; ebenfalls *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1209, der allerdings nicht konsequent zwischen Leistungen und Qualifikationen trennt.

<sup>661</sup> Zuletzt auch *Koch/Kudlich/Thüsing*, ZIP 2022, 1, 2.

Arbeitnehmers.<sup>662</sup> Zum anderen sei die Berücksichtigung der gewonnenen Qualifikationen und Fähigkeiten wegen des allgemeinen Benachteiligungsverbots sogar gefordert, weil es ansonsten „zu einer – auch durch den Normzweck des § 78 S. 2 BetrVG nicht gebotenen – Entwertung einzelner Persönlichkeitsdimensionen des Betriebsratsmitglieds allein wegen seiner Betriebsratstätigkeit käme“.<sup>663</sup> Zugleich obliege die Bestimmung der konkreten Vergütung eines Arbeitnehmers und damit letztlich auch des Betriebsratsmitglieds nach der zu wahrenen Vertragsfreiheit in erster Linie den Parteien.<sup>664</sup> Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass es widersinnig sei, die Betriebsratsmitglieder trotz fehlender Qualifikationen an der beruflichen Entwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer teilhaben zu lassen, jedoch gleichzeitig die tatsächlich erlangten Qualifikationen nicht zu berücksichtigen.<sup>665</sup>

#### *cc. Vermittelnde Ansicht*

Eine vermittelnde Ansicht wird hauptsächlich von *Byers* vertreten.<sup>666</sup> Die Berücksichtigung von Fähigkeiten könne nur unter einer Einschränkung anerkannt werden. *Byers* erkennt die Einschränkung darin, dass nur solche Fähigkeiten berücksichtigungsfähig seien, die im Zusammenhang mit der bisherigen Arbeitstätigkeit stehen.<sup>667</sup> So stelle es eine unzulässige Begünstigung dar, wenn für die Vertragsarbeit als Schlosser irrelevante Fähigkeiten in der Personalführung berücksichtigt würden. Aus diesem Grund sei es auch die von der ursprünglichen Tätigkeit losgelöste Festsetzung der Vergütung unzulässig.

#### *dd. Stellungnahme*

Generell abzulehnen ist jene Ansicht, die die Berücksichtigungsfähigkeit von erworbenen Qualifikationen unter Hinweis auf den vermeintlich

---

<sup>662</sup> Zum Vorstehenden und ursprünglich zurückgehend auf *Kehrmann*, FS Wlotzke, S. 357, 364; *Dietze*, FS Klebe, S. 95, 98; *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1209; vor allem auch *Annuß*, NZA 2020, 20, 22, der nunmehr darauf aufbauend auf die Trennung der arbeitsvertraglichen und betriebsverfassungsrechtlichen Sphäre hinweist.

<sup>663</sup> *Annuß*, NZA 2020, 20, 22 f.

<sup>664</sup> *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1208.

<sup>665</sup> *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 55.

<sup>666</sup> *Byers*, NZA 2014, 65, 66; ähnlich auch *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 236, wobei *ders.* diese vermittelnde Ansicht in DB 2019, 1207, 1209 Fn. 21 (unter Hinweis auf eine falsche Fundstelle) explizit aufgibt; ähnlich auch *Richardi/Thüsing*, § 37 Rn. 69 unter Hinweis auf *Klages/Schrader*, Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, Rn. 251.

<sup>667</sup> *Byers*, NZA 2014, 65, 66; *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080, 1082; aA *Götz*, DB 2020, 558, 560.

entgegenstehenden Zeitpunkt der Vergleichbarkeit verneint. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG ist für die Frage nach einer möglichen Beförderung nicht der anzuwendende Maßstab. Die Feststellung, dass die Berücksichtigung der erworbenen Qualifikationen untrennbar mit dem Zeitpunkt der Vergleichbarkeit verbunden sei, geht deshalb fehl.<sup>668</sup>

Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage hängt allein davon ab, ob der Berücksichtigung entweder das Ehrenamts- und Unentgeltlichkeitsprinzip entgegensteht oder sich die Unzulässigkeit aus § 78 S. 2 BetrVG ergibt. Aufgrund der nicht eindeutigen Aussage des Gesetzes ist eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck der einschlägigen Normen vorzunehmen. Die betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsregeln verfolgen den Zweck, den Betriebsratsmitgliedern die berufliche und vergütungsmäßige Entwicklung zuteilwerden zu lassen, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten.<sup>669</sup> Auf diesem Wege soll die Unabhängigkeit der Amtsführung gesichert und zeitgleich auch die Bereitschaft zur Amtsübernahme gefördert werden. Letzteres kann nur erreicht werden, wenn keine entgeltlichen und beruflichen Nachteile durch die Amtsausübung zu erwarten sind.

Sofern die Fähigkeiten und Qualifikationen berücksichtigt werden, die das Betriebsratsmitglied durch seine Tätigkeit erworben hat, findet – im Gegensatz zur Berücksichtigung der Leistungen im Amt – keine unmittelbare Bewertung oder Bezahlung der Tätigkeit statt.<sup>670</sup> Vielmehr wird die Position an das Fähigkeits- und Qualifikationsniveau des Betriebsratsmitglieds angepasst.<sup>671</sup> Den erworbenen Fähigkeiten wird auf dem Arbeitsmarkt ein gewisser Wert beigemessen, der sich auch bei der Vergütung der Mitglieder des Betriebsrats niederschlägt. Beiläufig sei angemerkt, dass ansonsten die praktisch erwünschte Konstanz des betriebsverfassungsrechtlichen Amtes gefährdet werden würde. Betriebsratsmitglieder, die nicht mehr entsprechend ihrem Qualifikations- und Fähigkeitsniveau bezahlt werden würden, könnten das Unternehmen verlassen, um eine entsprechend lukrativere Vergütung zu erlangen. Diesem Argument kann

---

<sup>668</sup> So allerdings *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 144, die jedoch zumindest eine dynamische Anpassung der Vergleichbarkeit und damit eine Berücksichtigungsfähigkeit befürworten.

<sup>669</sup> BAG v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 30.

<sup>670</sup> AA LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 181 ff.

<sup>671</sup> Ähnlich *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14; *Löwisch/Rügenhagen*, DB 2008, 466.

auch nicht entgegengehalten werden, dass das betriebsverfassungsrechtliche Amt durch monetäre Interessen der Bewerber gefährdet würde. Selbstverständlich soll das Amt des Betriebsratsmitglieds vor allem aus der Motivation heraus übernommen werden, sich für die anderen Arbeitnehmer einzusetzen. Damit geht allerdings nicht zwangsläufig einher, dass vergütungsrechtliche Einschnitte hinzunehmen sind. Auch bei einem Betriebsratsmitglied muss eine Vergütung am für entsprechende Arbeitnehmer marktüblichen Preis erfolgen.

Die Anpassung der Position und damit der Vergütung an das aktuelle Qualifikationsniveau widerspricht auch nicht der seitens des BAG angeführten Tatsache, dass die Vergütungsentwicklung sich danach zu bestimmen hat, welche Entwicklung das Betriebsratsmitglied ohne die Amtstätigkeit genommen hätte.<sup>672</sup> Dieses Merkmal darf nicht so verstanden werden, dass die ursprüngliche Tätigkeit eines Betriebsratsmitglieds für die gesamte Amtszeit relevanter Maßstab für die Vergütung ist. Soweit etwa *Rieble* davon ausgeht, dass ein Mitglied des Betriebsrats ausschließlich nach seiner vorherigen Tätigkeit vergütet werden darf, liegt dieser Ansicht ein zu enges Verständnis zugrunde.<sup>673</sup> Die Entwicklung bezieht sich nicht allein auf die ursprüngliche Tätigkeit, sondern auch auf die des Betriebsratsmitglieds als Arbeitnehmer. Ein Arbeitnehmer kann sich aus seinem ursprünglichen Tätigkeitsumfeld entfernen und aufgrund der dazugewonnenen Qualifikation nunmehr eine andere Tätigkeit ausüben. Dem Betriebsratsmitglied darf jedenfalls diese Chance nicht von vornherein genommen werden.

Darin liegt kein Verstoß gegen das streng auszulegende Ehrenamts- und Unentgeltlichkeitsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG. Wie die verschiedenen Vertreter dieser Ansicht richtigerweise feststellen, wird nicht die Amtstätigkeit als solche, sondern werden lediglich die sich mittelbar daraus ergebenden Qualifikationszuwächse abgegolten.<sup>674</sup> Dieser Fall ist durch das Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, insoweit steht es einer solchen Annahme auch nicht entgegen. Das anzuwendende Lohnausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG steht einer solchen Auslegung ebenso wenig entgegen, da das Prinzip allein den Mechanismus der Fortzahlung des Entgelts als solchen, nicht jedoch die

---

<sup>672</sup> Vgl. etwa BAG v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339 Rn. 22 ff.

<sup>673</sup> *Rieble*, NZA 2008, 276, 279 in Bezug auf den Fall „*Volkert*“ und dessen Vergütung allein nach seiner zuvor ausgeübten Tätigkeit als Schmied.

<sup>674</sup> *Koch/Kudlich/Thüsing*, ZIP 1, 2.



Entgeltentwicklung im Speziellen bestimmt. Die Vergütung ist immer anhand der arbeitsvertraglichen Leistung vorzunehmen, die allerdings Veränderungen unterliegt und an die Qualifikation angepasst werden kann.

Wie insbesondere *Kreutz*, *Annuß*, *Uffmann* und *Löwisch* richtigerweise feststellen, untersagt auch § 78 S. 2 BetrVG lediglich eine Anknüpfung an das Betriebsratsamt bzw. die Betriebsratsstätigkeit als solche bzw. eine Beförderung aus unsachlichen Gründen, verbietet allerdings nicht die Berücksichtigung der dadurch erlangten Qualifikationen.<sup>675</sup> Zwar erweist sich die Betriebsratsarbeit bzw. die damit einhergehende Möglichkeit zur Weiterbildung als kausal für die Beförderung, das ändert aber nichts daran, dass keine direkte Anknüpfung an das Betriebsratsamt vorliegt. Die Beförderung erfolgt nicht „wegen“ der Betriebsratsstätigkeit, sondern „aufgrund“ der Höherqualifizierung, die nur ihre Grundlage in der ausgeübten Betriebsratsstätigkeit hat.<sup>676</sup> Die Gesetzessystematik weist keinen Anhaltspunkt dafür auf, dass die sich mittelbar aus der Amtstätigkeit erworbene Höherqualifizierung von der Norm erfasst ist. Das Gesetz und der dahinterstehende Schutzzweck verbietet nicht jede Begünstigung, die sich im Sinne der Kausalität auf die Arbeit als Betriebsratsmitglied zurückführen lässt, sondern nur jene, die aus unsachlichen Gründen erfolgt bzw. eine direkte Folge der Amtstätigkeit und deren Bewertung ist. Die Anpassung der Vergütung an das mittlerweile erreichte Qualifikationsniveau stellt einen sachlichen Grund dar. Unterbliebe nämlich die Berücksichtigung dessen und verbliebe das Betriebsratsmitglied trotz erheblicher Veränderungen in dessen ursprünglicher Gehaltsklasse, läge darin eine ebenfalls unzulässige Benachteiligung. Diese Benachteiligung wäre allerdings nicht nur mittelbar, da eine Anpassung der Vergütung allein aufgrund des Betriebsratsamts unterbliebe.<sup>677</sup>

Aus diesem Grunde erweist sich auch die vermittelnde Ansicht als nicht überzeugend. Das Gesetz ergibt aus seiner Systematik und seinem Zweck heraus keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass nur Qualifikationen Berücksichtigung finden dürfen, die mit der ursprünglichen Tätigkeit in Zusammenhang stehen. Unter der Geltung des § 78 S. 2 BetrVG ist es vielmehr eben gerade nicht ausgeschlossen,

---

<sup>675</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 88; *Annuß*, NZA 2018, 134, 136; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 244; *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14.

<sup>676</sup> *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14.

<sup>677</sup> GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 BetrVG Rn. 88.

dass sich das Betriebsratsmitglied von seinem ursprünglichen Arbeitsplatz entfernt.<sup>678</sup>

#### *ee. Zwischenergebnis*

Das Gesetz steht der Beförderung eines Betriebsratsmitglieds aufgrund der durch die Amtstätigkeit erlangten Qualifikationen und Fähigkeiten jedenfalls nicht generell entgegen. Eine Bewertung der konkreten Beförderung muss deshalb stets anhand der Wertungen des § 78 S. 2 BetrVG vorgenommen werden. Dem Arbeitgeber kommt zusätzlich ein gewisser Ermessensspielraum bei der Beurteilung zu, so dass nur eine eingeschränkte Möglichkeit zur Überprüfung besteht. Es bedarf immer einer individuellen Würdigung der Fähigkeiten und Eignung für eine höhere Position.

#### *d. Grenzen der Beförderung*

Die damit aufgezeigte gesetzliche Regelung kann ein gewisses Störgefühl hervorrufen, da der Praxis ein weiter Raum für die Beförderung von Betriebsratsmitgliedern verbliebe. Allerdings zieht das Gesetz auf anderem Wege Grenzen, die es bei der Beförderung zu beachten gilt.

#### *aa. Keine hypothetische Karriereentwicklung*

Im Fall der Beförderung eines Betriebsratsmitglieds darf keine rein hypothetische Karriere ohne Anknüpfung an die betrieblichen Gegebenheiten nachgezeichnet werden. Entsprechend der aufgezeigten Grundsätze kann das Betriebsratsmitglied nur auf solche Positionen befördert werden, für welche es die objektive Eignung unter Wahrung des Beurteilungsspielraums tatsächlich besitzt und die im Betrieb vorhanden sind.<sup>679</sup> Nur entsprechend einer solchen Position darf das Betriebsratsmitglied dann auch vergütet werden. Für die Rechtfertigung einer Beförderung des Betriebsratsmitglieds kann deshalb nicht etwa eine ansonsten nicht bestehende Stelle geschaffen werden. Die Karriereentwicklung kann sich nur anhand vorhandener und offener Beförderungsstellen vollziehen.<sup>680</sup> Eine reine auf dem Papier bestehende Karriere bzw. eine pauschale Anpassung des Entgelts stellt

---

<sup>678</sup> AA Byers, NZA 2014, 65, 66.

<sup>679</sup> Vgl. etwa zur Begünstigung eines Personalratsmitglieds LAG Berlin-Brandenburg v. 23.10.2019 – 17 Sa 2297/18, NZA-RR 2020, 105 Rn. 41 f.

<sup>680</sup> Thüsing/Denzer, Betriebsratsvergütung, Rn. 229; Annuß, ZAAR-Tagung 2020, S. 87, 94 f.

hingegen eine unzulässige Begünstigung dar.<sup>681</sup> Dies wird auch dadurch gestützt, dass etwa das freigestellte Betriebsratsmitglied nach Ende seiner Freistellung auf eben jener Position eingesetzt werden muss, deren Vergütung es zuletzt erhalten hat.<sup>682</sup> Daran anknüpfend sind zugleich nur solche Fähigkeiten zu berücksichtigen, die im Betrieb nutzbar sind.<sup>683</sup>

Dieser Auslegung steht nicht die Regelung des § 38 Abs. 4 S. 2 BetrVG entgegen. Danach ist den freigestellten Betriebsratsmitgliedern innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Freistellung Gelegenheit zu geben, eine wegen der Freistellung unterbliebene betriebsübliche berufliche Entwicklung nachzuholen. Diese Vorschrift deckt – bereits erkennbar an der wortgleichen Formulierung – allein den Fall des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG ab. Wird etwa ein jahrelang freigestelltes Betriebsratsmitglied nicht auf Grundlage des § 78 S. 2 BetrVG befördert, sondern nur die Untergrenze seiner Entgeltentwicklung anhand der vergleichbaren Arbeitnehmer angepasst, so ist ihm im Anschluss an die Freistellung die Nachholung eben jener betriebsüblicher beruflicher Entwicklung zu ermöglichen. § 38 Abs. 4 S. 2 BetrVG bezieht sich also nur auf den Fall, dass die Entwicklung des Betriebsratsmitglieds hinter der vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleibt.<sup>684</sup> Zugleich handelt es sich hierbei allein um eine sogenannte „*Tätigkeitsgarantie*“, die für die Bemessung der konkreten Vergütung nicht relevant ist.<sup>685</sup>

Aus dem Erfordernis einer konkreten Beförderungsstelle ergeben sich damit erste Beschränkungen. Eine Beförderung, die die im Unternehmen vorhandenen Stellen überschreitet, ist nicht zulässig. Wie *Annuß* beispielsweise anführt, kann der Konzernbetriebsratsvorsitzende eines Konzerns, dessen Betriebsratsmandat auf die Beschäftigung in einer kleinen internen Dienstleistungsgesellschaft zurückgeht, nicht über den Stellenkegel des Vertragsarbeiters befördert und dementsprechend vergütet werden.<sup>686</sup> Zugleich ist allerdings keine Beschränkung daraus zu ziehen, dass das Betriebsratsmitglied vor seiner Amtstätigkeit eine in der Hierarchie niedrig anzusiedelnde Position im Unternehmen bekleidet hat.<sup>687</sup> Das Betriebsratsmitglied

---

<sup>681</sup> GK-BetrVG/*Weber*, § 37 Rn. 157.

<sup>682</sup> *Annuß*, NZA 2020, 20, 23; Löwisch/Kaiser/Löwisch, § 37 BetrVG Rn. 14 f.

<sup>683</sup> Insoweit übereinstimmend *Giesen*, RdA 2020, 155, 166.

<sup>684</sup> Ähnlich bereits *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 107.

<sup>685</sup> Allgemein *Fitting*, § 38 BetrVG Rn. 97 ff.

<sup>686</sup> *Annuß*, NZA 2020, 20, 24.

<sup>687</sup> AA *Rieble*, NZA 2008, 276.

kann sich durch die besonderen Herausforderungen im Amt, von seinem ursprünglichen Tätigkeitsfeld zunehmend entfernen. Eine entsprechende Entwicklung wird allerdings nicht in jedem Fall und etwa stets bei Übernahme des Vorsitzes angenommen werden können. Es bedarf vielmehr jeweils einer individuellen Würdigung, wobei allerdings die Aspekte der Amtsführung, die besonderen Belastungen des Amtes und die vermeintliche Stellung als „*Co-Manager*“ außer Betracht bleiben müssen.<sup>688</sup>

*bb. Position des leitenden Angestellten*

Ausgangspunkt der Überlegung, dass die Obergrenze der Vergütungshöhe stets erreicht ist, wenn ansonsten nur leitende Angestellte ein vergleichbares Entgelt beziehen, ist die Regelung des § 24 Nr. 4 BetrVG. Danach erlischt die Mitgliedschaft im Betriebsrat durch den Verlust der Wählbarkeit. Leitende Angestellte sind nach § 5 Abs. 3 S. 1 BetrVG vom Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes ausgenommen und deshalb auch nicht nach § 8 BetrVG wählbar. Im Grundsatz müssten demnach Betriebsratsmitglieder aus dem Gremium ausscheiden, sofern sie zu leitenden Angestellten befördert werden.<sup>689</sup> Es ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, dass allein die Vergütungshöhe für die Bestimmung der Position eines leitenden Angestellten nicht ausschlaggebend ist; § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG sehen mehrere Kriterien zur Abgrenzung vor, wobei die Vergütungshöhe nur im Zweifelsfall gemäß § 5 Abs. 4 Nr. 3 und 4 BetrVG zu berücksichtigen ist. Ein Rückschluss auf eine entsprechende Position als leitender Angestellter ist allerdings zulässig, wenn ansonsten nur leitende Angestellte ein ähnliches Gehalt wie das Betriebsratsmitglied erhalten. Voraussetzung ist also, dass die Höhe der Vergütung des Amtsträgers in solche Sphären gelangt, die ansonsten ausschließlich leitenden Angestellten vorbehalten ist, wie später noch darzulegen sein wird.

Zu einer solchen Konstellation kann es nach hier vertretener Auffassung im Grundsatz auf verschiedenen Wegen kommen. Entweder kommt es dazu über die Regelung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG, wenn also die vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung eben jenen Beförderungsschritt ebenfalls vollzogen haben. Dies dürfte in der Praxis nur äußerst selten der Fall sein.

---

<sup>688</sup> Vgl. dazu allgemein Kapitel 1 A. III, 3. c.; *Annuß*, NZA 2020, 20, 24 mwN.

<sup>689</sup> Vgl. auch *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 5 f.

Oder es kann eine entsprechende Position auf Grundlage des § 78 S. 2 BetrVG erreicht werden, vorausgesetzt das Betriebsratsmitglied kann den schwierigen Beweis seiner besonderen Karriere führen. Oder aber es kommt auf der Grundlage einer nach dem Begünstigungsverbot zulässigen Beförderung des Betriebsratsmitglieds dazu.

*(1) Ablehnung einer Beschränkung der Vergütungshöhe seitens der Literatur*

Die Literatur lehnt eine Beschränkung der Vergütungshöhe bis zur Ebene der leitenden Angestellten überwiegend ab.<sup>690</sup> Zumeist gehen die Vertreter dieser Ansicht davon aus, dass das Gesetz nur an die betriebsübliche berufliche Entwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer anknüpfe und keine andere Begrenzung ersichtlich sei. Entspreche es der Betriebsüblichkeit, dass ein Aufstieg zum leitenden Angestellten gelinge, so müsse auch das Entgelt des Betriebsratsmitglieds an diese Entwicklung angepasst werden. Die Befürworter dieser Ansicht gehen offensichtlich von einer reinen Vergütungsbemessung anhand des § 37 Abs. 4 BetrVG aus. Sie verweisen darauf, dass die Betriebsratsmitglieder auf Grundlage dieser Vorschrift nur in vergütungsrechtlicher Hinsicht den vergleichbaren Arbeitnehmern gleichgestellt würden. Die Gleichstellung in vergütungsrechtlicher Hinsicht schlage allerdings nicht auf die tatsächliche Ebene durch, so dass die Betriebsratsmitglieder weiterhin auf ihrer ursprünglichen Position blieben. Die berufliche Entwicklung zum leitenden Angestellten werde rein „fiktiv“ vollzogen.<sup>691</sup>

Ein weiteres Argument der Literatur nimmt den Sinn und Zweck der Herausnahme der leitenden Angestellten aus dem Betriebsverfassungsgesetz in den Blick. Diese Personengruppe werde nur deshalb betriebsverfassungsrechtlich ausgeklammert, weil sie dem Interessenkreis des Arbeitgebers zuzurechnen sei. Die betriebliche Stellung eines leitenden Angestellten bedinge die Durchsetzung der Interessen des Arbeitgebers, was sich wiederum nicht mit der Funktion eines Betriebsratsmitglieds vereinbaren lasse, da Interessenkonflikte zwischen beiden Positionen bestünden. Allein der Bezug einer Vergütung auf dem Niveau eines leitenden Angestellten

---

<sup>690</sup> *Lipp*, Honorierung, S. 81 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 266 ff.; *Neef*, Liber amicorum Wendeling-Schröder, S. 97, 105; *Annuß*, NZA 2018, 134, 136; *Bachner/Engesser Means*, NZA 2020, 422, 426 f.; *Hennecke*, BB 1986, 936, 937; *Weismann*, JuS 1987, 971, 974; aA explizit *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 14.

<sup>691</sup> Zum Vorstehenden *Lipp*, Honorierung, S. 82 unter Verweis auf den Titularprokuristen.

begründe keinen entsprechenden Interessenkonflikt. Dass der Arbeitnehmer dem Interessenkreis des Arbeitgebers zuzurechnen sei, ergebe sich vielmehr aus der hervorgehobenen Position und nicht aus der Vergütungshöhe.<sup>692</sup> Zugleich werde Arbeitnehmern, die unmittelbar davorstehen, eine Position als leitende Angestellte zu übernehmen, der Anreiz genommen, das Betriebsratsamt zu übernehmen. Sofern sie gewählt werden sollten, wäre ihre berufliche Entwicklung beendet, da sie als Betriebsratsmitglied einer vergütungsrechtlichen Obergrenze unterlägen. Dies widerspreche dem generellen Anliegen, dass Mitarbeiter aller Hierarchiestufen zur Betriebsratswahl antreten sollen, da besonders qualifizierte Arbeitnehmer der Anreiz zur Wahl genommen werde.<sup>693</sup>

In der Gesamtschau aller Argumente wäre demnach der fiktive Aufstieg eines Betriebsratsmitglieds auf eine Position des leitenden Angestellten und die entsprechende tatsächliche Vergütung durch die gesetzlichen Regelungen gedeckt.

## (2) *Stellungnahme*

Die aufgezeigten Argumente der Literatur können allerdings aus unterschiedlichen Gründen nicht vollständig überzeugen. Es steht aufgrund der eindeutigen Wertung in § 24 Nr. 4 BetrVG außer Frage, dass der Gesetzgeber die Tätigkeit als Betriebsrat und eine Position des leitenden Angestellten als unvereinbar angesehen hat. Leitende Angestellte werden aufgrund ihrer Stellung dem Interessenkreis des Arbeitgebers zugerechnet. Eine kumulative Position als Betriebsrat und damit als Vertreter der Belegschaftsinteressen ist damit ausgeschlossen. Es ist somit in gewissen Fällen eine indirekte Grenze für die Übertragung höher angesiedelter Arbeitnehmertätigkeiten anzunehmen.<sup>694</sup> Voraussetzung ist stets, dass die Höhe der Vergütung des Amtsträgers in solche Sphären gelangt, die ansonsten ausschließlich leitenden Angestellten vorbehalten ist. Sofern an den Vorsitzenden des Konzernbetriebsrats bei der Volkswagen AG etwa 750.000 Euro gezahlt wurden, was wiederum ansonsten nur weitere Markenvorstände beziehen, dürfte dieses Kriterium ohne Weiteres erfüllt sein.<sup>695</sup> Die Argumentation, dass sich die Position des leitenden Angestellten nicht nur nach dem Entgelt richtet, greift jedenfalls dann

---

<sup>692</sup> Lipp, Honorierung, S. 82; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 268.

<sup>693</sup> Zum Vorstehenden Thüsing/Denzer, Betriebsratsvergütung, Rn. 237.

<sup>694</sup> Löwisch/Kaiser/Löwisch, § 37 BetrVG Rn. 14; Löwisch/Rügenhagen, DB 2008, 466, 467; ähnlich Jousen, RdA 2018, 193, 196.

<sup>695</sup> LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 440; vgl. auch Annuß, NZA 2018, 134.

nicht durch, wenn die Vergütungshöhe ansonsten ausschließlich leitenden Angestellten gewährt wird. In diesem Fall kann unwiderleglich angenommen werden, dass auch das Betriebsratsmitglied auf einer solchen Hierarchieebene mit den entsprechenden betriebsverfassungsrechtlichen Folgen einzuordnen ist.

Das entscheidende Argument für die Annahme, dass die Höhe des Entgelts für leitende Angestellte eine gesetzesimmanente Grenze darstellt, ist allerdings rein praktischer Natur. Das Gesetz lässt in keinem Zusammenhang einen Unterschied zwischen der Behandlung von einerseits lediglich teilweise und andererseits vollständig von der Arbeit befreiten oder freigestellten Betriebsratsmitgliedern erkennen. Die Betriebsratsmitglieder werden gesetzlich nicht unterschiedlich gewichtet und insgesamt stets identisch behandelt. Würde allerdings ein lediglich teilweise von der Arbeit befreites Betriebsratsmitglied auf eine solch hohe Vergütungsstufe gelangen können, wie sie ansonsten nur leitende Angestellte beziehen, käme es zu einem unüberwindbaren gesetzlichen Wertungswiderspruch. Wie § 37 Abs. 5 BetrVG zeigt, ist im Rahmen der Anpassung über § 37 Abs. 4 BetrVG nicht nur eine Anpassung der Position in vergütungsrechtlicher Hinsicht vorgesehen. Mitglieder des Betriebsrats dürfen demnach nur mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die den Tätigkeiten der in Absatz 4 genannten Arbeitnehmer gleichwertig sind, sofern nicht zwingende betriebliche Notwendigkeiten entgegenstehen. Würde also ein nur teilweise von der Arbeit befreites Betriebsratsmitglied in einem solchen Maße vergütungsrechtlich aufsteigen, müsste ihm ein entsprechender Aufstieg auch in tatsächlicher Hinsicht, also in Bezug auf die konkret ausgeübte Tätigkeit, gewährt werden.

Die gleichzeitige Amtsstellung ist jedenfalls keine „*betriebliche Notwendigkeit*“ im Sinne des Gesetzes, sondern allein ein Merkmal, das sich auf die persönliche Rechtsstellung als Betriebsratsmitglied bezieht. In diesem Fall müsste das Betriebsratsmitglied unstreitig auf Grundlage des § 24 Nr. 4 BetrVG aus dem Gremium ausscheiden. Die Tätigkeit eines leitenden Angestellten einerseits und die als Betriebsratsmitglied vertragen sich auf keinen Fall in einer Person.

Es würde jedoch der gesetzlichen Gleichstellung von teilweise und vollständig befreiten oder freigestellten Betriebsratsmitgliedern zuwiderlaufen, wenn unterschiedliche Ergebnisse angenommen werden würde. Eine Unterscheidung zwischen beiden Gruppen, mit dem Ergebnis, dass vollständig freigestellte und

befreite Betriebsratsmitglieder abstrakt eine höhere Vergütung erhalten könnten, ist keinesfalls im Gesetz angelegt. Es widerspricht vielmehr der ansonsten vollständigen Gleichstellung von teilweise oder vollständig freigestellten und befreiten Betriebsratsmitgliedern.<sup>696</sup>

*e. Darlegungsmaßstab bei vorgenommenen Beförderungen*

*aa. Ansichten in der Literatur*

In der praktischen Umsetzung dieser Auffassung stellt sich daran anknüpfend die Frage, wodurch der Anschein einer unzulässigen Begünstigung durch den Arbeitgeber bzw. das Betriebsratsmitglied konkret widerlegt werden kann. Nach Teilen der Literatur muss der Arbeitgeber – auch durch etwaige Hilfstatsachen – darlegen können, dass das Betriebsratsmitglied eine entsprechende berufliche Entwicklung tatsächlich genommen hätte.<sup>697</sup> Es genüge dabei bereits eine gewisse (überwiegende) Wahrscheinlichkeit. Andere verlangen hingegen einen sicheren Nachweis für die anzunehmende berufliche Entwicklung, da bei einer Beförderung im Sinne einer gesetzlichen Vermutung von der unzulässigen Begünstigung ausgegangen werden müsse.<sup>698</sup> Andere nehmen konträr eine unzulässige Begünstigung erst an, wenn der Nachweis erbracht wurde, dass die Beförderung nur auf die Tätigkeit als Betriebsratsmitglied – wovon die durch die Tätigkeit erlangten Qualifikationen zu unterscheiden sind – zurückgeführt werden kann.<sup>699</sup>

*bb. Stellungnahme*

Die Ansicht, die einen sicheren Nachweis dafür fordert, dass das Betriebsratsmitglied die entsprechende berufliche Entwicklung auch ohne die Amtstätigkeit durchlaufen hätte, überzeugt nicht. Würde stets ein solcher Nachweis gefordert werden, so würde dies auf eine tendenzielle Benachteiligung der Betriebsratsmitglieder hinauslaufen. Der Beweis einer konkreten beruflichen Entwicklung wird in den allerwenigsten Fällen ohne Probleme und Unsicherheiten

---

<sup>696</sup> Diesen Aspekt beachten *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 237, die allein davon ausgehen, dass das Betriebsratsmitglied auch im Fall einer Beförderung allein Amtsträger bleibt, nicht ausreichend; gleiches gilt für *Annuß*, NZA 2018, 134, 138, der den Widerspruch zwar erkennt, aber nicht wertet.

<sup>697</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 115 ff.; *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 211 ff.; *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 237.

<sup>698</sup> In diese Richtung letztlich auch BAG v. v. 20.1.2021 – 7 AZR 52/2, NZA 2021, 864; *Esser*, Begünstigung, S. 112; *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 63 f.

<sup>699</sup> *Annuß*, NZA 2018, 134, 138; *ders.*, NZA 2022, 2447, 248.



zu führen sein. Die Schwierigkeiten in der Beweisführung würden dann allerdings einseitig zu Lasten des Betriebsratsmitglieds gehen, da der Arbeitgeber stets von einer Beförderung absehen würde bzw. müsste, um sich nicht dem Vorwurf einer unzulässigen Begünstigung ausgesetzt zu sehen. Die gesetzliche Vermutung einer unzulässigen Begünstigung im Beförderungsfall kann zugleich nicht aus dem Gesetz abgeleitet werden. So verweist etwa *Happe* darauf, dass dem Ehrenamtsprinzip zu größtmöglicher Wirksamkeit verholfen werden müsse und deshalb eine widerlegliche Vermutung zugunsten einer Begünstigung bestehe.<sup>700</sup> Diese Ansicht verkennt allerdings, dass das Gesetz keine Rangfolge zwischen einer unzulässigen Benachteiligung bzw. Begünstigung vorgibt. Vielmehr ist im Rahmen des § 78 S. 2 BetrVG beides zu verhindern. Die Aufstellung einer Vermutungsregel – und damit die einseitige Ausrichtung – liegt dem Gesetz hingegen fern. Ein sicherer Nachweis der beruflichen Entwicklung kann auch deshalb nicht gefordert werden, weil die Entscheidung über eine Beförderung nicht ausschließlich von objektiven und damit beweisbaren Kriterien abhängt. Vielmehr spielen in der Praxis stets auch subjektive Kriterien, wie etwa persönliche Harmonie oder gegenseitige Unterstützung, eine Rolle. Dem Arbeitgeber kommt also stets ein großer Entscheidungsspielraum bei Beförderungsentscheidungen zu, der sich nicht durch eine einfache Beweislastregel umgehen lässt.<sup>701</sup>

Es verbleiben damit lediglich die Ansichten, die entweder eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden beruflichen Entwicklung oder aber den Beweis fordern, dass die Beförderung allein auf die Tätigkeit als Betriebsratsmitglied zurückzuführen ist. Beiden Ansichten ist gemein, dass sie eine Gesamtbetrachtung des Einzelfalls vornehmen und dabei dem Arbeitgeber in seiner Beförderungsentscheidung einen gewissen Entscheidungsspielraum zugestehen. Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen beiden Ansichten wird vor diesem Hintergrund nicht immer gelingen. Maßgeblich gegen die Ansicht, die danach fragt, ob das Betriebsratsmitglied eine entsprechende berufliche Entwicklung wahrscheinlich durchlaufen hätte, spricht der missverständliche Bewertungsrahmen. Dieser scheint darauf abzuzielen, ob dem Betriebsratsmitglied auch ohne die Amtstätigkeit eine berufliche Entwicklung dieses Ausmaßes

---

<sup>700</sup> *Happe*, Persönliche Rechtsstellung, S. 63 f.

<sup>701</sup> So bereits *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 213.

offengestanden hätte, und läuft deshalb auf eine hypothetische Nachzeichnung hinaus. Die hypothetische Frage nach der anzunehmenden beruflichen Entwicklung ist anhand der gewonnenen Erkenntnisse – etwa in Bezug auf die Berücksichtigungsfähigkeit von durch die Betriebsratstätigkeit erlangter Fähigkeiten und Qualifikationen – allerdings nicht der richtige Maßstab. Es ist vielmehr danach zu fragen, ob sich die Beförderungsentscheidung nur im Hinblick auf die Betriebsratstätigkeit und deren Beeinflussung erklären lässt. Nur in diesem Fall missbilligt das Gesetz die ansonsten zu akzeptierende Entscheidung des Arbeitgebers.

Den Vertretern der Ansicht, die eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden beruflichen Entwicklung fordern, ist allerdings insoweit zuzustimmen, als zur Beurteilung des Einzelfalls alle maßgeblichen Hilfsstatsachen hinzugezogen werden müssen.<sup>702</sup> Die Beantwortung der Frage, ob die Beförderungsentscheidung einzig auf die Betriebsratstätigkeit zurückgeführt werden kann, basiert auf einer Wertung der zur Verfügung stehenden Indizien. Damit geht immer auch ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit einher, die sich allerdings aus dem Umstand rechtfertigt, dass Beförderungsentscheidungen stets auf individuelle Entscheidungen zurückgehen.<sup>703</sup> Es kann keine Rolle spielen, dass das Betriebsratsmitglied allein wegen der Amtstätigkeit überhaupt als potentieller Beförderungskandidat in das Blickfeld des Arbeitgebers gerückt ist. Dieser „*Sprungbretteffekt*“ wohnt jedem sozialen Kontakt inne und muss deshalb in der Betrachtung stets außen vor bleiben.<sup>704</sup>

Die heranzuziehenden Hilfsstatsachen können sich aus unterschiedlichen Aspekten ergeben. So kann etwa die „*Beförderungsfrequenz*“ ein Indiz für die unzulässige Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds sein. Werden zum Beispiel die Amtsträger stets mit Amtsübernahme oder einem kurzen Zeitraum danach befördert, so ist dies in der Einzelfallbetrachtung eindeutig zu werten. Des Weiteren ist danach zu fragen, ob die Eignung des Betriebsratsmitglieds für die entsprechende Stelle nachvollzogen werden kann. Auch kann die Vergütungshöhe nicht in Relation zur eingenommenen Position stehen, wenn etwa einem

---

<sup>702</sup> *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 843 ff.

<sup>703</sup> So auch *Berenbrinker*, DB 2021, 1956.

<sup>704</sup> *Annuß*, NZA 2020, 20, 23.

Betriebsratsmitglied, das hierarchisch im tariflichen Gebiet angesiedelt ist, ein außertarifliches Gehalt gezahlt wird. Andererseits sind konkrete Stellenangebote, die das Betriebsratsmitglied allerdings wegen der Betriebsrats Tätigkeit abgelehnt hat, ein Indiz gegen eine unzulässige Begünstigung.<sup>705</sup> Dies gilt jedoch nur, wenn die sonstigen Qualifikationserfordernisse erfüllt waren, es sich mithin überhaupt um ein ernstgemeintes Stellenangebot handelte.

Um eine abschließende Gesamtwürdigung vornehmen zu können, müssen alle vorhandenen Indizien zusammengeführt werden. Im Anschluss muss unter Zubilligung eines gewissen Entscheidungsspielraums des Arbeitgebers gefragt werden, ob sich die Beförderung nur durch die Betriebsrats Tätigkeit erklären lässt oder aber der Amtsträger tatsächlich in der Lage ist, die eingenommene Stelle auszufüllen.

#### *f. Zwischenergebnis*

Die Bestimmung der Obergrenze der Entgeltentwicklung von Betriebsratsmitgliedern ist im Bereich einer Beförderung von zwei gegenläufigen Parametern geprägt. Einerseits besteht für die Parteien ohne Weiteres die Möglichkeit, auch Betriebsratsmitglieder unabhängig von der Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers aus § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG zu befördern. Relevanter Maßstab ist hierbei die Grenze der unzulässigen Begünstigung gemäß § 78 S. 2 BetrVG. Eine Beförderung wird insbesondere dann in Betracht kommen, weil das Betriebsratsmitglied durch die Amtstätigkeit Fähigkeiten und Qualifikationen erworben hat, denen auf dem Arbeitsmarkt ein gewisser Wert beigemessen wird und die durch die Beförderung auch entgeltlich abgeglichen werden sollen. Einer solchen Vorgehensweise stehen nach der hier vertretenen Ansicht keine gesetzlichen Regelungen entgegen. Die möglichen Beförderungen unterliegen andererseits zwei erheblichen Grenzen. So darf keine rein hypothetische Karriere ohne Anknüpfungspunkt an die betrieblichen bzw. unternehmensinternen Strukturen vorgenommen werden. Zugleich ist Betriebsratsmitgliedern der Aufstieg in eine Vergütungsstufe, die ansonsten nur leitenden Angestellten vorbehalten ist, aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 24 Nr. 4 BetrVG verwehrt.

---

<sup>705</sup> AA LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 182.

In praktischer Hinsicht ist bei der Bestimmung der Obergrenze der Entgeltentwicklung danach zu fragen, ob der berufliche Aufstieg bzw. die Entwicklung anhand der zur Verfügung stehenden Stellen sowie der vorhandenen Qualifikation nachvollzogen werden kann. Zur Beurteilung des Einzelfalls müssen alle maßgeblichen Hilfstatsachen hinzugezogen werden.

#### ***V. Zusammenfassung***

Die Entgeltentwicklung gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG sorgt in der Praxis für besondere Schwierigkeiten. Nach der Rechtsprechung des BAG ist von einem Gleichlauf des Anspruchs aus § 37 Abs. 4 BetrVG sowie der möglichen Begünstigung des Betriebsratsmitglieds gemäß § 78 S. 2 BetrVG auszugehen. Die mindestens geschuldete Vergütung, die sich im Regelfall aus § 37 Abs. 4 BetrVG und ausnahmsweise aus dem Benachteiligungsverbot § 78 S. 2 BetrVG ergibt, stellt nach Auffassung des BAG zugleich die höchstmögliche Vergütung dar. Diese Ansicht ist unter Einbeziehung der gesetzlichen Konzeption und der Ausgestaltung des § 37 Abs. 4 BetrVG als allein das Benachteiligungsverbot konkretisierende Norm, abzulehnen. Sofern keine Begünstigung wegen des Betriebsratsamts vorliegt, kann das Betriebsratsmitglied in gewissen Fällen eine höhere Vergütung – auch auf Grundlage einer Beförderung oder Höhergruppierung wegen mittlerweile erlangter Qualifikationen und Fähigkeiten – erhalten. Das Gesetz sieht auf Grundlage des Begünstigungsverbots und der generellen Grenze der Vergütungshöhe eines leitenden Angestellten allerdings gewisse Höchstgrenzen vor.

#### **D. Fazit**

Die Vergütung von Betriebsräten geht früher wie heute von der uneingeschränkten Geltung des Prinzips vom unentgeltlichen Ehrenamt aus. Die Ausgestaltung des Amtes hat sich seit der erstmaligen Normierung im Betriebsrätegesetz 1920 nicht geändert. Die Entwicklungen der Betriebsratsarbeit – zumindest in Teilen der deutschen Unternehmen – hin zu einem „professionellen“ Ehrenamt mit angemessener, den Aufgaben gerecht werdender Bezahlung stellen den Gesetzgeber vor große Herausforderungen. Es gilt allerdings, unter Beachtung der aktuellen Gesetzeslage weiterhin an der strengen Auslegung des Unentgeltlichkeitsprinzips festzuhalten.

Die Bestimmung des konkret geschuldeten Entgelts anhand des Lohnausfallprinzips und der Entgeltentwicklung gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG erweist sich vor dem Hintergrund der vielen Ausgestaltungen in der Praxis als schwieriges Unterfangen. Mit der hier vertretenen Auslegung des Gesetzes wird den Betriebsparteien jedoch immerhin der Weg eröffnet, auch unter Geltung des Prinzips des unentgeltlichen Ehrenamts, zu einer dem Qualifikationsniveau und der Stellung angemessenen Bezahlung durch eine Beförderung oder die Höhergruppierung zu gelangen. Es sind allerdings solche Gestaltungen ausgeschlossen, die das Betriebsratsmitglied vergütungsrechtlich in solche Sphären heben, die ansonsten nur leitenden Angestellten vorbehalten sind.

Vor dem Hintergrund dieses Ergebnisses erweist sich die Vergütung der Betriebsräte auf Grundlage der §§ 37 und 78 BetrVG als grundsätzlich beherrschbar.<sup>706</sup> Es darf jedoch nicht aus dem Auge verloren werden, dass insgesamt eine Vielzahl unterschiedlicher Grundannahmen und Rechtsansichten in der Rechtsprechung und Literatur vorhanden sind, so dass weiterhin mit einer gewissen Unsicherheit umzugehen ist.

---

<sup>706</sup> Ähnlich *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 50, 51; *Götz*, DB 2020, 558, 561.

## Kapitel 2 – Kollektivabreden über die Bemessung der Vergütung von Betriebsräten

Die aufgezeigten Unsicherheiten und Rechtsprobleme bei der Bestimmung der Betriebsratsvergütung haben in der Praxis zu einem bislang wissenschaftlich nur vereinzelt aufgearbeiteten Phänomen geführt.<sup>707</sup> Große Unternehmen und Konzerne sind zum Teil dazu übergegangen, die Betriebsratsvergütung anhand von Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat oder von speziell gebildeten Kommissionen bestimmen bzw. zumindest die Rahmenbedingungen der Entscheidungsfindung festlegen zu lassen. Dies erfolgte unter anderem aufgrund der mannigfaltigen Empfehlung seitens der einschlägigen Literatur und wurde mittlerweile – zumindest in Teilbereichen – vom BAG gebilligt.<sup>708</sup> Auf diesem Wege soll in der Ausgangsüberlegung eine einfachere Anwendung der Vergütungsvorschriften erreicht und damit letztlich das Risiko einer unzulässigen Betriebsratsvergütung minimiert werden. Zugleich soll die Unabhängigkeit der Amtsführung gewährleistet werden, indem anhand der im Vorhinein aufgestellten Regeln und Verfahren der Vorwurf einer unzulässigen Beeinflussung bzw. der Abschluss von sogenannten „Kopplungsgeschäften“ verhindert werden soll.<sup>709</sup> An diese Überlegungen anknüpfend wird in der Diskussion um die mögliche Ausgestaltung der Betriebsratsvergütung *de lege ferenda* stets auch die sogenannte „Vereinbarungslösung“ propagiert.<sup>710</sup>

So schlüssig die dahingehende Ausgangsüberlegung auch zunächst erscheinen mag, als so vielgestaltig erweisen sich die realen Probleme einer solchen Lösung.<sup>711</sup> Die Möglichkeiten der Parteien zur Verfahrensgestaltung sind durch die betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften stark eingeschränkt, wobei insbesondere die rechtlichen Grenzen bislang nicht abschließend geklärt sind. Die Problematik einer solchen Vorgehensweise wird durch die Vorgänge im

---

<sup>707</sup> Erstmalig *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78; zuletzt auch *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 137 ff.; ähnlich zuvor bereits *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 250 ff.

<sup>708</sup> BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 22; zuvor etwa BAG 13.07.1994 – 7 AZR 477/93, NZA 1995, 588; seitens der Literatur insbesondere *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 137 ff.; *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 250 mwN.; aA *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 250 f.

<sup>709</sup> So auch *Schiefer*, FS Betriebsverfassungsrecht, S. 653, 667; krit. *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 5.

<sup>710</sup> Zu den Reformvorschlägen insgesamt in Kapitel 3.

<sup>711</sup> Vgl. *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 5.

Volkswagen-Konzern und deren (straf)rechtliche Aufarbeitung ersichtlich. Zur Bemessung der Betriebsratsvergütung bzw. zur Aufstellung entsprechender Verfahrensvorschriften wurde eine paritätisch besetzte Kommission eingesetzt. In jener Kommission waren sowohl Arbeitnehmer- als auch Arbeitgeberrepräsentanten vertreten.<sup>712</sup> Die Kommission billigte stets die vorgeschlagenen Vergütungsbestandteile der einzelnen Betriebsratsmitglieder, wobei nach Ansicht des Landgerichts Braunschweig unzutreffende Vergleichsgruppen zugrunde gelegt wurden. Die Vergleichsgruppen waren so gewählt worden, dass ein höheres Gehalt gerechtfertigt erschien, wobei dieses nur aufgrund der jeweiligen Position im Betriebsrat gewährt wurde.<sup>713</sup> Letztlich führte diese Praxis zu einem staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren, das in einer Anklage gegen die in der Kommission vertretenen Vorstände wegen des Verdachts der Untreue mündete. Das Landgericht Braunschweig befand sodann, dass die nach dem Kommissionsbeschluss geschuldete Vergütung offensichtlich unzulässig bzw. pflichtwidrig gem. § 266 Abs. 1 StGB gewesen sei, aber den Anklagten aufgrund eines Tatbestandsirrtums gem. § 16 StGB kein Vorsatz nachzuweisen sei.<sup>714</sup>

Vor diesem Hintergrund gilt es, die generelle Zulässigkeit solcher Vereinbarungen und, bei Annahme der Zulässigkeit, die Grenzen dieser Vorgehensweise umfassend zu untersuchen.

### **A. Erscheinungsformen**

Erstmalig vertieft befassten sich vor allem *Kania/Schulte-Wissermann* mit dieser Thematik.<sup>715</sup> Nach deren Einschätzung lasse eine zeitgemäße Compliance-Organisation es nicht (mehr) zu, die Betriebsratsvergütung „nach Gefühl“ festzulegen, so dass eine Objektivierung durch Richtlinien notwendig sei. Nach deren (praxisnaher) Beobachtung finden sich entsprechende Richtlinien zur Vergütungsbemessung vor allem in Betriebs- und Regelungsvereinbarungen wieder. Teilweise werden die Regelungen auch einseitig vom Arbeitgeber

---

<sup>712</sup> So war bei der Volkswagen AG eine „Kommission Betriebsratsvergütung“ eingerichtet, der unter anderem der jeweils amtierende Personalvorstand und der jeweils amtierende Leiter der Personalwesens für die Konzernmarke Volkswagen sowie der Vorsitzende des Konzernbetriebsrates und dessen Stellvertreter angehörten, vgl. LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 8.

<sup>713</sup> LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 9.

<sup>714</sup> LG Braunschweig v. 28.09.2021 – 16 KLS 85/19 Rn. 681 ff.

<sup>715</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78.

aufgestellt und lediglich zum Zweck der Transparenz veröffentlicht. Zugleich wird – die bereits angesprochene – paritätisch besetzte Kommission eingesetzt.<sup>716</sup>

Es gilt, dass einseitig vom Arbeitgeber aufgestellte Richtlinien hinsichtlich der Vergütung von Betriebsräten, die weder Betriebs- noch Regelungsvereinbarung sind, keinen verbindlichen Charakter besitzen.<sup>717</sup> Sofern eine unmittelbare Geltung der entsprechenden Vergütungsrichtlinien gewünscht ist, bedürfen die aufgestellten Richtlinien einer Vereinbarung zwischen den Betriebsparteien. Nur dann kann ihnen normativer bzw. schuldrechtlicher Charakter beigemessen werden. Regelungsvereinbarungen entfalten im Gegensatz zu den Betriebsvereinbarungen keine normative Wirkung. Sie wirken nicht gemäß § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG unmittelbar und zwingend auf das Arbeitsverhältnis.<sup>718</sup> Diese Wirkung wird im Bereich der Vereinbarungen über die Betriebsratsvergütung aber auch nicht immer zwingend nötig sein, da die Parteien keine direkt das Arbeitsverhältnis gestaltende Regelung treffen können, sondern oftmals lediglich Verfahrensregeln aufstellen, die die Betriebsparteien allein schuldrechtlich binden sollen. Grundsätzlich erwächst dem einzelnen Betriebsratsmitglied im Fall einer Regelungsabrede deshalb kein eigener Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber, die Regelungsabrede wirkt vielmehr nur *inter partes*.<sup>719</sup>

Eine Regelungsabrede als formlose Einigung reicht dennoch aus, um das – später im konkreten Fall der Betriebsratsvergütung möglicherweise einschlägige – (erzwingbare) Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu wahren.<sup>720</sup> Es bestehen allerdings auch keine Bedenken, dass die Betriebsparteien auf Grundlage des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG eine entsprechende Betriebsvereinbarung schließen, sofern sich der Inhalt als zulässiger Regelungsgehalt erweist.<sup>721</sup> In diesem Fall besteht aufgrund der normativen Wirkung der Betriebsvereinbarung zwingend eine gegenseitige Gebundenheit.<sup>722</sup>

---

<sup>716</sup> Dazu etwa *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 329; *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 169 f.

<sup>717</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 140 f.

<sup>718</sup> Vgl. statt aller ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 130 ff. mwN.

<sup>719</sup> *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 257.

<sup>720</sup> Erneut statt aller ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 134 ff. mwN.

<sup>721</sup> BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 22; vgl. dazu unter Kapitel 2 B. II.

<sup>722</sup> Vgl. zur Regelungskompetenz und zur Rechtskontrolle unter Kapitel 2 B. III.



Die Einsetzung einer paritätisch besetzten Kommission wird in der bislang publizierten Literatur zumeist als weitere bzw. von den zuvor genannten zu unterscheidende Gestaltungsmöglichkeit angesehen.<sup>723</sup> Ein solche Unterscheidung dürfte sich indes nicht uneingeschränkt vornehmen lassen. Vielmehr beruht die Einsetzung einer entsprechenden Kommission zugleich auch auf einer Vereinbarung zwischen den Betriebsparteien. Die generelle Einsetzung, die Zielsetzung und die wesentlichen Verfahrensvorschriften bei etwa der Besetzung jener Kommission erfolgt auf Grundlage einer zuvor erfolgten Einigung der Betriebsparteien. Eine Kommission stellt deshalb nur die Variante einer Regelungs- oder Betriebsvereinbarung dar und kann mit dieser gemeinsam behandelt werden.

Diskutiert wird außerdem, ob eine tarifvertragliche Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütung angenommen werden kann.<sup>724</sup> Grundsätzlich können auch betriebsverfassungsrechtliche Regelungsgegenstände durch Tarifverträge aufgenommen werden, wie etwa die Kompetenz zur Schaffung abweichender Betriebsstrukturen in § 3 Abs. 1 BetrVG zeigt. Die betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften sehen hingegen keine ausdrückliche Öffnungsklausel für Tarifverträge vor, was wiederum gegen eine Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien spricht. Unabhängig von der noch zu prüfenden Reichweite der Kompetenz zur Abweichung von den betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften, ist jedoch zu erkennen, dass tarifvertragliche Regelungen zulässig sind, sofern keine zwingenden betriebsverfassungsrechtlichen Vorgaben entgegenstehen.<sup>725</sup> Da sich entsprechende Vereinbarungen bislang nicht finden lassen, soll im weiteren Verlauf zur Vereinfachung stets von den Betriebsparteien und deren Vereinbarungen ausgegangen werden.

## **B. Inhalt der Kollektivabreden**

Diese Feststellungen leiten zwingend zu der Frage über, inwieweit den jeweils beteiligten Parteien die Kompetenz zur Abweichung von den

---

<sup>723</sup> *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 265; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 329.

<sup>724</sup> Etwa *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 323 f.; *Fischer*, NZA 2014, 71, 73.

<sup>725</sup> *BeckOK-ArbR/Werner*, § 87 BetrVG Vorb.; *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 143 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 325 f.; *Fischer*, NZA 2014, 71, 73.

betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften zugesprochen werden kann.

### ***I. Typischer Inhalt***

Inhaltlich treffen die Betriebsparteien zumeist Regelungen darüber, auf welchem verfahrensrechtlichen Weg die Betriebsratsvergütung zu bestimmen ist. Dies betrifft vor allem die Kriterien und die Vorgehensweise bei der Festlegung der mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbaren Arbeitnehmer.<sup>726</sup> Es werden etwa die Anzahl der Vergleichspersonen sowie die zu erfüllenden Kriterien der Vergleichbarkeit festgehalten.<sup>727</sup> Auf diesem Wege soll die Idealvorstellung des Gesetzgebers, der in § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG generell alle vergleichbaren Arbeitnehmer heranzieht, auf gewisse im Vorhinein festgelegte Vergleichspersonen beschränkt werden.<sup>728</sup> Ziel ist es also, die Anwendung des Gesetzes durch eine Verkleinerung der Referenzgruppe – auf etwa drei oder mehr zuvor bestimmte Arbeitnehmer – zu erleichtern. *Denzer* umschreibt diese Vorgehensweise treffend mit dem Begriff des „*Konkretisierungsverfahrens*“.<sup>729</sup> Zugleich soll eine bindende Festlegung der vergleichbaren Arbeitnehmer zum frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgen, damit keine Unsicherheiten in der *Ex-post*-Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer auftreten.<sup>730</sup>

Weitergehende Regelungen beziehen sich nach den Beobachtungen von *Kania/Schulte-Wissermann* auf konkrete Kriterien zur Bemessung von variablen Vergütungsbestandteilen. Zugleich finden sich Regelungen über die zuvor bestimmte Ausgestaltung des beruflichen Werdegangs in Freistellungsphasen.<sup>731</sup> Vereinzelt wird gar vertreten, dass das konkret geschuldete Entgelt durch eine entsprechende Vereinbarung festgelegt werden könne.<sup>732</sup> Es werden oftmals auch

---

<sup>726</sup> Vgl. *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 137 ff.; *Frank*, DB 2020, 1520; *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78; *Thüsing*, CB 2019, 457.

<sup>727</sup> Vgl. LAG Hamburg v. 05.03.2015 – 7 Sa 63/14, BeckRS 2015, 120224 Rn. 35; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 142 ff.

<sup>728</sup> Vgl. LAG Hamburg v. 05.03.2015 – 7 Sa 63/14, BeckRS 2015, 120224 Rn. 36; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 137; *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 250, 256 mwN.

<sup>729</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 137 ff.; ebenfalls *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 251 ff.

<sup>730</sup> Zum Zeitpunkt der Festlegung vgl. oben Kapitel 1 C. III. 1. a.

<sup>731</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78.

<sup>732</sup> *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung, S. 567 f.

Auskunftspflichten sowie Mechanismen zur Konfliktlösung im Einzelfall aufgenommen.

## **II. Regelungskompetenz der Betriebsparteien**

Bislang wurde lediglich festgestellt, dass die Betriebs- bzw. Tarifvertragsparteien grundsätzlich auf verschiedene Art und Weise Regelungen hinsichtlich der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern treffen können und von dieser Möglichkeit – zumindest die Betriebsparteien – auch in der Praxis umfänglich Gebrauch machen. Es gilt die inhaltlichen Grenzen der Regelungsbefugnis bezüglich der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern konkret zu bestimmen.

### *1. Generelle Zulässigkeit konkretisierender Abreden*

Generell gegen die Zulässigkeit entsprechender Abreden spricht, dass es sich bei den Regelungen über die Betriebsratsvergütung aus §§ 37, 38, 78 S. 2 BetrVG – unter Ausklammerung der Ausnahmevorschrift des § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG – unstrittig um nicht dispositive Normen handelt.<sup>733</sup> Diese Vorschriften sind als wesentlicher Teil des gesetzlich geregelten Ehrenamtsprinzips und der Konzeption der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern zwingend und können in ihrer Grundstruktur weder durch Tarifvertrag noch durch Betriebsvereinbarung abgeändert werden.<sup>734</sup> Der Gesetzgeber hat die Ausgestaltung durch die Normierung des Ehrenamtsprinzips nicht den Betriebsparteien überlassen, sondern insbesondere unter Geltung des Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG strenge Vorgaben gemacht. Wie *Bayreuther* zutreffend feststellt, fehlt es deshalb im Rahmen der vergütungsrechtlichen Vorschriften an einer § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG vergleichbaren Norm, die zumindest im Ansatz den Betriebsparteien einen Entscheidungsspielraum zuspricht.<sup>735</sup>

---

<sup>733</sup> BAG v. 13.07.1994 – 7 AZR 477/93, NZA 1995, 588, 590; v. 28.09.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335 Rn. 33; v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 22 f.; ErfK/*Kania*, § 78 BetrVG Rn. 1; *Fitting*, § 1 BetrVG Rn. 4; *ders.*, § 37 BetrVG Rn. 4; *ders.*, § 78 BetrVG Rn. 4;

GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 10 u. 150; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 141 f.; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 323; *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 431 f.; *Götz*, DB 2020, 558, 559; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 250 f.; *Wißmann*, SPA 2022, 22, 23.

<sup>734</sup> Löwisch/Kaiser/*Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 5.

<sup>735</sup> *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 431; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 Rn. 10, 138; wohl auch *HWK/Reichold*, § 37 BetrVG Rn. 1.

Als Gegenargument einer solchen Auslegung ließe sich jedoch die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Regelungen anführen.<sup>736</sup> Sofern die Vereinbarungen zwischen den Betriebsparteien lediglich formelle Aspekte der Vergütungsbestimmung und somit eine Konkretisierung der auslegungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale regeln, läge grundsätzlich kein genereller Verstoß gegen die zwingenden Normen des Betriebsverfassungsgesetzes vor.<sup>737</sup> Durch etwa die Festlegung der bei Amtsübernahme vergleichbaren Arbeitnehmer soll nicht der Regelungsgehalt des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG insgesamt verändert, sondern vielmehr eine den betrieblichen Ansprüchen gerecht werdende Vorgehensweise festgehalten werden. Es handelt sich dann um Verfahrensregeln, die lediglich die Durchführung der Vorschriften erleichtern und nicht deren generellen Regelungsinhalt verändern sollen.<sup>738</sup>

Das BAG führt diesbezüglich aus, dass „*konkretisierende betriebliche Vereinbarungen zu § 37 Abs. 4 BetrVG – etwa zum Verfahren der Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer*“ zulässig seien.<sup>739</sup> Mit der Verwendung des Wortes „*etwa*“ könnte das Gericht zum Ausdruck gebracht haben wollen, dass eine weitergehende Regelungsbefugnis der Betriebsparteien angenommen werde. Einer solchen Auslegung der angeführten Passage kann allerdings nicht gefolgt werden. Im Rahmen des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG besteht allein die Möglichkeit, das Verfahren bei der Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer anhand entsprechender Vorschriften zu bestimmen. Die anderen Tatbestandsvoraussetzungen, wie etwa die Frage nach dem Vorliegen des Arbeitsentgelts<sup>740</sup>, eignen sich nicht zu einer Regelung durch die Betriebsparteien. Dies muss insbesondere auch für die Bestimmung der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung gelten. Zwar handelt sich dabei, wie bei den vergleichbaren Arbeitnehmern, um einen auslegungsbedürftigen Begriff, dieser kann allerdings

---

<sup>736</sup> Vgl. auch *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 165 f.

<sup>737</sup> *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841, 845.

<sup>738</sup> Zur Regelung formeller Aspekte BAG v. 13.07.1994 – 7 AZR 477/93, NZA 1995, 588, 590; v. 28.09.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335 Rn. 33; v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 22 f.; *Fitting*, § 37 BetrVG Rn. 4; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 BetrVG Rn. 10 u. 150; *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 259 ff., die auch einen konkreten Formulierungsvorschlag unterbreiten; *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 431 f.; *Kliemt/Seeger*, DB 2017, 1783; aA *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 250 f.

<sup>739</sup> BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 22.

<sup>740</sup> Zur Unzulässigkeit der Disposition der Betriebsparteien über dieses Merkmal vgl. BAG v. 13.07.1994 – 7 AZR 477/93, NZA 1995, 588, 590 f.; etwas weitergehend *Richardi/Thüsing*, § 37 Rn. 35, 76.

nicht durch entsprechende Verfahrensvorschriften bestimmt werden.<sup>741</sup> Die betriebsübliche Entwicklung ist im Gegensatz zu der Frage nach den vergleichbaren Arbeitnehmern, die zu einem bestimmten Zeitpunkt zu bestimmen sind, ein dynamischer Prozess. Verfahrensregeln, die diesen Prozess abbilden, ohne die dahinterstehende materiell-rechtliche Auslegung zu beeinflussen, sind nicht möglich. Sofern seitens der Betriebsparteien vergleichbare Arbeitnehmer bestimmt wurden, ist anhand dieser Gruppe die Frage nach der Betriebsüblichkeit zu beantworten.<sup>742</sup> Die Betriebsüblichkeit selbst bzw. die Anpassung der Kriterien unterliegt nicht der Regelungskompetenz der Betriebsparteien.<sup>743</sup>

Es ist deshalb von der beschränkten Zulässigkeit der entsprechenden betrieblichen Vereinbarungen auszugehen. Die Beschränkung ergibt sich daraus, dass lediglich Regeln zur Durchführung der Vorschrift aufgestellt werden dürfen und sich diese zugleich in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des § 37 und des § 78 S. 2 BetrVG halten müssen. Letztlich bleibt es allein bei der Möglichkeit, ein bestimmtes, einzuhaltendes Verfahren im Hinblick auf die Konkretisierung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG zu vereinbaren.<sup>744</sup> Es kann insoweit lediglich die Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer durch die Aufstellung einer Vergleichsgruppe begrenzt werden. Auf diese Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer ist dann wiederum das Merkmal der Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung anzuwenden.<sup>745</sup> Eine darüber hinausgehende Regelungsbefugnis kann den Betriebsparteien hingegen nicht zugesprochen werden. So entschied das BAG beispielsweise in konsequenter Anwendung dieses Grundsatzes, dass eine Regelung, die entgegen § 37 Abs. 3 BetrVG für jede außerhalb der Arbeitszeit erbrachte Betriebsratsarbeit einen Ausgleichanspruch in Form einer Vergütung vorsah, nicht wirksam vereinbart werden konnte. Auf diesem Wege werde die materielle Voraussetzung des § 37 Abs. 3 BetrVG, nämlich das Vorliegen betriebsbedingter Gründe, umgangen.<sup>746</sup>

---

<sup>741</sup> AA *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 431 f., der ein weiteres Verständnis der Regelungskompetenzen annimmt.

<sup>742</sup> *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 256.

<sup>743</sup> Vgl. auch *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, S. 166; unzulässigerweise einschränkend für die Gruppe der „*professionalisierten*“ Betriebsräte *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 326.

<sup>744</sup> BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 22.

<sup>745</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 139.

<sup>746</sup> BAG v. 28.09.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335 Rn. 33.

Sowohl *Kania/Schulte-Wissermann* als auch *Bayreuther* führen darüber hinaus an, dass Grundsätze und Kriterien für die Bemessung variabler Vergütungsbestandteile vereinbart werden könnten. Die Zahlung hänge oftmals von Variablen, wie etwa dem Grad der Zielerreichung oder Leistungsbeurteilungen, ab. Dabei handle es sich um bewertungsoffene Sachverhalte, die durch eine Betriebsvereinbarung konkretisiert werden könnten.<sup>747</sup> Gegen diese Ansicht bestehen allerdings erhebliche Bedenken. Im Unterschied zur Konkretisierung der vergleichbaren Arbeitnehmer handelt es sich bei Fragen der Bonuszahlungen um einen Tatbestand der nach § 37 Abs. 2 BetrVG zu beantworten ist. Die Variablen lassen sich nach den im ersten Kapitel getroffenen Ergebnissen bestimmen, so dass die Zulassung einer Konkretisierung aus Praktikabilitäts- und Zweckmäßigkeitserwägungen nicht notwendig ist. Eine entsprechende Regelungskompetenz der Betriebsparteien diesbezüglich ist deshalb abzulehnen. Es verbleibt nur die Möglichkeit, konkretisierende Abreden über die Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer zu treffen.

Den Parteien stehen bei der Konkretisierung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG, wie *Denzer* zuletzt treffend festgestellt hat, unterschiedliche Wege offen, da keine zwingenden rechtlichen Einschränkungen zu beachten sind.<sup>748</sup> Den Betriebsparteien verbleibt ein weiter Gestaltungsspielraum hinsichtlich der genauen Ausgestaltung des Verfahrens, sofern sich denn die Grundsätze selbst im Rahmen der zulässigen Abweichungen bewegen. Entweder können die Betriebsparteien vorsehen, dass unter den Beteiligten (Arbeitgeber, Betriebsrat und Betriebsratsmitglied) stets eine konkrete Einigung über die vergleichbaren Arbeitnehmer erfolgen muss. Oder aber, es werden lediglich die abstrakten Kriterien der Vergleichbarkeit oder etwa die Größe der Vergleichsgruppe vorher festgelegt, wobei die Anwendung wiederum dem Arbeitgeber überlassen bleibt. Nachteil der zuletzt genannten Möglichkeit wäre allerdings, dass in Bezug auf das einzelne Betriebsratsmitglied keine zwingende Bindungswirkung der konkret vergleichbaren Arbeitnehmer entsteht, sofern die vergleichbaren Arbeitnehmer einseitig auf Grundlage einer nur schuldrechtlich zwischen den Betriebsparteien

---

<sup>747</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78; *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 432.

<sup>748</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 142; *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung, Rn. 262; *Klagges/Schrader*, Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, Rn. 267; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 Rn. 150.

wirkenden Reglungsvereinbarung ausgewählt wurden.<sup>749</sup> Das Betriebsratsmitglied könnte im Rahmen eines Prozesses weiterhin den allgemeinen Anspruch aus § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG geltend machen. Aus diesem Grund erfolgt die Festlegung der vergleichbaren Arbeitnehmer zumeist in gegenseitigem Einvernehmen von Arbeitgeber, Betriebsrat und konkretem Betriebsratsmitglied.<sup>750</sup>

Die Kompetenz der Betriebsparteien beim Abschluss entsprechender Vergütungsrichtlinien beschränkt sich deshalb allein auf konkretisierende Abreden über die Zusammensetzung, die Größe oder die Kriterien der Vergleichsgruppe. Werden auf Grundlage des gegenseitigen Einvernehmens oder etwa einer Betriebsvereinbarung die vergleichbaren Arbeitnehmer bestimmt, tritt auf diesem Wege sowohl für das Betriebsratsmitglied als auch den Arbeitnehmer grundsätzlich eine Bindungswirkung ein.<sup>751</sup>

## *2. Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer*

Nachdem nunmehr geklärt wurde, dass die Parteien konkretisierende Abreden über die Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer treffen können, gilt es zu prüfen, welche Vorgaben dabei zu beachten sind. Die Konkretisierung muss sich stets an den Grundsätzen des § 37 Abs. 4 und des § 78 S. 2 BetrVG orientieren. Weitergehende Vorgaben wurden bislang seitens der Rechtsprechung nicht herausgearbeitet. Die ausgewählten vergleichbaren Arbeitnehmer müssen nach den zuvor dargestellten Kriterien<sup>752</sup> im Wesentlichen mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbar sein. Zugleich ist eine notwendige Größe der Vergleichsgruppe zu gewährleisten. Da auf die Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer weiterhin das Kriterium der Betriebsüblichkeit anzuwenden ist und also danach gefragt wird, wie sich die Mehrzahl der Arbeitnehmer entwickelt hat, empfiehlt sich die Bestimmung einer ungeraden Anzahl an Arbeitnehmern. Zeitpunkt der zu bestimmenden Vergleichbarkeit im Rahmen des § 37 Abs. 4 BetrVG ist stets die erstmalige Amtsübernahme.<sup>753</sup>

---

<sup>749</sup> Vgl. bereits oben unter Kapitel 2 A.

<sup>750</sup> BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 22.

<sup>751</sup> Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 146.

<sup>752</sup> Siehe oben unter Kapitel 1 C.

<sup>753</sup> Siehe oben unter Kapitel 1 C. III. 1. a.

Kritisch zu hinterfragen, ist die teilweise angenommene Möglichkeit zum nachträglichen Austausch der Vergleichspersonen. So vertritt etwa *Denzer* unter Berufung auf ein Urteil des LAG Hamburg die Ansicht, dass der Austausch von einmal benannten Vergleichspersonen möglich sein müsse.<sup>754</sup> Dem kann vor dem Hintergrund der hier vorgenommenen Auslegung des § 37 Abs. 4 BetrVG nur teilweise zugestimmt werden. Ein Austausch von Vergleichspersonen kann nur stattfinden, wenn eine praktische Unmöglichkeit der Vergleichbarkeit angenommen werden kann. Dies ist etwa der Fall, wenn die Vergleichsperson aus dem Betrieb ausscheidet. Die Auslegung des § 37 Abs. 4 BetrVG als ein Teil der Untergrenze der Vergütungsentwicklung verbietet es hingegen, einen Austausch aus anderen Gründen vorzunehmen. Insbesondere ist es ausgeschlossen, wegen der besonderen Leistungen bei der Amtsführung bzw. der Erfolge auf ein erhöhtes Potential des Betriebsratsmitglieds zu schließen und deshalb die (vermeintlich) nunmehr nicht mehr bestehende Vergleichbarkeit als Grund für die Anpassung der Vergleichsgruppe heranzuziehen.<sup>755</sup>

### ***III. Prozessuale Rechtskontrolle***

Den Betriebsparteien ist nach den bislang herausgearbeiteten Ergebnissen die Regelungskompetenz für konkretisierende Abreden bezüglich der vergleichbaren Arbeitnehmer zuzugestehen. Es schließt sich allerdings die Frage an, inwieweit die Einigung der Betriebsparteien über die konkret vergleichbaren Arbeitnehmer das zur Entscheidung angerufene Gericht bindet. Von der Feststellung der generellen Zulässigkeit ist also die Frage nach der konkreten Rechtskontrolle der zulässigen Verfahrensregelungen zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer zu unterscheiden. Sofern eine umfassende Bindungswirkung – nicht nur zwischen den Parteien – bejaht werden würde, stünde den Fachgerichten keine Kontrolle mehr über die konkrete Anwendung der an sich zulässigen betrieblichen Vereinbarung zu. Würden etwa die vergleichbaren Arbeitnehmer auf Grundlage der Vereinbarung einverständlich zugunsten des Betriebsratsmitglieds ausgewählt, könnte auf diesem

---

<sup>754</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 147 f. unter Bezugnahme auf LAG Hamburg v. 05.03.2015 – 7 Sa 63/14, BeckRS 2015, 120224.

<sup>755</sup> AA *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 147.



Wege die Auswahl dennoch Bestand haben.<sup>756</sup> Die hierzu ergangenen Urteilsausführungen des BAG sind in diesem Bereich nicht immer eindeutig.

In dem bereits angeführten Urteil aus dem Jahr 2017 stellte das Gericht fest, dass es zwar im Grundsatz zulässig sei, eine entsprechende (konkretisierende) Vereinbarung zu treffen. Im Anschluss mahnte das Revisionsgericht dennoch die fehlerhafte Prüfung des Berufungsgerichts an.<sup>757</sup> Das zuvor mit dem Rechtsstreit befasste LAG habe lediglich geprüft, ob die Vergleichbarkeit im Zeitpunkt der Freistellung vorgelegen habe. Es sei allerdings die Frage nach der Vergleichbarkeit im Zeitpunkt der Amtsübernahme entscheidend, wozu das LAG bislang noch keine Feststellungen getroffen habe.<sup>758</sup> Daraus ließe sich folgern, dass die Betriebsparteien zwar eine entsprechende Vereinbarung schließen können, diese allerdings von den Gerichten vollständig auf ihre rechtskonforme Anwendung im Einzelfall geprüft werden muss.

In weiteren Urteilen aus dem Jahr 2018 nimmt das BAG auf diese Ausführungen allerdings keinen Bezug mehr.<sup>759</sup> Es wird vielmehr allein darauf verwiesen, dass das zuvor mit dem Rechtsstreit befasste LAG die Vergleichbarkeit der einvernehmlich benannten Arbeitnehmer mit dem Betriebsratsmitglied festgestellt habe. Diese Feststellung beruhe *„auf dem übereinstimmenden entsprechenden Vortrag der Parteien, die die Vergleichbarkeit (...) unstreitig gestellt haben“*.<sup>760</sup> Aufgrund der außer Streit gestellten Frage der Vergleichbarkeit nahmen deshalb weder das vorinstanzliche LAG noch das BAG eine tatsächliche Prüfung des Tatbestandsmerkmals vor. Dies ist insofern hervorzuheben, weil bei konsequenter Anwendung dieses Prüfprogramms unweigerlich jeweils eine Umgehung der zwingenden Vorschriften der §§ 37 und 78 S. 2 BetrVG drohen würde. Bliebe es den Parteien gänzlich vorbehalten, die Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer unstreitig zu stellen, könnten die Parteien durch die Annahme einer real nicht

---

<sup>756</sup> *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 250 f.

<sup>757</sup> BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 22 f.

<sup>758</sup> BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 23.

<sup>759</sup> BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012 Rn. 21; v. 21.02.2018 – 7 AZR 587/16, BeckRS 2018, 13924 Rn. 19.

<sup>760</sup> BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012 Rn. 21; gleiches gilt für die Parallelscheidung BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 587/16, BeckRS 2018, 13924 Rn. 19, wobei hier das Gericht darauf abstellt, dass der Beklagte der Behauptung des Klägers hinsichtlich der Vergleichbarkeit nicht konkret entgegengetreten sei, so dass die Behauptung nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gelte.

bestehenden Vergleichbarkeit eine höhere Vergütungsentwicklung generieren, obwohl ansonsten nur eine beschränkte Regelungskompetenz für konkretisierende Vereinbarungen besteht.<sup>761</sup>

Aus dieser Feststellung resultiert die zwingende Annahme, dass entgegen der zuletzt missverständlichen Ausführungen des BAG allein das Unstreitigstellen der Vergleichbarkeit nicht den Prüfungsumfang des zur Entscheidung angerufenen Gerichts einschränken kann. Wie *Uffmann* treffend feststellt, „bleibt die rechtsverbindliche Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs grundsätzlich den Gerichten überantwortet“.<sup>762</sup> Es handelt sich bei der Frage nach der Vergleichbarkeit um eine rechtliche Wertungsfrage, die unabhängig von der Rechtsauffassung der Parteien durch das Gericht zu beantworten ist.<sup>763</sup> Entgegen der Ausführungen des BAG hilft mangels Vorliegens zu beweisender Tatsachen die Regelung des § 138 Abs. 3 ZPO in diesem Zusammenhang nicht weiter, sondern stellt sich als unrichtig heraus. Die einvernehmliche Festlegung der vergleichbaren Arbeitnehmer hindert also die Gerichte grundsätzlich nicht an einer vollen Rechtskontrolle.

Wie erneut *Uffmann* zutreffend feststellt, obliegt damit den Gerichten die Prüfung, ob die konkreten Vereinbarungen der Betriebsparteien sich noch im rechtlichen Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe bewegen.<sup>764</sup> Dies gelte allerdings nur, sofern Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass es sich um eine „*offensichtlich fehlerhafte Einschätzung*“ handle.<sup>765</sup> Eine solche Einschränkung der gerichtlichen Prüfungsmöglichkeit kann hingegen nach hier vertretener Ansicht nicht angenommen werden. Die zwingende Wirkung der betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften macht eine umfassende und nicht nur bei offensichtlicher Fehlerhaftigkeit vorzunehmende Rechtskontrolle notwendig. Das Gericht kann – ausgehend von den einvernehmlich festgelegten Vergleichspersonen – eine

---

<sup>761</sup> Vgl. zuvor unter Kapitel 2 B. II.

<sup>762</sup> *Uffmann*, Anm. zu BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 169; aA wohl *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 432 f., der den Parteien einen Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum einräumt; *Frieling*, Anm. zu BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, jurisPR-ArbR 34/2018 Anm. 5, der in dieser prozessualen Situation auf den Beibringungsgrundsatz abstellt.

<sup>763</sup> Ebenfalls *Giesen*, RdA 2020, 155, 160.

<sup>764</sup> *Uffmann*, Anm. zu BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 169.

<sup>765</sup> Erneut *Uffmann*, Anm. zu BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 169 unter Hinweis auf *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 76.

vollständige Kontrolle vornehmen, ohne dass eine Einschränkung besteht. Der Vorteil einer einvernehmlichen Bestimmung der Vergleichspersonen beschränkt sich damit auf die Bindungswirkung unter den Parteien im außergerichtlichen Bereich, das heißt, soweit es zu keiner gerichtlichen Prüfung kommt.

#### ***IV. Pflicht zur Aufstellung entsprechender Vergütungsrichtlinien***

Die Compliance-Organisation nimmt im heutigen unternehmerischen Alltag aufgrund unterschiedlicher Entwicklungen einen zunehmend höheren Stellenwert ein. Zugleich zeigen die bereits angesprochenen und medienwirksam aufgearbeiteten Fälle in deutschen Unternehmen und Konzernen, dass das Thema der Betriebsratsvergütung ab einer gewissen Unternehmensgröße ein konfliktreiches Feld darstellen kann. Die als solche empfundenen Probleme und Ansprüche der Praxis passen, wenn es um die Betriebsratsvergütung geht, nicht mit den gesetzlichen Regelungen zusammen. Ein entsprechendes Compliance-Risiko ist damit vorprogrammiert.<sup>766</sup> Aus diesem Grund führen etwa *Kania/Schulte-Wissermann* an, dass es mit einer entsprechenden „zeitgemäßen Compliance-Organisation kaum mehr zu vereinbaren“ ist, die Vergütung allein anhand der gesetzlichen Regelungen zu bestimmen; der Abschluss von Vergütungsrichtlinien sei angezeigt.<sup>767</sup> Damit ist die Frage aufgeworfen, ob tatsächlich eine Pflicht zur Festlegung entsprechender Regelungen angenommen werden kann.

Nach mittlerweile übereinstimmender Auffassung besteht grundsätzlich eine Pflicht des Vorstands bzw. Geschäftsführers, dafür zu sorgen, dass sich das Unternehmen und seine Angehörigen an die betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften halten und keine Rechtsverstöße begehen.<sup>768</sup> Von dieser Feststellung ist allerdings die weitergehende Frage zu trennen, ob eine generelle gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Errichtung einer umfassenden Compliance-Organisation besteht, die noch immer umstritten ist.<sup>769</sup> Es stehen sich die Befürworter einer generellen Rechtspflicht zum Aufbau einer standardisierten und

---

<sup>766</sup> Vgl. zuletzt etwa *Johnson*, CCZ 2021, 75.

<sup>767</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78.

<sup>768</sup> Allgemein *Koch/Koch*, § 76 AktG Rn. 16; *BeckOGK-AktG/Fleischer*, § 91 AktG Rn. 62 ff.

<sup>769</sup> Vgl. insbesondere LG München I v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345; im Übrigen statt aller die ausfl. Darstellung bei *BeckOGK-AktG/Fleischer*, § 91 AktG Rn. 62 ff.; *Koch/Koch*, § 76 AktG Rn. 13 ff. – jew. mwN. Zur GmbH vgl. *MüKoGmbHG/Fleischer*, § 43 GmbHG Rn. 145.

institutionalisierten Compliance-Organisation und deren Gegner gegenüber.<sup>770</sup> Soweit von einer Pflicht zur Einführung und Wahrung eines Compliance-Systems ausgegangen wird, unterliegt die Reichweite und Ausgestaltung der konkreten Maßnahmen einem weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Vorstands bzw. des Geschäftsführers.<sup>771</sup> Die im Detail zu stellenden Anforderungen an die Compliance-Organisation hängen konkret vom Risiko einer Gesetzesverletzung im Einzelfall ab.<sup>772</sup>

In Bezug auf die Betriebsratsvergütung ist eine Pflicht zum Tätigwerden in einer konkreten Art und Weise – nämlich hier zum Abschluss entsprechender Vergütungsrichtlinien – regelmäßig abzulehnen. Das Gesetz sieht ein vollständiges System zur Bestimmung und Entwicklung der Vergütung der Mandatsträger vor, so dass sich die Notwendigkeit einer solchen Pflicht nicht ergibt. Zwar herrschen in der Praxis gewisse Unsicherheiten im Umgang mit jenen Vorschriften, jedoch sind diese Unsicherheiten nicht so weitgehend, dass stets ein konkreter Handlungsbedarf angenommen werden kann. Eine anzunehmende Pflicht zur Aufstellung entsprechender Vergütungsrichtlinien ist demnach abzulehnen.<sup>773</sup> Anders dürfte das zu beurteilen sein, wenn in dem Unternehmen bereits entsprechende Gesetzesverstöße festgestellt wurden, wobei selbst in diesem Fall die Tauglichkeit eines „*Konkretisierungsverfahrens*“ – vergleiche erneut die Vorfälle im Volkswagen-Konzern<sup>774</sup> – bezweifelt werden dürfte.

## V. Zusammenfassung

Es ist von der beschränkten Zulässigkeit betrieblicher Vereinbarungen in vergütungsrechtlicher Hinsicht auszugehen. Die Beschränkung ergibt sich daraus, dass lediglich Regeln zur Durchführung der Vorschrift aufgestellt werden dürfen und sich diese zugleich in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des § 37 und des § 78 S. 2 BetrVG halten müssen. Letztlich bleibt es allein bei der Möglichkeit, ein bestimmtes, einzuhaltendes Verfahren im Hinblick auf die Konkretisierung des

---

<sup>770</sup> Dafür statt aller BeckOGK-AktG/*Fleischer*, § 91 AktG Rn. 62; dagegen Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb*, § 76 AktG Rn. 7a; Koch/*Koch*, § 76 AktG Rn. 14.

<sup>771</sup> MüKoAktG/*Spindler*, § 91 AktG Rn. 67 mwN.

<sup>772</sup> Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb*, § 76 AktG Rn. 7a; BeckOGK-AktG/*Fleischer*, § 91 AktG Rn. 69.

<sup>773</sup> Vgl. *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637; *dies.*, BB 2012, 1604, die unter dem Titel „*Compliance – Brennpunkt Betriebsratsvergütung*“ schreiben, aber die Möglichkeit einer entsprechenden Pflicht bereits nicht in Betracht ziehen; ebenfalls *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 235 f.

<sup>774</sup> Krit. auch *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 6.

§ 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG zu vereinbaren. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Auswahl der vergleichbaren Arbeitnehmer. Trotz der Vereinbarungen bleibt deren Durchführung nach hier vertretener Ansicht voll justiziabel. Letztlich ist der konkrete Anwendungsbereich entsprechender Kollektivabreden deutlich geringer, als von Teilen der Praxis angenommen.

### C. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

Nach den zuvor getroffenen Feststellungen kommt den Betriebsparteien in eingeschränktem Maße eine Regelungskompetenz hinsichtlich der Konkretisierung der vergütungsrechtlichen Vorschriften zu. Entsprechende Regelungen können dabei in unterschiedlicher Form und unterschiedlichen Verfahren aufgestellt werden. Wie *Kania/Schulte-Wissermann* aus der Praxis berichten, erfolgt die Aufstellung dementsprechend sowohl mit als auch ohne Beteiligung des Betriebsrats.<sup>775</sup> Die Vergütungsrichtlinien bedürfen stets einer Vereinbarung zwischen den Betriebsparteien. Es kommen dabei sowohl die Betriebs- als auch die Regelungsvereinbarung in Betracht. Einseitige Regelungen des Arbeitgebers haben hingegen keine rechtliche Bindungs- oder Konkretisierungswirkung. Aus dieser Tatsache könnte der Rückschluss gezogen werden, dass die Frage nach einem möglicherweise bestehenden Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 BetrVG über die Richtlinien irrelevant ist, da jede verbindliche Festlegung entsprechender Richtlinien eine Vereinbarung und damit eine zwingende Beteiligung des Betriebsrats erfordere.

Sofern jedoch ein Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 BetrVG in Bezug auf die Vergütungsrichtlinien greifen sollte – was erstmals von *Kania/Schulte-Wissermann* diskutiert wurde<sup>776</sup> –, könnte bei einer nicht zustande gekommenen Einigung gemäß § 87 Abs. 2 BetrVG der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen. Die Frage, ob ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vorliegt, ist demnach von hoher Relevanz, denn dann könnte womöglich der Abschluss einer entsprechenden betrieblichen (Vergütungs-)Vereinbarung über das dem Betriebsrat im Bereich der Mitbestimmung stets zustehende und umfassende Initiativrecht „erzwungen“ werden. Das Initiativrecht des Betriebsrats umfasst nach gefestigter

---

<sup>775</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78.

<sup>776</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78.

Rechtsprechung – in Ausprägung der für beide Betriebsparteien gleichberechtigten Teilhabe – das Recht, eine vom Mitbestimmungsrecht umfasste Regelung auch über die Einigungsstelle herbeizuführen.<sup>777</sup> Es bedarf keines bereits bestehenden mitbestimmungswidrigen Zustands. Sofern ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Betriebsratsvergütung angenommen werden sollte, so würde sich die Frage anschließen, ob der Betriebsrat auf das Mitbestimmungsrecht verzichten könnte, um einem Vorwurf der fehlenden Unabhängigkeit aus dem Weg zu gehen.

### ***I. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG***

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Betriebsratsvergütung könnte sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, das heißt, den „*Fragen der betrieblichen Lohngestaltung*“ ergeben.

#### *1. Vorrang gesetzlicher Regelung gem. § 87 Abs. 1 BetrVG*

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht laut Einleitungssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG nur, soweit „*eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht*“. Sofern eine solche vorrangige und zwingende gesetzliche Regelung vorliegt, ist dem durch die Regelung des § 87 Abs. 1 BetrVG garantierten Schutz der Arbeitnehmer ausreichend Rechnung getragen, so dass es keines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bedarf.<sup>778</sup> Tarifvertragliche Regelungen bestehen nach den zuvor getroffenen Feststellungen bislang nicht und können somit nicht in die Untersuchung mit einbezogen werden.

Hinsichtlich der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern ist zu prüfen, ob die Regelungen der §§ 37 und 78 S. 2 BetrVG vorrangige und zwingende gesetzliche Vorschriften im Sinne des § 87 Abs. 1 BetrVG sind. Die grundsätzlich zwingende Wirkung der betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften wurde bereits zu Beginn des Kapitels dargelegt.<sup>779</sup> Zwar sind die Vorschriften in ihrem materiellen Regelungsgehalt zwingend, zugleich besteht aber in gewissen Bereichen ein eingeschränkter Konkretisierungsbedarf und damit auch ein Gestaltungs- und

---

<sup>777</sup> BAG v. 14.11.1974 – 1 ABR 65/73, AP BetrVG 1972 § 87 Nr. 1; v. 30.01.1990 – 1 ABR 2/89, NZA 1990, 571, 573; Düwell/Kohte, § 87 BetrVG Rn. 18 f.; Richardi/Richardi/Maschmann, § 87 BetrVG Rn. 65 ff., 878; Roloff, RdA 2014, 228, 235.

<sup>778</sup> BeckOK-ArbR/Werner, § 87 BetrVG Rn. 18; GK-BetrVG/Wiese, § 87 BetrVG Rn. 56 mwN.

<sup>779</sup> Siehe oben unter Kapitel 2 B. II. 1.

Handlungsspielraum der Betriebsparteien, auf den sich das Mitbestimmungsrecht beziehen kann.<sup>780</sup>

Das praktische Bedürfnis, die Referenzgruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer einzugrenzen, ist unbestritten vorhanden. Auf der anderen Seite sind weder Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass jene Konkretisierungen dem möglichen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats generell entzogen sein sollen noch sind zwingende Gründe erkennbar, die dagegen sprechen, den Betriebsparteien dieses Recht dem Grundsatz nach zuzugestehen. Die betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften sind deshalb – zumindest, soweit es um die Regelungskompetenz zur Konkretisierung geht – keine abschließenden gesetzlichen Regelungen im Sinne des § 87 Abs. 1 BetrVG. Wie *Kania/Schulte-Wissermann* treffend formulieren, sind die Ziele der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften zwingend, allerdings nicht der Weg dorthin.<sup>781</sup>

## 2. Vorliegen einer kollektiven Maßnahme

Nach herrschender Ansicht setzt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einen allgemeinen, generellen oder kollektiven Zusammenhang voraus.<sup>782</sup> Es bedarf einer generellen Regelung, die den gesamten Betrieb, eine Gruppe von Arbeitnehmern erfasst. Davon zu unterscheiden sind Einzelfallregelungen, die aufgrund individueller Umstände bei bestimmten Arbeitnehmern vereinbart bzw. durchgeführt werden und deren Auswirkungen sich auf das konkrete Arbeitsverhältnis beschränken.<sup>783</sup> In Bezug auf die Festlegung eines Verfahrens zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer bzw. zur Bestimmung der für die Vergleichbarkeit zu erfüllenden Kriterien ist eine kollektive Regelung ohne Weiteres gegeben. Die gesamte Gruppe der Betriebsratsmitglieder, die zwingend der Entgeltanpassung gemäß § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG unterliegt, wird durch die entsprechenden Regelungen erfasst.

---

<sup>780</sup> BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 22 f.; *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78, 79.

<sup>781</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78, 79.

<sup>782</sup> BAG v. 03.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749, 756; ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 99; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 BetrVG Rn. 15 ff. mwN.; *Roloff*, RdA 2014, 228, 233.

<sup>783</sup> BAG v. 03.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749, 756.

### 3. Fragen der betrieblichen Lohngestaltung

Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sind Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung, Änderung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden mitbestimmungspflichtig. Die Regelung stellt ein umfassendes Mitbestimmungsrecht bei der betrieblichen Lohngestaltung sicher.<sup>784</sup> Mitbestimmungspflichtig sind nur die Grundlagen der Entgeltfindung. Die Bestimmung der konkreten Höhe des Arbeitsentgelts unterliegt hingegen ausschließlich den Arbeitsvertragsparteien.<sup>785</sup> Aus der Tatsache, dass dem Betriebsrat hinsichtlich der Entgelthöhe kein Mitbestimmungsrecht zusteht, ist allerdings nicht zu folgern, dass die Regelungen über die Grundlagen der Entgeltfindung nicht mittelbare Auswirkungen auf die Entgelthöhe haben dürfen.<sup>786</sup>

Die betriebliche Lohngestaltung ist als umfassender Begriff zu verstehen und beschreibt die Feststellung abstrakt genereller Grundsätze der Lohnfindung.<sup>787</sup> Das Mitbestimmungsrecht umfasst „die normative Festlegung der materiellen Gesichtspunkte und des Verfahrens, von denen die Entgeltfindung im Einzelfall abhängt“.<sup>788</sup> Das Gesetz nennt als Beispiele der betrieblichen Lohngestaltung explizit die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen sowie Einführung, Änderung und Anwendung von Entlohnungsmethoden, wobei eine Abgrenzung zwischen den Begrifflichkeiten Entlohnungsgrundsätze und Entlohnungsmethoden nicht immer trennscharf erfolgen kann.<sup>789</sup> Entlohnungsgrundsätze sind allgemeine Regelungen, nach denen das Entgelt für den jeweiligen betrieblichen Bezugsrahmen ermittelt werden soll. Üblicherweise fällt darunter etwa die Bestimmung, ob im Zeit-, Prämien- oder im Akkordlohnsystem gearbeitet wird.<sup>790</sup> Die Entlohnungsmethoden beschreiben hingegen das Verfahren, in der die Entlohnungsgrundsätze ausgeführt werden sollen. Zur Beschreibung wird üblicherweise die Ermittlung der Schwierigkeit einer Arbeitsleistung angeführt, von der wiederum die Zuordnung zu

---

<sup>784</sup> BT-Drucks. VI/1786, S. 49.

<sup>785</sup> GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 87 BetrVG Rn. 847 ff. mwN.

<sup>786</sup> *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 426.

<sup>787</sup> BAG v. 03.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749; Richardi/*Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 749, 750; *Roloff*, RdA 2014, 228, 236.

<sup>788</sup> Richardi/*Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 771.

<sup>789</sup> Vgl. GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 87 BetrVG Rn. 851, die das Wort „Generalklausel“ verwenden; ähnlich *Roloff*, RdA 2014, 228, 236 sowie Fn. 115, der zu dem Begriff der „Lohngestaltung“ zurückkehren möchte.

<sup>790</sup> Etwa ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 100.



einer gewissen Entgeltgruppe abhängt.<sup>791</sup> Letztlich sollen alle Maßnahmen umfasst sein, die sich auf die Lohnfindung beziehen, stets nicht erfasst sind Fragen des Synallagmas zwischen Leistung und Gegenleistung.<sup>792</sup>

Bei genauer Betrachtung passen die beiden konkretisierenden Begriffe nicht unmittelbar auf die üblicherweise im Bereich der Betriebsratsvergütung getroffenen Verfahrensvorschriften. Die Einordnung als Entlohnungsmethode liegt in Übereinstimmung mit *Kania/Schulte-Wissermann* zwar grundsätzlich nahe, da Vorschriften über ein einzuhaltendes Verfahren aufgestellt und nicht eigene Vergütungsformen entwickelt werden.<sup>793</sup> Entscheidender Unterschied ist allerdings, dass es sich nicht um Vorschriften über die Art und Weise der Ausführung entsprechender Entlohnungsgrundsätze handelt. Konkreter Bezugspunkt einer Regelung etwa über die Anzahl sowie die Kriterien zur Bemessung der vergleichbaren Arbeitnehmer ist nicht unmittelbar die „Entlohnung“ einer Arbeitsleistung, sondern vielmehr eine abstrakte Beurteilung der in Frage stehenden Person. Allerdings handelt es sich weiterhin um abstrakt generelle Grundsätze zur Bestimmung der konkret geschuldeten Lohnhöhe, so dass der weiter gefasste Begriff der betrieblichen Lohngestaltung passender erscheint.<sup>794</sup> Denn der Ansatzpunkt des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG ist die Anpassung der Betriebsratsvergütung an die Lohnentwicklung im Betrieb und damit eine Frage der betrieblichen Lohngestaltung.

Zwar ist die Lohngestaltung im Einzelfall gerade nicht vom Mitbestimmungsrecht umfasst, jedoch muss der individuelle Lohn „den im Mitbestimmungsverfahren festgelegten Strukturreformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen entsprechen“.<sup>795</sup> Unerheblich ist daher, dass die im Rahmen einer üblichen Vergütungsrichtlinie festgehaltenen abstrakt-generellen Grundsätze, letztlich auf den individuellen Lohn durchschlagen.

---

<sup>791</sup> ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 101.

<sup>792</sup> Richardi/*Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 751.

<sup>793</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78.

<sup>794</sup> AA *Stück*, AuA 2019, 480.

<sup>795</sup> Richardi/*Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 773.

#### 4. *Bestehender Lohnanspruch der Betriebsräte*

Das Gesetz setzt in § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG voraus, dass es sich bei der in Frage stehenden Leistung überhaupt um einen „Lohn“ handelt. Betriebsräte führen ihr Amt hingegen unentgeltlich als Ehrenamt. Eine direkte Vergütung der Betriebsratstätigkeit findet nicht statt.<sup>796</sup> Allerdings umfasst das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG alle Formen der Vergütung.<sup>797</sup> Es sind damit alle Leistungen mit Entgeltcharakter erfasst, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt werden. Irrelevant ist, ob es sich um Geld- oder Sachleistungen handelt und ob diese freiwillig, nur einmalig oder nachträglich gezahlt werden.<sup>798</sup>

Die Vergütung der Betriebsräte, welche auf Grundlage des gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG weiterhin bestehenden Anspruchs aus § 611a Abs. 2 BGB gewährt wird, stellt deshalb unstreitig Lohn im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG dar. Auf Grundlage des Lohnausfallprinzips wird den Betriebsräten jene Vergütung gewährt, die sie erhalten hätten, wenn sie weiterhin ihre reguläre Arbeitsleistung erbracht hätten. Die „ehrentliche“ Betriebsratstätigkeit bedeutet primär nicht, dass den weiterhin als Arbeitnehmer anzusehenden Betriebsratsmitgliedern kein Lohn mehr gezahlt wird, sondern allein, dass keine direkte Vergütung der Betriebsratstätigkeit erfolgt.<sup>799</sup> Aus diesem Grund spricht das Gesetz in § 37 Abs. 2 und 4 BetrVG auch weiterhin von dem „Arbeitsentgelt“.

#### 5. *Zwischenergebnis*

Die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG liegen in Bezug auf die Aufstellung von sogenannten „Vergütungsrichtlinien“ vor. Der Betriebsrat hat demnach tatbestandlich bei der Aufstellung und Änderung jener Vorschriften ein Mitbestimmungsrecht.

## **II. *Einschränkung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG***

Nach den bislang herausgearbeiteten Ergebnissen besteht die Möglichkeit die gesetzlichen Regelungen des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu konkretisieren. Es können etwa die konkreten Kriterien der

---

<sup>796</sup> Vgl. unter Kapitel 1 A. II. 3.

<sup>797</sup> BAG v. 16.09.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, 177; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 412.

<sup>798</sup> Vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 97.

<sup>799</sup> Vgl. bereits unter Kapitel 1 A. III. 2.; ebenfalls *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78, 79.

Vergleichbarkeit sowie die Anzahl der festzulegenden Arbeitnehmer bestimmt werden. Dem Betriebsrat steht nach der Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG stets ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Vergütungsrichtlinien und damit auch das entsprechende Initiativrecht zu. Dieses vorläufige Ergebnis bedarf vor dem Hintergrund eines damit anzunehmenden (mittelbaren) Mitbestimmungsrechts über Fragen der eigenen Vergütung einer weitergehenden systematischen Prüfung.

Es stellt sich die Frage, ob das Mitbestimmungsrecht bei entsprechenden Vergütungsrichtlinien teleologisch zu reduzieren ist.<sup>800</sup> Ein Gesetz muss teleologisch reduziert werden, wenn der Wortlaut der Norm zu weit gefasst ist, wenn tatbestandlich Fälle davon umfasst sind, auf die die Norm aus ihrem Sinn und Zweck heraus nicht anwendbar sein sollte. Das könnte hier in Betracht kommen, weil ansonsten der Verdacht naheliegen könnte, dass der Betriebsrat an der Optimierung seiner eigenen Vergütung durch Ausübung des Mitbestimmungsrechts interessiert sei. Damit würde wiederum zumindest die Gefahr einhergehen, dass die unabhängige Amtsführung des Gremiums in Zweifel gezogen wird, was jedoch durch die betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften uneingeschränkt verhindert werden soll.<sup>801</sup> Die Frage nach einer einschränkenden Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist deshalb ausgehend vom Sinn und Zweck der Norm zu beantworten.

Das umfassende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der betrieblichen Lohngestaltung verfolgt den Zweck, dass die Grundlagen der Entgeltfindung angemessen und durchschaubar gestaltet werden.<sup>802</sup> Dem Betriebsrat steht eine Beteiligung an allen Entscheidungen zu, von denen die „*Verteilungsgerechtigkeit*“ abhängt.<sup>803</sup> Allen Arbeitnehmern soll eine gleichmäßige sowie gerechte Behandlung zukommen und sie damit vor einer einseitig an den Interessen des Arbeitgebers orientierten Lohngestaltung schützen.<sup>804</sup> Es soll ein kollektiver Schutz aller Arbeitnehmer für den Bereich der Lohngerechtigkeit auf der betrieblichen

---

<sup>800</sup> Vgl. zur methodischen Herleitung der teleologischen Reduktion ausfl. *Wank*, Methodenlehre, S. 378 f.

<sup>801</sup> *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 236.

<sup>802</sup> BAG v. 03.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749, 752; ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 96; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 407; GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 87 BetrVG Rn. 843.

<sup>803</sup> *Richardi/Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 753.

<sup>804</sup> Erneut BAG v. 03.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749, 752.

Ebene gewährleistet werden.<sup>805</sup> Das Betreiben einer Lohnpolitik ist keinesfalls vom Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts umfasst.<sup>806</sup>

Wie *Kania/Schulte-Wissermann* richtig feststellen, besteht ein Unterschied zur Frage nach der Mitbestimmung über die eigenen Vergütungsrichtlinien: Der Betriebsrat wird primär nicht für die zu repräsentierenden Arbeitnehmer, sondern im eigenen Interesse tätig.<sup>807</sup> Pointiert formuliert, handelt es sich um eine ureigene und nicht fremde, die gesamte Arbeitnehmerschaft betreffende Angelegenheit. Entsprechend dieses Unterschieds könnte argumentiert werden, dass der Sinn und Zweck des in Frage stehenden Mitbestimmungsrechts in diesem Fall nicht erfüllt wird und damit eine einschränkende Auslegung angebracht sei. *Kania/Schulte-Wissermann* führen zur Entkräftung des dargestellten Einwands zwei Begründungsansätze an, die es näher zu untersuchen gilt. So blieben die Betriebsratsmitglieder während ihrer Amtszeit weiterhin Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG, so dass für sie keine andere Beurteilung angebracht sei. Die Einschränkung des Mitbestimmungsrechts in diesem besonderen Fall wäre demnach nicht mit der Wertung des Benachteiligungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG zu vereinbaren.<sup>808</sup> Des Weiteren garantiere die Mitbestimmung über die entsprechenden Vergütungsrichtlinien, welche sich wiederum an den Kriterien des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG orientieren müssen, eine Gleichbehandlung mit den übrigen Arbeitnehmern im Betrieb. Die Betriebsratsvergütung passe sich auf diesem Wege „in das allgemeine betriebliche Vergütungsgefüge“ ein.<sup>809</sup>

Unbestritten ist die Tatsache, dass die Betriebsratsmitglieder als Arbeitnehmer anzusehen sind. Diese Feststellung reicht allerdings nur so weit, wie nicht zwingende Gründe der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung entgegenstehen. Die Trennung in eine Sphäre des normalen Arbeitnehmers und eine des Betriebsratsmitglieds gelingt nie vollständig. Es verbleiben Bereiche, in denen eine unzulässige Überschneidung beider Sphären möglich ist. Ein solcher Fall könnte in der Mitbestimmung über die eigene Vergütung bestehen. Ein Widerspruch zum Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG bei Versagung des

---

<sup>805</sup> GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 87 BetrVG Rn. 843 ff.; *Richardi/Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 753.

<sup>806</sup> *Richardi/Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 752.

<sup>807</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78, 79.

<sup>808</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78, 79.

<sup>809</sup> *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78, 79.

Mitbestimmungsrechts kann nicht angenommen werden.<sup>810</sup> Wie zuvor aufgezeigt, besitzen entsprechende Vergütungsrichtlinien – sofern sie nicht unter Beteiligung und Zustimmung des Betriebsrats zustande gekommen sind und infolgedessen einseitigen Charakter besitzen – keine zwingende Rechtsverbindlichkeit. Zwar kann der Arbeitgeber in einem solchen Fall eine Konkretisierung der vergleichbaren Arbeitnehmer entsprechend der sich selbst auferlegten Richtlinien vornehmen, jedoch wird dem einzelnen Betriebsratsmitglied dadurch nicht der Einwand abgeschnitten, dass diese Konkretisierung falsch sei. Die Konkretisierung ist nicht einseitig und zugleich rechtsverbindlich vorzunehmen. Werden die entsprechenden Richtlinien durch eine Betriebs- oder Regelungsvereinbarung aufgestellt, bedarf es wiederum keines zwingenden Mitbestimmungsrechts, da sich die Betriebsparteien einigen müssen, um eine rechtsverbindliche Wirkung herbeizuführen. Entscheidend ist demnach, dass die Seite des Arbeitgebers allein letztlich keine zwingenden Regelungen auf dem Gebiet der Betriebsratsvergütung erlassen kann und es damit auch keines zwingenden Mitbestimmungsrechts bedarf.

Die Annahme eines Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG würde lediglich dazu führen, dass dem Betriebsrat ein entsprechendes Initiativrecht zukäme.<sup>811</sup> In letzter Konsequenz könnte bei einer fehlgeschlagenen Einigung der Betriebsparteien gemäß § 87 Abs. 2 BetrVG der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen. Auf diesem Wege könnte die Konkretisierung der an sich abschließenden – und nur aus Gründen der Praktikabilität zu konkretisierenden – gesetzlichen Regelung aus § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG erzwungen werden, was wiederum nicht im Sinne des Gesetzgebers erscheint. Die Unabhängigkeit bzw. der Eindruck der Unabhängigkeit wäre hingegen durch die Möglichkeit des zwingenden Abschlusses einer Vereinbarung über die eigene Vergütung stark gefährdet. Ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG über die Betriebsräte selbst betreffende Vergütungsrichtlinien ist in teleologischer Reduktion der Norm abzulehnen.<sup>812</sup> *Kania/Schulte-Wissermann* ist zwar darin Recht zu geben, dass die Betriebsratsvergütung durch die Regelung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG in das

---

<sup>810</sup> AA *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78, 79.

<sup>811</sup> Vgl. oben unter Kapitel 2 C.

<sup>812</sup> AA ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 101; *Bachner/Wall*, NZA 2021, 841; *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78, 79; *Müller*, ArbRAktuell 2019, 575, 576.

allgemeine betriebliche Vergütungsgefüge eingepasst werden soll, jedoch ist das bereits ureigene Intention der Regelung. Es bedarf dafür keines zwingenden Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.

### **III. Zwischenergebnis**

Ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Aufstellung der die Betriebsräte selbst betreffenden Vergütungsrichtlinien besteht nicht. Der Betriebsrat hätte ansonsten über das ihm zustehende Initiativrecht die Möglichkeit, über einen Spruch der Einigungsstelle den Abschluss einer entsprechenden Vergütungsrichtlinie zu erzwingen. Eine solche Konstellation wäre allerdings nicht mehr vom Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gedeckt, so dass dieser teleologisch zu reduzieren ist. Aus diesem Grund erledigt sich zugleich die Frage, ob der Betriebsrat auf die Ausübung seines Mitbestimmungsrechts hinsichtlich der Fragen der eigenen Vergütung verzichten kann.

### **D. Fazit**

Den Betriebsparteien steht grundsätzlich der Weg zur Konkretisierung der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsregeln offen. Unter der zwingenden Geltung der Wertungen von §§ 37 Abs. 4 S. 1, 78 S. 2 BetrVG bleibt den Betriebsparteien – manchen Stimmen in der Literatur zum Trotz – jedoch nur ein äußerst eingeschränkter Regelungsbereich. In praktisch relevanter Hinsicht kann letztlich allein ein Verfahren zur Konkretisierung der vergleichbaren Arbeitnehmer wirksam vereinbart werden. Eine entsprechende Vereinbarung und deren Anwendung unterliegen trotz allem der vollen gerichtlichen Kontrolle, sofern es zu einem Prozess über die Angemessenheit der Vergütung kommen sollte. Eine generelle Pflicht zur Aufstellung entsprechender Vergütungsrichtlinien ergibt sich auch im Hinblick auf mögliche Compliance-Verpflichtungen nicht. Ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG in Bezug auf die Vergütungsrichtlinien für die Betriebsräte besteht nicht.

### **Kapitel 3 – Vorschläge zur Reform des Systems der Vergütung von Betriebsräten und deren Würdigung**

Das System der Betriebsratsvergütung ist durch das strenge Ehrenamtsprinzip in § 37 BetrVG und das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG geprägt. Das Zusammenspiel beider Normen ist – insbesondere im Bereich der Entgeltentwicklung des § 37 Abs. 4 BetrVG – unübersichtlich und lässt sich auch nicht mit letzter Rechtssicherheit auflösen. Es verbleiben stets Fälle, in denen das Gesetz keine hinreichende Regelung vorgibt und die Parteien sich etwa durch den Abschluss konkretisierender Kollektivabreden zu helfen versuchen. Deren zulässiger Anwendungsbereich stellt sich allerdings als sehr gering dar. Die in der Theorie passenden und den generellen Wertungen des Gesetzes entsprechenden Vorschriften erweisen sich in der Praxis als nicht immer aufschlussreich.<sup>813</sup>

Zugleich lässt sich in rechtstatsächlicher Hinsicht nicht leugnen, dass die geltenden Normen, zumindest in ihrer aktuellen Auslegung, nicht geeignet sind bzw. erscheinen, den Herausforderungen der heutigen Zeit im Bereich der Betriebsratsvergütung im angemessenen Maße zu begegnen.<sup>814</sup> Das Betriebsratsamt hat sich ohne Frage professionalisiert und stellt sich mittlerweile gar als eigene Karriereperspektive dar. Dazu tragen konkret auch die großzügigen Freistellungsregelungen bei.<sup>815</sup> Die Betriebsräte übernehmen in der Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen und in Zusammenarbeit mit der Führung des Unternehmens verantwortungs- und anspruchsvolle Aufgaben.<sup>816</sup> Die im Laufe der Zeit veränderten Aufgaben und Strukturen wirken sich automatisch auch auf die Frage nach der Vergütung aus.

Es wird trotz der bislang überaus unübersichtlichen Rechtslage versucht, die wahrgenommene Diskrepanz zwischen der Position in Betrieb, Unternehmen und Konzern einerseits und dem am ursprünglichen Arbeitsverhältnis bemessenen Arbeitsentgelt andererseits aufzulösen. Die damit einhergehende Unsicherheit bei der konkreten Vergütungsbemessung lässt für alle Beteiligten die Gefahr einer

---

<sup>813</sup> So auch die Feststellung bei *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 363 ff.

<sup>814</sup> Vgl. *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 5 f.

<sup>815</sup> *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 13.

<sup>816</sup> So vor allem *Rüthers*, NJW 2007, 195, 196.

unrechtmäßigen Vergütungsgewährung anwachsen.<sup>817</sup> Dies belegen die aktuellen und prominenten Fälle in der Praxis.<sup>818</sup> Die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes gewährleisten demnach keine vollends rechtssichere Rechtslage. Zugleich bedingen die Unsicherheiten bei der Gesetzesanwendung ein erhöhtes Potential für missbräuchliche Gestaltungen. Aus diesen Gründen wird immer wieder eine mögliche Reform der Betriebsratsvergütung angemahnt.<sup>819</sup> Die ins Spiel gebrachten Modelle decken dabei die Bandbreite von einer ausnahmslosen Beibehaltung des Ehrenamtsprinzips bis zu einer vollständigen Bezahlung der Betriebsrats Tätigkeit ab. Es gilt – ausgehend von den hier vertretenen Rechtsansichten –, die verschiedenen Modelle und Reformvorschläge umfassend auf ihre Tauglichkeit und normative Umsetzbarkeit zu überprüfen.

Im Rahmen dieser Überprüfung darf nicht aus den Augen verloren werden, dass sich die gesetzliche Regelung als für alle Betriebe, Unternehmen und Konzerne tauglich erweisen muss.<sup>820</sup> Es führt zu nichts, eine gänzlich neue Regelung zu propagieren, die sich allein an den Interessen großer Betriebe oder Unternehmen orientiert, nur weil diese die Unzulänglichkeit der aktuellen Normen und ihr weitergehendes Interesse besonders herausstellen. Es gilt deshalb, sowohl Betriebe und Unternehmen zu berücksichtigen, die „professionelle“ Betriebsräte für notwendig erachten, als auch solche Kleinbetriebe, die mit den aktuellen Vorschriften kaum Probleme haben dürften.

#### **A. Festsetzung einer „angemessenen“ Vergütung**

Ausgehend von der soeben getroffenen Feststellung, dass es im Bereich der Betriebsratsvergütung aufgrund einer enormen tatsächlichen Bandbreite keine einheitliche Interessenlage gibt, wird vereinzelt die Festsetzung der Vergütung nach dem wertungsoffenen Kriterium der Angemessenheit vorgeschlagen.<sup>821</sup> Teilweise wird eine entsprechende Vergütung auf die Gruppe der freigestellten Betriebsratsmitglieder begrenzt. Dieses Modell orientiert sich grundsätzlich an § 113 Abs. 1 S. 3 AktG, der für die Aufsichtsratsvergütung bestimmt, dass diese im

---

<sup>817</sup> *Winkler*, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 141.

<sup>818</sup> Vgl. die Beispiele in der Einleitung.

<sup>819</sup> Zuletzt *Annuß*, NZA 2022, 247, 249; *Berenbrinker*, DB 2021, 1956; *Koch/Kudlich/Thüsing*, ZIP 2022, 1, 4 f.

<sup>820</sup> Vgl. *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 14.

<sup>821</sup> *Pflüger*, BB, Heft 41/2007, I.



„angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft“ stehen soll.<sup>822</sup> Die Tätigkeit als Betriebsratsmitglied würde demnach unmittelbar vergütet, so dass das Prinzip des unentgeltlichen Ehrenamts hinfällig wäre. Das vorgeschlagene Modell ist allerdings als gänzlich ungeeignet abzulehnen. Das Kriterium der Angemessenheit ist in einem Maße unbestimmt, dass eine sinnvolle und nachvollziehbare Bemessung unmöglich wäre. § 113 Abs. 1 S. 3 AktG soll, sofern denn überhaupt eine Vergütung gewährt wird, nur eine Begrenzung der Vergütung nach oben bezwecken. Die Vergütung soll nicht außer Verhältnis zur Gesellschaft und den Aufgaben stehen.<sup>823</sup> Die Bestimmung einer vergütungsrechtlichen Untergrenze ist im Aktiengesetz nicht notwendig. Im Bereich der Betriebsratsvergütung würde mit dem Kriterium der Angemessenheit immer auch eine Bewertung der Betriebsratstätigkeit und der Verdacht der Einflussnahme einhergehen.<sup>824</sup> Allein deshalb ist dies bereits abzulehnen. Zugleich fehlen Anhaltspunkte, wie überhaupt die Angemessenheit bestimmt werden könnte, also etwa nach Arbeitsanfall oder Unternehmensgröße. Eine solch wertungsoffene Regelung würde daher wohl weder zu weniger Unstimmigkeiten noch zu mehr Rechtssicherheit führen, sondern vielmehr eher das Gegenteil bewirken.

## **B. Budgetierung der Betriebsratsarbeit**

Eine recht vereinzelte Meinung in der Literatur verweist auf die Möglichkeit der Budgetierung der Betriebsratstätigkeit im Allgemeinen bzw. zumindest der Vergütung.<sup>825</sup> Dem Betriebsrat soll pro Jahr ein gewisses Budget seitens des Arbeitgebers zur Verfügung gestellt werden, welches zur Deckung aller Ausgaben genutzt werden müsste. Die Höhe des zur Verfügung stehenden Budgets würde sich wiederum an der betrieblichen Lohnsumme orientieren und würde aus Gründen der Transparenz den Arbeitnehmern des Betriebs bzw. Unternehmens bekannt gemacht werden. Zwar ist der Transparenzgedanke grundsätzlich sinnvoll, um eine arbeitgeberseitige Beeinflussung der Betriebsräte durch hohe Lohnzahlungen zu verhindern, jedoch scheidet das Modell an anderen Problemlagen. Die Kosten der Betriebsratstätigkeit können nicht von vornherein und nur anhand der Lohnsumme

---

<sup>822</sup> Ausfl. dazu noch unter Kapitel 4 B. I.

<sup>823</sup> Vgl. unten unter Kapitel 4 B. I.

<sup>824</sup> *Winkler*, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 144; *Joussen*, RdA 2018, 193, 198.

<sup>825</sup> *Fischer*, BB 2007, 997, 1000.

bestimmt werden.<sup>826</sup> Stünde etwa in einem Jahr eine große Restrukturierung an, welche beispielsweise umfassende anwaltliche Beratungen des Betriebsrats erfordern würde, könnte die zur Verfügung stehende Summe schnell knapp werden. Es wäre infolgedessen eine Beschränkung der betriebsverfassungsrechtlichen Handlungsmöglichkeiten zu befürchten, welche das Betriebsverfassungsgesetz grundsätzlich nicht vorsieht.<sup>827</sup> Bevorzugte man hingegen ein Modell, wonach das Budget allein die zu verteilenden Löhne, nicht aber die sonstigen Kosten abdecken würde, wären ebenfalls Probleme zu erwarten. So stünden keine konkreten Anhaltspunkte zur Verfügung, die die Berechnung des genauen Budgets ermöglichen könnten. Die Lohnkosten der einzelnen Betriebsräte bestimmen sich eben auch danach, welche Arbeitnehmer konkret in das Gremium gewählt werden und wie viel diese zuvor verdient haben. Käme es etwa zu dem Fall, dass unerwartet viele und zuvor gut verdienende Arbeitnehmer in den Betriebsrat gewählt werden, könnte sich das Budget schnell als zu gering erweisen. Das in einem solchen Fall damit einhergehende Hinnehmenmüssen von Einkommensverlusten würde wiederum die Bereitschaft zur Übernahme des Amts stark senken. Zugleich würde die Betriebsratsarbeit durch den Streitpunkt der „*Verteilungsgerechtigkeit*“ belastet werden.<sup>828</sup>

Ähnlich stellt sich auch der Vorschlag dar – unter Abänderung des derzeit geltenden § 40 BetrVG –, dass die Arbeit des Betriebsrats aus einer Umlage der Arbeitnehmer finanziert werden sollte.<sup>829</sup> Jedoch betrifft eine solche Form der Finanzierung allein die Beschaffung des Finanzbedarfs, regelt jedoch nicht die Art und Weise der Verteilung. Die Probleme bei der Bemessung der Vergütung blieben demnach unverändert bestehen. Zusätzlich könnte es durch die Umlagefinanzierung zu einer geringeren Akzeptanz der betrieblichen Interessenvertretung und damit zu einem Absinken der Betriebe mit Betriebsrat kommen.<sup>830</sup> Gerade dieses Ergebnis jedoch

---

<sup>826</sup> *Joussen*, RdA 2018, 193, 198.

<sup>827</sup> *Winkler*, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 145.

<sup>828</sup> So auch *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 494; *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1612; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 263.

<sup>829</sup> So der Vorschlag von *Friedrich Merz*, Die Welt, 18.08.2005, 4, zit. nach *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 494; ablehnend auch *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 375.

<sup>830</sup> *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 264; *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 375; *Schmitt*, Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien, S. 228.

soll berechtigterweise durch die Vorschrift des § 40 BetrVG verhindert werden, so dass auch dieser Reformvorschlag uneingeschränkt abzulehnen ist.<sup>831</sup>

### C. Unmittelbare Vergütung der Betriebsratsarbeit

Die Vertreter eines anderen Ansatzes möchten – unter Aufgabe des strengen Ehrenamtsprinzips – die Betriebsratsmitglieder unmittelbar für ihre Arbeit in der Interessenvertretung bezahlen.<sup>832</sup> Um zu einer aufgaben- und leistungsgerechten Entlohnung zu gelangen, sollten die Betriebsräte einer nach Sachaufgabe und Funktion vergleichbaren Ebene im Unternehmen zugeordnet werden.<sup>833</sup> Auf diesem Wege könne eine gewisse Orientierung bei der Bewertung von Betriebsratsaufgaben erreicht werden. Diese Art der Vergütung ist entweder in der Form zu realisieren, dass eine individuelle oder eine abstrakte Betrachtungsweise gewählt werden müsste. Die individuelle Betrachtung, also danach, welche Aufgaben das Betriebsratsmitglied übernommen bzw. welche Ergebnisse es erreicht hat, scheidet an der Frage nach der Bewertung. Die Qualität der Betriebsratsarbeit lässt sich nicht bewerten und schon gar nicht vom Arbeitgeber.<sup>834</sup> Die Bewertung danach, welche Erfolge im Sinne der Belegschaft erzielt wurden, würde auch zu dem befremdlich anmutenden Ergebnis führen, dass der Arbeitgeber die Betriebsratsmitglieder danach zu bezahlen hätte, wie sehr sie zu seinem „Nachteil“ gearbeitet haben.<sup>835</sup> Dies kann nicht Ziel des Gesetzes sein.<sup>836</sup>

Eine abstrakte Betrachtung anhand etwa des wirtschaftlichen Erfolgs bzw. der Größe des Unternehmens oder etwa auch anhand der Jahre der Betriebsratsangehörigkeit erscheint zwar einfacher zu handhaben<sup>837</sup>, würde allerdings andersgeartete Probleme mit sich bringen. Es stellt sich dann vor allem die Frage, wie mit vollständig freigestellten und sonstigen nur teilweise von der Arbeit befreiten Betriebsratsmitgliedern umgegangen werden soll.<sup>838</sup> Die Bezahlung für die erbrachte Betriebsratsarbeit ließe sich sinnvoll nur bei

---

<sup>831</sup> AA Franzen, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 34.

<sup>832</sup> Farthmann, FS Stahlhacke, S. 115, 126; vgl. auch Happe, Persönliche Rechtstellung, S. 178 f., der als weitere Alternative die Zahlung einer Zulage präferiert.

<sup>833</sup> Farthmann, FS Stahlhacke, S. 115, 126.

<sup>834</sup> Jacobs, NZA 2019, 1606, 1611; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 262; Joussem, RdA 2018, 193, 198; Weinspach, FS Kreutz, S. 485, 492; Winkler, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 147.

<sup>835</sup> Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 376; Weinspach, FS Kreutz, S. 485, 494.

<sup>836</sup> HWK/Reichold, § 37 BetrVG Rn. 2.

<sup>837</sup> Vgl. etwa die Vorschläge bei Winkler, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 164 ff.

<sup>838</sup> Jacobs, NZA 2019, 1606, 1611; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 263.

vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern rechtfertigen. Betriebsratsmitglieder, die nur teilweise von der Arbeit befreit oder freigestellt sind, müssten hingegen je nach dem Verhältnis ihrer regulären Tätigkeit zur Betriebsratsarbeit nach unterschiedlichen Parametern vergütet werden. Eine Beschränkung der direkten Bezahlung auf allein die freigestellten Betriebsratsmitglieder ließe sich hingegen aus normativen Gründen nicht rechtfertigen.<sup>839</sup> Auch nur teilweise freigestellte oder befreite Betriebsratsmitglieder können in professionellen Strukturen arbeiten, und letztlich üben beide Gruppen die gleiche Tätigkeit aus.<sup>840</sup> Das Gegenargument, die unterschiedliche vergütungsrechtliche Behandlung würde sich durch die generelle Aufgabenzuweisung im Betriebsrat rechtfertigen, überzeugt nicht.<sup>841</sup> Es gibt keine normative Unterscheidung zwischen den beiden Arten der Betriebsratsmitglieder. Insbesondere ist das angeführte Unterscheidungskriterium der Einarbeitung in die Betriebsratstätigkeit nicht skalierbar und dem Gesetz ebenfalls gänzlich unbekannt. Aus diesem Grund überzeugt das Reformmodell einer direkten Bezahlung der Betriebsratstätigkeit auf individueller oder abstrakter Basis nicht.

Thematisch ähnlich kann der im Jahr 2017 kurzfristige Gesetzesvorschlag eingeordnet werden, der wohl im Rahmen des „8. Meseberger Zukunftsgesprächs der Sozialpartner“ entwickelt wurde. § 37 BetrVG sollte um einen Absatz ergänzt werden, nach dem bei der Bemessung des Arbeitsentgelts *„die zur Wahrnehmung der Betriebsratstätigkeit erworbenen Qualifikationen und Erfahrungen, wie auch regelmäßig wahrgenommenen Aufgaben zu berücksichtigen [sind], soweit sie die Tätigkeit des Betriebsratsmitglieds prägen“*.<sup>842</sup> Diese Gesetzesinitiative ist zurecht gescheitert. Nach der hier vertretenen Ansicht ist bereits unter Geltung der aktuellen Regelungen eine Berücksichtigung der erworbenen Fähigkeiten und Qualifikationen in ausreichendem Maße möglich. Eine gesetzliche Klarstellung ist nicht angebracht. Zugleich eröffnet eine Formulierung, die die wahrgenommenen

---

<sup>839</sup> AA Winkler, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 166 f.

<sup>840</sup> Jacobs, NZA 2019, 1606, 1611; Weinspach, FS Kreutz, S. 485, 492.

<sup>841</sup> Winkler, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 166 f.

<sup>842</sup> Zit. nach Uffmann, ZfA 2018, 225, 235; der Vorschlag dürfte auf die IG Metall und deren Gesetzgebungsvorschlag aus dem Jahr 2015 zurückgehen, vgl. die Aussage von Klebe (unter: <https://www.boeckler.de/de/magazin-mitbestimmung-2744-betriebsraete-sollen-fair-bezahlt-werden-5969.htm> (zuletzt abgerufen am 08.03.2022)); so wertet dies auch Winkler, Ehrenamt des Betriebsrats, S. 183; daran anknüpfend auch Koch/Kudlich/Thüsing, ZIP 2022, 1, 5; Weber, ZAAR-Tagung 2020, S.67, 76.

Aufgaben umfasst, letztlich den Weg zu einer vollständigen Abkehr vom Ehrenamtsprinzip hin zur nicht zu befürwortenden direkten Vergütung der Betriebsratsstätigkeit.

#### **D. Aufnahme einer betriebsverfassungsrechtlichen Öffnungsklausel**

Weit verbreitete Stimmen in der Literatur plädieren für die Aufnahme einer betriebsverfassungsrechtlichen Öffnungsklausel.<sup>843</sup> Das Betriebsverfassungsgesetz soll nach dieser Ansicht die Vereinbarung der konkret geschuldeten Vergütung für die geleistete Betriebsratsarbeit dispositiv stellen. Die Betriebs- oder gar Tarifvertragsparteien könnten auf diesem Wege, sofern sie eine solche Vereinbarung für notwendig halten, vom gesetzlich weiterhin bestehenden Modell des § 37 BetrVG abweichen. Die konkret geschuldete Betriebsratsvergütung würde sich folglich aus den jeweils einschlägigen Regelungen, das heißt Tarifvertrag bzw. Betriebsvereinbarung, ergeben. Ein solches Modell ginge naturgemäß mit der Aufweichung des strengen Ehrenamtsprinzips im Bereich der Betriebsratsvergütung einher. Die Befürworter jenes Modells sehen den großen Vorteil darin, dass damit eine sachnahe Regelung für alle Betriebe, Unternehmen und Konzerne ermöglicht werde.<sup>844</sup>

Oftmals wird eine Parallele zur Vorschrift des § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG gezogen, wonach man die Anzahl der Freistellungen tarifvertraglich oder durch Betriebsvereinbarung modifizieren kann.<sup>845</sup> Den unterschiedlichen Anforderungen der Praxis könne nur durch gesetzliche Differenzierungsmöglichkeiten begegnet werden.<sup>846</sup> So könnten etwa kleinere Betriebe, mit nur wenigen bis gar keinen Freistellungen, weiterhin auf Basis der aktuell geltenden Regelungen der §§ 37 und 38 BetrVG die Vergütung bestimmen, sofern sie keine Probleme bei der Anwendung der Vorschriften haben. In großen Unternehmen und Konzernen könnte hingegen den professionellen Strukturen der Betriebsratsarbeit Rechnung getragen werden.<sup>847</sup> Eine (mittelbare) Begrenzung und Kontrolle der Vergütung soll dadurch erreicht werden, dass die Regelungen aus Betriebsvereinbarung oder

---

<sup>843</sup> HWK/Reichold, § 37 BetrVG Rn. 2; Byers, NZA 2014, 65, 69 f.; Franzen, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 15 ff.; Rieble, NZA 2008, 276, 280; ders., Reformbedarf der betrieblichen Mitbestimmung, S. 127, 130; Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 377 ff.

<sup>844</sup> Franzen, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 15; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 264.

<sup>845</sup> Vgl. Jousen, RdA 2018, 193, 198.

<sup>846</sup> Franzen, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 15.

<sup>847</sup> Schlamp, Vergütung von Betriebsräten, S. 377.

Tarifvertrag öffentlich einsehbar wären und damit die notwendigen Transparenzerfordernisse erfüllt seien.<sup>848</sup> Auf diesem Wege könne zugleich das betriebsverfassungsrechtliche Ehrenamt attraktiv gehalten werden, so dass sich auch in Zukunft genügend geeignete Bewerber finden würden.<sup>849</sup>

Der konkreteste Lösungsvorschlag hinsichtlich einer betriebsverfassungsrechtlichen Öffnungsklausel sieht die Aufnahme eines achten Absatzes in § 37 BetrVG vor.<sup>850</sup> Danach soll in Betrieben mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern vom § 37 Abs. 1 – 7 BetrVG durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag zugunsten der Betriebsratsmitglieder abgewichen werden können. Die Begrenzung der Öffnungsklausel durch die Größe des Betriebs wird damit begründet, dass üblicherweise nur bei größeren Betrieben Probleme mit der Professionalisierung auftreten. Der Schwellenwert orientiert sich an § 1 Abs. 1 Nr. 2 Mitbestimmungsgesetz (MitbestG). Die Lösung erscheint auf den ersten Blick aufgrund der beschriebenen Sachnähe nur Vorteile zu bieten.<sup>851</sup> Gleichzeitig werden allerdings auch elementare Bedenken gegen eine solche Vereinbarungslösung vorgetragen. In der Möglichkeit, die Höhe der Vergütung und nicht nur die konkreten Kriterien der Bemessung zu bestimmen, wird die potentielle Gefahr einer unsachgemäßen Beeinflussung gesehen.<sup>852</sup> Die Tatsache, dass das Gehalt eines oder aller Betriebsratsmitglieder zur Verhandlungsdisposition stehe, verführe zu einer möglicherweise unsachgemäßen Verknüpfung mit anderen Aspekten.<sup>853</sup> Es sei nicht ausgeschlossen, dass auf diesem Wege die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Ausübung des Betriebsratsamts „erkaufte“ werde.<sup>854</sup> Diesen Eindruck will das Gesetz unter der Geltung des strengen Ehrenamtsprinzips allerdings unter allen Umständen verhindern. Das Modell der Vereinbarungslösung ist nach dieser Ansicht deshalb abzulehnen. Zugleich wird auch die Möglichkeit zur Regelung von Vergütungsfragen in Tarifverträgen kritisch gesehen, da beim Abschluss von Tarifverträgen mit einer vermehrten Druckausübung der Gewerkschaften zugunsten einer erhöhten Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

---

<sup>848</sup> *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 17; *Klebe*, NZA-Editorial, Heft 12/2019, I.

<sup>849</sup> *Göpfert*, NZA-Editorial, Heft 13/2019, IX.

<sup>850</sup> Vgl. *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten, S. 377 ff.; ähnlich bereits *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 36.

<sup>851</sup> So beschreibt *Franzen* diese als Königsweg, vgl. *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 36.

<sup>852</sup> *Junker*, ZfA-Editorial, Heft 1/2020, 1, 3; *Rüthers*, NJW 2007, 195, 196.

<sup>853</sup> *Esser*, Begünstigung, S. 216; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 265.

<sup>854</sup> *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 265; *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 493.

zu rechnen sei.<sup>855</sup> Andere verweisen auch darauf, dass eine Öffnung der Vereinbarungslösung für nur einen Teil der Betriebe als gesetzliche Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen sei.<sup>856</sup>

Ausgehend von den hier vertretenen Rechtsansichten ist die dispositive Gestaltung der Betriebsratsvergütung abzulehnen. Das Gesetz gibt *de lege lata* bei korrekter Auslegung genügend Spielraum, um zu einer den Tätigkeiten und Fähigkeiten der einzelnen Betriebsräte angemessenen Vergütung zu gelangen.<sup>857</sup> Unter der Beschränkung des Begünstigungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG kann eine Anpassung der Vergütung an die geänderten Umstände erfolgen. Die Stellung der Arbeitnehmervertreter bedingt allerdings auch, dass jedenfalls keine grenzenlose und übermäßige Vergütung gewährt werden darf. Eine Beschränkung wird durch die Notwendigkeit einer nachvollziehbaren Beförderung sowie der absoluten Grenze der Entgelthöhe eines leitenden Angestellten gewahrt. Aus diesen Gründen ist die aktuelle gesetzliche Ausgestaltung beizubehalten. Die Öffnung des Gesetzes hin zu einer Vereinbarungslösung würde letztlich unter verschiedenen Aspekten zu noch mehr Problemen führen. Das gesamte Betriebsverfassungsgesetz ist von dem Gedanken getragen, die unabhängige Amtsführung zu gewährleisten. Die Vergütungshöhe generell zur Verhandlungsdisposition zu stellen, widerspricht diesem Regelungsanliegen vollständig. Dies gilt vor allem deshalb, weil der entsprechende Lösungsvorschlag keinerlei materiell-rechtliche Grenzen und Parameter der Vergütungsbemessung vorsieht. Zugleich ist auch durch einen gesetzlichen Ausschluss der Erzwingbarkeit einer entsprechenden Vergütungsvereinbarung durch die Einigungsstelle oder einen Arbeitskampf nicht gewährleistet, dass zumindest mittelbar dahingehend Druck auf den Arbeitgeber ausgeübt werden wird.<sup>858</sup> Im Übrigen besteht die latente Gefahr von Kopplungsgeschäften.<sup>859</sup>

---

<sup>855</sup> Vgl. deshalb etwa *Byers*, NZA 2014, 65, 69 oder *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 20, die die Erzwingbarkeit über die Einigungsstelle oder einen Arbeitskampf gesetzlich ausschließen möchten; krit. *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 265.

<sup>856</sup> *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 493; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 263.

<sup>857</sup> So auch *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 256.

<sup>858</sup> *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 265; *Schmitt*, Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien, S. 820.

<sup>859</sup> *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 5 f.

### **E. Fehlende Transparenz im Bereich der Betriebsratsvergütung**

Wie zuvor dargestellt, sind die gesetzlichen Regelungen des §§ 37, 38 und 78 BetrVG grundsätzlich geeignet, den aktuellen Herausforderungen in ausreichendem Maße zu begegnen. Die Tatsache, dass es in prominenten Fällen zu einer sehr hohen Vergütung vereinzelter Betriebsräte gekommen ist und im Einzelfall wohl auch wieder kommen dürfte, ändert nichts daran, dass sich das System als solches weitestgehend bewährt hat. Das strenge Prinzip der Ehrenamtlichkeit sichert die unabhängige Amtsführung. Dem Wandel der Betriebsratsarbeit und den professionellen Strukturen kann vom Grundsatz her Rechnung getragen werden. Die bislang erarbeiteten Lösungen bieten keinen elementaren Mehrwert.<sup>860</sup>

In rechtstatsächlicher Hinsicht erweist sich vielmehr ein anderer Aspekt als deutlich relevanter: Die Kosten des Betriebsrats im Allgemeinen sowie die konkrete Vergütung der Betriebsräte bleiben gänzlich unveröffentlicht. Ausgehend von einem Beschluss des BAG aus dem Jahr 1995 wird zum Teil angenommen<sup>861</sup>, dass dem Betriebsrat ein Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitnehmer bei betriebsinterner Veröffentlichung der gesammelten Betriebsratskosten zusteht. In der Veröffentlichung liege ein Verstoß gegen das Behinderungsverbot des § 78 S. 1 BetrVG bzw. gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit des § 2 Abs. 1 BetrVG.<sup>862</sup> Die Entscheidung verbietet allerdings bei richtiger Lesart nicht generell die Veröffentlichung der Kosten, sondern lediglich die Art und Weise der unzureichenden Darstellung im streitgegenständlichen Einzelfall.<sup>863</sup> Der Arbeitgeber hatte in dem Entscheidung zugrundeliegende Einzelfall lediglich die Kosten für den Betriebsrat gesondert ausgewiesen und alle sonstigen Positionen schlicht unter dem Begriff der „*Verwaltung*“ zusammengefasst. Dies hatte nach Ansicht des BAG zur Folge, dass sich die Arbeitnehmer kein zuverlässiges und aussagekräftiges Bild von allen kostenverursachenden und letztlich ertragsmindernden Faktoren machen konnten. Die Art und Weise der Darstellung muss nach Ansicht des BAG deutlich machen, dass es sich um Kosten handelt, die der Arbeitgeber von Gesetzes wegen zu übernehmen hat und auf deren Höhe der

---

<sup>860</sup> Ebenfalls *Esser*, Begünstigung, S. 210; *Joussen*, RdA 2018, 193, 198 f.

<sup>861</sup> BAG v. 19.07.1995 – 7 ABR 60/94, NZA 1996, 332 ff.; NK-ArbR/*Waskow*, § 78 Rn. 13 mwN.

<sup>862</sup> Zur Herleitung des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit *Henssler*, FS Betriebsverfassungsrecht, S. 173, 185 f.

<sup>863</sup> BAG v. 19.07.1995 – 7 ABR 60/94, NZA 1996, 332, 334.



Betriebsrat nur durch das Ausmaß seiner Tätigkeiten mittelbar Einfluss nimmt. Sei dies nicht gewährleistet, könne der Betriebsrat deshalb intern aufgrund der Kostenverursachung unter Rechtfertigungsdruck geraten, was wiederum eine Behinderung im Sinne des § 78 S. 1 BetrVG darstelle.<sup>864</sup> Im Umkehrschluss kann grundsätzlich eine betriebsinterne Veröffentlichung der Gesamtkosten des Betriebsrats erfolgen. Es ist entsprechend der generellen betriebsinternen Veröffentlichungsmöglichkeit auch kein Grund dafür ersichtlich, weshalb die Gesamtkosten des Betriebsrates nicht ebenfalls weiter aufgeschlüsselt werden können, so dass eine Position lediglich die an die Betriebsräte gezahlten Entgelte erkennbar machen würde.

In der Praxis unterbleibt eine entsprechende Veröffentlichung weitestgehend. Dies kann entweder mit dem fehlerhaften Verständnis der in Bezug genommenen BAG-Entscheidung oder aber damit begründet werden, dass der Arbeitgeber regelmäßig im Sinne einer möglichst konfliktfreien Zusammenarbeit auf eine Veröffentlichung verzichtet. Eine (mittelbare) Kontrolle der Vergütungshöhe wird letztlich nur durch die verpflichtende Veröffentlichung – zumindest der an die Betriebsräte gezahlten Entgelte – erreicht werden können. Nur bei transparenten Strukturen können die Arbeitnehmer des Betriebs, Unternehmens und Konzerns tatsächlich überblicken, inwieweit ihren Interessen Rechnung getragen wird oder möglicherweise persönliche Vorteile der Betriebsräte im Vordergrund stehen.<sup>865</sup> Dem berechtigten Informationsinteresse muss deshalb Geltung verschafft werden.<sup>866</sup> Die aktuelle Reformdiskussion über die Höhe der Vergütung der Betriebsratsmitglieder sollte demnach deutlich stärker auf diesen Aspekt abzielen.<sup>867</sup> Insoweit bietet sich auch der Vergleich zur zuletzt ausgeweiteten Transparenz der Vorstandsvergütung durch die Vorschriften des §§ 87a, 120a AktG an.<sup>868</sup>

Der möglichen Transparenz von Vergütungshöhen stehen allerdings wiederum elementare Argumente entgegen, mit denen es sich auseinanderzusetzen gilt. Es muss geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen eine entsprechende

---

<sup>864</sup> BAG v. 19.07.1995 – 7 ABR 60/94, NZA 1996, 332, 334.

<sup>865</sup> *Klebe*, NZA-Editorial, Heft 12/2019, I; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 265.

<sup>866</sup> *Henssler*, FS Betriebsverfassungsrecht, S. 173, 187.

<sup>867</sup> In diese Richtung bereits *Fischer*, BB 2007, 997, 1000; *ders.*, NZA 2014, 71, 74; *Rieble*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 74; *ders.*, Reformbedarf der betrieblichen Mitbestimmung, S. 127, 130; *Weinspach*, FS Kreutz, S. 485, 497.

<sup>868</sup> Vgl. *Melot de Beauregard*, DB 2021, 2825, 2827.

Veröffentlichung erfolgen sollte. Gerade bei kleineren Betrieben und Unternehmen, in denen womöglich gar keine Freistellung erfolgt, erscheint eine Veröffentlichung nicht gerechtfertigt. In diesen Fällen bleibt die tatsächliche Position und Tätigkeit des Betriebsratsmitglieds weiterhin Anknüpfungsmerkmal für die Vergütungshöhe. Eine Veröffentlichung erscheint bereits deshalb nur für freigestellte Betriebsratsmitglieder nach § 38 Abs. 1 BetrVG sinnvoll. Zugleich sollte die innerbetriebliche Transparenz nicht dazu führen, dass unmittelbare Rückschlüsse auf das Gehalt des einzigen oder der wenigen freigestellten Betriebsratsmitglieder ermöglicht werden. Es muss also ein Grenzwert für die Anzahl an freigestellten Betriebsratsmitgliedern bestimmt werden, ab dem eine Veröffentlichung der Vergütungshöhe angemessen erscheint. Es kann hier an § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG angeknüpft werden. Ab 2.001 Arbeitnehmern sind nach § 38 Abs. 1 BetrVG bereits mindestens fünf Betriebsratsmitglieder freizustellen. Es kann dann eine unternehmensinterne Veröffentlichung erfolgen, ohne dass unmittelbare Rückschlüsse auf die konkrete Vergütung des einzelnen Mitglieds möglich sind. Mithin sind nicht die einzelnen Vergütungen, sondern nur der Gesamtbetrag der an die freigestellten Betriebsratsmitglieder gezahlten Vergütungen zu veröffentlichen. Bestehen in einem Unternehmen und Konzern entsprechende Gesamt- oder Konzernbetriebsräte sollten auch diese jeweils einer Pflicht zur Transparenz unterliegen. Letztlich bietet sich hierbei die Einführung eines gewissen Veröffentlichungsverfahrens im Rahmen der Regelungen über die Freistellung der Betriebsratsmitglieder gemäß § 38 BetrVG an.

Die Wirksamkeit einer solchen Vorgehensweise wird teilweise unter dem Hinweis darauf in Frage gestellt, dass allein mit den „*nackten Zahlen*“ niemandem geholfen sei. Die Zahlen könnten erst in ausreichendem Maße kontrolliert werden, wenn sie zugleich um die vergleichbaren Arbeitnehmer oder etwa den beruflichen Werdegang ergänzt werden würden.<sup>869</sup> Diese Ansicht verkennt allerdings, dass die Höhe der Vergütung des einzelnen Betriebsratsmitglieds nicht entscheidender Faktor sein dürfte. Es geht im Sinne der Transparenz vielmehr darum, dass seitens der vertretenen Belegschaft die aktuelle Entgeltentwicklung ihrer Betriebsratsmitglieder nachvollzogen werden kann. Wenn es etwa trotz anstehender

---

<sup>869</sup> Vgl. *Esser*, Begünstigung, S. 218 f., der hingegen einen Auskunftsanspruch eines jeden Arbeitnehmers gegen den Betriebsrat bevorzugt.

Restrukturierungen zu erheblichen Vergütungserhöhungen kommen würde, bliebe ein gewisses Misstrauen, was die Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter angeht, die sich dann wiederum erklären müssten. Auf diesem Wege könnte eine mittelbare Kontrolle der Betriebsratsvergütung erreicht werden, ohne zugleich das Prinzip der Ehrenamtlichkeit gänzlich auf den Kopf zu stellen.

#### **F. Fazit**

Die bislang aufgeworfenen Reformvorschläge hinsichtlich der Betriebsratsvergütung überzeugen nicht. Das Prinzip der Ehrenamtlichkeit sollte bewahrt werden.<sup>870</sup> Die Kontrolle der Betriebsratsvergütung sollte vielmehr über eine stärkere Transparenz erreicht werden. Es bietet sich hierbei an, den Gesamtbetrag der an die freigestellten Betriebsratsmitglieder gezahlten Vergütung ab einer Zahl von insgesamt fünf freigestellten Betriebsratsmitgliedern einer Veröffentlichungspflicht zu unterwerfen.

---

<sup>870</sup> So auch *Henssler*, NZA-Beilage 2020, 3, 5 f.; GK-BetrVG/*Weber*, § 37 Rn. 14; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 Rn. 81; *Weber*, ZAAR-Tagung 2020, S. 67, 84 f.

## Kapitel 4 – Doppelmandate in Betriebs- sowie Aufsichtsrat und ihre Auswirkungen

Eine besondere Ausprägung des deutschen Mitbestimmungsrechts ist die Aufteilung der unternehmerischen und der betrieblichen Mitbestimmung. Im Gegensatz zu der zuvor behandelten betrieblichen Mitbestimmung, die sich auf die Beteiligung der Arbeitnehmer an den sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten im Betrieb beschränkt, zielt die unternehmerische Mitbestimmung auf die Beteiligung der Arbeitnehmer an den wesentlichen planerischen Entscheidungen des Unternehmens ab. Die Beteiligung erfolgt durch die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat einschlägiger Kapitalgesellschaften. Den Arbeitnehmern wird auf diesem Wege – innerhalb der gesetzlichen Grenzen – institutioneller Einfluss auf die Unternehmenspolitik gewährt, wobei sich die Mitbestimmung damit auf den Kompetenzbereich des Aufsichtsrats beschränkt.<sup>871</sup> Maßgebliche gesetzliche Normen sind hierbei vor allem das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) sowie das Mitbestimmungsgesetz.

In (großen) Unternehmen und Konzernen kommt es in Bezug auf die Stellung als Betriebs- und Aufsichtsratsmitglied zu einer Überschneidung beider Mitbestimmungsordnungen. Der Vorsitzende des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats sowie weitere Betriebsratsmitglieder werden oftmals als Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat des Unternehmens gewählt.<sup>872</sup> Der überwiegende Teil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ist demnach zugleich auch Betriebsratsmitglied des zu überwachenden Unternehmens. Der Gesetzgeber hat die Verknüpfung beider Ämter in einer Person zugelassen und diese nicht durch eine explizite Regelung getrennt. Die mitbestimmungsrechtliche Dopplung in Personalunion wirft insbesondere in Bezug auf die Vergütung und die Corporate Governance relevante Fragen auf. Diese ergeben sich insbesondere daraus, dass das Prinzip der Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsamts auf das davon grundlegend abweichende Vergütungssystem für Aufsichtsratsmitglieder trifft.<sup>873</sup> Zugleich

---

<sup>871</sup> MüKoAktG/Spindler, Vorb. Rn. 46.

<sup>872</sup> Vgl. etwa die Feststellungen bei Habersack/Henssler/Henssler, § 7 MitbestG Rn. 47; Aszmons, DB 2014, 895; Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 191; Rieble, AG 2016, 315, 316; Schönhöft/Oelze, NZA 2016, 145; Uffmann, ZfA 2018, 225; WKS/Wißmann, Vorb. Rn. 10; Wißmann, FS Kreutz, S. 513, 516; zur Zulässigkeit des Ausschlusses der Doppelmandate durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung, vgl. Richardi/Thüsing, § 78 Rn. 25 f.

<sup>873</sup> Uffmann, ZfA 2018, 225.

enthalten die mitbestimmungsrechtlichen Normen ebenfalls Vorschriften zu einer möglichen Benachteiligung oder Begünstigung, wobei deren gesetzliche Konzeption bzw. Richtigkeit sowie das Zusammenspiel mit den betriebsverfassungsrechtlichen Normen ungeklärt ist.<sup>874</sup> Werden die beiden Ämter in Personalunion geführt, ist schließlich zu überlegen, ob die Publizitätspflichten der Gesellschaft in Bezug auf die Vergütung der Arbeitnehmervertreter auch auf deren Vergütung als Betriebsräte ausstrahlen.<sup>875</sup>

### **A. Aufsichtsrat im System der Corporate Governance**

Der Aufsichtsrat ist in erster Linie für die Überwachung der Geschäftsführung zuständig. In der Praxis erweist sich hingegen die Personalkompetenz zur Bestellung und Abberufung des Vorstands als noch entscheidender.<sup>876</sup> Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat aufgrund von § 111 Abs. 4 S. 1 AktG nicht übertragen werden. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG sieht allerdings vor, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen, sofern die Satzung oder der Aufsichtsrat etwas Entsprechendes bestimmen.<sup>877</sup> Der Aufsichtsrat nimmt unter anderem deshalb in verstärktem Maße nicht mehr nur Überwachungs-, sondern zunehmend eine Beratungsfunktion ein.<sup>878</sup> Die wichtigen und strategischen Entscheidungen des Vorstands werden im Sinne der präventiven Kontrolle begleitet, ohne dass Einfluss auf das operative Geschäft genommen wird.<sup>879</sup>

Der Aufsichtsrat ist unter anderem aufgrund dieser Entwicklung in den Fokus der Corporate-Governance-Diskussion gerückt.<sup>880</sup> Corporate Governance fragt im Allgemeinen danach, welcher Rechtsrahmen in einem Unternehmen herrschen muss, damit es zu einem angemessenen Ausgleich zwischen unternehmerischer Leitungsmacht und ihrer Aufsicht kommt.<sup>881</sup> Corporate Governance ist demnach nicht allein eine Vorschrift, sondern vielmehr die Beschreibung eines

---

<sup>874</sup> Siehe unter Kapitel 4 B. II.; auch *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 191 ff.

<sup>875</sup> *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 249 ff.; *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 193 ff.

<sup>876</sup> *Henssler/Strohn/Henssler*, § 111 AktG Rn. 4.

<sup>877</sup> *Ausfl. MüKoAktG/Habersack*, § 111 AktG Rn. 14.

<sup>878</sup> *Henssler/Strohn/Henssler*, § 111 AktG Rn. 4; *MüKoAktG/Habersack*, § 111 AktG Rn. 12 mwN.

<sup>879</sup> BGH v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926, 1928.

<sup>880</sup> Vgl. insgesamt dazu *Seifert*, ZfA 2018, 198.

<sup>881</sup> Vgl. *Baums*, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, S. 6; *MüKoAktG/Spindler*, Vorb. Rn. 69.

ganzheitlichen Systems.<sup>882</sup> Dieser aus dem angelsächsischen Raum stammende Ansatz hat letztlich zur Kodifizierung eines entsprechenden auf börsennotierte Gesellschaften ausgerichteten Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) geführt.<sup>883</sup> Es handelt sich dabei um ein privates Regelwerk (sogenanntes „*soft law*“),<sup>884</sup> welches mangels eigener Gesetzesqualität keine verbindlichen über das bestehende Gesetz hinausgehenden Vorgaben aufstellen kann.<sup>885</sup> Der Kodex hat vielmehr Informationsfunktion gegenüber dem Kapitalmarkt und zugleich eine Ordnungsfunktion gegenüber den Gesellschaften.<sup>886</sup> Die Kodifizierung kann deshalb höchstens zur Auslegung bestehender gesetzlicher Vorschriften herangezogen werden und damit mittelbar Berücksichtigung finden,<sup>887</sup> stellt aber kein eigenes Gesetzesrecht dar.<sup>888</sup> Abgesehen davon bestimmt § 161 AktG, dass jährlich eine Entsprechungserklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex abgegeben werden muss, deren Nichtbefolgung eine Pflichtverletzung im Sinne der §§ 93 Abs. 1, 116 S. 1 AktG darstellen kann.<sup>889</sup>

In Bezug auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wird in letzter Zeit auf die damit zusammenhängenden Probleme der Corporate Governance hingewiesen.<sup>890</sup> So wird teilweise kritisiert, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats, welche insbesondere auch ein Betriebsratsamt innehaben, nicht in ausreichendem Maße unabhängig seien.<sup>891</sup> Daraus ergebe sich wiederum ein Widerspruch zur Überwachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrats. Als Betriebsratsmitglied sei der jeweilige Amtsträger – insbesondere in großen Unternehmen mit „*professionellen*“ Betriebsratsstrukturen – durch die Ausübung der Mitbestimmungsrechte und seine Machtposition letztlich Teil der

---

<sup>882</sup> KBLW/von Werder, Vorb. Rn. 1; *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 45; MüKoAktG/Spindler, Vorb. Rn. 69.

<sup>883</sup> Vgl. zu dem Ablauf und Entstehung insgesamt KBLW/von Werder, Vorb. Rn. 1 ff.

<sup>884</sup> K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 161 AktG Rn. 8; *Rieble*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 4.

<sup>885</sup> KBLW/Bachmann, Vorb. Rn. 94 ff.; MüKoAktG/Spindler, Vorb. Rn. 77;

*Koch/Kudlich/Thüsing*, ZIP 1, 3 f.

<sup>886</sup> Henssler/Strohn/E. Vetter, § 161 AktG Rn. 4.

<sup>887</sup> BeckOGK-AktG/Bayer/Scholz, § 161 AktG Rn. 18; *Koch/Koch*, § 161 Rn. 3;

*Koch/Kudlich/Thüsing*, ZIP 1, 3 f.

<sup>888</sup> Vgl. *Koch/Kudlich/Thüsing*, ZIP 2022, 1,3.

<sup>889</sup> KBLW/Bachmann, Vorb. Rn. 96; ausfl. BeckOGK-AktG/Bayer/Scholz, § 161 AktG Rn. 34 ff.

<sup>890</sup> Vor allem *Gietzen*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance, S. 341 ff.; *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 57 ff.; *Rieble*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 33 ff.; *ders.*, AG 2016, 315, 317, 323; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 229; *Weninger*, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte, S. 181 ff.; ähnlich *Löwisch/Kaiser/Löwisch*, § 37 BetrVG Rn. 6.

<sup>891</sup> Vgl. *Staaake*, NZG 2016, 853, 856 mwN.; zuletzt auch BeckOGK-AktG/Spindler, § 100 AktG Rn. 72; *Koch/Koch*, § 100 AktG Rn. 38.

Geschäftsleitung.<sup>892</sup> Zugleich bestehe allerdings auch eine gewisse Abhängigkeit von der Geschäftsleitung, da diese wiederum über die arbeitsvertragliche Vergütung des Betriebsrats als Arbeitnehmer entscheide. Damit entstehe ein Interessenkonflikt zum zu überwachenden Vorstand.<sup>893</sup>

Es gilt andererseits allerdings auch darauf hinzuweisen, dass die Unabhängigkeit der (unternehmensangehörigen) Arbeitnehmervertreter von den sonstigen Stakeholdern, wie vor allem dem Vorstand, oder etwa den Anteilseignern, den Gewerkschaften oder sonstigen externen Interessenträgern – trotz der Tatsache, dass zumindest gewisse aktienrechtliche Vorschriften die strukturelle Unabhängigkeit sichern sollen<sup>894</sup> –, nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist. Der Deutsche Corporate Governance Kodex sieht in seiner neusten Fassung gemäß den Grundsätzen (GS) 10 – 12 DCGK 2020 und den sich daraus ergebenden Empfehlungen C.6 – C.12 DCGK 2020 lediglich Bestimmungen zur Unabhängigkeit der Anteilseignervertreter vor. Die Frage, ob die Vertreter der Arbeitnehmer als unabhängige Mitglieder des Aufsichtsrats anzusehen sind, bedarf demnach eigentlich keiner Antwort mehr, da der DCGK in Abweichung von der vorherigen Fassung die Arbeitnehmervertreter ausdrücklich ausschließt.<sup>895</sup> Die Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter musste auch zuvor aufgrund der Stellung als weisungsunterworfenen Arbeitnehmer und/oder deren Rolle als explizite Interessenvertreter zwingend verneint werden.<sup>896</sup>

Die fehlende Notwendigkeit der Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter mag man im Hinblick auf die möglichst effektive Erfüllung der dem Aufsichtsrat obliegenden Kontrollaufgaben rechtspolitisch kritisieren<sup>897</sup>, aber letztlich ist jener Konflikt im grundlegenden System der Unternehmensmitbestimmung mit seiner Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsorgan angelegt. Dieser Konflikt zwischen der Unternehmensmitbestimmung und dem System der Corporate Governance wird deshalb auch durch den Deutschen Corporate Governance Kodex

---

<sup>892</sup> Kolbe, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, S. 351 ff.; Löwisch, Bitburger Gespräche 2006, S. 27; Rieble, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 33 ff.

<sup>893</sup> Rieble, AG 2016, 315, 319.

<sup>894</sup> Henssler/Strohn/Henssler, § 100 AktG Rn. 4.

<sup>895</sup> Koch/Koch, § 100 AktG Rn. 38.

<sup>896</sup> Nach MüKoAktG/Habersack, § 100 AktG Rn. 84 ist „die fehlende Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter und der Vertreter der Gewerkschaften sogar Programm“; zustimmend Rubner/Fischer, NZG 2019, 961, 962.

<sup>897</sup> von der Linden, DStR 2019, 1528, 1530 f.; vgl. auch Seifert, ZfA 2018, 198, 202 ff.

aus guten Gründen nicht aufgegriffen und thematisiert. Das Gebiet der Unternehmensmitbestimmung war nicht Gegenstand der ursprünglich eingesetzten Regierungskommission zur Corporate Governance.<sup>898</sup> Die Empfehlungen können demnach auf die entsprechenden Aspekte und Gefahren der Unternehmensmitbestimmung keine Antwort liefern.<sup>899</sup>

## **B. Grundlagen der Aufsichtsratsvergütung**

Im Bereich des Aufsichtsrats wird der Trend zu einer steigenden Vergütung ausgemacht. Dies lasse sich wiederum auf eine gesetzliche Aufgabenerweiterung des Organs zurückführen, welche zu einer höheren Arbeitsbelastung und einem ansteigenden Haftungsrisiko führe.<sup>900</sup> Zumindest in Großunternehmen wandle sich der Aufsichtsrat vom reinen Kontrollorgan zum aktiven Element der Unternehmensführung. Damit ist eine Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit umschrieben, was wiederum eine Parallele zum Bereich der Betriebsrats Tätigkeit darstellt.<sup>901</sup>

### ***I. Vergütung nach § 113 AktG***

Zentrale Norm der Aufsichtsratsvergütung ist § 113 AktG, der über Verweisungen auch auf die mitbestimmte GmbH sowie die Europäische Gesellschaft (SE) anwendbar ist.<sup>902</sup> Danach können Aufsichtsratsmitglieder für ihre Tätigkeit eine Vergütung erhalten. Es handelt sich lediglich um eine fakultative Vergütung, wobei Rechtsgrundlage des möglicherweise bestehenden Vergütungsanspruchs das durch die Wahl und deren Annahme entstehende korporationsrechtliche Rechtsverhältnis und nicht unmittelbar § 113 Abs. 1 S. 1 AktG ist.<sup>903</sup> Die Vergütung ist das synallagmatische Entgelt für die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied, was einen ersten Unterschied zu dem System der Betriebsratsvergütung darstellt.<sup>904</sup> Die

---

<sup>898</sup> Baums, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, S. 3.

<sup>899</sup> Maily, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 103; Rieble, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 7 ff.

<sup>900</sup> BeckOGK-AktG/Spindler, § 113 AktG Rn. 2 ff. mwN.

<sup>901</sup> Vgl. dazu insgesamt Uffmann, ZfA 2018, 225, 233 f. mwN., die von einer „verbindenden Diskussionslinie“ spricht; im Übrigen auch Seifert, ZfA 2018, 198.

<sup>902</sup> Vgl. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 24 Abs. 2 S. 2 MgVG sowie Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO.

<sup>903</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Henssler, § 113 AktG Rn. 2; Habersack/Henssler/Habersack, § 25 MitbestG Rn. 82; MünchHArbR/Uffmann, § 376 Rn. 10; ausfl. zum Rechtscharakter des Anstellungsverhältnisses Jacklofsky, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, S. 48 ff.

<sup>904</sup> Vgl. oben unter Kapitel A. II.; so auch HWK/Seibt, § 26 MitbestG Rn. 3;

MünchHArbR/Uffmann, § 376 Rn. 11; BeckOGK-AktG/Spindler, § 113 AktG Rn. 8; Thüsing/Veil, AG 2008, 359, 361; Uffmann, ZfA 2018, 225, 242.



Vergütung erfolgt zumeist durch die Zahlung einer Festvergütung. Es besteht die Möglichkeit der Zahlung variabler Vergütungsbestandteile sowie von Sitzungsgeldern.<sup>905</sup>

Sofern eine Vergütung der Aufsichtsrats Tätigkeit erfolgen soll, bedarf es gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 AktG entweder einer Regelung in der Satzung oder eines Hauptversammlungsbeschlusses. Auf diesem Wege wird sichergestellt, dass der Aufsichtsrat keinen Einfluss auf die eigene Vergütung hat. Zugleich ist der Einfluss des zu kontrollierenden Vorstands auf die Aufsichtsratsmitglieder ausgeschlossen.<sup>906</sup> Die Vergütung soll in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen. Durch das Kriterium der Angemessenheit wird eine Beschränkung der Vergütungshöhe gemessen am Aufwand, an der Verantwortlichkeit und der (finanziellen) Lage der Gesellschaft erreicht.<sup>907</sup> § 113 AktG bezweckt durch die Normierung einer rein fakultativen Aufsichtsratsvergütung, die zusätzlich durch die Anteilseigner der Gesellschaft gebilligt werden muss, allein die Festlegung einer im Interesse der Gesellschaft bestehenden Obergrenze der Vergütung.<sup>908</sup> Darin liegt ein weiterer Unterschied zu dem zuvor dargestellten System der Betriebsratsvergütung, da jedenfalls keine Untergrenze der Aufsichtsratsvergütung angenommen werden kann.<sup>909</sup> Die Aktionäre und Gläubiger sollen lediglich vor einer „Selbstbedienung“ der Aufsichtsratsmitglieder geschützt werden.<sup>910</sup> Vergütungsregelungen, die gegen § 113 AktG verstoßen, sind gemäß § 134 BGB nichtig. Insgesamt erweist sich die Bestimmung der Aufsichtsratsvergütung aufgrund der eindeutigen Kompetenzzuweisung als deutlich weniger tatbestandlich umstritten, als die zuvor dargestellte Problematik der Betriebsratsvergütung.

In Bezug auf die Vergütung der Aufsichtsrats Tätigkeit ist zugleich der allgemeine gesellschaftsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten.<sup>911</sup> Danach ist es zwar ohne Weiteres möglich, eine Staffelung der Vergütung anhand der

---

<sup>905</sup> Statt aller Henssler/Strohn/Henssler, § 113 AktG Rn. 3 mwN.

<sup>906</sup> Die Hauptversammlung darf deshalb auch nicht den Vorstand zur Ausgestaltung der Vergütungsregelungen ermächtigen, vgl. LG München I v. 07.12.2000 – 5 HK O 14047/00, NJW-RR 2001, 1118, 1119.

<sup>907</sup> MüKoAktG/Habersack, § 113 AktG Rn. 44 ff.

<sup>908</sup> Koch/Koch, § 113 AktG Rn. 20.

<sup>909</sup> Kort, FS Hüffer, S. 483, 485.

<sup>910</sup> Henssler/Strohn/Henssler, § 113 AktG Rn. 1.

<sup>911</sup> Ausfl. MüKoAktG/Habersack, § 113 AktG Rn. 42 f.

übernommenen Funktionen und Aufgaben – so entspricht es der Formulierung in § 113 Abs. 1 S. 3 AktG – vorzunehmen, nicht jedoch eine Unterscheidung nach der Qualifikation des einzelnen Amtsträgers oder der Zuordnung als Anteilseigner- oder Arbeitnehmervertreter.<sup>912</sup> Nach § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG bestimmt sich die Stellung der Arbeitnehmervertreter nach den aktienrechtlichen Vorschriften.<sup>913</sup> Es ergeben sich also mangels spezieller mitbestimmungsrechtlicher Vorschriften keine Besonderheiten zu den Vertretern der Anteilseigner. Die Aufsichtsratsmitglieder handeln – trotz des weiterhin bestehenden Arbeitsverhältnisses – in Bezug auf ihre Tätigkeit weisungsfrei.<sup>914</sup>

## ***II. Mitbestimmungsrechtliche Benachteiligungs- und Begünstigungsverbote***

Besondere Beachtung in Bezug auf die Stellung und Vergütung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, die zugleich Betriebsratsmitglied sind, verdienen die mitbestimmungsrechtlichen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbote. Entsprechende Verbote sind notwendig, da die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat noch in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehen und deshalb in dieser Rechtsbeziehung allen Maßnahmen der Unternehmensleitung unterworfen sein können.<sup>915</sup>

In § 26 S. 2 MitbestG ist ausdrücklich normiert, dass die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer „wegen ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat eines Unternehmens, dessen Arbeitnehmer sie sind oder als dessen Arbeitnehmer sie nach § 4 oder § 5 gelten, nicht benachteiligt“ werden dürfen. Satz 3 der Vorschrift bezieht diesen Schutz auch auf die berufliche Entwicklung. Es wird demnach ein allgemeines Benachteiligungsverbot normiert, welches in Übereinstimmung mit § 78 BetrVG explizit auch die berufliche Entwicklung aufnimmt. Eine Schlechterstellung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber den anderen Arbeitnehmern, welche zugleich ohne sachlichen Grund erfolgt, ist damit verboten.<sup>916</sup> Die Vorschrift wendet sich

---

<sup>912</sup> Statt aller Henssler/Strohn/Henssler, § 113 AktG Rn. 5; MünchHArbR/Uffmann, § 376 Rn. 11; MüKoAktG/Habersack, § 113 AktG Rn. 43; Kort, FS Hüffer, S. 483, 486 ff.

<sup>913</sup> Dies gilt auch über § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 Hs. 2 DrittelbG.

<sup>914</sup> ErfK/Oetker, § 111 AktG Rn. 19 f.

<sup>915</sup> WKS/Wißmann, § 26 MitbestG Rn. 1.

<sup>916</sup> WKS/Wißmann, § 26 MitbestG Rn. 16.

vor allem gegen Benachteiligungen im Arbeitsverhältnis, richtet sich jedoch generell an jedermann.<sup>917</sup>

Auffällig ist hingegen, dass § 9 S. 2 DrittelbG sowie § 44 Nr. 3 SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) – im Gegensatz zu § 26 MitbestG – zusätzlich zu dem ebenfalls aufgenommenen Benachteiligungsverbot ein Begünstigungsverbot normieren. Über die Gründe und Auswirkungen des fehlenden Begünstigungsverbots hingegen in § 26 MitbestG herrscht in vergütungsrechtlicher Hinsicht Unklarheit. Teilweise wird darauf verwiesen, dass ein entsprechendes Begünstigungsverbot im Mitbestimmungsgesetz fehle, da bewusst Höhergruppierungen oder die Übertragung von höherwertigen Positionen im Hinblick auf die bei der Tätigkeit im Aufsichtsrat erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht verhindert werden sollten.<sup>918</sup> Für diese Ansicht spricht, dass sich der Gesetzgeber für die Regelung in § 26 MitbestG an dem damals für die Beteiligung im Aufsichtsrat geltenden § 76 Abs. 2 S. 5 i.V.m. § 78 BetrVG 1952 orientierte.<sup>919</sup> Die damalige Gesetzeslage kannte demnach bereits ein Begünstigungsverbot, auf dessen Normierung allerdings im Bereich des § 26 MitbestG verzichtet wurde. Die Möglichkeit zur Begünstigung von Aufsichtsratsmitgliedern rechtfertige sich nach dieser Ansicht aus der besonderen Stellung und der Verantwortung für das Unternehmen.<sup>920</sup> Andere verweisen darauf, dass ein Begünstigungsverbot in § 26 MitbestG zu Unrecht fehle, da eine Begrenzung der Begünstigung angebracht sei.<sup>921</sup> Das fehlende Verbot der Begünstigung sei demnach vor dem Hintergrund des § 9 DrittelbG systemwidrig.<sup>922</sup> Es wird dann oftmals eine Begrenzung der Begünstigung über die Geltung des arbeitsrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes konstruiert.<sup>923</sup>

Das Fehlen eines entsprechenden Begünstigungsverbots im Mitbestimmungsgesetz ist jedenfalls nicht logisch zu erklären. Die unterschiedliche Konzeption etwa in

---

<sup>917</sup> Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 1 mwN.; WKS/Wißmann, § 26 MitbestG Rn. 15.

<sup>918</sup> Bittmann/Mujan, BB 2012, 637, 639; Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 192 f.; Esser, Begünstigung, S. 102; WKS/Wißmann, § 26 MitbestG Rn. 2.

<sup>919</sup> WKS/Wißmann, § 26 MitbestG Rn. 2.

<sup>920</sup> RVJ/Raiser/Jacobs, § 26 MitbestG Rn. 13; Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 193.

<sup>921</sup> Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 2 und § 9 DrittelbG Rn. 2.

<sup>922</sup> GroßK-AktG/Oetker, § 26 MitbestG Rn. 3; aA RVJ/Raiser/Jacobs, § 26 MitbestG Rn. 13.

<sup>923</sup> MünchHArbR/Uffmann, § 376 Rn. 31.

Drittelbeteiligungs- und Mitbestimmungsgesetz lässt sich nicht durch eine weitergehende Verantwortung der Aufsichtsratsmitglieder im Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes erklären.<sup>924</sup> Die divergierenden Formulierungen dürften deshalb vielmehr allein auf einer Unachtsamkeit des damaligen Gesetzgebers und nicht auf einer bewussten Entscheidung beruht haben. Die Tatsache, dass das Begünstigungsverbot bei § 26 MitbestG fehlt, kann daher nicht als generelle Erlaubnis zur Begünstigung ausgelegt werden.<sup>925</sup>

Es ist infolgedessen richtig, eine Begrenzung der möglichen Begünstigungen zu suchen. Wie bereits erwähnt, wird dies zumeist über die Geltung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie den mitbestimmungsrechtlichen Zwang zur Gleichbehandlung der Aufsichtsratsmitglieder konstruiert. So dürften etwa die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht gegenüber den weiteren Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund begünstigt werden, da ansonsten eine Gefährdung der unabhängigen Überwachung vorliege.<sup>926</sup> Es ist jedoch bereits im Ansatz zu erkennen, dass die Geltung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes mitnichten den gleichen Schutz wie ein explizites Begünstigungsverbot bewirken kann.<sup>927</sup> Bestünde ein Verbotsgesetz, würde der Verstoß gegen ein solches zwingend zur Nichtigkeit der entsprechenden Vereinbarung gemäß § 134 BGB führen, wohingegen bei einem Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz allein eine Anpassung für die ungleich behandelten Arbeitnehmer erfolgen würde, worauf sich auch nur diese berufen könnten.

Zugleich ist zu erkennen, dass das gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot in vergütungsrechtlicher Hinsicht ebenfalls ein äußerst schwaches Schwert ist. Zumeist wird eine Begünstigung nur darüber eintreten, dass den Arbeitnehmervertretern eine Höhergruppierung oder Beförderung in ihrem Arbeitsverhältnis gewährt wird. Dies würde wiederum durch die bei der Aufsichtsrats Tätigkeit erlangten Fähigkeiten und Kenntnisse gerechtfertigt. Ein solches Vorgehen kann wiederum nicht dem gesellschaftsrechtlichen

---

<sup>924</sup> AA Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 193.

<sup>925</sup> Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 2; MünchHArbR/Uffmann, § 376 Rn. 31; Schönhöft/Oelze, NZA 2016, 145, 147.

<sup>926</sup> RVJ/Raiser/Jacobs, § 26 MitbestG Rn. 13; WKS/Wißmann, 26 MitbestG Rn. 3.

<sup>927</sup> Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 195; WKS/Wißmann, 26 MitbestG Rn. 3.

Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen, da es bereits an der Vergleichbarkeit von Anteilseigner und Arbeitnehmervertretern fehlt.<sup>928</sup> Nur die Arbeitnehmervertreter sind überwiegend Arbeitnehmer des Unternehmens und können überhaupt eine erhöhte arbeitsvertragliche Vergütung erhalten. Einen Verstoß wird man hingegen annehmen können, wenn sich die Erhöhung der arbeitsvertraglichen Vergütung als verdeckte Aufsichtsratsvergütung erweist.<sup>929</sup> Dieser praktisch nur schwer zu beweisende Fall wird wohl nur eintreten können, wenn etwa alle Arbeitnehmervertreter gleichzeitig befördert werden sollten.

Es herrscht damit ohne gesetzliche Regelung lediglich ein eingeschränkter und deutlich abgeschwächter Schutz vor sachlich ungerechtfertigten Begünstigungen der Arbeitnehmervertreter. Wie *Oetker* allerdings zutreffend erkennt, ist die damit für das Mitbestimmungsgesetz ausgemachte Regelungslücke durch eine analoge Anwendung der sonstigen Begünstigungsverbote bezüglich der Arbeitnehmervertreter zu schließen.<sup>930</sup> Solche ergeben sich aus § 9 S. 2 DrittelbG, § 44 Nr. 3 SEBG sowie § 33 Nr. 3 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG). Wie bereits zuvor festgestellt, ergeben sich keine teleologischen Erwägungen, die einen Verzicht auf ein Begünstigungsverbot für den Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes rechtfertigen könnten. Die normative Entwicklung in Bezug auf die zuvor genannten Begünstigungsverbote<sup>931</sup> – welche alle erst nach dem Mitbestimmungsgesetz erlassen wurden – lässt allerdings erkennen, dass der Gesetzgeber ein solches Verbot insgesamt für notwendig erachtet.

Das gebetsmühlenartig vorgetragene Mantra, dass auf die Normierung eines Begünstigungsverbots von Arbeitnehmervertretern („*ausdrücklich*“) verzichtet wurde<sup>932</sup>, um etwa Höhergruppierungen zuzulassen,<sup>933</sup> lässt sich weder durch sachliche Aspekte noch durch eine explizite Feststellung in den damaligen Gesetzesmaterialien belegen.<sup>934</sup> Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, dass

---

<sup>928</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 196.

<sup>929</sup> *Esser*, Begünstigung, S. 101 f.

<sup>930</sup> GroßK-AktG/*Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 3.

<sup>931</sup> GroßK-AktG/*Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 3.

<sup>932</sup> *Aszmons*, DB 2014, 895, 897.

<sup>933</sup> Vgl. etwa auch *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637, 639; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 192; *Esser*, Begünstigung, S. 102; *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 132.

<sup>934</sup> Krit. ebenfalls *Heidel/Wichert*, § 26 MitbestG Rn. 7; *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 147.

§ 26 MitbestG auf die Normierung eines Begünstigungsverbots entgegen der Vorgängerregelung des § 76 Abs. 2 i.V.m. § 78 BetrVG 1952 verzichtet, da jedenfalls die zeitlich nachfolgenden Tätigkeiten des Gesetzgebers auf ein entsprechendes Regelungsanliegen schließen lassen. Die fehlende Normierung des Begünstigungsverbots in § 26 MitbestG ist ein gesetzgeberisches Versehen. Es ist deshalb auch im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes von der Geltung eines umfassenden Begünstigungsverbots bezüglich der Arbeitnehmervertreter auszugehen, wobei dessen vergütungsrechtliche Auswirkungen noch zu untersuchen sind.

### ***III. Entgeltliche Freistellung der Arbeitnehmervertreter***

Durch dessen Wahl entsteht zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und dem Unternehmen ein eigenständiges korporationsrechtliches Rechtsverhältnis.<sup>935</sup> Sofern das Aufsichtsratsmitglied zugleich Arbeitnehmer des Unternehmens ist – bei Doppelmandatsträgern in Betriebs- und Aufsichtsrat zwingend der Fall –, tritt jenes Rechtsverhältnis zum weiterhin bestehenden Arbeitsverhältnis hinzu.<sup>936</sup> Entsprechend der Trennung beider Rechtsverhältnisse bleiben grundsätzlich alle arbeitsvertraglichen Pflichten bestehen. Ein dem Unternehmen angehörender Arbeitnehmervertreter erfüllt durch die Aufsichtsrats Tätigkeit insbesondere keine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag.<sup>937</sup> Daraus wird richtigerweise abgeleitet, dass die Aufsichtsrats Tätigkeit nur dann in der Arbeitszeit erbracht werden kann, sofern eine Verlegung in die Zeit ohne arbeitsvertragliche Verpflichtungen nicht möglich ist.<sup>938</sup> Im Fall einer unvermeidbaren Überschneidung geht damit entsprechend der Wertungen des Störungsverbots aus § 26 S. 1 MitbestG und § 9 S. 1 DrittelbG die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied vor.<sup>939</sup> Die Aufsichtsratsmitglieder sind für die Zeiten der erforderlichen oder mit Zustimmung des Arbeitgebers erfolgten Aufsichtsrats Tätigkeiten von ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtung nach § 275 Abs. 1 BGB befreit. Zur Überprüfung der Erforderlichkeit muss sich das

---

<sup>935</sup> Vgl. oben unter Kapitel 4 B. I.

<sup>936</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Greiner, § 26 MitbestG Rn. 6; MünchHArbR/Uffmann, § 376 Rn. 10; RVJ/Raiser/Jacobs, § 26 MitbestG Rn. 6; Schönhöft/Oelze, NZA 2016, 145.

<sup>937</sup> ErfK/Oetker, § 26 MitbestG Rn. 4 mwN.; Jacklofsky, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, S. 68; RVJ/Raiser/Jacobs, § 26 MitbestG Rn. 6.

<sup>938</sup> Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 5.

<sup>939</sup> ErfK/Oetker, § 26 MitbestG Rn. 4 mwN.; Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 4; HWK/Seibt, § 26 MitbestG Rn. 3; Jacklofsky, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, S. 71 ff.; MüKoAktG/Annufß, § 26 MitbestG Rn. 5; RVJ/Raiser/Jacobs, § 26 MitbestG Rn. 6; Schönhöft/Oelze, NZA 2016, 145.

unternehmensangehörige Aufsichtsratsmitglied allerdings abmelden, eine Notwendigkeit der Zustimmung des Arbeitgebers geht damit allerdings nicht einher.<sup>940</sup>

### *1. Bestehen eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung*

Davon ist allerdings die bislang umstrittene und noch nicht höchstichterlich geklärte Frage zu trennen, ob dem Arbeitnehmer für die während der Arbeitszeit erbrachte Aufsichtsrats Tätigkeit ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zukommt oder der Vergütungsanspruch entsprechend § 326 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich um diese Zeiten zu kürzen ist.<sup>941</sup> Im Fall von Doppelmandatsträgern in Betriebs- und Aufsichtsrat verliert diese Frage allerdings praktisch insoweit an Brisanz, als die Arbeitnehmervertreter zumeist bereits vollständig freigestellte Betriebsratsmitglieder sind und schon damit kein unmittelbar leistungsbezogenes Entgelt erhalten sowie keinen unmittelbaren zeitlich zwingenden Arbeitsverpflichtungen unterliegen.<sup>942</sup>

Bei der Beantwortung der Frage nach einem möglichen Anspruch auf entgeltliche Arbeitsfreistellung ist zu erkennen, dass es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung der Entgeltfortzahlung fehlt.<sup>943</sup> Eine die Vergütungspflicht aufrechterhaltende Norm – wie beispielsweise § 37 Abs. 2 BetrVG für die Betriebsrats Tätigkeit – ist in die Vorschriften, die den Aufsichtsrat betreffen, nicht aufgenommen worden. Ausgehend von dieser Feststellung werden in der Literatur indes verschiedene Schlussfolgerungen gezogen.

Einige verweisen uneingeschränkt darauf, dass deshalb ein Anspruch auf die Fortzahlung des Arbeitsentgelts ausscheide, und, sofern dieses dennoch gewährt werde, gar ein Verstoß gegen § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG vorliege.<sup>944</sup> Andere stellen heraus, dass jedenfalls kein genereller Rechtsanspruch auf die Fortzahlung der arbeitsvertraglichen Vergütung bestehe, diese aber der einfachen Abwicklung

---

<sup>940</sup> WKS/Wißmann, § 26 MitbestG Rn. 9 mwN.

<sup>941</sup> Vgl. Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 8; HWK/Seibt, § 26 MitbestG Rn. 4; Koch/Koch, § 113 AktG Rn. 5; Jacklofsky, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, S. 82 ff.; WKS/Wißmann, § 26 MitbestG Rn. 10 ff.

<sup>942</sup> Vgl. unten Kapitel 4 B. III.

<sup>943</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Greiner, § 26 MitbestG Rn. 7; ErfK/Oetker, § 26 MitbestG Rn. 4; Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 8; HWK/Seibt, § 26 MitbestG Rn. 3; MüKoAktG/Annuß, § 26 MitbestG Rn. 5; Schönhöft/Oelze, NZA 2016, 145, 146.

<sup>944</sup> MüKoAktG/Annuß, § 26 MitbestG Rn. 5; Maily, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 136 ff.; Schönhöft/Oelze, NZA 2016, 145, 146 ff.

halber gezahlt werden könne.<sup>945</sup> Teilweise wird auch darauf verwiesen, dass der Anspruch auf das Arbeitsentgelt trotz des durch die Aufsichtsratsstätigkeit eintretenden Arbeitsausfalls bestehen bleibe.<sup>946</sup> Eine rein schuldrechtliche Beurteilung anhand des § 326 Abs. 1 BGB greife zu kurz und werde den Zielen des § 26 MitbestG nicht gerecht.<sup>947</sup> Auf diesem Wege würden Diskriminierungsgefahren nicht verhindert werden, die eine Kürzung des Entgeltanspruchs stets mit sich bringen würde.<sup>948</sup> Wieder andere differenzieren danach, dass ein Anspruch auf Weiterzahlung der Vergütung indes nur dann wegen des Benachteiligungsverbots des Mitbestimmungsgesetzes und des Drittelbeteiligungsgesetzes bestehe, wenn die Aufsichtsratsvergütung keinen Ausgleich schaffe, eine solche also entweder nicht gewährt werde oder zu gering bemessen sei.<sup>949</sup> Ein genereller Anspruch auf eine Doppelvergütung bestehe demnach nicht, es könne sich allerdings nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ein solcher ergeben. Eine weitere Meinung in der Literatur versucht unter Heranziehung der Lehre des Betriebsrisikos nach § 615 S. 3 BGB oder einer weiten Auslegung des Benachteiligungsverbots aus § 26 MitbestG und § 9 DrittelbG den entsprechenden Anspruch zu begründen.<sup>950</sup> Teilweise wurde auch die analoge Anwendung des § 37 Abs. 2 BetrVG oder das Entstehen einer betrieblichen Übung für die Begründung einer Entgeltfortzahlung diskutiert.<sup>951</sup>

Dieser Überblick über die in der Literatur vertretenen Ansichten lässt erkennen, dass hier teilweise eine womöglich ausgewogene Lösung abseits des normierten Rechts gesucht wird. Eine gesetzliche Verpflichtung zur entgeltlichen Freistellung von Arbeitnehmern zur Wahrnehmung der erforderlichen Aufsichtsratsstätigkeiten existiert nicht, da der Gesetzgeber bei Erlass der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften im Gegensatz zu etwa dem Betriebsverfassungsrecht auf die Normierung einer die Vergütungspflicht aufrechterhaltenden Norm verzichtet hat. Die Versuche der Literatur, trotz dieser Tatsache zu einem uneingeschränkten

---

<sup>945</sup> Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 8; RVJ/Raiser/Jacobs, § 26 MitbestG Rn. 6.

<sup>946</sup> KölnerKomm-AktG/Mertens/Cahn, § 26 MitbestG Rn. 6; WKS/Wißmann, § 26 MitbestG Rn. 11.

<sup>947</sup> WKS/Wißmann, § 26 MitbestG Rn. 11 mwN.

<sup>948</sup> WKS/Wißmann, § 26 MitbestG Rn. 11.

<sup>949</sup> Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 8.

<sup>950</sup> ErfK/Oetker, § 26 MitbestG Rn. 4.

<sup>951</sup> Jacklofsky, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, S. 100 ff.; Reich/Lewerenz, AuR 1976, 353, 366.



Anspruch auf Fortzahlung des arbeitsvertraglichen Entgelts zu gelangen, sind deshalb aus rechtsdogmatischer Hinsicht nicht haltbar.<sup>952</sup>

Wie *Henssler* überzeugend feststellt, widerspricht die verpflichtende Annahme einer aus zwei Rechtsverhältnissen resultierenden Doppelvergütung der seitens des Arbeitnehmers für Aufsichtsrats Tätigkeiten aufgebrauchten Zeit allen zivilrechtlichen Grundsätzen und ist damit abzulehnen.<sup>953</sup> Allein der Hinweis auf eine möglicherweise bestehende Diskriminierungsgefahr kann nicht das schuldrechtliche System aus § 326 Abs. 1 BGB unterlaufen. Es gilt, beide Rechtsverhältnisse auseinanderzuhalten. Zudem sorgt die im Regelfall gewährte Aufsichtsratsvergütung für einen angemessenen Ausgleich.

## *2. Zulässigkeit der freiwilligen Fortzahlung des Arbeitsentgelts*

Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Weiterzahlung des arbeitsvertraglichen Entgelts für die Zeit der Aufsichtsrats Tätigkeit besteht, wie festgestellt, nicht. Es schließt sich allerdings die Frage an, ob der Arbeitgeber auf Basis seiner freiwilligen Entscheidung die arbeitsvertragliche Vergütung fortzahlen kann. Dieser Vorgehensweise könnten die – nach hier vertretener Ansicht einschlägigen – mitbestimmungsrechtlichen Begünstigungsverbote aus § 9 S. 2 DrittelbG, § 44 Nr. 3 SEBG sowie § 33 Nr. 3 MgVG entgegenstehen.<sup>954</sup> Die Begünstigung von Aufsichtsratsmitgliedern ist demnach – im Gleichlauf mit § 78 S. 2 BetrVG – unzulässig.

Nach den Wertungen des allgemeinen Schuldrechts entfällt der Anspruch auf die entgeltliche Gegenleistung gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, sofern keine die vergütungserhaltende Norm greift. Eine solche existiert nach dem zuvor entwickelten Ergebnis unstreitig nicht. Mangels vertraglichen Anspruchs auf die Fortzahlung des Arbeitsentgelts handelt es sich deshalb auch im Fall der freiwilligen Fortzahlung um eine unzulässige Begünstigung der

---

<sup>952</sup> *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 146.

<sup>953</sup> *Habersack/Henssler/Henssler*, § 26 MitbestG Rn. 8; *HWK/Seibt*, § 26 MitbestG Rn. 3; *Jacklofsky*, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, S. 96 ff.; *MüKoAktG/Annufß*, § 26 MitbestG Rn. 5; *RVJ/Raiser/Jacobs*, § 26 MitbestG Rn. 6.

<sup>954</sup> Vgl. oben unter Kapitel 4 B. II.

unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder.<sup>955</sup> Eine andere Bewertung kann sich auch nicht daraus ergeben, dass die Fortzahlung des Arbeitsentgelts aus rein praktischen Gründen, nämlich den Schwierigkeiten bei der Erfassung der Aufsichtsrats Tätigkeit, erfolgt. In Bezug auf die direkte Gewährung eines tatsächlich nicht geschuldeten Entgelts sind die mitbestimmungsrechtlichen Begünstigungsverbote umfassend und lassen demnach keine Ausnahmen zu. *Koch* weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass die Compliance-Bemühungen „auch vor Mitbestimmung nicht halt machen“ dürfen.<sup>956</sup>

### 3. Sonderfall der nicht gewährten Aufsichtsratsvergütung

Einer genaueren Betrachtung bedarf allerdings der Fall, dass die Aufsichtsratsvergütung keinen oder nur einen unzureichenden Ausgleich schafft.<sup>957</sup> In diesem Spezialfall könnte dem Arbeitnehmer mangels entsprechender synallagmatischer Gegenleistung für das Aufsichtsratsamt ein entgeltlicher Nachteil entstehen, der wiederum aufgrund des Benachteiligungsverbots des § 26 S. 2 MitbestG bzw. § 9 S. 2 DrittelbG unzulässig wäre. Es käme in diesem Fall zu einer Überschneidung der grundsätzlich zu trennenden Rechtsverhältnisse. Dass ein solcher Fall vorkommt, erscheint auf den ersten Blick äußerst unwahrscheinlich, da die Aufsichtsrats Tätigkeit mittlerweile wohl weitestgehend eine angemessen vergütete Tätigkeit sein dürfte.<sup>958</sup> Eine andere Bewertung könnte sich allerdings unter Berücksichtigung der teilweise für Arbeitnehmervertreter geltenden Abführungspflichten an Einrichtungen der Gewerkschaften aufdrängen.

Unabhängig von der unten ausführlich zu analysierenden Zulässigkeit einer solchen Pflicht, muss bereits hier erkannt werden, dass es sich dabei um eine Pflicht handelt, die den jeweiligen Arbeitnehmervertretern aufgrund ihrer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft von eben jener auferlegt wird.<sup>959</sup> Es handelt sich also um kein zwingendes staatliches Gesetz und ist demnach bei der Beurteilung der

---

<sup>955</sup> MüKoAktG/*Annuß*, § 26 MitbestG Rn. 5; MünchHArbR/*Uffmann*, § 376 Rn. 33; unter Heranziehung eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz HWK/*Seibt*, § 26 MitbestG Rn. 3; *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 136 ff.; *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 146 ff.; aA *Habersack/Henssler/Henssler*, § 26 MitbestG Rn. 9a; *Jacklofsky*, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, S. 102 f.

<sup>956</sup> *Koch/Koch*, § 113 AktG Rn. 4.

<sup>957</sup> Vgl. etwa *Rieble*, AG 2016, 315, 316, wonach im Regelfall das Amt vergütet wird.

<sup>958</sup> Vgl. *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 148; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 234.

<sup>959</sup> Vgl. unten Kapitel 4 B. IV.; *Habersack/Henssler/Henssler*, § 26 MitbestG Rn. 9a; MünchHArbR/*Uffmann*, § 376 Rn. 33; *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 148; *Rieble*, AG 2016, 315, 316.

ursprünglichen gesetzlichen Konzeption außer Betracht zu lassen.<sup>960</sup> Es handelt sich hier allein um eine Pflicht aus dem Innenverhältnis von Gewerkschaft und Arbeitnehmer.

Es stellt sich demnach lediglich die Frage, ob im Fall einer fehlenden oder unzureichenden Vergütung der Aufsichtsrats Tätigkeit eine arbeitgeberseitige Pflicht zur Fortzahlung der arbeitsvertraglichen Vergütung in Betracht kommt. Diese Frage wird in der Literatur überwiegend bejaht, da ansonsten eine Benachteiligung des Aufsichtsratsmitglieds wegen seiner Tätigkeit eintreten würde.<sup>961</sup> Andere lehnen diese Auslegung wiederum unter Hinweis auf die strenge Trennung beider Rechtsverhältnisse ab.<sup>962</sup> Die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat und das Arbeitsverhältnis stünden rechtlich selbstständig nebeneinander; folglich seien auch die Vergütungssphären zu trennen.<sup>963</sup> Es entstehe keine Benachteiligung gegenüber anderen Arbeitnehmern, da es zu keiner Schlechterstellung komme; lasse sich ein normaler Arbeitnehmer freistellen, so erfolge dies auch unter Verlust seines Lohnfortzahlungsanspruchs.<sup>964</sup> Zugleich stehe der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz einer Zahlung entgegen, da die Fortzahlung einer Vergütung eine Besserstellung der Arbeitnehmervertreter gegenüber den Vertretern der Anteilseigner darstelle.<sup>965</sup>

Die Mindermeinung überzeugt nicht. Es stellt unfraglich einen Nachteil für die Arbeitnehmervertreter dar, wenn sie ihren Lohnanspruch aufgrund der vorrangigen Aufsichtsrats Tätigkeit verlieren und ihnen zugleich kein angemessener Ausgleich zukommt. Der Vergleich mit einem normalen Arbeitnehmer versagt insoweit, als die Freistellung zur Wahrnehmung der Aufsichtsrats Tätigkeit gerade auf dem Status als Arbeitnehmer des zu beaufsichtigenden Unternehmens basiert. Ein Arbeitnehmer, der sich etwa aus privaten Gründen freistellen lässt, ist bereits

---

<sup>960</sup> Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 9a; *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 148; *Rieble*, AG 2016, 315, 316.

<sup>961</sup> *ErfK/Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 4; Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 8 f.; *HWK/Seibt*, § 26 MitbestG Rn. 3; *RVJ/Raiser/Jacobs*, § 26 MitbestG Rn. 6; *MünchHArbR/Uffmann*, § 376 Rn. 33.

<sup>962</sup> *MüKoAktG/Annufß*, § 26 MitbestG Rn. 5; *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 147 f.; *Jacklofsky*, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, S. 87; *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 139 f.

<sup>963</sup> Vgl. erneut *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 146 unter zutreffendem Hinweis auf den Fall, dass „die Aufsichtsrats Tätigkeit nicht beim Vertragsarbeitgeber des Arbeitnehmers, sondern bei der Konzernmutter ausgeübt wird“.

<sup>964</sup> *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 138.

<sup>965</sup> *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 138; *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 146.

deshalb nicht mit ihm vergleichbar. Es kommt nur darauf an, dass eine Schlechterstellung in entgeltrechtlicher Hinsicht zu einem regulär weiterarbeitenden Arbeitnehmer erfolgt. Auch der Einwand in Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz greift nicht durch. Es liegt in einem solchen Fall – nämlich dem entschädigungslosen Verlust des Anspruchs auf Lohnzahlung – ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vor. Die Arbeitnehmer sollen ihre Rechte uneingeschränkt wahrnehmen können, ohne dass ihnen daraus Nachteile entstehen.

Aufgrund dieser Ausgangslage ist es notwendig, im anzunehmenden Spezialfall einer nicht vorhandenen oder unzureichenden Vergütung der Aufsichtsrats Tätigkeit nach Lösungen zu suchen, um eine Benachteiligung der Arbeitnehmervertreter zu verhindern. Die Auslegung des § 26 MitbestG oder § 9 DrittelbG als die Vergütungspflicht aufrechterhaltende Normen im Sinne des § 326 Abs. 2 BGB überzeugt allerdings nicht.<sup>966</sup> § 326 Abs. 2 BGB lässt sich trotz der – soeben dargestellten – bestehenden Benachteiligung mangels dahingehenden Wortlauts nicht ohne Weiteres als die Vergütungspflicht aufrechterhaltende Norm auslegen. Teilweise wird ein Anspruch auf Kompensation des Arbeitsentgeltverlusts über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 26 S. 2 MitbestG angenommen.<sup>967</sup> Gegen einen solchen Anspruch spricht wiederum, dass zwar in der Regel die Verwirklichung des Tatbestands die Rechtswidrigkeit indiziert, jedoch im Bereich des einschlägigen § 113 AktG gerade keine generelle Pflicht zur Gewährung eines entsprechenden Entgelts für die Aufsichtsrats Tätigkeit angenommen werden kann. Deshalb ist auch die Konstruktion über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 26 S. 2 MitbestG abzulehnen. Der unbestrittene Telos der mitbestimmungsrechtlichen Benachteiligungsverbote, etwa aus § 26 S. 2 MitbestG, lässt jedoch eine dogmatisch einwandfreie Lösung zur Abgeltung des erlittenen Lohnausfalls über den Auslagenersatz für das Aufsichtsratsmitglied gemäß §§ 670, 675 BGB analog zu.<sup>968</sup> Der Lohnausfall stellt in diesem Spezialfall aufgrund der normativen Wirkung des

---

<sup>966</sup> AA Habersack/Henssler/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 8.

<sup>967</sup> Schönhöft/Oelze, NZA 2016, 145, 147 f.

<sup>968</sup> Ausfl. dazu BeckOGK-AktG/Spindler, § 113 AktG Rn. 11 ff. mwN.

Benachteiligungsverbots eine monetäre Aufwendung zwecks Wahrnehmung der Aufsichtsratsstätigkeit dar.<sup>969</sup>

Dies bedeutet allerdings nicht, dass auch der möglicherweise erlittene Lohnausfall von Mitgliedern der Anteilseignerseite stets seitens der Gesellschaft übernommen werden muss, da für diese die mitbestimmungsrechtlichen Benachteiligungsverbote nicht einschlägig sind. Darin liegt wiederum kein unzulässiger Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot. Das Gesetz schützt durch die Vorschrift allein die Vertreter der Arbeitnehmer.

#### ***IV. Abführungspflicht von DGB-Gewerkschaftsmitgliedern***

Vertreter der Arbeitnehmer, die einer Gewerkschaft des Deutschen Gewerkschaftsbunds (DGB) angehören, verpflichten sich, einen Großteil ihrer Vergütung an die Hans-Böckler-Stiftung oder ähnliche gemeinnützige Einrichtungen abzuführen.<sup>970</sup> Es werden von DGB-Gewerkschaften nur solche Kandidaten zur Wahl in den Aufsichtsrat unterstützt, die sich vorab verpflichtet haben, die Abführungspflichten einzuhalten.<sup>971</sup> Dies wird daran ersichtlich, dass bereits im Vorfeld einer Kandidatur eine Individualvereinbarung zur Abführung abgeschlossen werden muss.<sup>972</sup> Zugleich ist die Abführungspflicht in den Satzungen der Gewerkschaften verankert.<sup>973</sup> Die Abführungspflicht wird insbesondere deshalb kritisiert, weil sie das eigentlich vergütete Amt des Aufsichtsratsmitglieds in ein Ehrenamt umwandle und damit zugleich die Gefahr schaffe, dass bei Doppelmandatsträgern die Betriebsratsvergütung unzulässig erhöht werde, um einen angemessenen Ausgleich für die Arbeitsbelastung aus beiden Ämtern zu bewirken.<sup>974</sup>

Die höchstrichterliche Klärung der Wirksamkeit der entsprechenden Satzungsregelungen durch den BGH steht noch aus. Die Rechtsprechung des BAG

---

<sup>969</sup> KölnerKomm-AktG/*Mertens/Cahn*, § 113 AktG Rn. 12; aA BeckOGK-AktG/*Spindler*, § 113 AktG Rn. 14.

<sup>970</sup> Vgl. die Aufschlüsselung bei *Uffmann*, AG 2020, 567, 572.

<sup>971</sup> Vgl. die Abführungsregelung des DGB v. 07.06.2016, beschlossen durch Grundsatzbeschluss des DGB-Bundesvorstands, der wiederum nach § 3 Abs. 3 der DGB-Satzung von den Mitgliedsgewerkschaften durchzuführen ist.

<sup>972</sup> Vgl. den ungewöhnlichen Fall einer Verweigerung bei OLG Frankfurt v. 07.12.2017 – 3 U 167/14, ZIP 2018, 1290.

<sup>973</sup> Vgl. etwa § 3 Nr. 11 der Satzung der IG-Metall i.d.F. v. 01.01.2020.

<sup>974</sup> Koch/*Koch*, § 113 AktG Rn. 4; *Rieble*, AG 2016, 315, 317; *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 147 ff.; *Uffmann*, ZfA 2018, 225 ff.; *dies.*, AG 2020, 567, 572.

hat allerdings derartige Abführungsregelungen für zulässig erachtet.<sup>975</sup> So ergebe sich die Verpflichtung, Bezüge aus dem Aufsichtsratsmandat abzuführen, aus der jeweiligen Satzung der Gewerkschaft.<sup>976</sup> Kraft Satzungsautonomie könne die Gewerkschaft auch Zahlungspflichten ihrer Mitglieder regeln.<sup>977</sup> Aufgrund der Satzungsregelung komme es demnach nicht auf eine Verpflichtungserklärung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds an, da eine derartige Erklärung nur eine deklaratorische Bekräftigung darstelle.<sup>978</sup> Die Satzungsbestimmung halte auch einer allgemeinen Billigkeitskontrolle nach §§ 242, 315 BGB stand, da die Sicherung des mitbestimmungsrechtlichen Systems durch die Abgabepflicht gefördert werde. Es läge auch kein Verstoß gegen § 113 AktG vor, da das einzelne Aufsichtsratsmitglied in der Verwendung der erhaltenen Vergütung frei sei. Schließlich verstoße die Einforderung der abzuführenden Aufsichtsratsvergütung nicht gegen den vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, da es bereits an der Vergleichbarkeit der Gruppe von Aufsichtsratsmitgliedern und sonstigen Gewerkschaftsmitgliedern fehle.<sup>979</sup>

Unabhängig von den sonstigen Fragestellungen bezüglich der – zuletzt immer wieder bezweifelten – Wirksamkeit<sup>980</sup> und der rechtspolitischen Sinnhaftigkeit<sup>981</sup> der gewerkschaftlichen Abführungsregeln ist in Übereinstimmung mit *Rieble* ein Verstoß gegen das mitbestimmungsrechtliche Benachteiligungsverbot aus § 26 MitbestG anzunehmen.<sup>982</sup> Das Benachteiligungsverbot des § 26 MitbestG richtet sich – insoweit wiederum in Übereinstimmung mit § 78 S. 2 BetrVG – unbestritten gegen jedermann. Sinn und Zweck dieses Verbots ist es, jeglichen von außen kommenden Druck auf die Amtsträger zu verhindern und zugleich die Unabhängigkeit der Amtsträger zu gewährleisten.<sup>983</sup> In der Pflicht zur Abführung des als Gegenleistung zur Aufsichtsrats Tätigkeit erhaltenen Entgelts liegt ohne

---

<sup>975</sup> BAG v. 21.05.2015 – 8 AZR 956/13, NZA 2015, 1319.

<sup>976</sup> In dem konkreten Fall lag allerdings auch keine gesonderte Abführungserklärung vor.

<sup>977</sup> BAG v. 21.05.2015 – 8 AZR 956/13, NZA 2015, 1319 Rn. 34 ff.

<sup>978</sup> BAG v. 21.05.2015 – 8 AZR 956/13, NZA 2015, 1319 Rn. 46 f.

<sup>979</sup> BAG v. 21.05.2015 – 8 AZR 956/13, NZA 2015, 1319 Rn. 49 ff.

<sup>980</sup> Dazu ausfl. insbesondere *Hanau*, Verpflichtung zur Abführung von Aufsichtsratsvergütungen an die Hans-Böckler-Stiftung; MüKoAktG/*Habersack*, § 113 AktG Rn. 6; MünchHArbR/*Uffmann*, § 376 Rn. 15; *Thüsing/Forst*, FS von Westphalen, S. 693 ff.; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 226 f., 240; *Uffmann*, AG 2020, 567, 572.

<sup>981</sup> Es wird insbesondere der Eingriff der Abführungspflicht in die Anreizfunktion der Vergütung und damit des Corporate Governance kritisiert, vgl. MünchHArbR/*Uffmann*, § 376 Rn. 15 mwN.; MünchHdb-GesR/*Hoffmann-Becking*, § 33 Rn. 28; *Uffmann*, AG 2020, 567, 572.

<sup>982</sup> *Rieble*, AG 2016, 315, 316.

<sup>983</sup> *Rieble*, AG 2016, 315, 316.

Weiteres eine Benachteiligung. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied erlangt auf Grundlage des dem Aufsichtsratsmandat zugrundeliegenden korporationsrechtlichen Rechtsverhältnisses das im Synallagma zur Aufsichtsrats Tätigkeit stehende Entgelt, um es aber dann an die Gewerkschaft weiterleiten zu müssen.

Diese Pflicht kann auch nicht durch die Tatsache gerechtfertigt werden, dass das Aufsichtsratsmitglied allein aufgrund der Unterstützung der Gewerkschaft in die entsprechende Position gelangt ist. Dieses Argument könnte lediglich rechtfertigen, dass hinsichtlich der Vereinsmitglieder kein Verstoß gegen den vereinsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz angenommen werden kann.<sup>984</sup> § 26 MitbestG setzt jedoch allgemeiner an jeder Benachteiligung an und verbietet diese. Die Abführungspflichten sind deshalb allein unter dem Aspekt der Benachteiligung von Aufsichtsratsmitgliedern unwirksam. Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich auch nicht aus der Tatsache, dass hier eine Benachteiligung durch den mitbestimmungsrechtlichen Partner, nämlich die Gewerkschaft, verübt wird. Die Benachteiligungsverbote unterscheiden diesbezüglich nicht. Eine dahingehende Auslegung, dass nur Benachteiligungen seitens der Unternehmen ausgeschlossen sein sollen, lässt sich vor dem eindeutigen Wortlaut und dem Telos, die unabhängige Überwachung des Unternehmens zu gewährleisten, nicht vertreten.

Aufgrund des umfassenden Schutzzwecks § 26 MitbestG muss die Abführungspflicht auch dann als unzulässig bewertet werden, wenn lediglich eine Teilabführung durch die gewerkschaftsnahen Aufsichtsratsmitglieder geschuldet ist. Selbst in dem Fall, dass dem Aufsichtsratsmitglied eine Art „Basisvergütung“ von etwa 50 % der im Gegenzug für die Aufsichtsrats Tätigkeit gezahlten Tantiemen verbliebe, würde dies einen Verstoß gegen § 26 MitbestG darstellen. Die Intensität des Verstoßes gegen die vorgenannte Vorschrift ist insoweit bei der Bewertung der allgemeinen Zulässigkeit unerheblich.

Einen weiteren nennenswerten Aspekt in die Diskussion um die Zulässigkeit der Abführungspflicht hat zuletzt *Uffmann* eingebracht.<sup>985</sup> Sie kritisiert, dass die aktuelle Auswahl der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, die ausschließlich

---

<sup>984</sup> *Schäfer/Bachmaier*, ZIP 2018, 2141, 2148.

<sup>985</sup> *Uffmann*, AG 2020, 567.

auf Vorschlag von im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften gewählt werden (vgl. §§ 7 Abs. 2, 18 S. 2, 16 Abs. 1 S. 1 MitbestG), eine unter Governance Gesichtspunkten unzulässige Beschränkung der Wählbarkeit nach sich zögen. Die Aufnahme der Gewerkschaftsvertreter in den mitbestimmten Aufsichtsrat sei erfolgt, damit eine „externe“ Arbeitnehmervertretung erfolge. Es sollte überbetrieblicher Sachverstand eingebracht und Betriebsegoismus entgegengewirkt werden.<sup>986</sup> Durch die Tatsache, dass die (zumeist vorherrschenden) DGB-Gewerkschaften allerdings nur solche Kandidaten aufstellen, die der Abführungspflicht zustimmen, werde den Arbeitnehmern „eine alternative externe, professionelle Vertretungsoption“ abgeschnitten.<sup>987</sup> Dies begründe sich daraus, dass sich sehr gut geeignete Kandidaten finden ließen, die allerdings zur Übernahme des Amts nur gegen eine entsprechende Vergütung bereit seien. Das Vorschlagsrecht sei den Gewerkschaften übertragen worden, weil man ihnen eine sachgerechte Kandidatenauswahl zutraute.<sup>988</sup> Es sollten möglichst externe und unabhängige Experten ausgewählt werden. Wenn allerdings der Kreis der Experten durch die verbandsrechtlichen und finanziellen Interessen der DGB-Gewerkschaften eingegrenzt werde, liege darin eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Wählbarkeit, so dass die Abführungspflicht auch einer Inhaltskontrolle der Verbandssatzung nach §§ 242, 315 BGB nicht standhalte.<sup>989</sup> Es seien bei der Inhaltskontrolle der Verbandssatzungen auch schutzwürdige Interessen ausserhalb des Verbands stehender Dritter und damit der Arbeitnehmer einzustellen.<sup>990</sup> Die Abführungspflicht der Arbeitnehmervertreter ist demnach auch unter diesem dargestellten Aspekt als unzulässig zu bewerten.

## V. Zwischenergebnis

Die Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern auf Basis des § 113 AktG stellt sich im Grundsatz als deutlich weniger kompliziert als die Thematik der Betriebsratsvergütung dar. Das Gesetz macht hier feste Vorgaben hinsichtlich der Vergütungsgewährung. Eine fehlende gesetzliche Abstimmung ergibt sich erst im

---

<sup>986</sup> Vgl. Uffmann, AG 2020, 567, 568.

<sup>987</sup> Uffmann, AG 2020, 567, 573; Schäfer/Bachmaier, ZIP 2018, 2141, 2148.

<sup>988</sup> Uffmann, AG 2020, 567, 573.

<sup>989</sup> Schäfer/Bachmaier, ZIP 2018, 2141, 2148; anders das darin analysierte Urteil des OLG Frankfurt v. 07.12.2017 – 3 U 167/14, ZIP 2018, 1290.

<sup>990</sup> Uffmann, AG 2020, 567, 574 f. mwN.; aA noch BAG v. 21.05.2015 – 8 AZR 956/13, NZA 2015, 1319 Rn. 45 ff.



Hinblick auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, die zugleich Arbeitnehmer des Unternehmens sind. Für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ist von einem umfassenden Begünstigungsverbot auszugehen. Ein Anspruch auf entgeltliche Freistellung von der Arbeit besteht bei Arbeitnehmervertretern im Regelfall der Vergütung des Aufsichtsrats nicht. Die Abführungspflicht der DGB-Gewerkschaften in Bezug auf weite Teile der bezogenen Aufsichtsratsvergütung verstößt nach hier vertretener Ansicht gegen das mitbestimmungsrechtliche Benachteiligungsverbot und hält auch einer vorzunehmenden Inhaltskontrolle nicht stand.

### C. Vergütungsrechtliche Gefahrenlage bei Doppelmandaten

Es gilt zunächst die generelle Verflechtung und die Gefahren bei der Führung beider Ämter in Personalunion herauszuarbeiten. Die Problematisch ist vor allem die Gefahr von sogenannten „Kopplungsgeschäften“.<sup>991</sup> Darunter werden in Bezug auf die Funktion als Betriebs- und zugleich Aufsichtsratsmitglied solche Geschäfte verstanden, die die Vertreter der Arbeitnehmer unter Ausnutzung ihrer jeweiligen mitbestimmungsrechtlichen Position eingehen, um im Gegenzug etwa die Geschäftsleitung zu Zugeständnissen zu bewegen. Der Abschluss von Kopplungsgeschäften ist im Allgemeinen auf Basis der Privatautonomie nicht als unzulässig zu bewerten.<sup>992</sup> Den Doppelmandatsträgern kommt dabei eine besondere Machtposition zu, da die Vertretung im Aufsichtsrat zur Erweiterung und Effektivierung der betriebsverfassungsrechtlichen Informations- und Handlungsmöglichkeiten genutzt wird.<sup>993</sup> Letztlich kann es durch die unterschiedlichen Beteiligungsregime gar zu einem Übergewicht der Arbeitnehmerseite kommen. Es sei in diesem Zusammenhang etwa auf den Ende des Jahres 2021 bekannt gewordenen Konflikt zwischen dem Vorstandsvorsitzenden der Volkswagen AG, Herbert Diess, und den Betriebsräten des Konzerns hingewiesen, welcher – sofern man den medialen

---

<sup>991</sup> Allgemein dazu *Fritz*, Kopplungsgeschäfte, S. 7 mwN.

<sup>992</sup> *Brandl*, Kopplungsgeschäfte in der Rechtsordnung, S. 65; *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 170.

<sup>993</sup> *Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung*, Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen, S. 30; *Broll*, Potential der institutionellen Arbeitnehmermitwirkung, S. 310; *Löwisch*, Bitburger Gespräche 2006, S. 27; *Weiss*, Bitburger Gespräche 2006, S. 11.

Zusammenfassungen folgen möchte – zu einer Beschränkung des Einflussbereichs des Vorstandsvorsitzenden durch den mitbestimmten Aufsichtsrat führte.<sup>994</sup>

Aufgrund der Führung beider Ämter in Personalunion treten die Mitglieder gegenüber dem geschäftsführenden Vorstand als überwachungspflichtiger Aufsichtsrat, als Betriebsräte und zugleich als Arbeitnehmer entgegen. Diese Gemengelage birgt ein besonderes Gefährdungspotential im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Amtsführung und eine unzulässige Verkopplung verschiedener Geschäftsinhalte.<sup>995</sup> In vergütungsrechtlicher Hinsicht ist vor allem denkbar, dass die Zustimmung zu derartigen Geschäften seitens der Betriebs- oder Aufsichtsräte von der Erhöhung ihres arbeitsvertraglich geschuldeten Entgelts abhängig gemacht wird.<sup>996</sup>

In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht wird zum Teil darauf verwiesen, dass Kopplungsgeschäfte aller Art stets rechtswidrig seien, weil die Mitbestimmungsrechte streng zweckgebunden gewährt würden.<sup>997</sup> Im Übrigen genieße der Betriebsrat keine umfassende Privatautonomie und könne deshalb die Verhandlung nicht ohne Weiteres auf sonstige Aspekte erweitern.<sup>998</sup> Diese Ansicht geht in ihrer strikten Auslegung zu weit. Der Betriebsrat darf grundsätzlich seine Zustimmung an weitere Bedingungen knüpfen, um die Belange der Arbeitnehmer bestmöglich zu wahren.<sup>999</sup> Problematisch ist es hingegen, wenn die Position der Mandatsträger so gestärkt ist, dass eine unsachgemäße oder unzulässige Verbindung zweier Geschäftsinhalte, die in keinem direkten Zusammenhang mehr stehen, möglich wird.<sup>1000</sup> In einem solchen Fall stünde das Kopplungsgeschäft dem

---

<sup>994</sup> Vgl. etwa den Artikel auf [Zeit.de](https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2021-12/volkswagen-herbert-diess-konzernchef-vorstandsvorsitzender?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F) vom 09.12.2021: [https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2021-12/volkswagen-herbert-diess-konzernchef-vorstandsvorsitzender?utm\\_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2021-12/volkswagen-herbert-diess-konzernchef-vorstandsvorsitzender?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F) (zuletzt abgerufen am: 08.03.2022).

<sup>995</sup> Vgl. etwa *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance, S. 169 ff.; *Habersack/Henssler/Henssler*, § 7 MitbestG Rn. 47; *Rieble*, AG 2016, 315, 319.

<sup>996</sup> Vgl. etwa *Rieble*, AG 2016, 315, 317, der von einem wechselseitigen Geben und Nehmen im Co-Management spricht.

<sup>997</sup> *Rieble*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 36; *Weninger*, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte, S. 182.

<sup>998</sup> *Rieble*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 36.

<sup>999</sup> Vgl. LAG Hessen v. 13.10.2005 – 5-9 TaBV 51/05, BeckRS 2005, 54549; *Brandl*, Kopplungsgeschäfte in der Rechtsordnung, S. 93 ff.; *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 170.

<sup>1000</sup> Vgl. LAG Hessen v. 13.10.2005 – 5-9 TaBV 51/05, BeckRS 2005, 54549; *Sieweke*, NZA 2012, 426, 429.

Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 Abs. 1 BetrVG entgegen und wäre rechtswidrig.<sup>1001</sup>

Eine uneingeschränkte Bewertung drängt sich im Hinblick auf mögliche Kopplungsgeschäfte mit dem Aufsichtsrat auf.<sup>1002</sup> Die Mitglieder des Aufsichtsrats unterliegen einer strengen Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft.<sup>1003</sup> Die Treuepflicht beinhaltet das Verbot, das Amt und den damit verbundenen Einfluss auszunutzen, um der Gesellschaft zugunsten eigener oder sonstiger Interessen einen Nachteil zuzufügen.<sup>1004</sup> Das Handeln der Arbeitnehmervertreter muss demnach immer am Unternehmensinteresse ausgerichtet sein.<sup>1005</sup> Hierbei gilt es, aufgrund der starken Position des Aufsichtsrats einen strengen Maßstab anzulegen. Kopplungsgeschäfte auf Ebene der unternehmerischen Mitbestimmung sind demnach als stets unzulässig einzuordnen.

Es wird trotz der dargestellten Rechtsfolge immer wieder zu (unzulässigen) Kopplungsgeschäften kommen, wobei diese naturgemäß geheim gehalten werden und damit das Transparenzgebot der Corporate Governance verletzen.<sup>1006</sup> Dabei ist – wie bereits zuvor angedeutet – vor allem die Vergütung der Doppelmandatsträger ein möglicher Brandherd. Auf diesem Wege kann es zu einer Vermischung der grundsätzlich getrennt zu beurteilenden Rechtsverhältnisse kommen.

#### **D. Wechselwirkungen bei Doppelmandatsträgern**

Nachdem die Grundlagen der Aufsichtsratsvergütung sowie die vergütungsrechtliche Gefahrenlage bei Doppelmandaten dargestellt wurden, soll im Folgenden auf die verschiedenen Wechselwirkungen im Bereich der Doppelmandatsträger in Betriebs- und Aufsichtsrat eingegangen werden. Die Gesetzeslage ist in vergütungsrechtlicher Hinsicht vor allem in Bezug auf die mitbestimmungsrechtlichen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbote nicht

---

<sup>1001</sup> LAG Hessen v. 13.10.2005 – 5-9 TaBV 51/05, BeckRS 2005, 54549; *Sieweke*, NZA 2012, 426, 429.

<sup>1002</sup> *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 170; *Weninger*, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte, S. 183.

<sup>1003</sup> Allgemein MüKoAktG/*Habersack*, § 116 AktG Rn. 46 ff. mwN.

<sup>1004</sup> OLG Stuttgart v. 29.02.2012 – 20 U 3/11, ZIP 2012, 625, 630 mwN.; *Henssler/Strohn/Henssler*, § 116 AktG Rn. 8.

<sup>1005</sup> BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NZG 2006, 141, 143; MüKoAktG/*Habersack*, § 116 AktG Rn. 49.

<sup>1006</sup> *Rieble*, ZAAR-Kongress 2007, Rn. 40.

eindeutig. Zwar sind beide Rechtsverhältnisse unstreitig zu trennen,<sup>1007</sup> jedoch kann die gegenseitige Ausstrahlungswirkung der Amtstätigkeiten aufeinander nicht gänzlich ausgeschlossen werden.

### ***I. Auswirkungen der betriebsverfassungsrechtlichen Freistellung auf das Aufsichtsratsamt***

Die Doppelmandatsträger in Betriebs- und Aufsichtsrat dürften – aufgrund ihrer exponierten Stellung – zumeist nach § 38 Abs. 1 BetrVG von der Arbeit freigestellt sein. Wie zuvor dargestellt, besteht für die Zeit der Aufsichtsrats Tätigkeit grundsätzlich kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, der Anspruch kann allerdings in speziellen Fällen auf anderer Basis geltend gemacht werden.<sup>1008</sup> Es gilt dennoch, die beiden Verhältnisse in vergütungsrechtlicher Hinsicht auseinanderzuhalten. Dieses Ergebnis wird für den Fall des bereits freigestellten Betriebsratsmitglieds teilweise bezweifelt. So führt insbesondere *Wißmann* an, dass die Feststellung und Dokumentation der für den Aufsichtsrat aufgewendeten Zeit nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich seien.<sup>1009</sup> Dies sei jedoch wiederum notwendige Voraussetzung, um einen korrekten Entgeltabzug vornehmen zu können. Wenn allerdings etwa der Vorsitzende des Gesamtbetriebsrats unternehmensbezogene Informationen verarbeite, könne gar nicht unterschieden werden, ob es sich hierbei um Tätigkeiten für den Betriebsrat oder den Aufsichtsrat handle.<sup>1010</sup> Dementsprechend müsse der Entgeltabzug insbesondere bei unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertretern, die zugleich Betriebsratsmitglied sind, unterbleiben.<sup>1011</sup>

Zwar liegt der Gedanke, dass im Fall der Amtsführung in Personalunion nicht immer eine Trennung der Aufgaben und Tätigkeiten erreicht werden kann, auf der Hand. Sofern aber nicht ohne Weiteres festgestellt werden kann, dass die ausgeübte Tätigkeit uneingeschränkt der Betriebsrats- oder der Aufsichtsrats Tätigkeit zuzuordnen ist, dürfte unter der Geltung des dann aufgrund seines umfassenden Regelungsanliegens einschlägigen § 78 S. 2 BetrVG eine Kürzung des arbeitsvertraglichen Lohnanspruchs ausscheiden. Dies kann allerdings nur dann

---

<sup>1007</sup> Vgl. BAG v. 04.04.1974 – 2 AZR 452/73, BeckRS 9998, 151391.

<sup>1008</sup> Siehe oben Kapitel 4 B. III. 3.

<sup>1009</sup> WKS/*Wißmann*, § 26 MitbestG Rn. 12.

<sup>1010</sup> WKS/*Wißmann*, § 26 MitbestG Rn. 12.

<sup>1011</sup> Ähnlich auch GroßK-AktG/*Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 10.

gelten, wenn eine Unterscheidung tatsächlich nicht möglich ist. Handelt es sich hingegen etwa um Termine des Aufsichtsrats oder sonstige Tätigkeiten, die sich allein der Sphäre des Aufsichtsrats zuordnen lassen, scheidet die Entgeltfortzahlung auch bei einem bereits freigestellten Betriebsratsmitglied aus. Insbesondere kann nicht pauschal zugunsten einer Entgeltfortzahlung damit argumentiert werden, dass eine Trennung bei Arbeitssphären nur durch einen unverhältnismäßigen Aufwand erreicht werden kann. Das Gesetz lässt unabhängig von der Frage, ob das Betriebsratsmitglied die Zeiten seiner Tätigkeiten weiterhin dokumentiert oder nicht, eine entsprechende Einschränkung nicht zu.<sup>1012</sup>

## **II. Begünstigung von Doppelmandatsträgern**

Wird das Amt als Betriebs- und Aufsichtsrat in Personalunion geführt, gilt nach dem obigen Ergebnis – unabhängig davon, ob die Gesellschaft nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Drittelbeteiligungsgesetz oder anderen Gesetzen mitbestimmt ist – ein umfassendes Begünstigungsverbot hinsichtlich der Aufsichtsrats Tätigkeit. Gleiches gilt selbstverständlich auch für die Tätigkeit als Betriebsrat gemäß § 78 S. 2 BetrVG. Allerdings verhindern die entsprechenden Begünstigungsverbote – wie insbesondere in Bezug auf die Vergütung als Betriebsratsmitglied aufgezeigt – nicht, dass das Mitglied des jeweiligen Organs aufgrund seiner veränderten Fähigkeiten und Qualifikationen befördert werden kann.<sup>1013</sup> Die Beförderung oder Höhergruppierung unterliegt jedoch engen Grenzen, um die Unabhängigkeit der Amtsträger nicht zu gefährden. Letztlich kommt es deshalb bei einer Beförderung oder Höhergruppierung des Betriebsratsmitglieds aufgrund von Fähigkeiten und Kenntnissen aus der Aufsichtsrats Tätigkeit zu einem Durchschlagen des einen auf das andere Rechtsverhältnis, die ansonsten getrennt zu beurteilen sind.

Wie *Uffmann* allerdings zuerst treffend festgestellt hat, ist die Konsequenz eines solchen Durchschlagens auf die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats nicht vollständig geklärt.<sup>1014</sup> Es ist nämlich zu prüfen, in wessen Kompetenz in einem solchen Fall die arbeitsrechtliche Vertragsänderung liegt. Zwar könnte angenommen werden, dass eine solche Entscheidung in den Händen des ansonsten

---

<sup>1012</sup> MünchHArbR/*Uffmann*, § 376 Rn. 33; *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145, 147 f.

<sup>1013</sup> Siehe dazu Kapitel 1 C. IV. 2.

<sup>1014</sup> *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 246; MünchHArbR/*Uffmann*, § 376 Rn. 17.

auch geschäftsführenden Vorstands liegt. In der Konsequenz einer solchen Entscheidungskompetenz wäre allerdings in einer abstrakten Beobachtung die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats stark gefährdet. Der Vorstand würde über die arbeitsvertragliche Vergütung des Betriebsratsmitglieds entscheiden, welches zugleich Aufsichtsratsmitglied ist. Damit stünde die zu schützende Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber dem zu überwachenden Vorstand zur Debatte, da die Gefahr einer Beeinflussbarkeit angenommen werden könnte.

#### *1. Vorschrift des § 114 AktG*

Eine entsprechende Gefährdungslage deckt grundsätzlich auch die Vorschrift des § 114 AktG ab. Danach hängt die Wirksamkeit einer Verpflichtung durch einen außerhalb der Tätigkeit im Aufsichtsrat geschlossenen Dienstvertrag, durch den ein Arbeitsverhältnis nicht begründet wird, oder durch einen Werkvertrag zu einer Tätigkeit höherer Art zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der von ihm zu bewachenden Gesellschaft von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab. Die Vorschrift dient vor allem dazu Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern zu regulieren, damit der Vorstand sich nicht über ein solches Vehikel die Gunst der Aufsichtsratsmitglieder erschleichen kann.

Zweck der Vorschrift ist es, eine ordnungsgemäße und wirksame Überwachung durch den Aufsichtsrat zu gewährleisten.<sup>1015</sup> Dafür muss auch eine transparente Corporate Governance gewährleistet werden. Könnte den Aufsichtsratsmitgliedern auf Basis entsprechender Verträge eine weitere Vergütung zuteilwerden, ist die Gefahr der Beeinflussbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder und zugleich die Kompetenz der Hauptversammlung zur Festlegung der Vergütungshöhe gemäß § 113 AktG gefährdet.<sup>1016</sup> Der Regelungszweck des § 114 AktG kann als Ergänzung und Absicherung der Regelung in § 113 AktG verstanden werden.<sup>1017</sup> Es soll ein zu enges Verhältnis zwischen dem zu kontrollierenden Vorstand und dem Aufsichtsrat als Kontrollorgan sowie die Umgehung des § 113 AktG verhindert werden.<sup>1018</sup> Zugleich soll die Nutzbarkeit des Fachwissens eines Aufsichtsratsmitglieds ermöglicht werden, sofern denn ein transparentes und

---

<sup>1015</sup> BeckOGK-AktG/Spindler, § 114 AktG Rn. 2 mwN.; MünchHdb-GesR/Hoffmann-Becking, § 33 Rn. 44.

<sup>1016</sup> BGH v. 10.07.2012 – II ZR 48/11, NJW 2012, 3235 Rn. 13.

<sup>1017</sup> MünchHdb-GesR/Hoffmann-Becking, § 33 Rn. 44.

<sup>1018</sup> BGH v. 04.07.1994 – II ZR 197/93, NJW 1994, 2484, 2486.

geregeltes Verfahren eingehalten wird.<sup>1019</sup> Ein unter § 114 Abs. 1 AktG fallender Vertrag der ohne die Zustimmung des Aufsichtsrats geschlossen wurde, ist gemäß § 134 BGB nichtig.

## 2. Analoge Anwendung des § 114 AktG

Für die Arbeitnehmervertreter, die das Mandat in Personalunion mit dem Betriebsratsamt führen, besteht vor diesem Hintergrund eine Regelungslücke, die womöglich durch eine analoge Anwendung des § 114 AktG geschlossen werden muss.<sup>1020</sup> Voraussetzungen einer Analogie sind das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke und das Bestehen einer vergleichbaren Interessenlage.<sup>1021</sup> Eine gesetzliche Regelungslücke liegt vor, wenn das Gesetz nach der ersichtlichen Regelungsabsicht für einen bestimmten Sachverhalt einer Regelung bedarf, es allerdings an einer solchen fehlt. Die Interessenlage ist vergleichbar, wenn *„der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen“*.<sup>1022</sup> Die Regelungslücke muss sich weiter aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers vom zu verwirklichenden Regelungsplan ergeben.<sup>1023</sup>

### a. Vergleichbare Interessenlage

Die Regelungsabsicht des § 114 AktG ist darauf gerichtet, die Sicherung der ordnungsgemäßen Überwachung durch den Aufsichtsrat zu gewährleisten. Deshalb soll der Abschluss von Verträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern reguliert und die Kompetenz der Hauptversammlung zur Vergütungsfestsetzung gewahrt werden. Für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, die zugleich Betriebsrat sind, fehlt im Hinblick auf deren arbeitsvertragliche Bindung eine solche Regelung. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung lässt sich durch die Änderung des Normumfelds und der Rechtstatsachen erklären. Die Norm des § 114 AktG wurde ohne sachliche Vorgängerregelung auf Vorschlag des Bundestagsausschusses im

---

<sup>1019</sup> BeckOGK-AktG/Spindler, § 114 AktG Rn. 2 mwN.

<sup>1020</sup> Vgl. Uffmann, ZfA 2018, 225, 246.

<sup>1021</sup> Ausfl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 477 ff.

<sup>1022</sup> Vgl. BGH v. 13.03.2003 – I ZR 290/00, NJW 2003, 1932, 1933 mwN.

<sup>1023</sup> Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 478; Wank, Methodenlehre, S. 71 f.

Jahr 1965 in das Aktiengesetz aufgenommen.<sup>1024</sup> Zwar bestand zu diesem Zeitpunkt bereits eine Art der Unternehmensmitbestimmung auf Grundlage des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-MitbestG) und der §§ 76 ff. BetrVG 1952, jedoch war den Verfassern die Möglichkeit der Begünstigung der Arbeitnehmervertreter keine realistische Option.

Es gilt insoweit festzuhalten, dass sich der mitbestimmungsrechtliche Zeitgeist in Bezug auf eine mögliche Begünstigung – vergleiche etwa die medial bekannten Fälle – gewandelt hat. Durch die Erhöhung der arbeitsvertraglichen Vergütung von Arbeitnehmervertretern, die zugleich Arbeitnehmer des Unternehmens sind, kann die unabhängige Amtsführung in gleicher Weise gefährdet und damit die Effektivität der Überwachungstätigkeit eingeschränkt werden.<sup>1025</sup> Nach *Uffmann* zeigt sich an dieser Stelle die mangelnde Abstimmung zwischen Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht, da die Rückwirkungen des § 26 MitbestG auf das aktienrechtliche Gefüge nicht hinreichend Berücksichtigung finden würden.<sup>1026</sup> Es liegt damit grundsätzlich eine vergleichbare Interessenlage vor.

#### *b. Planwidrigkeit der Regelungslücke*

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Planwidrigkeit der Regelungslücke, das heißt das unbeabsichtigte Abweichen des Gesetzes von seinem Regelungsanliegen, vor dem Hintergrund des Wortlauts von § 114 Abs. 1 AktG tatsächlich angenommen werden kann. Die Vorschrift spricht explizit von einem „Dienstvertrag, durch den ein Arbeitsverhältnis nicht begründet wird“. Daraus wird – in weiter Auslegung des Wortlauts – geschlossen, dass Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat insgesamt und nicht nur deren Begründung vom normierten Zustimmungsvorbehalt ausgeschlossen sind.<sup>1027</sup> Daraus könnte geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die Problematik von möglicherweise bestehenden Arbeitsverträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats gesehen hat, diese

---

<sup>1024</sup> Vgl. *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 158 f.

<sup>1025</sup> *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 246; *Rieble*, AG 2016, 315, 319; *Peltzer*, FS Schwark, S. 707, 711.

<sup>1026</sup> *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 246.

<sup>1027</sup> Dazu BeckOGK-AktG/*Spindler*, § 114 AktG Rn. 15 ff.; *Henssler/Strohn/Henssler*, § 114 AktG Rn. 2; *Hölters/Weber/Groß-Bölting/Rabe*, § 114 AktG Rn. 14; *Koch/Koch*, § 113 AktG Rn. 5; *MüKoAktG/Habersack*, § 114 AktG Rn. 19.



aber gerade nicht dem Zustimmungsvorbehalt des § 114 Abs. 1 AktG unterwerfen wollte.<sup>1028</sup>

*Uffmann* nimmt die Planwidrigkeit der Regelungslücke dennoch an, da § 114 AktG vor dem Erlass des Mitbestimmungsgesetzes im Jahr 1976 in das Aktienrecht integriert wurde.<sup>1029</sup> Die Begünstigungsmöglichkeit des § 26 S. 2 MitbestG sowie die Frage nach der Absicherung der Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat stand damals noch nicht zur Debatte und konnte somit noch gar nicht vom Gesetzgeber geregelt werden. Die Beförderung oder Höhergruppierung von Aufsichtsratsmitgliedern, welche automatisch auf deren Arbeitsverhältnisse durchschlügen, unterliege demnach auch einer Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats gemäß § 114 AktG analog.<sup>1030</sup> Gegen diese Ansicht kann vorgebracht werden, dass nach hiesigem Verständnis auch im Bereich des Mitbestimmungsgesetzes aufgrund der Unvollständigkeit des § 26 S. 2 MitbestG keine unbegrenzte Möglichkeit zur Begünstigung angenommen werden kann.<sup>1031</sup> Für eine gewisse Absicherung der Unabhängigkeit ist bereits durch ein geltendes Begünstigungsverbot gesorgt.

Die Frage nach der Planwidrigkeit der Regelungslücke könnte sich vielmehr danach entscheiden, wie und warum die Ausnahme für Arbeitsverträge in § 114 Abs. 1 AktG erfolgte. Der Ausschussbericht von 1965 gibt diesbezüglich jedenfalls keine klare Antwort, da dieser hinsichtlich des Ausschlusses der Arbeitsverhältnisse nur den Wortlaut der Vorschrift wiederholt.<sup>1032</sup> Die Beschränkung in § 114 Abs. 1 AktG auf solche Verträge, die den Schuldner zu einer Tätigkeit höherer Art im Sinne des § 627 BGB verpflichten, rechtfertigt sich aus der besonderen Gefahrenlage, die mit entsprechenden Verträgen einhergeht. Für solche Dienstleistungen werden oftmals hohe Honorare gezahlt, denen kein unmittelbar messbares Äquivalent gegenübersteht. Wie *Henssler* zutreffend feststellt, ist ein etwaiges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung in diesen Fällen nur

---

<sup>1028</sup> Vgl. etwa *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, § 114 AktG Rn. 4 oder *MüKoAktG/Habersack*, § 114 AktG Rn. 19, wonach die Ausnahme der Arbeitsverträge erfolgte, um die Interessen der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Eine diese Ansicht stützende Quelle lässt sich jedoch in den zu § 114 AktG vorhandenen Materialien nicht finden, vgl. *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 158 f.

<sup>1029</sup> *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 246.

<sup>1030</sup> AA *Rieble*, AG 2020, 315, 319; *Peltzer*, FS Schwark, S. 707, 711.

<sup>1031</sup> Vgl. oben Kapitel 4 B. II.

<sup>1032</sup> Vgl. *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 158 f.

schwer feststellbar.<sup>1033</sup> Diese Art der Verträge wurde also zur Beeinflussung des Aufsichtsrats als besonders geeignet angesehen. Eine vergleichbare Gefährdungslage wurde im Jahr 1965 bezüglich der mit Aufsichtsratsmitgliedern bestehenden Arbeitsverhältnisse gerade nicht identifiziert. Dieses Ergebnis ist allerdings vor dem Hintergrund der aktuellen Tatsachenlage im Bereich der Unternehmensmitbestimmung und vor allem im Hinblick auf die Vergütung der Doppelmandatsträger in Betriebs- und Aufsichtsrat zu hinterfragen.

Zur Zeit des Erlasses des Aktiengesetzes mit der Regelung in § 114 Abs. 1 AktG im Jahr 1965 kannte das damals geltende Betriebsverfassungsgesetz 1952 keine den heutigen Vorschriften entsprechenden Freistellungsoptionen. Nach § 37 Abs. 3 BetrVG 1952 waren die Mitglieder des Betriebsrats nur freizustellen, wenn dies zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich war. Die pauschale und nicht anlassbezogene Freistellung wie sie der heutige § 38 Abs. 1 BetrVG vorsieht, war hingegen nicht möglich. Die vollständige Freistellung auf Grundlage des § 38 Abs. 1 BetrVG, von der zumeist die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erfasst sind, trägt allerdings ein ähnliches Gefährdungspotential wie die von § 114 Abs. 1 AktG originär umfassten Beraterverträge in sich.

Mangels direkter und vor allem messbarer arbeitsvertraglicher Leistungspflicht der freigestellten Betriebsratsmitglieder kann kaum überprüft werden, ob den geleisteten Zahlungen zugleich ein entsprechendes Äquivalent gegenübersteht. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein unternehmensangehöriger Arbeitnehmervertreter, welcher zugleich freigestelltes Betriebsratsmitglied ist, aufgrund seiner Qualifikationen befördert werden soll, ohne dass es – unmittelbar – der entsprechenden Tätigkeit nachkommt. In eben jenem Fall besteht die Gefahr, dass ein hohes Honorar ohne feststellbare Gegenleistung gezahlt wird. Die Höhergruppierung oder Beförderung von Arbeitnehmervertretern, die zugleich freigestellte Betriebsratsmitglieder sind, unterscheidet sich also normativ nicht vom Abschluss der unstreitig von § 114 Abs. 1 AktG umfassten Verträge.

Zum Zeitpunkt der Aufnahme des § 114 in das Aktiengesetz konnte mangels Möglichkeit zur vollständigen Freistellung der Betriebsratsmitglieder, die mit

---

<sup>1033</sup> Henssler/Strohn/Henssler, § 114 AktG Rn. 2.

Arbeitsverträgen einhergehende Gefährdung der Unabhängigkeit nicht erkannt werden. Die Formulierung in § 114 Abs. 1 AktG, die explizit Arbeitsverträge ausnimmt, schließt damit trotz des zunächst klaren Wortlauts die Annahme der Planwidrigkeit nicht aus. Die Regelung des § 114 AktG ist deshalb analog auf die Höhergruppierung und Beförderung von Betriebsratsmitgliedern, die zugleich Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sind, anzuwenden.<sup>1034</sup> Auf diesem Wege können sachlich ungerechtfertigte Sonderleistungen an einzelne Doppelmandatsträger ausgeschlossen werden. Eine vollständige Transparenz wird mangels Veröffentlichung zwar nicht erreicht, jedoch kann durch die Notwendigkeit der Beschlussfassung im Aufsichtsrat zumindest verhindert werden, dass der Vorstand an den weiteren Aufsichtsratsmitgliedern vorbei den Arbeitnehmervertretern unzulässig hohe Vergütungen gewährt und damit die unabhängige und effektive Aufsicht schwächt.

### 3. Zwischenergebnis

Auf die Vertragsänderungen von Doppelmandatsträgern ist zur Gewährung einer unabhängigen und effektiven Aufsicht die Vorschrift des § 114 AktG analog anzuwenden.

### **III. Publizität der Vergütung von Doppelmandatsträgern**

Die bisherigen Erkenntnisse haben gezeigt, dass eine immer häufiger werdende Überschneidung beider Rechtsverhältnisse bei Doppelmandatsträgern in Betriebs- und Aufsichtsrat festgestellt werden kann. Während die (oftmals bestehende) gewerkschaftliche Abführungspflicht das vergütete Amt des Aufsichtsratsmitglieds faktisch in ein Ehrenamt umwandelt,<sup>1035</sup> ist andererseits auf Ebene der Betriebsratsvergütung ein Bedürfnis nach angemessener Bezahlung der Mandatsträger auszumachen. Das Bedürfnis einer den Aufgaben gerecht werdenden Vergütung besteht demnach häufig bei jenen Doppelmandatsträgern. Unter der Vermischung beider Rechtsverhältnisse leidet in vergütungsrechtlicher Hinsicht das Vertrauen in die Integrität der Amtsträger. Wie erneut *Uffmann* feststellte, kann das Vertrauen in die unabhängige Wahrnehmung der Mandate

---

<sup>1034</sup> Im Ergebnis wiederum gleich *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 246; aA wohl *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic*, § 114 AktG Rn. 4; *MüKoAktG/Habersack*, § 114 AktG Rn. 19.

<sup>1035</sup> Vgl. *Rieble*, AG 2016, 315, 317, der von einem „Beinahe-Ehrenamt“ spricht.

durch eine verstärkte Transparenz bezüglich der Vergütungen erreicht werden.<sup>1036</sup> Die möglicherweise herzustellende Transparenz hinsichtlich der Vergütungen der Doppelmandatsträger wäre geeignet, möglicherweise bestehende monetäre Zusammenhänge sichtbar zu machen und damit zu einer verbesserten Corporate Governance zu führen. Zweck der zu besprechenden Publizitätsvorschriften ist demnach die Herstellung einer öffentlich zugänglichen Kontrollmöglichkeit.

Es ist folglich zu untersuchen, ob und in welchem Umfang die Unternehmen zur Offenlegung der an die Doppelmandatsträger gezahlten Vergütungsbestandteile verpflichtet sind.

### *1. Zuordnung der gewährten Vergütung*

Die Vergütung der Doppelmandatsträger speist sich aus zwei Quellen, aus der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied und aus dem Arbeitsverhältnis des Betriebsratsmitglieds. Die Vergütung für das Aufsichtsratsmandat erweist sich zumindest in großen Unternehmen und Konzernen zwar als ergiebig, bleibt dem Aufsichtsratsmitglied jedoch unter der Geltung der gewerkschaftlichen Abführungspflichten nicht erhalten. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verhindert im Übrigen die Möglichkeit einer sonstigen (mittelbaren) Vergütungsgewährung. Aus diesem Grund kann eine als angemessen erscheinende Vergütung der Doppelmandatsträger deutlich einfacher über die Erhöhung des nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlenden Entgelts erreicht werden.<sup>1037</sup>

Die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen zur Vergütung lassen – unter extensiver Auslegung – genügend Spielraum, um den Mandatsträgern eine erhöhte und dem Aufwand gerecht werdende Vergütung zu zahlen. Allerdings ist die Entgeltabrede wegen eines Verstoßes gegen § 78 S. 2 BetrVG nichtig, sofern es sich um eine unzulässige Betriebsratsvergütung handelt.<sup>1038</sup> Die Kompensation des Aufwands für die Tätigkeit als Doppelmandatsträger kann nicht über die Erhöhung der betriebsverfassungsrechtlichen Vergütung erfolgen. Darin liegt nicht nur ein eindeutiger Verstoß gegen die Vorschriften des § 37 Abs. 2 BetrVG, sondern auch gegen die Trennung beider Rechtsverhältnisse. In praktischer Hinsicht wird ein

---

<sup>1036</sup> Uffmann, ZfA 2018, 225, 247.

<sup>1037</sup> Maily, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 181.

<sup>1038</sup> Vgl. oben Kapitel 1 A. III. 4.

solcher Verstoß nur in den seltensten Fällen zu beweisen sein, da eine entsprechende Abrede regelmäßig mangels ausdrücklichen Abschlusses im Dunkeln bleibt.

Eine Zuordnung der gezahlten Vergütung wird mithin in einem solchen Fall erheblich erschwert. Letztlich steigt die Vergütung, die nach dem betriebsverfassungsrechtlichen Lohnausfallprinzip zu zahlen ist, wobei sich diese Erhöhung mittelbar in erster Linie auf die Gewährung eines angemessenen Entgelts für die Aufsichtsrats Tätigkeit zurückführen lässt. Wird eine solche unzulässige Erhöhung der arbeitsvertraglichen Vergütung gewählt, verbinden sich beide Ämter in vergütungsrechtlicher Hinsicht. Es wird insofern ganz generell die Frage aufgeworfen, ob denn überhaupt noch von einer Trennung beider Ämter ausgegangen werden kann.<sup>1039</sup> Ließe sich eine Trennung beider Ämter nicht mehr nachvollziehen, könnte die unter dem Deckmantel des Betriebsverfassungsrechts gezahlte Vergütung womöglich unter die noch zu besprechenden Transparenzvorschriften der Aufsichtsratsvergütung fallen.

Eine generelle Verbindung beider Ämter bei Doppelmandatsträgern in Betriebs- und Aufsichtsrat kann nicht angenommen werden. Die Erhöhung der Vergütung eines Betriebsratsmitglieds kann – wie aufgezeigt – auch unabhängig von der Stellung als Aufsichtsratsmitglied erfolgen.<sup>1040</sup> In diesem Prozess kann es zu einer unzulässigen Vergütung des Betriebsrats kommen, die allerdings unabhängig von der Tätigkeit als Aufsichtsrat zu bewerten ist. Eine automatische Zurechnung der unzulässigen Betriebsrats- zum Bereich der Aufsichtsratsvergütung scheidet demnach aus. Die Ämter können sich zwar vergütungsrechtlich gegenseitig beeinflussen, so dass eine Trennung letztlich nicht mehr möglich ist. Eine zwingende Beeinflussung besteht hingegen nicht. Die Zurechnung der unzulässigen Betriebsrats- zur Aufsichtsratsvergütung ist nur in besonderen Fällen möglich, wenn die Voraussetzungen einer Umgehung der Trennung von Betriebsrats- und Aufsichtsratsvergütung festgestellt werden. Dies dürfte nur in Betracht kommen, wenn sich entweder ein direkter Zusammenhang zwischen der erhöhten Vergütung und der Bestellung als Aufsichtsratsmitglied oder eine explizite Abrede zur

---

<sup>1039</sup> *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 181; *Rieble*, AG 2016, 315, 319.

<sup>1040</sup> Vgl. oben Kapitel 1 C. IV.

Umgehung finden lässt.<sup>1041</sup> Ansonsten verbietet es sich, die unzulässige Betriebsratsvergütung automatisch dem davon getrennt zu beurteilenden Rechtsverhältnis als Aufsichtsratsmitglied zuzurechnen.

## 2. *Pflicht zur Offenlegung der Vergütung der Arbeitnehmervertreter*

Auf Ebene der Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern herrschen weitgehende Offenlegungspflichten. Auf diesem Wege wird die – zur unabhängigen Amtsführung elementare – Transparenz gewährleistet.

### a. *Publizität durch § 113 AktG*

Eine gewisse Publizität der Aufsichtsratsvergütung wird bereits über die Notwendigkeit der Festsetzung per Hauptversammlungsbeschluss oder per Satzung gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 AktG erreicht. Wird die Vergütung durch die Satzung festgelegt, muss die Höhe je nach Mitglied oder unter Angabe des Gesamtbetrags – dann allerdings unter Angabe auch des Verteilungsschlüssels – beziffert sein. Wird die Vergütung durch einen Beschluss der Hauptversammlung bestimmt, ist ebenfalls eine genaue Bezifferung nach obigem Schema erforderlich.<sup>1042</sup> Die Verteilung der lediglich angegebenen Gesamtvergütung nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB kann allerdings dem Aufsichtsrat selbst überlassen werden.<sup>1043</sup> Die Hauptversammlung ist ansonsten in der Gestaltung der Vergütungsregelungen frei. So ist es insbesondere möglich einen Grundsatzbeschluss zu fassen, der solange gilt, bis die Hauptversammlung oder eine geänderte Satzung etwas anderes bestimmt.<sup>1044</sup>

Im System des § 113 AktG wurde im Jahr 2019 mit Wirkung zum 1. Januar 2020 der Absatz 3 neu gefasst. Dieser bestimmt nunmehr, dass zumindest bei börsennotierten Gesellschaften im Sinne von § 3 Abs. 2 AktG mindestens alle vier Jahre über die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder Beschluss zu fassen ist. Die Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten

---

<sup>1041</sup> Etwa beim Anstieg der Vergütung bei Bestellung als Aufsichtsrat, vgl. *Rieble*, AG 2016, 315, 319, 321; daran anschließend *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 182; ähnlich *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 196, 199.

<sup>1042</sup> Koch/*Koch*, § 113 AktG Rn. 17 f. mwN.

<sup>1043</sup> Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic/Kochendörfer*, § 113 AktG Rn. 5.

<sup>1044</sup> MüKoAktG/*Habersack*, § 113 AktG Rn. 39.

Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II)<sup>1045</sup> eingeführt und soll der Umsetzung des Art. 9a der Aktionärsrechterichtlinie<sup>1046</sup> dienen.

Die Richtlinie sieht dabei grundsätzlich vor, dass Gesellschaften eine Vergütungspolitik in Bezug auf die Mitglieder der Unternehmensleitung erarbeiten müssen und die Aktionäre über eben jene in der Hauptversammlung abstimmen können. Mitglieder des Aufsichtsrats fallen nach Art. 2 lit. i) ii) der Richtlinie ebenfalls unter den Begriff der Unternehmensleitung.<sup>1047</sup> Es ist damit – entsprechend zur Vorstandsvergütung – ein Vergütungssystem nach Maßgabe des § 87a AktG, der durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) neu ins Aktiengesetz eingefügt wurde, aufzustellen. Die Übertragung dieser europarechtlichen Vorgaben in das deutsche Recht erweist sich als problematisch, da der Hauptversammlung nach dem deutschen Aktiengesetz stets die Entscheidung über die Aufsichtsratsvergütung zusteht, und zwar entweder über die Kompetenz zur Satzungsänderung gemäß §§ 113 Abs. 1 S. 2 Alt. 1, 179 Abs. 1 AktG, sofern die Vergütung in der Satzung festgelegt wurde, oder über den einfachen Hauptversammlungsbeschluss gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 AktG.<sup>1048</sup> Die Aktionärsrechterichtlinie ist hingegen auf eine monistische Gesellschaftsorganisation zugeschnitten, in der die Vergütungsentscheidung von einem anderen Gremium und nicht der Hauptversammlung getroffen wird.<sup>1049</sup>

Neu ist die Notwendigkeit der Aufstellung eines abstrakten Vergütungssystems. Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der Richtlinie – im Sinne einer möglichst schonenden Umsetzung in das deutsche System – dazu entschlossen, den Beschluss über das Vergütungssystem und über die konkrete Vergütung zusammenzuführen. Es verbleibt allerdings bei der Möglichkeit, die Vergütung per Beschluss oder Satzung festzulegen. Legt die Satzung die Vergütung fest, muss turnusmäßig über die Billigung oder Änderung der entsprechenden Satzungsregelung abgestimmt werden. Es steht der Gesellschaft dennoch weiterhin

---

<sup>1045</sup> Gesetz v. 12.12.2019, BGBl. I S. 2637.

<sup>1046</sup> Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre (ABl. EU L 132 v. 20.05.2017, S. 1).

<sup>1047</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 88.

<sup>1048</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 88.

<sup>1049</sup> Grigoleit/Grigoleit/Tomasic/Kochendörfer, § 113 AktG Rn. 8.

frei, ob sie denn überhaupt eine Vergütung gewährt. Ist dies nicht der Fall, ist bei börsennotierten Gesellschaften dennoch alle vier Jahre ein entsprechender Beschluss notwendig. Der Entwurf des jeweiligen Vergütungssystems muss nach der Regelung des § 124 Abs. 3 S. 1 AktG durch Vorstand und Aufsichtsrat vorbereitet und im Anschluss vorgelegt werden. Zwar soll die Organisationsverantwortlichkeit bezüglich der Ausarbeitung des Vergütungssystems zuvorderst beim Aufsichtsrat liegen, die Kompetenz zur konkreten Vergütungsfestsetzung bleibt allerdings bei der Hauptversammlung.<sup>1050</sup>

Gemäß § 113 Abs. 3 S. 3 AktG sind in dem Beschluss – das heißt jedem Beschluss über die Vergütung – die nach § 87a Abs. 1 S. 2 AktG erforderlichen inhaltlichen Angaben, mithin also diejenigen über das Vergütungssystem, sinngemäß in klarer und verständlicher Form aufzunehmen. Auf diesem Wege soll sichergestellt werden, dass die konkrete Vergütung stets dem zugrunde liegenden abstrakten System entspricht, da diese einheitlich beschlossen werden.<sup>1051</sup> Die Mindestangaben des § 87a Abs. 1 S. 2 AktG müssen demnach in den Vergütungsbeschluss aufgenommen werden oder sich durch eine Inbezugnahme eines vorausgehenden Beschlusses ergeben oder die Satzung bezeichnen. Ergibt sich die Vergütung aus der Satzung müssen die Mindestangaben gemäß § 113 Abs. 3 S. 4 AktG nicht in die Satzung aufgenommen werden.

Inhaltlich erstrecken sich die Angaben des § 87a Abs. 1 S. 2 AktG allerdings nur auf die gemäß § 113 AktG geschuldete Aufsichtsratsvergütung.<sup>1052</sup> Eine extensive Auslegung dahingehend, dass auch die sonstige für den Amtsträger als Arbeitnehmer gezahlte Vergütung davon erfasst sein soll, ist nicht zulässig. § 113 AktG soll allein die innere Kompetenzordnung zur Vergütungsfestlegung der Hauptversammlung zuweisen.<sup>1053</sup> Die erforderlichen Mindestangaben des jeweiligen Beschlusses bezwecken, dass den Aktionären in klarer und verständlicher Weise deutlich werden kann, welche Zahlungen an die Aufsichtsratsmitglieder aufgrund ihrer Tätigkeit als Mitglied im Gremium aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgen.<sup>1054</sup> Ein weitergehender Zweck, auch die

---

<sup>1050</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 90.

<sup>1051</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 88.

<sup>1052</sup> Grigoleit/Grigoleit/Tomasic/Kochendörfer, § 113 AktG Rn. 21 ff.

<sup>1053</sup> Koch/Koch, § 113 AktG Rn. 2.

<sup>1054</sup> BeckOGK-AktG/Spindler, § 113 AktG Rn. 6.



Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter durch Offenlegung deren gesamt bezogener Vergütung zu sichern, ist allerdings nicht intendiert. Auch die Aktionärsrechterichtlinie geht in Art. 9a allein von einem Recht auf Abstimmung über die Vergütungspolitik der Aufsichtsratsmitglieder und nicht von einem generellen Publizitätsanspruch der Gesamtvergütung aus.

*b. Vergütungsbericht gem. § 162 AktG*

*aa. Art. 9b der Aktionärsrechterichtlinie*

Für börsennotierte Unternehmen könnte sich allerdings die Publizität der an die Arbeitnehmervertreter gezahlten Gesamtvergütung aus der Pflicht zur Veröffentlichung eines jährlichen Vergütungsberichts gemäß § 162 AktG ergeben.<sup>1055</sup> Die Vorschrift wurde zum 1. Januar 2020 durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II)<sup>1056</sup> wiederbelebt und soll der Umsetzung des Art. 9b der Aktionärsrechterichtlinie dienen.<sup>1057</sup> Der Gesetzgeber hatte eine konkrete Umsetzungsabsicht<sup>1058</sup>, welche eine möglicherweise notwendige unionsrechtskonforme Auslegung rechtfertigt.<sup>1059</sup> Art. 9b ARRL bestimmt, dass die Gesellschaften einen Vergütungsbericht erstellen, *„der einen umfassenden Überblick über die im Laufe des letzten Geschäftsjahrs den einzelnen Mitgliedern der Unternehmensleitung [...] gemäß der in Artikel 9a genannten Vergütungspolitik gewährte oder geschuldete Vergütung, einschließlich sämtlicher Vorteile in jeglicher Form, enthält“*. Dieser Bericht beinhaltet nach der Aktionärsrechterichtlinie unter anderem Informationen über die Gesamtvergütung sowie jegliche Vergütung von Unternehmen derselben Gruppe im Sinne von Art. 2 Nr. 11 der Richtlinie 2013/34/EU, der sogenannten EU-Bilanz-Richtlinie.<sup>1060</sup>

---

<sup>1055</sup> Als börsennotiert gelten entsprechende Aktiengesellschaften im Sinne von § 3 Abs. 2 AktG, sowie über § 278 Abs. 3 AktG sowie Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO die KGaA sowie die (börsennotierte) SE mit Satzungssitz in Deutschland, vgl. BeckOGK-AktG/Bayer/Scholz, § 162 AktG Rn. 13 ff.

<sup>1056</sup> Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) v. 12.12.2019, BGBl. I S. 2637.

<sup>1057</sup> Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre (ABl. EU L 132 v. 20.05.2017, S. 1).

<sup>1058</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 108.

<sup>1059</sup> BeckOGK-AktG/Bayer/Scholz, § 162 AktG Rn. 5 ff.

<sup>1060</sup> Vgl. Art. 9b Abs. 1 Unterabs. 2 lit. c) ARRL, welcher auf die Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den

Durch diese individualisierte Offenlegung soll nach den Erwägungsgründen Nr. 31, 33, 34 und 35 zur Aktionärsrechterichtlinie mehr Unternehmenstransparenz und eine bessere Rechenschaftspflicht erreicht werden. Insbesondere soll den Aktionären und an der Gesellschaft interessierten Akteuren ein vollständiges und verlässliches Bild der Vergütung jedes einzelnen Mitglieds der Unternehmensleitung ermöglicht werden. Dafür sei es besonders wichtig, dass jedes Element und der Gesamtbetrag der Vergütung offengelegt werden. Dazu zähle auch die Vergütung die von anderen Unternehmen, der gleichen Unternehmensgruppe gewährt werde. Das Regelungsanliegen der Vorschrift wird oftmals unter das Stichwort „*Say on Pay*“ gefasst, welches vor allem die Transparenz der Vergütung in Gesellschaften steigern soll.<sup>1061</sup> Hauptzweck der Regelung ist es demnach die *Ex-post*-Überprüfung der Umsetzung der Vergütungspolitik für Vorstand und Aufsichtsrat zu ermöglichen. Fernziel ist die weitergehende Steigerung der Unternehmenstransparenz, welche eine bessere Überwachung der Unternehmensleitung durch die Aktionäre und sonstige Personen ermöglichen soll.<sup>1062</sup> Der Vergütungsbericht wird nach Erwägungsgrund Nr. 33 dafür als notwendige Voraussetzung für die Ausübung der Aktionärsrechte erachtet.

Ausgehend von den Vorgaben der Richtlinie ist zu prüfen, ob nach der deutschen Umsetzung – zumindest für börsennotierte Unternehmen – die arbeitsvertragliche Vergütung von Doppelmandatsträgern in dem Vergütungsbericht offengelegt werden muss. Es drängt sich daher die Frage auf, ob zu der nach § 162 AktG offenlegungspflichtigen Vergütung nur die Vergütung zählt, die im Gegenzug für die Tätigkeit als Mitglied der Unternehmensleitung, hier als Aufsichtsrat, geleistet wird oder aber auch die sonstige Vergütung, die das jeweilige Aufsichtsratsmitglied im Übrigen von der Gesellschaft erhält.<sup>1063</sup> Im letzten Fall wäre dann auch die arbeitsvertragliche Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder zu veröffentlichen.

---

konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. EU L 182 v. 29.06.2013, S. 19) Bezug nimmt.

<sup>1061</sup> Vgl. Grigoleit/*Rachlitz*, § 162 AktG Rn. 1.

<sup>1062</sup> BeckOGK-AktG/*Bayer/Scholz*, § 162 AktG Rn. 2 ff.

<sup>1063</sup> Vgl. nur zur Auslegung der Richtlinie *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 251 ff.

*bb. Deutsche Umsetzung in § 162 AktG*

Die deutsche Umsetzung in § 162 AktG befasst sich zunächst in Absatz 1 mit dem generellen Inhalt des Vergütungsberichts für Vorstand und Aufsichtsrat. Absatz 2 stellt Sonderregeln für den Vorstand auf. Absatz 4 ordnet die Veröffentlichung des Berichts auf der Internetseite der AG an, wohingegen Absatz 5 datenschutzrechtliche Regelungen enthält. Absatz 6 stellt einen Vorbehalt hinsichtlich des Inhalts des Vergütungsberichts auf, wenn dieser geeignet wäre der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen. Die Vorschrift ist in der Form nach dem Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) nach § 26j Abs. 2 S. 1 des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz (EGAktG) erstmals für das nach dem 31.12.2020 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden. Es handelt sich damit bei dem Vergütungsbericht gemäß § 162 AktG um das originär aktienrechtliche Publizitätsinstrument bezüglich der Vergütung der Unternehmensleitung.<sup>1064</sup> Aus diesem Grund wurde es in der Nähe der weiteren aktienrechtlichen Publizitätspflichten – etwa § 161 AktG – normiert. Der Vergütungsbericht soll einem durchschnittlichen Aktionär eine verständliche Information über die Zahlungen ermöglichen.<sup>1065</sup> Der Bericht ist von Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam zu entwerfen und dann der Hauptversammlung vorzulegen. Aufzustellen hat ihn die börsennotierte Gesellschaft selbst, auch wenn sie etwaig in einen Konzern eingegliedert ist. Es sind allerdings alle Vergütungsbestandteile darin aufzunehmen, die der Unternehmensleitung von Unternehmen desselben Konzerns gewährt wurden.<sup>1066</sup>

Aufgrund der Pflicht nach § 162 AktG, einen Vergütungsbericht zu verfassen, verzichtet der Deutsche Corporate Governance Kodex 2020 auf die Aufnahme möglicher Publizitätsvorschriften. Der Grundsatz Nummer 25 DCGK 2020 enthält nur noch den deklaratorischen Hinweis, dass Vorstand und Aufsichtsrat jährlich einen Vergütungsbericht nach den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen

---

<sup>1064</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 108.

<sup>1065</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 109.

<sup>1066</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 110.

erstellen. Es wird demnach in der neusten Version des Kodex auf inhaltliche Empfehlungen zur Berichterstattung über die Aufsichtsratsvergütung verzichtet.<sup>1067</sup>

Nach § 162 Abs. 1 S. 2 AktG sind unter Namensnennung der Aufsichtsratsmitglieder Angaben über die im Anschluss aufgezählten Vergütungsbestandteile zu erteilen, sofern sie denn tatsächlich vorliegen. Darunter zählen nach Nummer 1 „*alle festen und variablen Vergütungsbestandteile [...]*“. Die Gesetzesbegründung spricht schlicht davon, dass „*die von der Gesellschaft und von Unternehmen desselben Konzerns im letzten Geschäftsjahr gewährte und geschuldete Vergütung anzugeben*“ ist.<sup>1068</sup> Darunter falle der gesamte faktische Zufluss, also etwa auch die auf nichtiger Grundlage geleistete Vergütung.<sup>1069</sup> Die Regierungsbegründung konkretisiert den Begriff der Vergütung im Folgenden mit einem Hinweis darauf, dass sich dieser aus der Gesamtheit der Definitionen der Gesamtbezüge aus §§ 285 Nr. 9 lit. a) S. 1 – 3 und lit. b) S. 1 und 2, 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) S. 1 – 3 und lit. b) S. 1 des Handelsgesetzbuchs (HGB) ergebe.<sup>1070</sup> Es entspreche dem Ziel der Richtlinie, möglichst umfassend über die gewährte Vergütung zu informieren. Weitergehende Anhaltspunkte dafür, was insbesondere in Bezug auf die Aufsichtsratsvergütung unter die Norm fällt, liefert die Begründung nicht. Den Gesamtbezügen nach §§ 285 Nr. 9 lit. a) S. 1 – 3 und lit. b) S. 1 und 2, 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) S. 1 – 3 und lit. b) S. 1 HGB unterfallen nach aktuellem Verständnis nicht die Zahlungen, die den Aufsichtsratsmitgliedern unabhängig von ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit – das heißt aufgrund des arbeitsvertraglichen Anspruchs – zukommen.<sup>1071</sup> Unter die Gesamtbezüge fallen allein die Zahlungen, die im Synallagma zur Organmitgliedschaft stehen. Wird eine unzulässige Betriebsratsvergütung nach obigem Verständnis für die Aufsichtsrats Tätigkeit gezahlt, so fällt jener Teil in diesem Sonderfall auch unter den Begriff der Vergütungsbestandteile gemäß § 162 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG.

---

<sup>1067</sup> In der vorherigen Version des Kodex war hingegen die Reichweite der individualisierten Offenlegung der Aufsichtsratsvergütung aufgrund Nr. 5.4.6. Abs. 3 DCGK noch umstritten, vgl. *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 247; *Rieble*, AG 2016, 315, 323 – jew. mwN.

<sup>1068</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 111.

<sup>1069</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 111.

<sup>1070</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 111; wobei in Bezug auf § 314 HGB fälschlicherweise die Aufnahme des Absatzes 1 unterbleibt.

<sup>1071</sup> Statt aller BeckBil-Komm/*Grottel*, § 285 HGB Rn. 246; BeckOGK-Bil/*Kessler*, § 285 HGB Rn. 99; MüKoBilR/*Kessler*, § 285 HGB Rn. 91; MüKoHGB/*Poelzig*, § 285 HGB Rn. 156; zu § 162 AktG bereits BeckOGK-AktG/*Bayer/Scholz*, § 162 AktG Rn. 34; *Grigoleit/Rachlitz*, § 162 AktG Rn. 29.

*cc. Notwendigkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung*

Es kann bezweifelt werden, dass die Annahme einer im Regelfall nicht bestehenden Pflicht zur Aufnahme der Vergütung des Betriebsratsmitglieds in den Vergütungsbericht einer unionsrechtskonformen Auslegung standhält. Im Gegensatz zum nationalen Gesetz könnte die Richtlinie von einem weiteren Verständnis vom Begriff der Vergütung ausgehen. Bei Zweifeln, ob die nationalen Umsetzungsbestimmungen die Ziele der Richtlinie in ausreichendem Maße verwirklichen, ist der nationale Umsetzungsakt richtlinienkonform auszulegen.<sup>1072</sup> Diese Auslegungsmethode ist vorrangig vor den anderen Methoden zur Auslegung des Gesetzes, da die Richtlinie dem höherrangigen EU-Recht entspringt und Art. 4 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) den Grundsatz der Unionstreue anordnet.<sup>1073</sup> Die Mitgliedsstaaten haben die Übereinstimmung des nationalen Rechts mit den Vorgaben des Unionsrechts zu gewährleisten. Das nationale Gesetz ist demnach so auszulegen, dass es keine Widersprüche zum Unionsrecht aufweist.

Es gilt also, die nationale Vorschrift soweit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der einschlägigen Richtlinie auszulegen, um der Verpflichtung aus Art. 288 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – der besagt, dass die Richtlinie für jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist – nachzukommen.<sup>1074</sup> Die Grenzen der unionsrechtskonformen Auslegung ergeben sich aus den allgemeinen nationalen Auslegungsregeln.<sup>1075</sup> Die unionsrechtskonforme Auslegung darf mithin nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen.<sup>1076</sup> Es ist also auf die Grundsätze der verfassungskonformen Auslegung zurückzugreifen.<sup>1077</sup> Sofern der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang oder der Sinn und Zweck des Gesetzes verschiedene Deutungen zulassen, von denen sich allerdings eine als unionsrechtskonform erweist, so ist diese Auslegung geboten. Eine

---

<sup>1072</sup> Ausfl. ErfK/*Schlachter*, Vorb. AEUV Rn. 39 ff. mwN.

<sup>1073</sup> Vedder/Heintschel von Heinegg/*Vedder*, § 288 AEUV Rn. 34.

<sup>1074</sup> Vgl. etwa EuGH v. 19.01.2010 – C-555/07 – *Küçükdeveci*, EuZW 2010, 177 Rn. 48; BAG v. 21.02.2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662 Rn. 29.

<sup>1075</sup> ErfK/*Schlachter*, Vorb. AEUV Rn. 41 mwN.

<sup>1076</sup> EuGH v. 19.04.2016 – C-441/14 – *Dansk Industri*, NZA 2016, 537 Rn. 32 mwN.

<sup>1077</sup> Etwa BAG v. 30.03.2004 – 1 AZR 7/03, NZA 2004, 931, 935; ErfK/*Schlachter*, Vorb. AEUV Rn. 41.

Auslegung, die sich in Widerspruch zu dem eindeutigen Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers begibt, ist hingegen zu unterlassen.<sup>1078</sup> Ausgehend davon gilt es, die Regelung des § 162 AktG im Lichte des Art. 9b ARRL auszulegen.

Der Wortlaut des § 162 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG („*alle festen und variablen Vergütungsbestandteile*“) lässt keinen unmittelbaren Rückschluss darauf zu, ob davon – neben der unstrittigen Organvergütung – auch die Vergütungen im weiteren Sinne erfasst sein sollen. Wie zuvor allerdings festgestellt, ergibt sich aus der Regierungsbegründung, dass es allein die Organvergütung sein soll. Die Systematik der vergütungsrechtlichen nationalen Vorschriften widerspricht zugleich nicht einer entsprechenden Auslegung. § 162 AktG steht im Zusammenhang mit den ebenfalls unionsrechtlich bedingten Vorschriften der §§ 87a, 113 Abs. 3, 120a AktG.<sup>1079</sup> Die Regelungen sind allesamt vom legislativen Willen zur Regulierung und Offenlegung der (Vorstands-)Vergütung von Gesellschaften geprägt. Das Gesetz sieht hierfür die Aufstellung eines konkreten Vergütungssystems in §§ 87, 87a AktG vor, welches über § 113 Abs. 3 AktG auch im Bereich der Aufsichtsratsvergütung zu beachten ist. Diese Vorschriften gehen auf Art. 9a ARRL zurück. Der Vergütungsbericht des § 162 AktG soll im Nachhinein darüber Aufschluss geben, ob das aufgestellte Vergütungssystem eingehalten wurde. Im Bereich der Aufsichtsratsvergütung bezieht sich das Vergütungssystem wiederum unstrittig nur auf den Bereich der Organvergütung, so dass sich der Rückschluss aufdrängt, dass der Vergütungsbericht sich dementsprechend auch nur auf jenen Teil der Vergütung beschränken soll.<sup>1080</sup>

Eine andere Bewertung könnte sich allerdings durch eine differenzierte Betrachtung der verschiedenen Normen der Aktionärsrechterichtlinie ergeben. Wie zuvor aufgezeigt, geht die Aufstellung eines entsprechenden Vergütungssystems für Vorstand und Aufsichtsrat auf Art. 9a ARRL zurück, welcher sich auf die Vergütung als Organmitglied beschränkt. Die Offenlegungspflicht des Vergütungsberichts ergibt sich allerdings aus Art. 9b ARRL. Diese Norm bietet indes Ansatzpunkte dafür, dass hier eine bewusste Erweiterung in

---

<sup>1078</sup> BAG v. 30.03.2004 –1 AZR 7/03, NZA 2004, 931, 935 mwN.

<sup>1079</sup> Vgl. etwa den Begriff der „*Komplementärregelung*“ bei BeckOGK-AktG/Bayer/Scholz, § 162 AktG Rn. 8.

<sup>1080</sup> BeckOGK-AktG/Bayer/Scholz, § 162 AktG Rn. 34.

vergütungsrechtlicher Hinsicht intendiert ist. Im Gegensatz zu der Umsetzung in § 162 AktG spricht die Richtlinie nämlich in Art. 9b Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a) davon, dass die „*Gesamtvergütung*“ aufzunehmen ist. Der Begriff der Gesamtvergütung könnte sowohl die Vergütung als Organmitglied als auch die daneben zu zahlende Vergütung als Arbeitnehmer umfassen. Es wäre die Gesamtheit der Zahlungen aufzunehmen. Gegen diese Auslegung spricht allerdings, dass es im weiteren Verlauf des Unterabsatzes wörtlich heißt „... *eine Erläuterung, wie die Gesamtvergütung der angenommenen Vergütungspolitik entspricht*“. Es ist damit ein Zusammenhang zwischen dem Begriff der Gesamtvergütung sowie der Vergütungspolitik aus Art. 9a ARRL hergestellt. Die Vergütungspolitik bezieht sich allerdings allein auf die Organvergütung.

Ein Argument für ein weites Begriffsverständnis könnte sich allerdings weiter aus Art. 9b Abs. 1 Unterabs. 2 lit. c) ARRL ergeben. Darin ist bestimmt, dass der Vergütungsbericht gegebenenfalls Informationen über „*jegliche Vergütung von Unternehmen derselben Gruppe im Sinne von Artikel 2 Nummer 11 der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates*“ enthalten muss. Damit ist die EU-Bilanz-Richtlinie in Bezug genommen. In engem Zusammenhang mit dieser Regelung steht wiederum Erwägungsgrund Nr. 35 ARRL, welcher als Auslegungshilfe herangezogen werden kann.<sup>1081</sup> So ist es zur Vermeidung einer Umgehung der Anforderungen der Richtlinie notwendig, die Offenlegung und Veröffentlichung der Vergütung vorzusehen, die nicht nur von der Gesellschaft gewährt wird, sondern auch von jedem Unternehmen, das zu der gleichen Unternehmensgruppe gehört. Würde diese Vergütung ausgespart, so bestünde „*das Risiko, dass Gesellschaften versuchen, die Anforderungen nach dieser Richtlinie dadurch zu umgehen, dass sie Mitgliedern der Unternehmensleitung verdeckte Vergütungen über kontrollierte Unternehmen zukommen lassen*“. Eine Umgehung müsse unterbunden werden, da ansonsten die durch die Richtlinie verfolgten Ziele nicht erreicht würden.<sup>1082</sup>

Nach Erwägungsgrund Nr. 35 ARRL sollen sich die Aktionäre ein vollständiges und verlässliches Bild von der den Mitgliedern der Unternehmensleitung durch die

---

<sup>1081</sup> Krit. wegen der teilweisen sprachlichen Ungenauigkeiten etwa *Schlachter*, ZfA 2007, 249, 252.

<sup>1082</sup> *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 252.

Gesellschaft gewährten Vergütung machen können. Die Richtlinie verfolgt demnach einen umfassenden Transparenzzweck.<sup>1083</sup> Für diese Annahme sprechen weiterhin auch die Ausführungen in Erwägungsgrund Nr. 34 ARRL. Für die Gewährleistung der Unternehmenstransparenz sei es erforderlich, dass „*jedes Element und der Gesamtbetrag der Vergütung offengelegt werden*“.

Sinn und Zweck der Aktionärsrechterichtlinie ist es ohne Frage, eine erhöhte Unternehmenstransparenz im gesamten Bereich der Vergütung zu bewirken. Teleologisch lässt es sich deshalb vertreten, von einem weiten Begriffsverständnis hinsichtlich der Vergütung auszugehen, welches auch die sonstigen Vergütungsbestandteile der Aufsichtsratsmitglieder umfasst.<sup>1084</sup> Neben der üblichen – nach dem aufzustellenden Vergütungssystem – geschuldeten Organvergütung wäre demnach auch die arbeitsvertraglich geschuldete Vergütung der Arbeitnehmervertreter aufzunehmen. Die Pflicht zur Offenlegung des Vergütungsberichts ist nach dieser Auslegung bewusst weiter als das Vergütungssystem gefasst, um eine vollständige vergütungsrechtliche Transparenz zu gewährleisten. Es fielen demnach alle erzielten Einkünfte – etwa auch die im Sinne des § 114 AktG – unter den Begriff der „*jeglichen Vergütung*“, was wiederum auf die Auslegung des § 162 AktG durchschlagen müsste.

Dieses Begriffsverständnis ist in teleologischer Hinsicht insbesondere bei Doppelmandatsträgern vertretbar. Die vergütungsrechtlichen Vorschriften und Abgabepflichten ermöglichen es nicht, den Arbeitnehmervertretern eine angemessene Organvergütung zukommen zu lassen. Allerdings ermöglicht es das betriebsverfassungsrechtliche Lohnausfallprinzip, auf anderem Wege die Erhöhung der Vergütung zu erreichen. Der gesetzlichen Lage ist demnach die Gefahr von Umgehungsgeschäften immanent. Wie zuvor anhand des Erwägungsgrunds Nr. 35 ARRL aufgezeigt, sollen andererseits alle Möglichkeiten zur Umgehung der Transparenz ausgeschlossen werden. Eine Auslegung der Aktionärsrechterichtlinie hin zu einem weiten Begriff der Vergütung lässt sich also grundsätzlich vertreten.<sup>1085</sup> Dies gilt auch mit Blick auf Erwägungsgrund Nr. 34 ARRL der, wie

---

<sup>1083</sup> Dieser Zweck wird auch bei Grigoleit/Rachlitz, § 162 AktG Rn. 29 hervorgehoben. Deshalb sei der Begriff der Vergütung weit auslegen, wobei allerdings nur Gegenleistungen für die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied umfasst seien.

<sup>1084</sup> Uffmann, ZfA 2018, 225, 252.

<sup>1085</sup> Uffmann, ZfA 2018, 225, 252.



vorhin erwähnt, zugunsten der Unternehmenstransparenz anordnet, dass „*jedes Element und der Gesamtbetrag der Vergütung offengelegt werden*“ muss. Nur dann könne im ausreichenden Maße die Kontrolle der Unternehmensleitung garantiert werden.<sup>1086</sup>

Gegen diese Auslegung sprechen jedoch wiederum andere systematische und teleologische Argumente. Der Vergütungsbericht bleibt in erster Linie ein Instrument, um die Umsetzung der aufgestellten Vergütungspolitik zu kontrollieren. Die dahingehende Auslegung, dass Art. 9b Abs. 1 Unterabs. 2 lit. c) ARRL nicht nur die Organvergütung, sondern auch jede andere Vergütung umfasst, kann deshalb bezweifelt werden.

Die Aktionärsrechterichtlinie ist nicht auf das System der deutschen Unternehmensmitbestimmung ausgelegt, sondern hat eine nicht mitbestimmte Unternehmensleitung im Blick. Wie aus Erwägungsgrund Nr. 35 ARRL ersichtlich wird, soll Art. 9b Abs. 1 Unterabs. 2 lit. c) ARRL die Umgehung durch die kontrollierten Unternehmen verhindern. Die Gefahr, dass auf Basis des außerdem bestehenden Arbeitsvertrags mit demselben Unternehmen Zahlungen geleistet werden, war jedenfalls nicht primärer Regelungsgegenstand. Wäre die Offenlegung auch dieser Vergütungen beabsichtigt gewesen, so hätte es sich wohl angeboten, einen entsprechenden Zusatz in Art. 9b Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a) ARRL aufzunehmen. Richtlinienkonform ist es daher, von einem engen Begriffsverständnis in § 162 AktG auszugehen.<sup>1087</sup> Der Hauptzweck der Regelungen aus § 162 AktG und Art. 9b ARRL, nämlich die Einhaltung der Kontrolle der Vergütungspolitik, wird bei einem engen Begriffsverständnis in ausreichendem Maße gewahrt. Die Gewährung des Fernziels hin zu einer verstärkten Unternehmenstransparenz lässt auch eine Ausweitung der Veröffentlichungspflicht auf die als Arbeitnehmer bezogenen Vergütungen nicht zu. Die Richtlinie erachtet die Ausweitung auf die Besonderheiten der deutschen Unternehmensmitbestimmung nicht als zwingend. Es handelt sich bei der Aufsichtsrats- und Betriebsratsmitgliedschaft um zwei auseinanderzuhaltende Rechtsverhältnisse. Der Sinn und Zweck der Regelungen kann nicht in dem Maße

---

<sup>1086</sup> Uffmann, ZfA 2018, 225, 252.

<sup>1087</sup> AA Uffmann, ZfA 2018, 225, 252 f.

ausgedehnt werden, dass auch das Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsratsmitglied umfasst ist.

*dd. Zwischenergebnis*

Die Veröffentlichung eines sogenannten Vergütungsberichts erfolgt auf der Grundlage des zum 1. Januar 2020 eingeführten § 162 AktG. Die Regelung basiert auf der Umsetzung des Art. 9b ARRL. Die deutsche Umsetzung umfasst allein die Aufnahme der Vergütungsbestandteile, welche im Gegenzug für die Organstellung geleistet wurden. Die arbeitsvertragliche Vergütung der Arbeitnehmervertreter ist damit grundsätzlich nicht in den Bericht aufzunehmen. Die Formulierung des § 162 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG „*alle festen und variablen Vergütungsbestandteile*“ ist nicht dahingehend auszulegen, dass auch die arbeitsvertragliche Vergütung der Arbeitnehmervertreter umfasst ist. Die unionsrechtskonforme Auslegung führt zu keinem anderen Ergebnis. Dies ergibt sich aus der generellen Trennung beider Rechtsverhältnisse voneinander.

*c. Zustimmungsvorbehalt und Bekanntmachungspflicht nach § 111a AktG*

In Umsetzung des Art. 9c der Aktionärsrechterichtlinie statuieren die mit Wirkung vom 1. Januar 2020 durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) ins Gesetz eingefügten Regelungen der §§ 111a – 111c AktG einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats sowie eine Ad-hoc-Bekanntmachungspflicht in Bezug auf Geschäfte börsennotierter Aktiengesellschaften mit nahestehenden Personen. Die Umsetzung der Normen wird unter dem Begriff der „*related party transactions*“ zusammengefasst. Durch den Zustimmungsvorbehalt und die Bekanntmachung soll der Gefahr begegnet werden, dass sich der Gesellschaft nahestehende Personen durch die Einwirkungsmöglichkeit auf die Gesellschaft einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen.

Unter den Geschäftsbegriff des § 111a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG fallen nach der weiten Auslegung grundsätzlich alle Transaktionen die für die Gesellschaft potentiell nachteilig sein können.<sup>1088</sup> Es unterfallen der Regelung demnach in Abweichung vom Wortlaut auch alle Dienstleistungen. Zur Definition der nahestehenden

---

<sup>1088</sup> Grigoleit/Grigoleit, § 111a AktG Rn. 22.

Personen normiert § 111a Abs. 1 S. 2 AktG kein eigenes Begriffsverständnis, sondern verweist auf den Begriff der nahestehenden Unternehmen und Personen im Sinne der International Financial Reporting Standards (IFRS).<sup>1089</sup> Der einschlägige Standard zur Bestimmung der nahestehenden Unternehmen und Personen ist der aus den International Accounting Standards (IAS) 24.9. Nach IAS 24.9 lit. a) iii) steht eine Person dem Unternehmen nahe, wenn sie im Management des Unternehmens eine Schlüsselposition bekleidet. Mitglieder des Managements in Schlüsselpositionen sind Personen, die direkt oder indirekt für die Planung, Leitung und Überwachung der Tätigkeiten des Unternehmens zuständig und verantwortlich sind. Dazu gehören nach expliziter Aussage des IAS 24.9 auch Mitglieder der Aufsichtsorgane.<sup>1090</sup> Der Arbeitsvertrag mit einem Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, der zugleich Arbeitnehmer im Unternehmen ist, unterfällt demnach grundsätzlich auch den Vorschriften der §§ 111a – 111c AktG. Allerdings sieht § 111a Abs. 3 AktG einen Negativkatalog mit Geschäften vor, die nicht unter den Zustimmungsvorbehalt und die Bekanntmachungspflicht fallen. Darunter sind gemäß § 111a Abs. 3 Nr. 4 AktG auch solche Geschäfte zu verstehen, *„die die Vergütung betreffen, die den Mitgliedern des Vorstands oder Aufsichtsrats im Einklang mit § 113 Absatz 3 oder § 87a Absatz 2 gewährt oder geschuldet wird“*. Der Ausnahme liegt die Erwägung zugrunde, dass das in den erwähnten Vorschriften vorgeschriebene Verfahren die Angemessenheit und Kontrolle der Organvergütung sicherstellt.<sup>1091</sup> Die Bestimmung der Organvergütung obliegt ohnehin der Hauptversammlung und wird von – den dargestellten – Berichtspflichten abgesichert.

Zu prüfen ist allerdings, ob die für vergütungsbezogene Transaktionen angeordnete Bereichsausnahme auch für die arbeitsvertragliche Vergütung der Arbeitnehmervertreter gilt. Diese wird nicht nach dem entsprechenden Vergütungsplan geleistet und könnte deshalb nicht unter die Bereichsausnahme fallen. Entsprechend der Auslegung des § 162 AktG ist zu erkennen, dass eine Ausweitung auf die arbeitsvertragliche Vergütung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht von der Richtlinie und der diese umsetzenden Vorschrift ins

---

<sup>1089</sup> Ausfl. zu den IFRS-Vorschriften noch unter Kapitel 4 D. III. 3. e.

<sup>1090</sup> Dies stellen auch BWKOB/*Fink/Zeyer*, IAS 24 Rn. 34 f. und Heuser/*Theile/Leippe*, Kap. 51 Rn. 51.27 heraus.

<sup>1091</sup> BegrRegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 83; Grigoleit/*Grigoleit*, § 111a AktG Rn. 147.

deutsche Aktiengesetz umfasst ist.<sup>1092</sup> Es würde dem Regelungszweck widersprechen, wenn die Vergütung dieser Personengruppe einerseits nicht im speziellen Vergütungsbericht des Unternehmens nach § 162 AktG aufzunehmen ist, sich allerdings andererseits ein Zustimmungsvorbehalt und eine Bekanntmachungspflicht auf Grundlage der allgemeineren Regelungen der §§ 111a ff. AktG ergäbe.<sup>1093</sup> Zusätzlich ist in praktischer Hinsicht zu bezweifeln, dass entsprechende Arbeitsverträge mit den einzelnen Arbeitnehmervertretern die notwendigen Schwellenwerte des § 111b AktG erreichen. Der Zustimmungsvorbehalt besteht demnach nur bei wesentlichen Geschäften, deren wirtschaftlicher Wert allein oder zusammen mit anderen Geschäften 1,5 Prozent der Summe aus dem Anlage- und Umlagevermögen der Gesellschaft übersteigt.<sup>1094</sup>

#### *d. Handelsrechtliche Vergütungspublizität*

Im teleologischen Zusammenhang mit dem Vergütungsbericht des § 162 AktG gibt es zugleich handelsrechtliche Publizitätsvorschriften.<sup>1095</sup> Das Handelsgesetzbuch sieht für gewisse Unternehmen bilanzrechtliche Offenlegungspflichten vor. § 264 HGB bestimmt, dass Kapitalgesellschaften den Jahresabschluss gemäß § 242 HGB um einen Anhang zu erweitern haben.<sup>1096</sup> Gleiches gilt gemäß § 264a HGB für gewisse Personengesellschaften, sofern keine gesonderte Befreiung greift. Der Anhang ist zusätzlich gemäß § 297 Abs. 1 HGB Teil des Konzernabschlusses. Er enthält gemäß § 284 HGB Erläuterungen der Bilanz und zur Gewinn- und Verlustrechnung.<sup>1097</sup>

Zugleich sind gemäß § 285 Nr. 9 bzw. § 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB unter anderem die Vergütungen der Aufsichtsratsmitglieder aufzunehmen. Wie zuvor bereits zur Definition der Vergütung in § 162 AktG festgestellt, gehören allerdings nur die Vergütungsbestandteile dazu, die im Gegenzug für die Organstellung gemäß § 113 AktG gewährt werden.<sup>1098</sup> Zahlungen, die den Aufsichtsratsmitgliedern nicht

---

<sup>1092</sup> Vgl. oben Kapitel 4 D. III. 2. a.

<sup>1093</sup> Zugleich ergibt sich nach hiesiger Auslegung bereits ein Zustimmungsvorbehalt gemäß § 114 AktG analog.

<sup>1094</sup> Vgl. dazu etwa Koch/Koch, § 111b AktG Rn. 2.

<sup>1095</sup> Vgl. zu dem Verhältnis von § 162 AktG und den HGB Vorschriften BeckOGK-AktG/Bayer/Scholz, § 162 AktG Rn. 11.

<sup>1096</sup> Weitergehend dazu BeckOGK-Bil/Fehrenbacher, § 264 HGB Rn. 6 ff.

<sup>1097</sup> Weitergehend dazu BeckOGK-Bil/Kessler, § 284 HGB Rn. 2 ff.

<sup>1098</sup> BeckOGK-Bil/Kessler, § 285 HGB Rn. 99; unter Hinweis auf DRS 17.17

BeckBil-Komm/Grottel, § 314 HGB Rn. 88; zum möglichen Einfluss der noch zu besprechenden IFRS-Vorschriften auf das HGB vgl. insgesamt *Holtsch*, Einfluss der IFRS auf das HGB.

für ihre Organtätigkeit gewährt werden, zählen unstreitig nicht zu den angabepflichtigen Tatsachen. Das Arbeitsentgelt, was Doppelmandatsträger auf Grundlage ihres Arbeitsvertrags und des Lohnausfallprinzips beziehen, ist demnach nicht in den Anhang aufzunehmen. Eine Ausnahme davon gilt wiederum nur in dem unwahrscheinlichen Sonderfall, dass dem Doppelmandatsträger in unzulässiger Weise eine Vergütung für die Aufsichtsrats­tätigkeit auf Basis der arbeitsvertraglichen Grundlage gezahlt wird.<sup>1099</sup>

#### *e. Internationale Rechnungslegungsvorschriften*

Ein vertiefter Blick lohnt sich wiederum bei den internationalen Rechnungslegungsvorschriften. Es handelt sich hierbei um die sogenannten International Financial Reporting Standards (IFRS), die bereits etwas weiter oben kurz erwähnt wurden und deren Geltung und Umfang zu untersuchen ist.

#### *aa. Grundlagen der International Financial Reporting Standards*

Es handelt sich bei den IFRS um internationale Rechnungslegungsvorschriften, die vom International Accounting Standards Board (IASB) herausgegeben werden. Das IASB ist wiederum Organ der International Financial Reporting Standards Foundation (IFRSF).<sup>1100</sup> Es handelt sich hierbei um eine gemeinnützige Stiftung, deren Ziel es ist, globale Rechnungslegungsstandards zu etablieren, wobei insbesondere die Interessen der Kapitalmärkte berücksichtigt werden.<sup>1101</sup> Bei dem Begriff „*International Financial Reporting Standards*“ handelt es sich um einen Oberbegriff für verschiedene Regelwerke.<sup>1102</sup>

Darunter fallen die seit 2001 verabschiedeten IFRS im engeren Sinne, die bis 2001 verabschiedeten International Accounting Standards (IAS) sowie die Interpretationen des International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) und des Standing Interpretations Committee (SIC).<sup>1103</sup> Die IFRS haben aufgrund ihres privatrechtlichen Ursprungs nur Empfehlungscharakter. Es bedarf eines Umsetzungsakts in die nationalen Rechtsordnungen, damit die Standards Rechtswirkung entfalten können. Die Umsetzung ist durch Art. 4 der

---

<sup>1099</sup> *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 213 f.

<sup>1100</sup> Ausfl. zu Struktur und Historie der Foundation Beck-IFRS-HB/*Driesch*, § 1 Rn. 6 ff.; Heuser/*Theile/Theile*, Kap. 2 Rn. 2.8 ff.

<sup>1101</sup> *Baetge/Kirsch/Thiele*, S. 54 ff.; Beck-IFRS-HB/*Driesch*, § 1 Rn. 2.

<sup>1102</sup> Heuser/*Theile/Theile*, Kap. 2 Rn. 2.15.

<sup>1103</sup> *Zimmermann/Werner/Hitz*, Buchführung und Bilanzierung nach IFRS und HGB, S. 103.

EG-Verordnung 1606/2002 v. 19.07.2002 (sogenannte IAS-Verordnung)<sup>1104</sup> erfolgt, die Verordnung gilt damit unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat.<sup>1105</sup> Darin ist die Einführung der IFRS in das Recht der Europäischen Union (EU) für Konzernabschlüsse kapitalmarktorientierter Unternehmen vorgeschrieben. Die Verordnung sieht zusätzlich ein Wahlrecht der Mitgliedsstaaten darüber vor, ob die IFRS auch für Konzernabschlüsse anderer Unternehmen oder Einzelabschlüsse anzuwenden sind bzw. angewendet werden können.<sup>1106</sup>

Die aktualisierten IFRS werden durch den sogenannten Endorsementprozess in das europäische Recht umgesetzt.<sup>1107</sup> Dieses Verfahren ist in Art. 3 und 5 IAS-VO geregelt. Demnach werden die Vorschriften zunächst – unter eingeschränktem Prüfungsumfang – von der EU-Kommission geprüft, bevor sie im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und damit für die entsprechenden Unternehmen verbindlich werden. Die Vorschriften unterliegen damit den europarechtlich gesicherten Auslegungsgrundsätzen.<sup>1108</sup> Zwischen den Pflichten nach Handelsgesetzbuch und IFRS besteht grundsätzlich eine inhaltlich recht große Schnittmenge.<sup>1109</sup> Der Abschluss anhand der IFRS-Vorschriften ist im Gegensatz zum Abschluss nach dem Handelsgesetzbuch allerdings stärker auf die Informationsvermittlung als Grundlage für mögliche Investitionen und weniger auf den Gläubigerschutz ausgerichtet.<sup>1110</sup>

Ähnlich wie die Vorschriften der §§ 111a ff. AktG, bezwecken die möglicherweise auch einschlägigen Vorschriften der IAS zu „*related party disclosures*“ die Offenlegung von entsprechenden Geschäftsbeziehungen mit nahestehenden Unternehmen und Personen. Diese Geschäftsbeziehungen können aufgrund der gegenseitigen Verflechtungen nicht den üblichen wirtschaftlichen Interessengegensätzen unterliegen und deshalb das berichtende Unternehmen beeinflussen.<sup>1111</sup>

---

<sup>1104</sup> Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards (ABl. EG L 243 v. 11.09.2002, S. 1).

<sup>1105</sup> Beck-IFRS-HB/Driesch, § 1 Rn. 70.

<sup>1106</sup> Beck-IFRS-HB/Driesch, § 1 Rn. 70.

<sup>1107</sup> Ausfl. Beck-IFRS-HB/Driesch, § 1 Rn. 71 ff.; Heuser/Theile/Theile, Kap. 3 Rn. 3.5 ff.

<sup>1108</sup> Dicken/Henssler, Bilanzrecht, Rn. 1014.

<sup>1109</sup> Vgl. Lüdenbach/Freiberg, BB 2013, 2539.

<sup>1110</sup> Baetge/Kirsch/Thiele, S. 143 f.; BeckHB-AG/Helm/Haaf, § 10 Rn. 13.

<sup>1111</sup> MüKoBilR/Hennrichs/Schubert, IAS 24 Rn. 1 ff.; Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg, § 30 Rn. 1.

*bb. Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses nach den International Financial Reporting Standards in Deutschland*

Aufgrund der Umsetzung in der IAS-Verordnung sind kapitalmarktorientierte Unternehmen mit Sitz in der Europäischen Union verpflichtet, ihren Konzernabschluss nach diesen internationalen Standards zu bilanzieren.<sup>1112</sup> Gemäß § 264d HGB ist eine Kapitalgesellschaft kapitalmarktorientiert, wenn sie einen organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 11 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) durch von ihr ausgegebene Wertpapiere im Sinne des § 2 Abs. 1 WpHG in Anspruch nimmt oder die Zulassung solcher Wertpapiere zum Handel an einem organisierten Markt beantragt hat.<sup>1113</sup>

Der weitere Anwenderkreis der IFRS bestimmt sich nach den erwähnten Wahlrechten der Mitgliedsstaaten. Die Bundesrepublik Deutschland übt die Wahlrechte der IAS-Verordnung in § 315e HGB restriktiv aus. Die Vorschrift bildet in Ergänzung der unmittelbar geltenden IAS-Verordnung die Rechtsgrundlage für die Konzernrechnungslegung nach internationalen Standards in Deutschland.<sup>1114</sup> § 315e HGB bestimmt in erster Linie, welche Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Anwendung finden, wenn der Konzernabschluss eines Mutterunternehmens, das nach den Vorschriften der §§ 290 ff. HGB einen solchen aufzustellen hat, nach den IFRS-Vorschriften erstellt wird.<sup>1115</sup> Die dort aufgenommenen Normen des Handelsgesetzbuchs enthalten Regelungen, die unabhängig von den anzuwendenden Rechnungslegungsgrundsätzen sind und damit ergänzend beachtet werden müssen.<sup>1116</sup> Zugleich regelt § 315e HGB in seinen Absätzen 2 und 3 die Ausübung der durch die IAS-Verordnung vorgegebenen Wahlrechte. Es müssen demnach Mutterunternehmen, die die Zulassung eines Wertpapiers zum Handel an einem organisierten Markt beantragt haben, die IFRS anwenden. Allen sonstigen Mutterunternehmen wird gemäß § 315e Abs. 3 HGB ein Wahlrecht zur Anwendung der IFRS eingeräumt. Der Anwendungsbereich der IFRS-Vorschriften bezieht sich demnach vor allem auf Mutterunternehmen, die

---

<sup>1112</sup> Vgl. dazu EBJs/Böcking/Gros, § 315e HGB Rn. 8 ff.; Dicken/Henssler, Bilanzrecht, Rn. 981, 1006 ff.

<sup>1113</sup> Zur Bestimmung der Kapitalmarktorientierung ausfl. BeckHB-AG/Helm/Haaf, § 10 Rn. 160; Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen/Sultana, § 315e HGB Rn. 54; Heuser/Theile/Theile, Kap. 4 Rn. 4.15 ff.

<sup>1114</sup> BeckBil-Komm/Grottel/Kreher, § 315e HGB Rn. 1.

<sup>1115</sup> EBJs/Böcking/Gros, § 315e HGB Rn. 4.

<sup>1116</sup> Beck-IFRS-HB/Driesch, § 1 Rn. 96.

selbst Wertpapiere emittieren oder Entsprechendes planen. Alle anderen Unternehmen im Sinne von § 315e Abs. 3 HGB werden einen zusätzlichen Erstellungsaufwand für die IFRS-Rechnungslegung nur in Ausnahmefällen in Kauf nehmen.<sup>1117</sup>

Dennoch sind zumindest weitestgehend die größten Unternehmen in Deutschland (etwa solche im DAX gelisteten) von den IFRS-Vorschriften erfasst. Insbesondere in solchen Unternehmen bestehen wiederum personelle Überschneidungen zwischen den Aufsichtsrats- und Betriebsratsmitgliedern.

*cc. Inhalt des Konzernabschlusses nach den International Financial Reporting Standards in Bezug auf die Aufsichtsratsvergütung*

Es ist demnach zu prüfen, inwieweit bei einem Konzernabschluss nach IFRS die Vergütungen von Organmitgliedern offenzulegen sind. Zunächst ist anzumerken, dass gemäß § 315e Abs. 1 HGB neben den IFRS-Vorschriften ergänzend § 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB zu beachten ist, der Angaben zu den Bezügen von Vorstand und Aufsichtsrat umfasst. Entsprechend dem Ergebnis der zuvor erfolgten Untersuchung geht die hier vertretene Auslegung allerdings dahin, dass diese Norm lediglich die Organvergütung umfasst.<sup>1118</sup> Die IFRS-Vorschriften enthalten in IAS 24.17 Vorschriften zur Vergütung der Unternehmensleitung. Die Vorschriften verfolgen erneut den üblichen Transparenzzweck. Die finanziellen Beziehungen zwischen dem Unternehmen und dem erfassten Personenkreis sollen offengelegt werden, um daraus Rückschlüsse auf die Lage des berichtenden Unternehmens zu ermöglichen.<sup>1119</sup>

Nach IAS 24.17 hat ein Unternehmen „*die Vergütung der Mitglieder seines Managements in Schlüsselpositionen*“ sowohl insgesamt als auch für gewisse Kategorien gesondert anzugeben. Die Vorschrift sieht keine Ausnahmen vor und gilt damit für alle Unternehmen, die ihren Konzernabschluss nach den IFRS-Vorschriften aufstellen. Der von der Offenlegungspflicht umfasste betroffene Personenkreis bezieht sich auf alle Mitglieder des Managements in Schlüsselpositionen. Mitglieder des Managements in Schlüsselpositionen sind

---

<sup>1117</sup> Beck-IFRS-HB/Driesch, § 1 Rn. 86.

<sup>1118</sup> Vgl. oben unter Kapitel 4 D. III. 2. d.

<sup>1119</sup> MüKoBilR/Henrichs/Schubert, 24.24 Rn. 1.



wiederum Personen, die direkt oder indirekt für die Planung, Leitung und Überwachung der Tätigkeiten des Unternehmens zuständig und verantwortlich sind; dies schließt ausdrücklich die Mitglieder der Geschäftsführungs- als auch der Aufsichtsorgane ein. Alle Mitglieder des Aufsichtsrats, d.h. auch die der Arbeitnehmerseite und damit Doppelmandatsträger, fallen demnach unstreitig unter die Regelung des IAS 24.17.<sup>1120</sup> Aus der Tatsache, dass für den gesamten Aufsichtsrat die gleichen Transparenzvorschriften wie für Vorstandsmitglieder Anwendung finden, wird ersichtlich, dass den Vorschriften die Annahme einer monistisch ausgestatteten Gesellschaft zugrundeliegt. Die in Deutschland typische dualistische Strukturen ist hingegen nur teilweise berücksichtigt.<sup>1121</sup> Die Mitglieder des Betriebsrats – einschließlich des Betriebsratsvorsitzenden – sind als weitere Besonderheit des deutschen Rechts der Unternehmensmitbestimmung nicht von jenem Personenkreis umfasst. Es handelt sich bei dem Betriebsrat um ein Organ der Interessenvertretung, nicht aber um ein Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgan im Sinne der Vorschrift.

Der Vergütungsbegriff des IAS 24.17 umfasst deshalb nach überzeugender herrschender Meinung auch die im Gegenzug für die Organtätigkeit erhaltene Aufsichtsratsvergütung im Sinne des § 113 AktG.<sup>1122</sup> Es herrscht insoweit Übereinstimmung mit den zuvor untersuchten Vorschriften der handelsrechtlichen Vergütungspublizität.

Eine erweiterte, das heißt auch auf die Vergütung als Arbeitnehmer der Gesellschaft bezogene Offenlegungspflicht könnte sich aus IAS 24.18 ergeben. Danach bestehen zusätzlich zu den in IAS 24.17 genannten Pflichten weitere Offenlegungspflichten mit sogenannten nahestehenden Personen. Sofern es Geschäftsvorfälle mit nahestehenden Personen gegeben hat, ist anzugeben, welcher Art die Beziehung zu ihnen ist. Es ist über jene Geschäftsvorfälle und ausstehenden Salden, einschließlich Verpflichtungen, zu informieren, damit die Abschlussadressaten die

---

<sup>1120</sup> Siehe oben Kapitel 4 D. III. 2. c.; im Übrigen BWKOB/*Fink/Zeyer*, IAS 24 Rn. 66; Heuser/*Theile/Leippe*, Kap. 51 Rn. 51.27; MüKoBilR/*Hennrichs/Schubert*, IAS 24 Rn. 94; Lüdenbach/*Freiberg*, BB 2013, 2539, 2540; Lüdenbach/*Hoffmann/Freiberg*, § 30 Rn. 38.

<sup>1121</sup> Hirte/*Heidel/Hirte*, Sammelkommentierung zur 2. Aktionärsrechterichtlinie Rn. 72.

<sup>1122</sup> BWKOB/*Fink/Zeyer*, IAS 24 Rn. 66; HdJ/*Schmitt/Stürke*, Abt. 6 Rn. 63; Lüdenbach/*Freiberg*, BB 2013, 2539, 2541; aA *Rieble*, AG 2016, 315, 321, der die gesamte Vergütung als umfasst ansieht; MüKoBilR/*Hennrichs/Schubert*, IAS 24 Rn. 94, die die Organvergütung unter IAS 24.16 fassen.

möglichen Auswirkungen auf den Abschluss nachvollziehen können. Die Angaben müssen demnach insbesondere die Höhe der Geschäftsvorfälle umfassen.<sup>1123</sup> Die Definition der nahestehenden Person ist wiederum in IAS 24.9 zu finden. Gemäß IAS 24.9 lit a) iii) steht eine Person dem berichtenden Unternehmen nahe, wenn sie im Management des berichtenden Unternehmens eine Schlüsselposition bekleidet. Darunter zählen – wie zuvor aufgezeigt – auch die Aufsichtsratsmitglieder.<sup>1124</sup>

Es ist damit im nächsten Schritt zu prüfen, ob die arbeitsvertragliche Vergütung der Arbeitnehmervertreter unter den Begriff der Geschäftsvorfälle fällt und damit offenlegungspflichtig ist. Gemäß IAS 24.9 ist ein Geschäftsvorfall „eine Übertragung von Ressourcen, Dienstleistungen oder Verpflichtungen“. Dies ist unabhängig davon, ob dafür ein Entgelt in Rechnung gestellt wird. Die Vorschrift des IAS 24.21 zählt Geschäftsvorfälle auf, die anzugeben sind, wenn sie mit nahestehenden Personen abgewickelt werden. Es handelt sich dabei um eine beispielhafte Aufzählung. Gemäß IAS 24.21 lit. c) sind davon geleistete und bezogene Dienstleistungen umfasst. Die Dienstleistungen müssen weder aus Gründen des Wortlauts noch aus systematischen Aspekten einen Bezug zu der Organtätigkeit aufweisen.<sup>1125</sup> Das zwischen dem berichtenden Unternehmen und dem Aufsichtsratsmitglied trotz der Organstellung weiterbestehende Arbeitsverhältnis lässt sich als geleistete oder bezogene Dienstleistung im Sinne des IAS 24.21 lit. c) und damit als offenlegungspflichtiger Geschäftsvorfall auslegen.<sup>1126</sup> Die entsprechenden Vorschriften der IAS bezwecken naturgemäß eine möglichst vollständige Transparenz.<sup>1127</sup> Die Vergütungshöhe, die außerhalb der Organtätigkeit geleistet wird, soll gerade darüber Aufschluss geben, inwieweit möglicherweise Verflechtungen bestehen. Aufgrund des internationalen Hintergrunds machen die IAS-Vorschriften allerdings keine Ausnahme in Bezug auf die Besonderheiten der deutschen Unternehmensmitbestimmung.<sup>1128</sup> Im Rahmen der nach IFRS-Vorschriften aufgestellten Konzernabschlüsse sind folglich auch die arbeitsvertraglichen Vergütungsbestandteile der Arbeitnehmervertreter im

---

<sup>1123</sup> Heuser/Theile/Leippe, Kap. 51 Rn. 51.37 f.

<sup>1124</sup> Vgl. bereits zuvor Kapitel 4 D. III. 2. c.

<sup>1125</sup> Beck-IFRS-HB/Senger/Prenzel, § 20 Rn. 44; BWKOB/Fink/Zeyer, IAS 24 Rn. 65 f.

<sup>1126</sup> BWKOB/Fink/Zeyer, IAS 24 Rn. 66; HdJ/Schmitt/Stürke, Abt. 6 Rn. 63; Lüdenbach/Freiberg, BB 2013, 2539, 2541; Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg, § 30 Rn. 38, § 7 Rn. 18; Maily, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 244 ff.; Rieble, AG 2016, 315, 321; Uffmann, ZfA 2018, 225, 248.

<sup>1127</sup> HdJ/Schmitt/Stürke, Abt. 6 Rn. 1 ff.

<sup>1128</sup> Lüdenbach/Freiberg, BB 2013, 2539, 2541.

Aufsichtsrat aufzunehmen. Aus diesem Grund aber sind die Offenlegungspflichten politisch umstritten und werden bislang weitestgehend ignoriert.<sup>1129</sup>

Aufgrund jener politischen Brisanz und Reichweite möglicher Offenlegungspflichten führte der DGB im Jahr 2011 einen Meinungs austausch mit dem damals noch bestehenden Rechnungslegungs Interpretations Committee (RIC) herbei.<sup>1130</sup> Man kam dabei zu dem Ergebnis, dass die arbeitsvertraglichen Vergütungen der betrieblichen Arbeitnehmervertreter unter IAS 24.18 fallen.<sup>1131</sup>

#### *dd. Umfang der Offenlegungspflicht*

Es ist im Anschluss allerdings zu prüfen, wie dieser Offenlegungspflicht Genüge getan wird. Es käme grundsätzlich sowohl eine individualisierte als auch eine konsolidierte Form in Betracht.<sup>1132</sup> Im Fall einer lediglich konsolidierten Offenlegungspflicht ist in einem zweiten Schritt zu fragen, inwieweit diese Angabe nach der Organstellung zu unterteilen ist.

#### *(1) Individualisierte oder konsolidierte Offenlegung nach IAS 24*

Die individualisierte Aufnahme in den Konzernabschluss hätte zur Folge, dass das konkrete aus dem Arbeitsvertrag bezogene Gehalt der Öffentlichkeit bekannt werden würde. Darin läge ein nicht unerheblicher Eingriff in die Privatsphäre<sup>1133</sup>, dem etwa allerdings auch Vorstandsmitglieder aufgrund der weitgehenden Publizitätspflichten des Aktien- und Bilanzrechts unterliegen. Die konsolidierte Form der Offenlegung würde hingegen nur einen eingeschränkten Erkenntnisgewinn bringen, da sowohl Arbeitnehmer- als auch Anteilseignervertreter sowie weitere nahestehende Personen gemeinsam aufgeführt werden würden. Ein Rückschluss auf die Höhe der arbeitsvertraglichen Vergütung der Arbeitnehmervertreter wäre damit nahezu unmöglich.<sup>1134</sup> Trotz dieses

---

<sup>1129</sup> Vgl. die Darstellung bei *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 251 ff.; oder die explizite Aufnahme der Fragestellung in *DGB*, mitbestimmungsaktuell, S. 3 f.

<sup>1130</sup> Beim RIC handelte es sich um eines der Gremien im Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V. (DRSC), welches der nationale Standardsetzer auf dem Gebiet der Konzernrechnungslegung in Deutschland ist. Es ist als privates Rechnungslegungsgremium im Sinne von § 342 HGB anerkannt.

<sup>1131</sup> Vgl. *RIC*, Öffentliche Sitzungsunterlage, S. 5; HdJ/*Schmitt/Stürke*, Abt. 6 Rn. 63.

<sup>1132</sup> Begrifflichkeit nach *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 248.

<sup>1133</sup> *DGB*, mitbestimmungsaktuell, S. 5.

<sup>1134</sup> AA *DGB*, mitbestimmungsaktuell, S. 3, die darauf verweisen, dass sich das Gehalt der betrieblichen Arbeitnehmervertreter zumeist nach gültigen Tarifverträgen richte und (mittelbarer)

Erkenntnisverlusts vertrat das RIC im Rahmen des oben dargelegten Meinungsaustauschs die Ansicht, dass eine Aufgliederung der Angaben nicht notwendig sei.<sup>1135</sup> Es gilt, diese Ansicht allerdings kritisch zu hinterfragen.

Die Vorschriften des IAS 24 sind im Hinblick auf den Umfang der Offenlegungspflicht nicht eindeutig. IAS 24.18 spricht nur davon, dass über das Bestehen und die Höhe der Geschäftsvorfälle berichtet werden muss. Zugleich bestimmt die Vorschrift allerdings den grundsätzlichen Telos. Es ist über alles zu informieren, was benötigt wird, um mögliche Auswirkungen der Beziehung mit den nahestehenden Personen auf das Unternehmen und mittelbar den Abschluss nachvollziehen zu können. Aufgrund des Wortlauts von IAS 24.18 und dem dort aufgenommenen Transparenzzweck könnte eine individualisierte Offenlegung befürwortet werden. IAS 24.19 schreibt wiederum vor, dass die in IAS 24.18 vorgeschriebenen Angaben für jede der aufgelisteten Kategorien gesondert vorzulegen ist. Zu einer Kategorie zählen nach IAS 24.19 lit. f) die Mitglieder des Managements in Schlüsselpositionen, zu denen die Aufsichtsratsmitglieder gehören. Ausgehend vom Wortlaut der IAS-Vorschrift könnte demnach argumentiert werden, dass die Zusammenfassung aller geleisteten Zahlungen an das Management in Schlüsselpositionen – und damit auch an die Aufsichtsratsmitglieder – möglich sei, da es sich um eine einheitliche Kategorie im Sinne der Vorschrift handle.<sup>1136</sup> Zu guter Letzt sieht IAS 24.24 eine spezielle Regelung für die Zusammenfassung verschiedener Posten in Bezug auf die Geschäftsvorfälle vor. Demnach dürfen im Abschluss verschiedene Posten zusammengefasst angegeben werden, sofern eine gesonderte Darstellung nicht dem besseren Verständnis der Auswirkungen dient.<sup>1137</sup>

Die Systematik der Vorschriften ist demnach hinsichtlich der Notwendigkeit einer individualisierten Auslegung nicht unproblematisch. Eine eindeutige Regelung ist jedenfalls nicht ersichtlich. Die Frage, ob die konsolidierte Angabe der Aufsichtsratsbezüge ausreicht, ist demnach ausgehend vom Sinn und Zweck der

---

Kontrolle unterliege; dagegen argumentieren wiederum *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 226 und *Rieble*, AG 2016, 315, 321 mit den in die Öffentlichkeit gelangten Fällen, etwa bei VW und Daimler.

<sup>1135</sup> Vgl. *RIC*, Öffentliche Sitzungsunterlage, S. 5; sich daran anschließend unter Bezugnahme auf einen entsprechenden Ergebnisbericht auch *DGB*, mitbestimmungsaktuell, S. 4.

<sup>1136</sup> Beck-IFRS-HB/*Senger/Prengel*, § 20 Rn. 46.

<sup>1137</sup> Beck-IFRS-HB/*Senger/Prengel*, § 20 Rn. 45.

Vorschriften zu beantworten. Aufgrund der mehrsprachigen Formulierungen sind der Wortlautauslegung letztlich Grenzen gesetzt, so dass der teleologischen Methode eine hohe Bedeutung zukommt.<sup>1138</sup> Zweck der Offenlegungsvorschriften ist es, dass der Abschluss alle für eine Investitionsentscheidung relevanten Informationen zur Lage der Gesellschaft beinhaltet.

Konkret in Bezug auf die IAS 24.17 und 24.18 sollen die Geschäftsbeziehungen des berichtenden Unternehmens zu den nahestehenden Personen darüber Aufschluss geben, inwieweit gegenseitige Abhängigkeiten mit dem Management in Schlüsselpositionen bestehen. Daraus kann idealtypisch auch auf die Effektivität der Aufsichtsrats Tätigkeit geschlossen werden. Die Zusammenfassung entsprechender Geschäftsvorfälle schränkt die Transparenz des Abschlusses unfraglich ein.<sup>1139</sup> Nicht jede Einschränkung der bestmöglichen Transparenz mag allerdings die weite Auslegung der Vorschriften in Bezug auf die arbeitsvertragliche Vergütung der Arbeitnehmervertreter zu rechtfertigen. Letztlich suchen die Vorschriften einen Kompromiss zwischen der notwendigen Transparenz und der konsolidierten Darlegung der entsprechenden Geschäftsvorfälle. Die Offenlegung der Bezüge eines jeden Aufsichtsratsmitglieds greift hier zu weit.<sup>1140</sup> Es bedarf nicht automatisch der Information über den jeweiligen Lohnanspruch, um darüber urteilen zu können, welche Auswirkungen jener Geschäftsvorfall hat. Es handelt sich bei dem Aufsichtsrat um ein Kollegialorgan, dessen Abhängigkeit von dem berichtenden Unternehmen geprüft werden soll. Eine individualisierte Offenlegung scheidet damit generell aus.

### *(2) Reichweite der konsolidierten Offenlegungspflicht*

Es ist allerdings fraglich, ob die entsprechenden IAS-Vorschriften vor dem Hintergrund des deutschen Mitbestimmungsmodells im Aufsichtsrat so ausgelegt werden können, dass zumindest die Vergütung der Arbeitnehmervertreter in konsolidierter Form getrennt von der Vergütung sowie den sonstigen Geschäftsvorfällen des gesamten Managements offengelegt werden muss.<sup>1141</sup>

---

<sup>1138</sup> Heuser/Theile/Theile, Kap. 3 Rn. 3.20.

<sup>1139</sup> Maily, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 227; Rieble, AG 2016, 315, 321 f.

<sup>1140</sup> Im Ergebnis auch BWKOB/Fink/Zeyer, IAS 24 Rn. 66; Lüdenbach/Freiberg, BB 2013, 2539, 2541 f.; Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg, § 30 Rn. 38 f.; aA Rieble, AG 2016, 315, 322, wonach die Gegenseite „materiell-rechtlich abseitig“ ist; so auch Uffmann, ZfA 2018, 225, 248 f.

<sup>1141</sup> In diese Richtung unterscheidet auch Uffmann, ZfA 2018, 225, 248.

Andernfalls hätte nur eine Angabe für die Vergütung sowie die sonstigen Geschäftsvorfälle des gesamten Managements in Schlüsselpositionen zu erfolgen.<sup>1142</sup> Zunächst ist festzustellen, dass die Zusammenfassung der Angaben aus IAS 24.17 und 24.18, das heißt die Organvergütung sowie die Geschäftsvorfälle mit nahestehenden Personen, ausscheidet. IAS 24.18 besagt, dass die Angabepflichten „*zusätzlich*“ zu den in IAS 24.17 genannten Pflichten bestehen. Eine Zusammenfassung beider Punkte würde der gesetzlichen Systematik widersprechen.<sup>1143</sup>

Der Höhe der Gesamtbezüge der Arbeitnehmervertreter, die zugleich Arbeitnehmer des berichtenden Unternehmens sind, kommt allerdings bei der Beurteilung der Effektivität der Aufsichtsrats Tätigkeit ein nicht zu unterschätzender Wert zu. Beziehen die Arbeitnehmervertreter etwa ein durchweg unangemessen hohes Gehalt aus ihrem weiterhin bestehenden Arbeitsvertrag, spricht vieles gegen die Unbeeinflussbarkeit der Aufsichtsrats Tätigkeit seitens dieser Personengruppe. Es besteht damit ein Zusammenhang zwischen der Veröffentlichung dieses Postens und der Beurteilung der Auswirkungen der entsprechenden Geschäftsvorfälle, so dass womöglich eine Unterteilung der Berichtspflicht in Bezug auf diese Gruppe der Aufsichtsratsmitglieder in Betracht kommt. IAS 24.19 verlangt nach seinem Wortlaut lediglich die Offenlegung nach der Kategorie des Managements in Schlüsselpositionen.<sup>1144</sup> Darunter würde nach der Definition des IAS 24.9 die gesamte Riege der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane fallen. Andererseits könnte argumentiert werden, dass zur Wahrung des Informationscharakters der Angabe zumindest eine Aufteilung nach Vorstand und Aufsichtsrat sowie Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern erfolgen müsse, um dem Transparenzzweck der Regelung zumindest teilweise Geltung zu verschaffen. Unterbliebe eine entsprechende Unterteilung könnte noch nicht einmal geprüft werden, inwieweit die Vergütungsbestandteile zwischen den unterschiedlichen Organen in Form von Vorstand und Aufsichtsrat aufgeteilt sind.

---

<sup>1142</sup> *RIC*, Öffentliche Sitzungsunterlage, S. 5; wohl auch Heuser/Theile/Leippe, Kap. 51 Rn. 51.41.

<sup>1143</sup> *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 227 f.; *Lüdenbach/Freiberg*, BB 2013, 2539, 2541 f.

<sup>1144</sup> Heuser/Theile/Leippe, Kap. 51 Rn. 51.42; *Lüdenbach/Freiberg*, BB 2013, 2539, 2542; *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg*, § 30 Rn. 39.

Es ergibt sich damit ein auslegungsbedürftiger systematischer Konflikt zwischen den verschiedenen Regelungen des IAS 24. Einerseits verlangt IAS 24.19 nach seinem Wortlaut lediglich die Offenlegung nach der Kategorie Mitglieder des Managements in Schlüsselpositionen. Eine Differenzierung nach Vorstand und Aufsichtsrat sowie Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern ist nicht explizit vorgesehen. Andererseits legen IAS 24.18 und 24.24 fest, dass dem Transparenzzweck eine hohe Bedeutung beizumessen ist.<sup>1145</sup> Eine Zusammenfassung verschiedener Posten kann nur erfolgen, wenn dadurch nicht jener Zweck vereitelt wird. Es kann demnach argumentiert werden, dass eine Abweichung vom Wortlaut des IAS 24.19 aufgrund der Ausgestaltung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland gerechtfertigt ist. Zur Beurteilung der möglichen Auswirkungen der Geschäftsvorfälle bedürfe es in Bezug auf einen deutschen Aufsichtsrat der Aufteilung nach Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern.<sup>1146</sup> Würde eine Unterteilung in Vorstand und Aufsichtsrat sowie Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter unterbleiben, wäre durch die Offenlegung kein Erkenntnisgewinn zu verzeichnen. Dies kann wiederum nicht Sinn der gesetzlichen Regelung sein. Nur durch eine Offenlegung nach dem Organ und dessen Aufteilung könne in ausreichendem Maße sichergestellt werden, dass der Transparenzzweck gewährleistet werde. Würde eine solche Unterscheidung unterbleiben, wäre der Informationscharakter insbesondere in Bezug auf die Arbeitnehmervertreter, die zugleich Arbeitnehmer sind, als zu gering zu bewerten.<sup>1147</sup> Dieser Auslegung folgend, führt etwa der Geschäftsbericht der Bayer AG die über die Aufsichtsratsvergütung hinausgehenden Entgeltleistungen auf, die Arbeitnehmervertreter, die zugleich Arbeitnehmer des Bayer-Konzerns sind, für ihre Tätigkeiten, die nicht im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für den Aufsichtsrat stehen, erhalten – im Jahr 2019 belief sich dieser Betrag etwa auf

---

<sup>1145</sup> *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 227 f.; *Rieble*, AG 2016, 315, 322; *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 248 f.

<sup>1146</sup> Es bleibt bei BWKOB/*Fink/Zeyer*, IAS 24 Rn. 66 unklar, ob eine Aufteilung tatsächlich gesetzlich vorgeben ist, da sie nur als „sachgerecht“ bezeichnet wird.

<sup>1147</sup> *Rieble*, AG 2016, 315, 322; unklar letztlich *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 248 f.;

aA *Lüdenbach/Freiberg*, BB 2013, 2539, 2542; *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg*, § 30 Rn. 38.

813.000 Euro.<sup>1148</sup> Viele andere Geschäftsberichte verzichten auf die entsprechenden Angaben.<sup>1149</sup>

Gegen die Auflösung des aufgezeigten Konflikts zugunsten einer auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bezogenen Offenlegungspflicht nach IAS 24.18 muss angeführt werden, dass der Wortlaut des IAS 24.19 und das Zusammenspiel mit IAS 24.18 eindeutig eine Zusammenfassung zulässt. Die Vorschrift des IAS 24.19 normiert explizit, dass die „in Paragraph 18 vorgeschriebenen Angaben [...] für jede der folgenden Kategorien gesondert vorzulegen“ sind. Trotz des umfassenden aus IAS 24.18 ersichtlichen Transparenzzwecks wurde genau für jene Angaben in IAS 24.19 die Zusammenfassung anhand der Kategorien der Mitglieder des Managements in Schlüsselpositionen angeordnet. IAS 24.19 ist die speziellere Vorschrift, die allerdings nur die gesonderte Offenlegung anhand der dargestellten Kategorien erfordert.

Gegen diese Auslegung lässt sich nach korrekter Betrachtungsweise auch nicht die Vorschrift des IAS 24.24 anführen. Dieser ordnet allein an, dass gleichartige Posten zusammengefasst angegeben werden „dürfen“. Darin steckt also vielmehr eine weitere Berechtigung zur Zusammenfassung und nicht eine Beschränkung der sowieso bereits durch IAS 24.19 spezielleren angeordneten Pflicht zur Offenlegung anhand der dort aufgenommenen Kategorien. Aus diesen Gründen können die Vergütungsbestandteile, die Arbeitnehmervertreter außerhalb ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit von dem berichtenden Unternehmen erhalten, das heißt insbesondere ihre arbeitsvertragliche Vergütung, nur zusammengefasst mit den sonstigen Geschäftsvorfällen des gesamten Managements in Schlüsselpositionen in dem Konzernabschluss aufgenommen werden.<sup>1150</sup> Eine spezielle Offenlegungspflicht für Doppelmandatsträger ergibt sich demnach auch nicht aus den IFRS-Vorschriften. Es bleibt den Unternehmen allerdings unbenommen – wie

---

<sup>1148</sup> Geschäftsbericht der Bayer AG aus dem Jahr 2019, S. 126; so auch BWKOB/*Fink/Zeyer*, IAS 24 Rn. 66

<sup>1149</sup> Vgl. etwa die Übersicht bei *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 249 f. für das Geschäftsjahr 2016.

<sup>1150</sup> BWKOB/*Fink/Zeyer*, IAS 24 Rn. 66; Heuser/*Theile/Leippe*, Kap. 51 Rn. 51.42; *Maily*, Vergütung der Arbeitnehmervertreter, S. 227 f.; *Lüdenbach/Freiberg*, BB 2013, 2539, 2541; *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg*, § 30 Rn. 39; aA entsprechend zur individualisierten Offenlegung *Rieble*, AG 2016, 315, 322; unklar *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 248 f.



aus dem zuvor erwähnten Geschäftsbericht der Bayer AG ersichtlich – die Angaben anhand der dargestellten Kategorien freiwillig zu unterteilen.<sup>1151</sup>

#### *f. Zwischenergebnis*

Die Publizität der Aufsichtsratsvergütung ist grundsätzlich durch verschiedene Instrumente gewährleistet. Die Höhe der Organvergütung wird durch die Satzung oder einen dahingehenden Hauptversammlungsbeschluss gemäß § 113 AktG festgelegt. Die Vergütung der Arbeitnehmervertreter, die zugleich Arbeitnehmer der Gesellschaft sind, ergibt sich allerdings nicht aus § 113 AktG. Die entsprechenden arbeitsvertraglichen Vergütungen müssen auch nicht im Vergütungsbericht gemäß § 162 AktG aufgeführt werden. Die Regelung basiert auf Art. 9b ARRL. Die deutsche Umsetzung umfasst richtlinienkonform nur die für die Organtätigkeit geschuldete Vergütung. Eine Offenlegungspflicht ergibt sich auch nicht aus den §§ 111a – 111c AktG oder handelsrechtlichen Vorschriften zum Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften. Die arbeitsvertragliche Vergütung der Arbeitnehmervertreter kann allerdings von Konzernen und Unternehmen, die ihren Abschluss auf Grundlage der IFRS-Vorschriften aufstellen müssen, in konsolidierter Form für das gesamte Management in Schlüsselpositionen, zu dem auch der Aufsichtsrat gehört, zusammengefasst offengelegt werden. Eine spezielle Pflicht zur Offenlegung für Doppelmandatsträger ergibt sich demnach auch nicht aus den IFRS-Vorschriften.

#### ***IV. Haftung der Doppelmandatsträger***

Es stellt sich zuletzt die – praktisch schwer vorstellbare – Frage, ob eine Haftung von Mitgliedern des Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer Amtspflichten gemäß §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2 S. 1 und 2 AktG im Fall der Gewährung einer überhöhten Vergütung an Betriebsratsmitglieder in Betracht kommt.<sup>1152</sup> Diese Frage kann bei Doppelmandatsträgern in Betriebs- und Aufsichtsrat deshalb relevant werden, weil womöglich eine Pflicht zur Überprüfung bzw. Beanstandung der eigenen – in der Eigenschaft als Arbeitnehmer – erhaltenen Vergütung bestehen könnte.<sup>1153</sup> Eine Innenhaftung des Aufsichtsrats gemäß §§ 116 S. 1 und 3, 93 Abs. 2 S. 1 und 2 AktG

---

<sup>1151</sup> BWKOB/Fink/Zeyer, IAS 24 Rn. 66; Lüdenbach/Freiberg, BB 2013, 2539, 2541; Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg, § 30 Rn. 39.

<sup>1152</sup> Zur Geltung der Vorschrift für andere Gesellschaftsformen als die Aktiengesellschaft vgl. BeckOGK-AktG/Spindler, § 116 AktG Rn. 5.

<sup>1153</sup> Vgl. auch Denzer, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 258 ff.

gegenüber der AG kommt immer dann in Betracht, wenn die Mitglieder ihrer Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit nicht nachkommen.<sup>1154</sup> Es handelt sich dabei um eine individuelle, das heißt auf das einzelne Aufsichtsratsmitglied bezogene Pflicht.<sup>1155</sup> Das einzelne Aufsichtsratsmitglied hat bei Kenntniserlangung über möglicherweise schädigende Tatsachen seine Kenntnis in das Gremium einzubringen und eine Befassung mit der Thematik zu forcieren. In Bezug auf eine unzulässige Vergütung von Betriebsratsmitgliedern bedeutet dies, dass auf den Vorstand eingewirkt werden muss, diese Praxis zu beenden und die rechtsgrundlos geleisteten Zahlungen zurückzufordern. Es kann auch zu dem Fall kommen, dass wegen der Vergütungspraxis ein Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand gerichtlich durch den Aufsichtsrat über die Vertretungsbefugnis nach § 112 AktG geltend zu machen ist.<sup>1156</sup> Unterlässt das Aufsichtsratsmitglied die entsprechenden Maßnahmen kann es für die Schäden in Anspruch genommen werden, die es durch ein Eingreifen hätte verhindern können.<sup>1157</sup>

Die Führung beider Ämter in Personalunion kann es bedingen, dass der Arbeitnehmervertreter als Aufsichtsrat womöglich zur Kontrolle und Beanstandung seiner eigenen auf Basis des weiterhin bestehenden Arbeitsvertrags erhaltenen Vergütung veranlasst wird. Die Arbeitnehmervertreter werden nicht von ihrer Überwachungspflicht befreit, sofern eigene Belange in Frage stehen.<sup>1158</sup> Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil der Bezug einer unzulässigen Vergütung ein Indiz dafür darstellen kann, dass auch anderen Betriebsratsmitgliedern entsprechende Zahlungen gewährt werden.<sup>1159</sup> Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit das Aufsichtsratsmitglied von einer unzulässigen Vergütung ausgehen und damit die entsprechenden Schritte einleiten muss. Ein Eingreifen ist selbstverständlich immer notwendig – praktisch allerdings nicht zu erwarten – wenn eine explizite Abrede zur Gewährung einer überhöhten Vergütung besteht. Ansonsten stellt sich die Vergütung der Betriebsratsmitglieder auf Basis der §§ 37 Abs. 2 und 4 sowie 78

---

<sup>1154</sup> Ausfl. Henssler/Strohn/*Henssler*, § 116 AktG Rn. 4 ff.; Hölters/Weber/*Groß-Bölting/Rabe*, § 116 AktG Rn. 8 ff.

<sup>1155</sup> MüKoAktG/*Habersack*, § 116 AktG Rn. 2 mwN.

<sup>1156</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 254; ausfl. dazu etwa Koch/*Koch*, § 116 AktG Rn. 15 f.

<sup>1157</sup> Ausfl. BeckOGK-AktG/*Spindler*, § 116 AktG Rn. 132 ff.

<sup>1158</sup> BGH v. 17.09.2009 – 5 StR 521/08, NJW 2010, 92 Rn. 49; *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 260.

<sup>1159</sup> *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 261.

S. 2 BetrVG nach den zuvor getroffenen Feststellungen als dynamischer Prozess mit vielen Variablen dar, der damit stets gewissen Unsicherheiten unterliegt. Sofern eine Anpassung der Vergütung als Betriebsratsmitglied ohne direkte Mitwirkung des Betriebsratsmitglieds erfolgt, ist zu fragen, wie der Arbeitnehmervertreter eine unzulässige Vergütung erkennen soll.

Die Normierung einer betragsgemäß absoluten Grenze erscheint hier aufgrund der beschränkten Erkenntnismöglichkeiten nicht realisierbar.<sup>1160</sup> Es besteht vielmehr die Pflicht zur Kontrolle der eigenen Vergütung dahingehend, ob diese einem objektiven Dritten unter Kenntnis der Rechtslage als unrechtmäßig erschiene. Im Fall der Höhergruppierung oder Beförderung ist also stets zu prüfen, ob das notwendige Anforderungsprofil der neuen Stelle oder Stufe – etwa in Bezug auf das notwendige Innehaben eines Hochschulabschlusses oder Ähnliches – erfüllt wird und diese Stelle auch im Stellenplan des Unternehmens tatsächlich besteht. Zugleich ist zu prüfen, ob die Grenze eines leitenden Angestellten erreicht ist.<sup>1161</sup> Ist das notwendige Anforderungsprofil nicht erfüllt, gibt es die Stelle im Stellenplan des Unternehmens nicht oder ist die Grenze der Vergütung eines leitenden Angestellten erreicht, ist der Arbeitnehmervertreter als Aufsichtsratsmitglied ebenso zum Eingreifen verpflichtet.

#### **V. Zwischenergebnis**

Trotz der generellen Trennung von Betriebsrats- und Aufsichtsratsamt gibt es bezüglich der Vergütung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, die zugleich ein Betriebsratsamt innehaben, umfangreiche Wechselwirkungen. Die arbeitsvertragliche Vergütung von vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern muss für die Zeiten der Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats grundsätzlich in entsprechendem Maße gekürzt werden. Dies gilt wiederum nur dann nicht, wenn die Tätigkeit als Aufsichtsrat nicht vergütet wird. Eine fehlende Vergütung kann allerdings nicht allein wegen der möglicherweise bestehenden gewerkschaftlichen Abführungspflicht angenommen werden. Werden Aufsichtsratsmitglieder, die zugleich Arbeitnehmer des

---

<sup>1160</sup> AA *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, S. 262, der eine Sorgfaltswidrigkeit annimmt, sofern die Vergütung mindestens 10 Prozent über dem nach §§ 37, 78 S. 2 BetrVG tatsächlich Geschuldeten liegt.

<sup>1161</sup> Vgl. oben unter Kapitel 1 C. III. 4. d.

Unternehmens sind, in zulässiger Weise aufgrund ihrer erworbenen Fähigkeiten und Kenntnisse befördert, besteht eine gesetzliche Regelungslücke. Diese ist durch eine analoge Anwendung des § 114 AktG für entsprechende arbeitsvertragliche Anpassungen zu schließen. Die arbeitsvertragliche Vergütungshöhe von Arbeitnehmervertretern unterliegt nach den IFRS-Vorschriften keiner Publizitätspflicht. Die Beträge sind auch nicht in konsolidierter Form in den Jahresabschluss der entsprechenden Unternehmen und Konzerne aufzunehmen. Für Gesellschaften, die ihren Abschluss nicht nach den IFRS aufzustellen haben, ergeben sich ebenfalls keine Offenlegungspflichten aus sonstigen Vorschriften.

Die Wechselwirkungen bei der Vergütung von Doppelmandatsträgern lassen grundsätzlich eine fehlende Abstimmung zwischen den betriebsverfassungs-, gesellschaftsrechtlichen- und mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften erkennen. Aus dieser Tatsache und der Abführungspflicht der gewerkschaftsangehörigen Aufsichtsratsmitglieder resultiert ein nicht unerhebliches Problem der Corporate Governance zwischen Aufsicht und aktiver Teilhabe an Unternehmensentscheidungen. Für diese Feststellung sprechen auch die prominent an die Öffentlichkeit gelangten Fälle der überzogenen Vergütung von Doppelmandatsträgern.

### **E. Vorschläge zur Reform bezüglich der Stellung bzw. Vergütung von Doppelmandatsträgern**

Das deutsche System der betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung steht unter vielen Aspekten unter Druck. Es werden bereits seit Jahren (notwendige) Reformen oder Paradigmenwechsel angemahnt und entsprechende Diskussionen geführt.<sup>1162</sup> Auf die gesamte Reformdebatte soll hier allerdings nicht eingegangen werden. Es sind allein die Stellung bzw. die Vergütung der Doppelmandatsträger und entsprechende Reformvorschläge zu analysieren.

#### ***I. Ausgangslage im Überblick***

Ausgehend von der heutigen Gesetzeslage besteht in der Praxis das dringende Anliegen – insbesondere in den großen Unternehmen und Konzernen –, die Doppelmandatsträger entsprechend ihrer hervorgehobenen Position vergüten zu

---

<sup>1162</sup> Vgl. etwa beispielhaft *Weninger*, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte, S. 297 ff. mwN. oder die Aufzählung bei *Rüthers*, Bitburger Gespräche 2006, S. 1.

wollen. Die mitbestimmungsrechtliche Dopplung in Betriebs- und Aufsichtsrat führt zu einer Tätigkeit, die eine hohe Arbeitsbelastung sowie Verantwortung für das gesamte Unternehmen mit sich bringt. Eine dieser konkreten Tätigkeit angemessene Bezahlung ist das primäre Mittel, um die Betriebsratsmitglieder und Arbeitnehmervertreter zu motivieren. Es ist demnach grundsätzlich sowohl aus der Perspektive von Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmerseite ein nachvollziehbares und wünschenswertes Ziel zu einer angemessenen Vergütung zu gelangen.<sup>1163</sup>

Dieser angemessenen Bezahlung steht in Bezug auf die Vergütung der Doppelmandatsträger allerdings die zumeist geltende gewerkschaftliche Abführungspflicht gegenüber. Die Abführungspflicht nimmt der Aufsichtsratsvergütung vollständig die Anreizfunktion zur Amtsübernahme und konterkariert damit das angestrebte nachvollziehbare Ziel.<sup>1164</sup> Dieses Ergebnis kompensieren die Beteiligten, um dennoch zu einer für alle zufriedenstellenden Lösung zu kommen, durch die Erhöhung der arbeitsvertraglichen Vergütung und damit die Flucht in die Intransparenz. Die Abführungspflicht verstößt nach hier vertretener Ansicht allerdings gegen das mitbestimmungsrechtliche Benachteiligungsverbot und hält einer vorzunehmenden Inhaltskontrolle nicht stand. Nach aktuellem Meinungsstand handelt es sich hierbei jedoch um eine Mindermeinung, so dass nach weiteren Lösungsmöglichkeiten gesucht werden muss.

## ***II. Transparenz oder Ausschluss von Doppelmandaten in Betriebs- und Aufsichtsrat als Lösungsansatz***

Den entsprechenden Fehlentwicklungen auf Basis der Vergütung der zumeist freigestellten Betriebsratsmitglieder könnte durch eine – bereits zuvor angemahnte – betriebs- bzw. unternehmensinterne Veröffentlichung der arbeitsvertraglichen Vergütung begegnet werden. Durch diesen Schritt würde auch eine (mittelbare) Kontrolle der Vergütung der Doppelmandatsträger erfolgen. Ein Vorteil läge darin, dass zumindest auf eine komplizierte und bürokratische Ausweitung der bilanzrechtlichen Offenlegungsvorschriften verzichtet werden könnte. Die gesamten Offenlegungsvorschriften in Bezug auf die Vergütung erweisen sich bereits nach aktuellem Rechtsstand als stark regulierter Bereich, der durch das

---

<sup>1163</sup> Henssler, NZA-Beilage 2020, 3, 6.

<sup>1164</sup> Vgl. auch das Ergebnis bei Uffmann, ZfA 2018, 225, 253.

Zusammenspiel der verschiedenen Normenwerke (Aktiengesetz, Handelsgesetzbuch und International Financial Reporting Standards) unübersichtlich geworden ist. Eine weitere Regulierung erscheint hier nicht angebracht. Es sollte vielmehr ein unbürokratisches und unkompliziertes Verfahren auf Betriebs-, Unternehmens- und Konzernebene gewährleistet werden. Inwieweit ein solches Reformvorhaben politisch durchsetzbar ist, kann allerdings in Bezug auf den gewerkschaftlichen Widerstand gegen mögliche Transparenzvorschriften – es bietet sich hier der Vergleich zum Umgang mit den IFRS-Vorschriften an – stark bezweifelt werden. Eine tatsächliche Änderung – so geeignet sie auch wäre, um das Vertrauen in die unabhängige Interessenvertretung zu stärken – ist nicht zu erwarten.

Nicht weniger politisch brisant als die Veröffentlichung der arbeitsvertraglichen Vergütung der Betriebsratsmitglieder wäre hingegen der vollständige Ausschluss entsprechender Doppelmandate in Betriebs- und Aufsichtsrat. Sofern sich die betriebliche Interessenvertretung in der Praxis zu einem „Co-Management“ entwickle, so dürfe nach der Wertung des § 105 Abs. 1 AktG, der die Unvereinbarkeit von gleichzeitiger Vorstands- und Aufsichtsratszugehörigkeit normiert, die Amtsführung in Personalunion nicht möglich sein.<sup>1165</sup> Dies hätte zur Folge, dass nicht auf dem Wege einer Erhöhung des Arbeitsentgelts des Arbeitnehmers, welcher Arbeitnehmer des Unternehmens ist, faktisch ein Ausgleich für die Aufsichtsrats Tätigkeit bewirkt werden könnte. Der Aufsichtsrat sei – trotz der unbestrittenen normativen Aufgabenausweitung – weiterhin primär ein Kontrollorgan, welches für die Auswahl des Vorstands und dessen Kontrolle zuständig sei. Die Gestaltung des operativen Geschäfts gehöre jedenfalls nicht zu dessen Aufgaben.<sup>1166</sup> Der Betriebsrat habe andererseits eine starke Einwirkungsmöglichkeit auf das operative Geschäft. Die zwiespältige Position der Doppelmandatsträger, nämlich zum einen, auf der Ebene des Betriebsrats operativ Einfluss nehmen zu können, und zum anderen, eine Kontrollfunktion

---

<sup>1165</sup> Ausfl. Löwisch, Bitburger Gespräche 2006, S. 27 f.; Weiss, Bitburger Gespräche 2006, S. 16 f.; krit. auch Habersack/Henssler/Henssler, § 7 MitbestG Rn. 47, wonach die Verzahnung „rechtspolitisch bedenklich sei“ und die Kumulation der Mitbestimmungsebenen zu einer Überparität der Arbeitnehmerseite führen könne; aA Wißmann, FS Kreutz, S. 513, 516 ff., 520.

<sup>1166</sup> Löwisch, Bitburger Gespräche 2006, S. 27 f.; Weiss, Bitburger Gespräche 2006, S. 16 f.

wahrzunehmen, sei letztlich inkompatibel. Die Ebenen seien deshalb zu entkoppeln.<sup>1167</sup>

In vergütungsrechtlicher Hinsicht sind die von *Weiss* und *Löwisch* vorgebrachten Bedenken – trotz der hier vertretenen Ansichten zur Unzulässigkeit von gewerkschaftlichen Abführungsregelungen sowie der analogen Anwendbarkeit des § 114 AktG – im Grundsatz zu teilen.<sup>1168</sup> Die Führung beider Ämter in Personalunion erweist sich insbesondere unter der aktuellen intransparenten Rechtslage als nicht zu rechtfertigende Gefahrenquelle für die Corporate Governance des Unternehmens. Die rechtliche Perspektive zwingt grundsätzlich dazu, beide Rechtsverhältnisse getrennt zu analysieren und zu bewerten. Wie auch der eine Entkopplung ablehnende *Wißmann* erkennt, sind „die einschlägigen Gesetze von dem Bestreben geprägt, gegenständliche Überschneidungen der beiden Mitbestimmungssysteme zu vermeiden“.<sup>1169</sup> Dies ist allerdings nach den hier getroffenen Feststellungen wegen der jeweiligen Ausgestaltung und Umstände beider Vergütungssysteme nicht immer möglich. In vergütungsrechtlicher Hinsicht überschneiden sich die Mitbestimmungssysteme infolge der fehlenden Transparenz sowie des generellen Bestrebens, eine der Position als Doppelmandatsträger angemessene Vergütung zahlen zu wollen, oftmals.

Es gilt deshalb, diesen Konflikt aufzulösen. Als Möglichkeiten bietet es sich entweder an, dass der Gesetzgeber die Führung der Ämter als Betriebs- und Aufsichtsrat in Personalunion ausschließt oder – wie zuvor bereits angemahnt – die vergütungsrechtlichen Normen um entsprechende Transparenzvorschriften ergänzt. Die dauerhaft unabhängige Amtsführung sowie das uneingeschränkte Vertrauen seitens der vertretenen Arbeitnehmer kann nur durch eine der beiden Lösungen erreicht werden. Eine Lösung dahingehend, dass die Amtsführung in Personalunion ausgeschlossen wird, ist allerdings nach realistischer Betrachtung der politischen Lage nicht zu erwarten. Reformvorhaben auf dem Gebiet der betrieblichen oder unternehmerischen Mitbestimmung sind überwiegend durch gegenläufige Interessen von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite erschwert. Dieser Gegensatz wird wiederum durch die entsprechende Arbeit von Interessenverbänden in die

---

<sup>1167</sup> *Löwisch*, Bitburger Gespräche 2006, S. 27 f.; *Weiss*, Bitburger Gespräche 2006, S. 16 f.; aA *Wißmann*, FS Kreutz, S. 513, 516 ff.

<sup>1168</sup> *Löwisch*, Bitburger Gespräche 2006, S. 27 f.; *Weiss*, Bitburger Gespräche 2006, S. 16 f.

<sup>1169</sup> *Wißmann*, FS Kreutz, S. 513, 519.

Politik verlagert. Politische Vorhaben, die auf eine tieferliegende Veränderung des mitbestimmungsrechtlichen *status quo* abzielen, werden deshalb häufig im politischen Betrieb abgeschwächt oder gänzlich beiseitegelegt. Ein grundlegender Ausschluss von Doppelmandaten wäre eine massive Veränderung. Die aktuelle – auf breitflächige Zustimmung angelegte – politische Lage würde ein solches Vorhaben nicht tragen. Entsprechend jener Feststellung sieht der aktuelle Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP vor, dass die Mitbestimmung „weiterentwickelt“ bzw. „bewahrt“ werden soll.<sup>1170</sup> Tiefgreifende Veränderung sind demnach nicht zu erwarten.<sup>1171</sup>

Die Normierung entsprechender Transparenzvorschriften in Bezug auf die Vergütung der Doppelmandatsträger, soweit es sich um die arbeitsvertragliche Vergütung der Betriebsratsmitglieder handelt, dürfte aufgrund der deutlich geringeren Eingriffsintensivität deshalb die zumindest realistischere Umsetzungsoption sein. Sie ist daher sowohl in Bezug auf die reine Vergütung der Betriebsratsmitglieder als auch auf die Doppelmandatsträger in Betriebs- und Aufsichtsrat zu empfehlen.

### ***III. Abweichung vom Ehrenamtsprinzip für die Gruppe der Doppelmandatsträger als Lösungsansatz***

Einen von dieser Empfehlung abweichenden Vorschlag hat *Joussen* in die Diskussion eingebracht.<sup>1172</sup> Er vertritt die Meinung, dass eine Abweichung vom strengen betriebsverfassungsrechtlichen Ehrenamtsprinzip für die Gruppe der Doppelmandatsträger gerechtfertigt sei. In Bezug auf diese Personengruppe bestehe ein Bedürfnis, die Mandatsträger tatsächlich auf Augenhöhe mit den sonstigen Leitungspersonen des Unternehmens zu vergüten. Das Gesetz versage bei den Doppelmandatsträgern in Betriebs- und Aufsichtsrat, da in diesen Fällen nicht mehr nur die Vertretung der kollegialen Interessen, sondern zugleich auch Managementarbeit erwartet werde. Die beiden Aufgaben würden demnach aufeinander ausstrahlen, so dass es gerechtfertigt und geboten sei, eine

---

<sup>1170</sup> Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, S. 71 (abrufbar etwa unter: [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2021-2025.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf); zuletzt abgerufen am 08.03.2022).

<sup>1171</sup> Vgl. auch *Bauer/Roll*, NZA 2021, 1685, 1689.

<sup>1172</sup> *Joussen*, RdA 2018, 193, 199.



angemessene Vergütung zu bestimmen. Das System der Ehrenamtlichkeit versage deshalb notwendigerweise.<sup>1173</sup> Es sei daher für diese Personengruppe eine sachgerechte Lösung *de lege ferenda* zuzulassen. *Joussen* schlägt vor, die Frage nach der Bestimmung der Vergütungshöhe per Gesetz an einen Dritten im Wege des § 317 BGB auszulagern.<sup>1174</sup> Entscheidend für die Bestimmung der Vergütungshöhe wäre dann billiges Ermessen im Sinne dieser Norm. Die Auswahl des Dritten sei wiederum den Betriebsparteien überlassen.

Der Vorschlag von *Joussen* überzeugt allerdings nur in Teilbereichen. Sicherlich richtig ist seine dahingehende Beschreibung, dass sich beide Rechtsverhältnisse in der Praxis nicht mehr auseinanderhalten lassen und eine angemessene Vergütung für die Personengruppe der Doppelmandatsträger vorgesehen werden sollte, um den unbestrittenen Mehraufwand abzugelten. Zugleich liegt seiner Annahme der vollständigen Untauglichkeit des Ehrenamtsprinzips bei der Gruppe der Doppelmandatsträger eine zweifach nicht zu unterstützende Wertung zugrunde. Nach dem hiesigen Verständnis von §§ 37 Abs. 4 und 78 S. 2 BetrVG lässt das Gesetz die Anpassung der arbeitsvertraglichen Vergütung im Grundsatz zu. Die Vergütung kann – in den oben dargestellten Grenzen – dem Profil des Doppelmandatsträgers angepasst werden, so dass das arbeitsvertragliche Entgelt nicht automatisch zurückbleibt. Zum anderen scheint *Joussen* in seiner Analyse die Ursache für die Notwendigkeit einer als angemessen erachteten Vergütung zu verkennen. Die Anpassung der arbeitsvertraglichen Vergütung wird allein deshalb notwendig, weil die Arbeitnehmervertreter auf der Grundlage von (unwirksamen) gewerkschaftlichen Abführungsregelungen keinerlei oder nur ein geringes Entgelt für die Mehrarbeit als Aufsichtsratsmitglied erhalten. Ursache einer für notwendig erachteten Anpassungsmöglichkeit ist demnach die Abführung der Aufsichtsratsvergütung und nicht die Untauglichkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungssystems zur Entgeltsteigerung.

---

<sup>1173</sup> *Joussen*, RdA 2018, 193, 199 f.; er kommt allerdings entgegen der hier vertretenen Ansicht zu dem Ergebnis, dass eine Anpassung der Vergütung nicht ohne einen Verstoß gegen das Ehrenamts- und Unentgeltlichkeitsprinzip möglich sei.

<sup>1174</sup> *Joussen*, RdA 2018, 193, 200.

#### ***IV. Zwischenergebnis***

Entsprechend der zuvor erzielten Erkenntnisse ist für eine mögliche Reform zur Vergütung von Doppelmandatsträgern in erster Linie wohl die – zu verneinende – Zulässigkeit der gewerkschaftlichen Abführungsregelungen in den Fokus zu nehmen und Transparenz in Bezug auf die betriebsverfassungsrechtliche Vergütung herzustellen.

#### **F. Fazit**

Die Vergütung von Doppelmandatsträgern in Betriebs- und Aufsichtsrat erweist sich als fragiles, undurchsichtiges und teilweise politisch hochbrisantes Gebilde, welches unbestritten Fragen im Zusammenhang mit der Corporate Governance aufwirft. Schließlich wird die zumeist vergütete Position des Aufsichtsratsmitglieds durch die nach hier vertretener Ansicht unzulässigen Abführungsregelungen der DGB-Gewerkschaften in ein praktisch nicht vergütetes Amt umgewandelt. Darin liegt ein Verstoß gegen die mitbestimmungsrechtlichen Benachteiligungsverbote. Um dem Amtsträger dennoch eine seiner Stellung und Verantwortung gerecht werdende Vergütung zukommen zu lassen, findet eine Kompensation auf Ebene der arbeitsvertraglichen Vergütung statt, die sich allerdings unter der Geltung des § 78 S. 2 BetrVG als ebenfalls unzulässig erweist. Aufgrund der daraus resultierenden Gefahrenlage bei der Vergütung von Doppelmandatsträgern ist für die Beförderung und Höhergruppierung die Regelung des § 114 Abs. 1 AktG analog anzuwenden. Die arbeitsvertragliche Vergütung der unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter unterliegt keinen bilanzrechtlichen Offenlegungsvorschriften. Es bleibt den Unternehmen überlassen, ob sie diese zumindest in konsolidierter Form offenlegen.

Eine Lösung der Problematik der sich gegenseitig aus beiden Rechtsverhältnissen beeinflussenden Vergütung kann final nur durch die Gewährung von Transparenz in Bezug auf die arbeitsvertragliche Vergütung der Doppelmandatsträger oder den generellen Ausschluss der Amtsführung in Personalunion erreicht werden.

## Kapitel 5 – Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

1. Das Betriebsratsamt ist aus seiner historischen Konzeption heraus ein unentgeltliches Ehrenamt. Diese Ausgestaltung geht auf das Betriebsrätegesetz aus dem Jahr 1920 zurück und hat sich seitdem – auch durch mannigfaltige Reformen – nicht verändert.
2. Die Betriebsratsarbeit hat sich hingegen seit der Normierung des Ehrenamtsprinzips elementar verändert. Der unter dem Stichwort „*Wandel der Betriebsratsarbeit*“ beschriebene Prozess hat in Teilen der Unternehmenswelt zu stark verstetigten und langfristigen Strukturen auf Seite des Betriebsrats geführt. Die Anforderungen sowie die Arbeitsbelastungen in Bezug auf das Amt des Betriebsrats sind gestiegen. Zugleich kommt den Betriebsräten aufgrund der gesetzlichen Beteiligungsrechte – etwa in Bezug auf die digitalisierungsbedingte Einführung neuer Programme und § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – eine erhebliche Machtstellung im Betrieb zu. Die Annahme eines „*Co-Managements*“ ist jedoch aus der gesetzlichen Konzeption heraus rundum abzulehnen.
3. Bei der Auseinandersetzung mit der Thematik der Betriebsratsvergütung gilt es, die Regelungen in den verschiedenen Absätzen des § 37 BetrVG streng auseinanderzuhalten. § 37 Abs. 2 BetrVG hält den Entgeltanspruch des Betriebsrats für die Zeit der Betriebsratstätigkeit aufrecht, wohingegen § 37 Abs. 4 BetrVG eine dynamische Anpassung des Entgelts vorschreibt.
4. Das Ehrenamts- und Unentgeltlichkeitsprinzip soll die ordnungsgemäße, sachdienliche und unparteiische Betriebsratsarbeit gewährleisten und das Vertrauen der Belegschaft in deren Repräsentanten sichern. Das Prinzip der Ehrenamtlichkeit verbietet es, die Betriebsratsarbeit als eigenen Beruf auszulegen.
5. Trotz des unbestrittenen Wandels der Betriebsratsarbeit gilt ein strenger Auslegungsmaßstab in Bezug auf die Unentgeltlichkeit der Amtsführung. Vor dem Hintergrund des klaren Wortlauts des § 37 Abs. 1 BetrVG und der Systematik der sonstigen betriebsverfassungsrechtlichen Vergütungsvorschriften kann kein gelockertes Auslegungsmaßstab für

einen Teil der Betriebsräte – nämlich die Gruppe der „professionellen“ Betriebsräte – vertreten werden. Die Defizite einer Regelung in praktischer Hinsicht lassen sich nicht durch die Auslegung des Gesetzes beheben, da dieses ein eindeutiges Regelungskonzept vorgibt.

6. Das allgemeine Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG wird durch die Regelungen des § 37 BetrVG konkretisiert. Die spezielle vergütungsrechtliche Vorschrift des § 37 BetrVG regelt lediglich spezielle Fälle des Benachteiligungsverbots in bestimmten Fragen der Vergütung, im Übrigen bleibt es bei der Anwendung des allgemeinen § 78 S. 2 BetrVG.
7. Der umfassend zu gewährleistende Zweck des Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG erfordert in Bezug auf die Rückforderung einer begünstigenden Betriebsratsvergütung eine teleologische Reduktion des § 817 S. 2 BGB. Gegen das Betriebsratsmitglied können demnach bereicherungsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden.
8. Es gilt grundsätzlich die partielle Arbeitsbefreiung gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG von der Freistellung des Betriebsratsmitglieds aus § 38 Abs. 1 BetrVG zu unterscheiden. In vergütungsrechtlicher Hinsicht ist das Lohnausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG dennoch auf die Gruppe der freigestellten Betriebsratsmitglieder anzuwenden, da es einen allgemein gültigen Grundsatz bezüglich der Vergütung der Betriebsratsmitglieder aufstellt.
9. Das Lohnausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG erfordert die Bestimmung der Vergütung, die das Betriebsratsmitglied hypothetisch erhalten hätte, wenn es der zuvor ausübten Tätigkeit vollständig nachgegangen wäre. Das Prinzip der Lohnfortzahlung erfordert die Abgrenzung des Lohnbegriffs zu der Aufwandsentschädigung sowie dem Aufwendungsersatz. Eine Pauschalierung von Aufwendungsersatzansprüchen auf Grundlage des § 40 Abs. 1 BetrVG ist unter Geltung des Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG nicht zulässig.
10. Die Bestimmung der einzelnen Entgeltbestandteile muss unter Geltung des Lohnausfallprinzips jeweils gesondert – unter Auswertung der Besonderheiten des Entgeltbestandteils – erfolgen. Die hypothetische

Bestimmung der geschuldeten Leistung bzw. des Erfolgs erfordert in Teilbereichen eine Schätzung.

11. Die dynamische Entgeltanpassung des § 37 Abs. 4 BetrVG soll das Betriebsratsmitglied vor den Nachteilen schützen, die es mangels vollumfänglicher Möglichkeit zur Leistungserbringung in seiner beruflichen und entgeltlichen Entwicklung erleiden könnte. Die Anpassung führt allerdings nur zu einer prozentualen Anpassung des Entgelts und nicht zu einer Angleichung in der Höhe.
12. Entgegen der Rechtsprechung des BAG stellt die Figur des vergleichbaren Arbeitnehmers aus § 37 Abs. 4 BetrVG nur eine Untergrenze der Entgeltentwicklung dar. Die Vorschrift konkretisiert allein das Benachteiligungsverbot, ohne dass zugleich eine Beschränkung der Vergütungshöhe angenommen werden kann.
13. Die Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer muss immer auf den Zeitpunkt der erstmaligen Amtsübernahme abstellen. Dies ergibt sich aus dem Zweck des § 37 Abs. 4 BetrVG, der die Untergrenze der Entgeltentwicklung bestimmt. Es genügt eine im Wesentlichen bestehende Vergleichbarkeit.
14. Die Beförderung oder die Übertragung von höheren Tätigkeiten kann sowohl in Bezug auf die Unter- als auch die Obergrenze der Vergütung des Betriebsratsmitglieds relevant werden. Die berufliche Weiterentwicklung des Betriebsratsmitglieds auf eine Beförderungsstelle ist auf Grundlage des § 37 Abs. 4 BetrVG nur abzubilden, wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer eine entsprechende Entwicklung vollzieht. Bei Bestehen einer einzigen Beförderungsstelle ist die Betriebsüblichkeit der Beförderung zu verneinen.
15. Die Untergrenze der Entgeltentwicklung des Betriebsratsmitglieds kann in Ausnahmefällen auf Grundlage des allgemeinen Benachteiligungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG korrigiert werden. Dies wird immer dann möglich, wenn die vergleichsgruppenbezogene Bewertung versagt – etwa im Fall einer einzelnen Beförderungsstelle – und das Betriebsratsmitglied nachweisen kann, dass es die geforderte berufliche Entwicklung ohne die Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte. Letztlich muss feststehen, dass

die versagte Beförderung bzw. Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit allein auf die Position als Betriebsratsmitglied zurückzuführen ist.

16. Die Obergrenze der Entgeltentwicklung bestimmt sich ausschließlich anhand der Kriterien des allgemeinen Begünstigungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG. Eine Beförderung ist grundsätzlich nur dann unzulässig, wenn feststeht, dass das Betriebsratsmitglied diese berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit nicht genommen hätte. Unzulässig ist es, eine Bewertung des Betriebsratsmitglieds und dessen Leistungsfähigkeit anhand der im Amt gezeigten Leistung vorzunehmen. Die Bewertung der Amtstätigkeit ist für die Frage einer Beförderung und damit für die Entgeltentwicklung irrelevant.
17. Sofern jedoch die Fähigkeiten und Qualifikationen berücksichtigt werden, die das Betriebsratsmitglied durch seine Tätigkeit erworben hat, findet – im Gegensatz zu einer Berücksichtigung der Leistungen im Amt – keine unmittelbare Bewertung oder Bezahlung der Tätigkeit statt. Vielmehr wird die Position an das Fähigkeits- und Qualifikationsniveau des Betriebsratsmitglieds angepasst. Der Berücksichtigung der im oder durch das Amt erlangten Fähigkeiten steht kein Verstoß gegen das Unentgeltlichkeitsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG entgegen, da es sich nicht um eine Begünstigung wegen der Tätigkeit handelt. Lediglich der Qualifikationszuwachs erfolgt aufgrund des Amtes.
18. Es sind allerdings gesetzesimmanente Grenzen der beruflichen Entwicklung eines Betriebsratsmitglieds zu beachten. Eine hypothetische Karriereentwicklung ist unzulässig. Die berufliche Entwicklung darf sich allein anhand der verfügbaren und offenen Beförderungsstellen im Unternehmen vollziehen. Zugleich zieht das Gesetz eine Grenze in Bezug auf die Position eines leitenden Angestellten. Es steht aufgrund der eindeutigen Wertung in § 24 Nr. 4 BetrVG außer Frage, dass der Gesetzgeber die Tätigkeit als Betriebsrat und eine Position des leitenden Angestellten als unvereinbar angesehen hat. Der Bezug eines Entgelts, das ansonsten nur leitenden Angestellten gewährt wird, ist demnach für das Betriebsratsmitglied ausgeschlossen.
19. Es lässt sich ein Trend beobachten, dass (Kollektiv-)Abreden über die konkrete Vergütung der Betriebsratsmitglieder bzw. den Prozess zu deren

Bestimmung getroffen werden. Solche Abreden sind nach Ansicht des BAG grundsätzlich zulässig, wobei nach der zwingenden Geltung der §§ 37 und 78 S. 2 BetrVG allein die Möglichkeit zur Konkretisierung der vergleichbaren Arbeitnehmer verbleibt. Dem möglicherweise mit einem Rechtsstreit befassten Gericht obliegt auch bei der einverständlichen Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer die volle prozessuale Rechtskontrolle. Eine Pflicht zur Aufstellung entsprechender Richtlinien besteht nicht.

20. Die in der Literatur vertretene Ansicht, dass bezüglich entsprechender Abreden über die Bestimmung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eingreift, ist abzulehnen. Die Voraussetzungen des Mitbestimmungsrechts liegen zwar grundsätzlich vor, jedoch gilt es, die Vorschrift in diesem konkreten Fall teleologisch zu reduzieren. Der Betriebsrat hätte ansonsten die Möglichkeit, über das ihm zustehende Initiativrecht und einen möglichen Spruch der Einigungsstelle den Abschluss einer entsprechenden Vergütungsrichtlinie zu erzwingen. Eine solche Konstellation wäre allerdings nicht mehr von dem Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gedeckt.
21. Es gibt verschiedene Vorschläge zur Reform der gesetzlichen Ausgestaltung der Betriebsratsvergütung. Alle Reformmodelle erfordern einen Bruch mit dem gesetzlichen Regelungskonzept, wobei sich die Einführung einer Öffnungsklausel zur Vergütung „professioneller“ Betriebsräte am ehesten in das Gesetz integrieren ließe. Letztlich bietet die aktuelle gesetzliche Regelung unter der hier vertretenen Auslegung jedoch ausreichend Möglichkeiten, um die Vergütung angemessen auszugestalten, so dass das strenge Ehrenamtsprinzip beibehalten werden sollte. Problematisch ist hingegen die fehlende Transparenz hinsichtlich der Betriebsratsvergütung. Es sollte ein Verfahren zur Veröffentlichung der gezahlten Vergütung in das Gesetz aufgenommen werden, wobei bereits *de lege lata* die Möglichkeit zur Veröffentlichung der Gesamtkosten besteht.
22. Die Gesetze schließen die Führung des Amtes in Aufsichts- und Betriebsrat in Personalunion nicht aus. Dadurch ergeben sich Probleme in Bezug auf die Corporate Governance des Unternehmens.

23. Trotz fehlender gesetzlicher Normierung ist auch im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes von einem Begünstigungsverbot der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auszugehen. Es besteht kein Anspruch des Doppelmandatsträgers auf entgeltliche Freistellung für Zeiten der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied. Die freiwillige Weiterzahlung des arbeitsvertraglichen Entgelts für die allein für die Aufsichtsrats-tätigkeit aufgewendete Zeit verstößt hingegen gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG. Eine andere Beurteilung ergibt sich nur dann, wenn das Aufsichtsratsmandat unvergütet bleibt, da ansonsten eine mittelbare Benachteiligung des Doppelmandatsträgers eintreten würde.
24. Aufsichtsratsmitglieder können für ihre Tätigkeit eine Vergütung erhalten. Die Pflicht zur Abführung der Aufsichtsratsvergütung von Mitgliedern in DGB-Gewerkschaften verstößt gegen die mitbestimmungsrechtlichen Benachteiligungsverbote. Zugleich geht die aktuelle Auswahl der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, die ausschließlich auf Vorschlag von im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften gewählt werden (vgl. §§ 7 Abs. 2, 18 S. 2, 16 Abs. 1 S. 1 MitbestG), mit einer unter Governance-Gesichtspunkten unzulässigen Beschränkung der Wählbarkeit einher. Die Abführungspflicht hält deshalb einer Inhaltskontrolle der Verbandssatzung nach §§ 242, 315 BGB nicht stand.
25. Auf die Beförderung von Doppelmandatsträgern bzw. die Übertragung höherer Tätigkeiten auf diese ist die Regelung des § 114 AktG analog anzuwenden, so dass die Zustimmung des gesamten Aufsichtsrats gegebenenfalls erforderlich ist. Die gesetzliche Einschränkung in Bezug auf Arbeitsverträge in § 114 Abs. 1 AktG steht einer solchen Auslegung nicht entgegen, da eine Planwidrigkeit hinsichtlich vollständig freigestellter Betriebsratsmitglieder angenommen werden kann.
26. In Bezug auf die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder bestehen weitgehende Publizitätspflichten. Die daneben geschuldete arbeitsvertragliche Vergütung für sie als Arbeitnehmer des zu überwachenden Unternehmens ist allerdings nicht von den entsprechenden Publizitätspflichten erfasst. Der Vergütungsbericht des § 162 AktG lässt



eine entsprechende Auslegung auch unter Einbeziehung der der Norm zugrundeliegenden Regelung in der Aktionärsrechterichtlinie nicht zu.

27. Die arbeitsvertragliche Vergütung der Arbeitnehmervertreter kann von Konzernen und Unternehmen, die ihren Abschluss auf Grundlage der IFRS-Vorschriften aufstellen müssen, in konsolidierter Form für das gesamte Management in Schlüsselpositionen offengelegt werden. Eine Pflicht zur individualisierten Offenlegung besteht nicht.
28. Es liegen verschiedene Vorschläge zur Reform der vergütungsrechtlichen Stellung von Doppelmandatsträgern in Betriebs- und Aufsichtsrat vor. Die Problematik der sich gegenseitig aus beiden Rechtsverhältnissen beeinflussenden Vergütung kann final nur durch die Gewährung von Transparenz in Bezug auf die arbeitsvertragliche Vergütung der Doppelmandatsträger oder den generellen Ausschluss der Amtsführung in Personalunion erreicht werden.

## LITERATURVERZEICHNIS

- Aden, Menno* Lohnzuschläge für hypothetische Arbeit des freigestellten Betriebsratsmitglieds, RdA 1980, S. 256 – 260
- Annuß, Georg* Das System der Betriebsratsvergütung, NZA 2018, S. 134 – 138
- Ders.* Der Durchschnitt für den Betriebsrat, NZA 2018, S. 976 – 978
- Ders.* Ermessensgerechte Beförderung als unzulässige Betriebsratsvergütung?, NZA 2020, S. 20 – 25
- Ders.* Im Gestrüpp der Betriebsratsvergütung – Besprechung von LG Braunschweig vom 28.09.2021 – 16 KLS 85/19, NZA 2022, S. 247 – 249
- Ders.* Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder – Richtig verstanden, in: Giesen, Richard / Junker, Abbo / Rieble, Volker (Hrsg.), 11. ZAAR-Tagung, Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen, S. 87 – 105, München 2020 (zit.: *Annuß*, ZAAR-Tagung 2020)
- Ascheid, Reiner / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Hrsg.)* Kündigungsrecht, 6. Auflage, München 2021 (zit.: *Ascheid/Preis/Schmidt/Bearbeiter*)
- Aszmons, Mattis* Betriebsratsmitglieder im Aufsichtsrat, DB 2014, S. 895 – 898
- Bachner, Michael / Engesser Means, Nicole* Die Bestimmung des Kreises vergleichbarer Arbeitnehmer bei der Vergütung von freigestellten Betriebsratsmitgliedern, NZA 2020, S. 422 – 427

- Bachner, Michael / Wall, Daniel* Privatautonomie und Begünstigungsverbot bei der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, NZA 2021, S. 841 – 845
- Baetge, Jörg / Kirsch, Hans-Jürgen / Thiele, Stefan (Hrsg.)* Bilanzen, 16. Auflage, Düsseldorf 2021 (zit.: *Baetge/Kirsch/Thiele*)
- Baetge, Jörg / Wollmert, Peter / Kirsch, Hans-Jürgen / Oser, Peter / Bischof, Stefan (Hrsg.)* Rechnungslegung nach IFRS – Kommentar auf der Grundlage des deutschen Bilanzrechts, Stand: 44. Ergänzungslieferung, Juli 2021, Stuttgart 2021 (zit.: *BWKOB/Bearbeiter*)
- Bartelmeß, Andreas* Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, Anmerkung zu BAG v. 22.01.2020 – 7 AZR 222/19, ArbRAktuell 2020, S. 236
- Bauer, Jobst-Hubertus / Roll, Michael* Der arbeitsrechtliche Teil des Koalitionsvertrags – ein Fortschritt?, NZA 2021, S. 1685 – 1689
- Baums, Theodor* Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Köln 2001 (zit.: *Baums*, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance)
- Bayreuther, Frank* Kollektivabreden über die weitere Freistellung und Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, NZA 2019, S. 430 – 433
- Ders.* Betriebsratsvergütung: Die hypothetische berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds, DB 2019, S. 1207 – 1210
- Ders.* Sach- und Personalausstattung des Betriebsrats – Eine Betrachtung vor dem Hintergrund des betriebsverfassungsrechtlichen Begünstigungsverbots, NZA 2013, S. 758 – 764
- Ders.* Die „betriebsübliche“ Beförderung des freigestellten Betriebsratsmitglieds, NZA 2014, S. 235 – 237

- Beck, Thorsten* Das Betriebsratsamt als Ehrenamt – Anmerkungen zur Diskussion über die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, in: Ulrike Wendeling-Schröder (Hrsg.), HSI-Schriftenreihe, Band 11, Die Arbeitsbedingungen des Betriebsrats, S. 14 –26, Frankfurt am Main 2014 (zit.: *Beck*, Betriebsratsamt als Ehrenamt)
- Benkert, Daniel* Vergütung von Betriebsräten, NJW-Spezial 2018, S. 50 – 51
- Berenbrinker, Martina* Hypothetische Karriere für freigestellte Betriebsräte, DB 2021, S. 1956
- Bertelsmann Stiftung / Hans-Böckler- Stiftung* Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen, Bilanz und Perspektiven, Bericht der Kommission Mitbestimmung, Gütersloh 1998 (zit.: *Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung*, Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen)
- Beule, Jutta* Die arbeitsvertragliche Stellung des nach § 37 Abs. 2 BetrVG gelegentlich befreiten Betriebsratsmitglieds, Frankfurt am Main 1993, zugl.: Diss., Münster, 1992 (zit.: *Beule*, Stellung des gelegentlich befreiten Betriebsratsmitglieds)
- Bittmann, Barbara / Mujan, Susanne* Compliance – Brennpunkt „Betriebsratsvergütung“ (Teil 1), BB 2012, S. 637 – 640
- Dies.* Compliance – Brennpunkt „Betriebsratsvergütung“ (Teil 2): Nur Einstellung oder auch Rückforderung unzulässiger Begünstigungen?, BB 2012, S. 1604 – 1607
- Blattner, Jessica* Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern vor und nach der Betriebsratswahl, NZA 2018, S. 129 – 133

- Boecken, Winfried / Düwell, Franz Josef / Diller, Martin / Hanau, Hans (Hrsg.)* Nomos- Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016  
(zit.: NK-ArbR/Bearbeiter)
- Brandl, Daniela* Kopplungsgeschäfte in der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Betriebsverfassungsrechts, Lohmar 2000,  
zugl.: Diss, Mannheim, 1999  
(zit.: *Brandl*, Kopplungsgeschäfte in der Rechtsordnung)
- Brocker, Till* Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance, München 2006,  
zugl.: Diss, München, 2006  
(zit.: *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance)
- Broll, Matthias* Das Potential der institutionellen Arbeitnehmermitwirkung, Frankfurt am Main 2017,  
zugl.: Diss, Frankfurt am Main, 2017  
(zit.: *Broll*, Potential der institutionellen Arbeitnehmermitwirkung)
- Brune, Jens / Driesch, Dirk / Schulz-Danso, Martin / Senger, Thomas (Hrsg.)* Beck'sches IFRS-Handbuch, 6. Auflage, München 2020  
(zit.: Beck-IFRS-HB/Bearbeiter)
- Bydlinski, Franz* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien/New York 1991  
(zit.: *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff)
- Byers, Philipp* Die Höhe der Betriebsratsvergütung – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtslage,  
NZA 2014, S. 65 – 70
- Däubler, Wolfgang* Unabhängigkeit des Betriebsrats trotz Gegnerfinanzierung – Probleme der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern,  
SR 2017, S. 85 – 110

- Däubler, Wolfgang / Klebe, Thomas / Wedde, Peter (Hrsg.)* Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 17. Auflage, Frankfurt am Main 2020 (zit.: *DKW/Bearbeiter*)
- Denzer, Matthias* Das Betriebsratsamt als Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen, Berlin 2020, zugl.: Diss, Bonn, 2019 (zit.: *Denzer*, Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen)
- Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)* Mitbestimmung aktuell, Ausgabe 2/2012, Aktuelle Information zum IAS 24, abrufbar unter: <https://www.dgb.de/++co++98eb88a4-a3f9-11e1-4716-00188b4dc422>, zuletzt abgerufen am 02.10.2020 (zit.: *DGB*, mitbestimmung aktuell)
- Dicken, André Jacques / Henssler, Martin* Bilanzrecht, 2. Auflage, München 2021 (zit.: *Dicken/Henssler*, Bilanzrecht)
- Dietze, Birgit* Betriebsratsvergünstigung und Amtskompetenz, in: Deinert, Olaf / Heuschmid, Johannes / Kittner, Michael / Schmidt, Marlene (Hrsg.), Demokratisierung der Wirtschaft durch Arbeitsrecht: Festschrift für Thomas Klebe, S. 95 – 100, Frankfurt am Main 2018 (zit.: *Dietze*, FS Klebe)
- Drinhausen, Florian / Eckstein, Hans-Martin (Hrsg.)* Beck'sches Handbuch der AG, 3. Auflage, München 2018 (zit.: *BeckHB-AG/Bearbeiter*)
- Düwell, Franz Josef (Hrsg.)* Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar, 5. Auflage, München 2018 (zit.: *Düwell/Bearbeiter*)
- Dzida, Boris / Mehrens, Christian* Straf- und haftungsrechtliche Risiken im Umgang mit dem Betriebsrat, NZA 2013, S. 753 – 758

- Ellenberger, Jürgen / Götz, Isabell / Grüneberg, Christian / u.a. (Bearb.)* Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 81. Auflage, München 2022 (zit.: Grüneberg/Bearbeiter)
- Esser, Patrick* Die Begünstigung von Mitgliedern des Betriebsrats, Frankfurt am Main 2014, zugl.: Diss., Köln, 2013 (zit.: Esser, Begünstigung)
- Farthmann, Friedhelm* Der gerechte Betriebsratslohn – Funktionswandel in der Betriebsratsarbeit und Entgeltgerechtigkeit –, in: Farthmann, Friedhelm / Hanau, Peter / Isenhardt, Udo / Preis, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Stahlhacke, S. 115 – 127, Neuwied/Kriftel/Berlin 1995 (zit.: Farthmann, FS Stahlhacke)
- Dicken, André Jacques / Fehrenbacher, Oliver / Hennrichs, Joachim, Kleindiek, Detlef / Watrin, Christoph (Hrsg.)* Beck Online Grosskommentar zum Bilanzrecht, Stand 01.10.2020, München 2020 (zit.: BeckOGK-Bil/Bearbeiter)
- Fischer, Ulrich* Das Ehrenamtsprinzip der Betriebsverfassung „post Hartzem“ – antiquiert oder Systemerfordernis?, NZA 2007, S. 484 – 489
- Ders.* Korruptionsbekämpfung in der Betriebsverfassung, BB 2007, S. 997 – 1001
- Ders.* Das Ehrenamtsprinzip der Betriebsverfassung „post Hartzem“ – revisited, NZA 2014, S. 71 – 74
- Fitting, Karl (Begr.)* Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 30. Auflage, München 2020

- Flatow, Georg* Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920,  
12. Auflage, Berlin 1927  
(zit.: *Flatow*, BRG)
- Fleischer, Holger / Goette, Wulf (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum GmbHG,  
Band 2, §§ 35 – 52,  
3. Auflage, München 2019  
(zit.: *MüKoGmbHG/Bearbeiter*)
- Frahm, Sebastian / Koch, Jochen* Risiken überhöhter Betriebsratsvergütung,  
*ArbRAktuell* 2010, S. 468 – 472
- Frank, Justus* Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder  
zwischen Benachteiligungs- und  
Begünstigungsverbot, Anmerkung zu BAG v.  
22.01. 2020 – 7 AZR 222/19,  
*DB* 2020, S. 1520
- Franzen, Martin* Professionalisierung der Betriebsratsarbeit –  
Abschied vom Ehrenamt?, in:  
Rieble, Volker / Junker, Abbo (Hrsg.),  
4. ZAAR-Kongress, Unternehmensführung und  
betriebliche Mitbestimmung,  
S. 48 – 75, München 2008  
(zit.: *Franzen*, ZAAR-Kongress 2007)
- Frieling, Tino* Anmerkung zu BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR  
496/16,  
*jurisPR-ArbR* 34/2018 Anm. 5
- Fritz, Constanze* Zulässigkeit und Grenzen von  
Kopplungsgeschäften zwischen Betriebsrat und  
Arbeitgeber,  
Frankfurt am Main 2010,  
zugl.: Diss, Tübingen, 2010  
(zit.: *Fritz*, Kopplungsgeschäfte)
- Fündling, Caroline / Sorber, Dominik* Arbeitswelt 4.0 – Benötigt das BetrVG ein  
Update in Sachen digitalisierte Arbeitsweise  
des Betriebsrats?,  
*NZA* 2017, S. 552 – 558



- Gamillscheg, Franz* Kollektives Arbeitsrecht, Band II: Betriebsverfassung, München 2008  
(zit.: *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht: Betriebsverfassung)
- Gaul, Björn* Berechnung leistungs- oder erfolgsbezogener Jahressonderzahlungen bei Betriebsratsmitgliedern, BB 1998, S. 101 – 105
- Georgi, Felicitas* Das Ehrenamtsprinzip in der Betriebsverfassung, Jena 2017, zugl.: Diss., Jena, 2017  
(zit.: *Georgi*, Ehrenamtsprinzip)
- Giesen, Richard* Vergütung freigestellter Betriebsräte, RdA 2020, S. 155 – 169
- Giesen, Richard / Kersten, Jens* Arbeit 4.0 – Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt, München 2017  
(zit.: *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0)
- Gietzen, Nicole* Unternehmensmitbestimmung, Corporate Governance und der Deutsche Corporate Governance Kodex, Tübingen 2013, zugl.: Diss., Trier, 2013  
(zit.: *Gietzen*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance)
- Goette, Wulf / Habersack, Mathias / Kalss, Susanne (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 76 – 117, MitbestG, DrittelbG 5. Auflage, München 2019  
(zit.: *MüKoAktG/Bearbeiter*)
- Göpfert, Burkhard* Entkriminalisierung des Ehrenamts! – Betriebsratsvergütung und kein Ende, NZA-Editorial, Heft 13/2019, S. IX
- Göpfert, Burkard / Fellenberg, Katharina / Klarmann, Philipp* Leistungsbezogene Vergütung für teilfreigestellte Betriebsräte, DB 2009, S. 2041 – 2045

- Götz, Lenas* Die benachteiligungsfreie Vergütung von freigestellten Betriebsratsmitgliedern, DB 2020, S. 558 – 561
- Grigoleit, Hans Christoph (Hrsg.)* Aktiengesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2020 (zit.: *Grigoleit/Bearbeiter*)
- Grottel, Bernd / Schmidt, Stefan / Schubert, Wolfgang / Störk, Ulrich (Hrsg.)* Beck'scher Bilanz.Kommentar, 12. Auflage, München 2020 (zit.: *BeckBil-Komm/Bearbeiter*)
- Günther, Jens / Matthias, Boglmüller* Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, S. 1025 – 1031
- Gürteler, Alfred* Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920, 2. Auflage, Hamburg/Berlin/Leipzig 1928 (zit.: *Gürteler, BRG*)
- Habersack, Mathias / Henssler, Martin (Hrsg.)* Mitbestimmungsrecht, 4. Auflage, München 2018 (zit.: *Habersack/Henssler/Bearbeiter*)
- Hachmeister, Dirk / Kahle, Holger / Mock, Sebastian / Schüppen, Matthias (Hrsg.)* Bilanzrecht Kommentar, 2. Auflage, Köln 2020 (zit.: *Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen/Bearbeiter*)
- Hanau, Peter* Die Verpflichtung zur Abführung von Aufsichtsratsvergütungen an die Hans-Böckler-Stiftung, Hans-Böckler-Stiftung, Arbeitspapier 254, Düsseldorf 2012 (zit.: *Hanau, Verpflichtung zur Abführung von Aufsichtsratsvergütungen an die Hans-Böckler-Stiftung*)
- Hanau, Hans / Matiaske, Wenzel (Hrsg.)* Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen: arbeitsrechtliche und sozialwissenschaftliche Perspektiven, Baden-Baden 2019

- Happe, Nico* Die persönliche Rechtsstellung von Betriebsräten, Berlin 2018, zugl.: Diss., Bielefeld, 2016 (zit.: *Happe*, Persönliche Rechtsstellung)
- Hau, Wolfgang / Poseck, Roman (Hrsg.)* Beck'scher Online Kommentar BGB, 61. Edition, Stand: 01.02.2022, München 2022 (zit.: BeckOK-BGB/*Bearbeiter*)
- Heidel, Thomas (Hrsg.)* Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, München 2019 (zit.: *Heidel/Bearbeiter*)
- Heiden, Ralph* Entgeltrelevante Zielvereinbarungen aus arbeitsrechtlicher Sicht, Baden-Baden 2007, zugl.: Diss., Köln, 2006 (zit.: *Heiden*, Entgeltrelevante Zielvereinbarungen)
- Hennecke, Rudolf* Bemessung von Arbeitsentgelt und allgemeinen Zuwendungen für freigestellte Betriebsräte, BB 1986, S. 936 – 941
- Ders.* Die Bemessung von Arbeitsentgelt und allgemeinen Zuwendungen freigestellter Betriebsräte, RdA 1986, S. 241 – 246
- Hennrichs, Joachim / Kleindiek, Detlef / Watrin, Christoph (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Band 1, IFRS 5. Ergänzungslieferung, Stand September 2014, München 2014  
Band 2, Bilanzrecht, §§ 238 – 342e HGB, München 2013 (zit.: MüKoBilR/*Bearbeiter*)
- Henssler, Martin* Anmerkung zu LAG Düsseldorf v. 13.09.2001, BB 2002, S. 306 – 308
- Ders.* Generalbericht über die drei Panels des 4. Deutschen Arbeitsrechtstags, NZA-Beilage 2020, S. 3 – 13

- Ders.* Klassenkampf statt Co-Management? – Betriebsverfassung in Italien – Zugleich ein rechtsvergleichend geschärfter Blick auf die Besonderheiten der deutschen Betriebsverfassung, in: Gräfl, Edith / Lunk, Stefan / Oetker, Hartmut / Trebinger, Yvonne (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, S. 173 – 189, München 2020 (zit: *Henssler*, FS Betriebsverfassungsrecht)
- Henssler, Martin / Strohn, Lutz (Hrsg.)* Kommentar Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, München 2021 (zit.: *Henssler/Strohn/Bearbeiter*)
- Henssler, Martin / Willemsen, Heinz Josef / Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.)* Arbeitsrecht Kommentar 9. Auflage, Köln 2020 (zit.: *HWK/Bearbeiter*)
- Heuser, Paul J. / Theile, Carsten (Hrsg.)* IFRS-Handbuch, Einzel- und Konzernabschluss, 6. Auflage, Köln 2019 (zit.: *Heuser/Theile/Bearbeiter*)
- Hess, Harald / Worzalla, Michael / Glock, Dirk / Nicolai, Andrea / Rose, Franz Josef / Huke, Kristina (Hrsg.)* Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 10. Auflage, München 2018 (zit.: *HWGNRH/Bearbeiter*)
- Hirte, Heribert / Heidel, Thomas (Hrsg.)* Das neue Aktienrecht nach ARUG II und Corona-Gesetzgebung, Baden-Baden 2020 (zit.: *Hirte/Heidel/Bearbeiter*)
- Hirte, Heribert / Mülbart, Peter / Roth, Markus (Hrsg.)* Großkommentar Aktiengesetz Sechster Band – § 117, Unternehmensmitbestimmung, Nachtrag § 76 Abs. 4, 5. Auflage, Berlin 2018 (zit.: *GroßK-AktG/Bearbeiter*)
- Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.)* Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 5. Auflage, München 2020 (zit.: *MünchHdb-GesR/Bearbeiter*)

- Hölters, Wolfgang / Weber, Markus (Hrsg.)* Aktiengesetz,  
4. Auflage, München 2022  
(zit.: Hölters/Weber/Bearbeiter)
- Holtsch, Anna* Einfluss der IFRS auf das HGB,  
Berlin 2019,  
zugl.: Diss., Saarland, 2019  
(zit.: *Holtsch*, Einfluss der IFRS auf das HGB)
- Koch, Jens (Hrsg.)* Aktiengesetz,  
16. Auflage, München 2022  
(zit.: Koch/Bearbeiter)
- Hunold, Wolf* Qualifikation des Betriebsrats entscheidend,  
AuA 2002, S. 451 – 454
- Ders.* Hilfsbremser oder Co-Manager?,  
AuA 2002, S. 215 – 216
- Jacklofsky, Swantje* Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt:  
arbeitsrechtliche Aspekte hinsichtlich der  
unternehmensangehörigen  
Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer,  
Berlin 2001,  
zugl.: Diss., Berlin, 1999  
(zit.: *Jacklofsky*, Arbeitnehmerstellung und  
Aufsichtsratsamt)
- Jacobs, Matthias* Die Vergütung freigestellter  
Betriebsratsmitglieder,  
NZA 2019, S. 1606 – 1612
- Jacobs, Matthias / Frieling, Tino* Betriebsratsvergütung – Grundlagen und  
Grenzen der Bezahlung freigestellter  
Betriebsratsmitglieder,  
ZfA 2015, S. 241 – 265
- Dies.* Betriebsratsvergütung bei  
arbeitszeitunabhängiger Provision,  
NZA 2015, S. 513 – 520
- Johnson, David* Die rechtskonforme Vergütung von  
Betriebsratsmitgliedern: Das  
Begünstigungsverbot als unterschätzte  
Compliance-Falle?  
CCZ 2021, S. 75 – 81

- Joost, Detlev / Strohn, Lutz (Hrsg.)* Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1 – 342e  
4. Auflage, München 2020  
(zit.: EBJS/Bearbeiter)
- Joussen, Jacob* Das Betriebsrat und die Privatnutzung eines Dienstwagens,  
NZA 2018, S. 139 – 143
- Ders.* Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder,  
RdA 2018, S. 193 – 200
- Junker, Abbo* 100 Jahre Betriebsverfassung – Ehrenamtsprinzip unzeitgemäß?,  
ZfA-Editorial, Heft 1/2020, S. 1 – 4
- Kania, Thomas / Schulte-Wissermann, Lisa* Mitbestimmung des Betriebsrats über seine Vergütung?,  
NZA 2019, S. 78 – 80
- Kehrmann, Karl* Pauschalierung von Vergütungs- und Kostenerstattungsansprüchen der Betriebsratsmitglieder, in:  
Anzinger, Rudolf / Wank, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Ottfried Wlotzke zum 70. Geburtstag,  
S. 357 – 365, München 1996  
(zit.: *Kehrmann*, FS Wlotzke)
- Keilich, Jochen* Die Bemessung der Betriebsratsvergütung – Gut gemeint ist das Gegenteil von gut,  
BB 2014, S. 2229 – 2233
- Kiel, Heinrich / Lunk, Stefan / Oetker, Hartmut (Hrsg.)* Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3, Kollektives Arbeitsrecht I,  
4. Auflage, München 2019  
Band 4, Kollektives Arbeitsrecht II,  
4. Auflage, München 2019  
(zit.: MünchHArbR/Bearbeiter)
- Kieschke, W. / Syrup F. (Hrsg.)* Betriebsrätegesetz,  
6. Auflage, Berlin 1928  
(zit.: Kieschke/Syrup/Bearbeiter, BRG)

- Klagges, Rhea-Christina / Schrader, Peter* Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern: Probleme, Rechtslage und Lösungen, München 2020  
(zit.: *Klagges/Schrader*, Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern)
- Klebe, Thomas* Betriebsrat 4.0 – Digital und global? NZA-Beilage 2017, S. 77 – 84
- Ders.* Betriebsratsvergütung: Eine Frage der Ehre?, NZA-Editorial, Heft 12/2019, S. I
- Kliemt, Michael / Seeger, Kerstin* Vorsicht bei der Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder!, Anmerkung zu BAG v. 18.01.2017 – 7 AZR 205/15, DB 2017, S. 1783
- Klitzke, Udo (Hrsg.)* Vom Klassenkampf zum Co-Management?: Perspektiven gewerkschaftlicher Betriebspolitik; Wolfgang Klever zum 60. Geburtstag, Hamburg 2000
- Knipper, Claudia* Das Arbeitsverhältnis des freigestellten Betriebsratsmitglieds, Baden-Baden 1992, zugl.: Diss., Bonn, 1991  
(zit.: *Knipper*, Arbeitsverhältnis des freigestellten Betriebsratsmitglieds)
- Koch, Jens / Kudlich, Hans / Thüsing, Gregor* Betriebsratsvergütung vor dem Strafgericht: Die Volkswagen-Entscheidung des LG Braunschweig aus arbeits-, gesellschafts-, und strafrechtlicher Perspektive, ZIP 2022, S. 1 – 5
- Kolbe, Sebastian* Mitbestimmung und Demokratieprinzip, Tübingen, 2013, zugl.: Habil., München 2012  
(zit.: *Kolbe*, Mitbestimmung und Demokratieprinzip)

- Kort, Michael* Rechtsfragen der Höhe und Zusammensetzung der Vergütung von Mitgliedern des Aufsichtsrats einer AG, in:  
Kinder, Peter / Koch, Jens / Ulmer, Peter / Winter, Martin (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag,  
S. 483 – 500, München 2010  
(zit.: *Kort*, FS Hüffer)
- Kremer, Thomas / Bachmann, Gregor / Lutter, Marcus / Werder, Axel von (Hrsg.)* Deutscher Corporate Governance Kodex – Kommentar,  
8. Auflage, München 2021  
(zit.: KBLW/*Bearbeiter*)
- Kropff, Bruno* Textausgabe des Aktiengesetzes vom 06.09.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz 06.09.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs,  
Düsseldorf 1965  
(zit.: *Kropff*, Aktiengesetz 1965)
- Linden, Klaus von der* Deutscher Corporate Governance Kodex 2019 – Alles neu macht der Mai,  
DStR 2019, S. 1528 – 1532
- Lipp, Heidrun* Honorierung und Tätigkeitsschutz von Betriebsratsmitgliedern,  
Aachen 2008,  
zugl.: Diss., Passau, 2008  
(zit.: *Lipp*, Honorierung)
- Löwisch, Manfred* Mitbestimmung auf der Unternehmens- und Betriebsebene – Koordination oder Kumulation?, in:  
Stiftung für Rechtspolitik und dem Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2006/I,  
S. 19 – 31, München 2006  
(zit.: *Löwisch*, Bitburger Gespräche 2006)
- Löwisch, Manfred / Kaiser, Dagmar (Hrsg.)* Betriebsverfassungsgesetz,  
Band 1, §§ 1 – 73b und Wahlordnung,  
7. Auflage, Frankfurt am Main 2017,  
(zit.: *Löwisch/Kaiser/Bearbeiter*)



- Löwisch, Manfred / Kaiser, Dagmar / Klumpp, Steffen (Hrsg.)* Betriebsverfassungsgesetz, Band 2, §§ 74 – 132, 7. Auflage, Frankfurt am Main 2020 (zit.: Löwisch/Kaiser/Klumpp/Bearbeiter)
- Löwisch, Manfred / Rügenhagen, Jens* Angemessene arbeitsvertragliche Vergütung von Betriebsratsmitgliedern mit Führungsfunktionen, DB 2008, S. 466 – 467
- Lüdenbach, Norbert / Freiberg, Jens* Organvergütung im IFRS-Konzernabschluss im Spannungsfeld zwischen Berichtspflichten nach § 315a HGB und originären IFRS-Angaben, BB 2013, S. 2539 – 2543
- Lüdenbach, Norbert / Hoffmann, Wolf-Dieter / Freiberg, Jens* Haufe IFRS-Kommentar, 19. Auflage, Freiburg 2021 (zit.: Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg)
- Mansfeld, Werner* Betriebsrätegesetz – vom 04.02.1920 mit den einschlägigen Nebengesetzen, 3. Auflage, Mannheim 1930 (zit.: Mansfeld, BRG)
- Maily, Katrin* Vergütung der Arbeitnehmervertreter, Berlin 2019, zugl.: Diss., München 2018 (zit.: Maily, Vergütung der Arbeitnehmervertreter)
- Meik, Frank* Herausforderung Digitale Transformation und Arbeit 4.0, NZA-Beilage 2017, S. 43 – 45
- Melot de Beauregard, Paul* Unangemessene Vorstandsvergütung und ihre Rechtsfolgen, DB 2021, S. 2825 – 2830
- Moll, Wilhelm / Roebers, Dorothea* Pauschale Zahlungen an Betriebsräte?, NZA 2012, S. 57 – 62
- Müller, Thomas* (Zusatz-)Vereinbarungen mit Betriebsräten – an der Grenze zur Begünstigung und Benachteiligung?, ArbRAktuell 2019, S. 575 – 578

- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid*  
(Hrsg.) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,  
22. Auflage, München 2022  
(zit.: ErfK/Bearbeiter)
- Natzel, Ivo* Rechtsstellung des freigestellten  
Betriebsratsmitglieds,  
NZA 2000, S. 77 – 81
- Neef, Klaus* Vergütung und berufliche Entwicklung  
freigestellter Betriebsratsmitglieder, in:  
Schubert, Jens (Hrsg.), Liber amicorum Ulrike  
Wendeling-Schröder,  
S. 97 – 105, München 2009  
(zit.: *Neef*, Liber amicorum Wendeling-  
Schröder)
- Niemeyer, Edzard / Rapp, Thomas* Betriebsratsarbeit als Co-Management,  
Versuch der Neubewertung eines belasteten  
Begriffs,  
AiB 2001, S. 473 – 478
- Oltmanns, Sönke / Fuhlrott, Michael* Betriebsratsvergütung und Bevorzugung von  
Betriebsratsmitgliedern,  
DB 2018, S. 1086 – 1092
- Pallasch, Ulrich* Benachteiligungsverbote und  
Vertragsabschlussfreiheit – Zugleich  
Besprechung des Urteil BAG v. 25.06.2014 – 7  
AZR 847/12,  
RdA 2015, S. 108 – 114
- Peltzer, Martin* Unvereinbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes  
76 mit guter Corporate Governance und darauf  
zielende Verbesserungsvorschläge. Versuch  
einer Evaluierung, in:  
Grundmann, Stefan / Kirchner, Christian /  
Raiser, Thomas u.a. (Hrsg.),  
Unternehmensrecht zu Beginn des 21.  
Jahrhunderts – Festschrift zu Eberhard  
Schwark zum 70. Geburtstag,  
S. 707 – 727, München 2009  
(zit.: *Peltzer*, FS Schwark)
- Pflüger, Norbert* Vorschläge für ein Vergütungsmodell für  
Betriebsräte – Abschied vom Ehrenamt?,  
BB-Editorial, Heft 41/2007, S. I

- Pitzer, Saskia* Kein Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers bei Verstoß gegen das Begünstigungsverbot? – LAG Düsseldorf v. 17.04.2019 – 7 Sa 1065/18, DB 2019, 1963
- Purschwitz, Laura* Das betriebsverfassungsrechtliche Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot nach § 78 Satz 2 BetrVG, Baden-Baden 2015, zugl.: Diss., Göttingen, 2015 (zit.: *Purschwitz*, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot)
- Raiser, Thomas / Veil, Rüdiger / Jacobs, Matthias (Hrsg.)* Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 7. Auflage, Berlin 2020 (zit.: *RVJ/Bearbeiter*)
- Rasche, Jennifer* Begünstigungsverbot freigestellter Betriebsratsmitglieder – LAG Berlin-Brandenburg v. 11.02.2020 – 7 Sa 997/19, ArbRAktuell 2020, S. 428
- Rechnungslegungs Interpretations Committee (RIC)* RIC – öffentliche Sitzungsunterlage der 47. Sitzung am 12.09.2011, Reichweite der Angabenpflichten nach IAS 24 für Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten, abrufbar unter: [https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/07\\_IAS\\_24\\_Agendaentscheidung.pdf](https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/07_IAS_24_Agendaentscheidung.pdf) (zuletzt abgerufen am 08.03.2022) (zit.: *RIC*, Öffentliche Sitzungsunterlage)
- Reich, Norbert / Lewerenz, Karl-Jochen* Das neue Mitbestimmungsgesetz – Zur Stellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und des Arbeitsdirektors, AuR 1976, S. 353 – 369
- Reichold, Hermann* Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, München 1995, zugl.: Habil., Erlangen-Nürnberg, 1992 (zit.: *Reichold*, Betriebsverfassung)
- Ders.* 100 Jahre Betriebsverfassung – „Per Aspera ad Astra“ – ein Blick zurück auf den Beginn der betrieblichen Mitbestimmung in Deutschland, ZfA 2020, S. 5 – 29

- Richardi, Reinhard*  
(Hrsg.) Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung,  
17. Auflage, München 2022  
(zit.: *Richardi/Bearbeiter*)
- Rieble, Volker* Führungsrolle des Betriebsrats und Corporate  
Governance, in:  
Rieble, Volker / Junker, Abbo (Hrsg.),  
4. ZAAR-Kongress, Unternehmensführung und  
betriebliche Mitbestimmung, S. 9 – 35,  
München 2008  
(zit.: *Rieble, ZAAR-Kongress 2007*)
- Ders.* Die Betriebsratsvergütung,  
NZA 2008, S. 276 – 280
- Ders.* Sonderbezahlung von Arbeitnehmervertretern  
im Aufsichtsrat,  
AG 2016, S. 315 – 325
- Ders.* Reformbedarf der betrieblichen  
Mitbestimmung, in:  
Institut der deutschen Wirtschaft Köln (Hrsg.),  
Perspektiven der Mitbestimmung in  
Deutschland,  
S. 127 – 140, Köln 2008  
(zit.: *Rieble, Reformbedarf der betrieblichen  
Mitbestimmung*)
- Rolfs, Christian / Giesen,  
Richard / Kreikebohm,  
Ralf / Meßling, Miriam  
Udsching, Peter*  
(Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht,  
62. Edition, Stand: 01.12.2021, München 2021  
(zit.: *BeckOK-ArbR/Bearbeiter*)
- Röllner, Jürgen (Hrsg.)* Küttner Personalbuch 2021,  
28. Auflage, München 2021  
(zit.: *Küttner/Bearbeiter, Personalbuch 2021,  
Stichwort*)
- Roloff, Sebastian* Entwicklungslinien der Rechtsprechung zu §  
87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG,  
RdA 2014, S. 228 – 250
- Rubner, Daniel / Fischer,  
Jan-Benedikt* Unabhängigkeit des Aufsichtsrats – Die  
Empfehlungen des DCGK 2019,  
NZG 2019, S. 961 – 967.

- Rüthers, Bernd* VW: Gemeinsamer Verrat an der Mitbestimmung?  
NJW 2007, S. 195 – 197
- Ders.* Zum Arbeitsentgelt des Betriebsrats,  
RdA 1976, S. 61 – 64
- Ders.* Einführung zur Tagung „Mitbestimmung“, in: Stiftung für Rechtspolitik und dem Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2006/I, S. 1 – 7, München 2006,  
(zit.: *Rüthers*, Bitburger Gespräche 2006)
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II, 8. Auflage, München 2020,  
Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, 8. Auflage, München 2020  
(zit.: *MüKoBGB/Bearbeiter*)
- Schäfer, Carsten / Bachmaier, Linda* Neues zur Abführungspflicht von Aufsichtsratsvergütungen an die Hans-Böckler-Stiftung,  
ZIP 2018, S. 2141 – 2149
- Schiefer, Bernd* Kosten der Betriebsratstätigkeit und des Betriebsrats, in:  
Gräfl, Edith / Lunk, Stefan / Oetker, Hartmut / Trebinger, Yvonne (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht,  
S. 653 – 668, München 2020  
(zit: *Schiefer*, FS Betriebsverfassungsrecht)
- Ders.* Rechtsprechungsübersicht zum kollektiven Arbeitsrecht – Unter Berücksichtigung kollektivrechtlicher Entscheidungen im Zeitraum Ende 2020 bis Oktober 2021 –,  
DB 2021, S. 2894 – 2903
- Schiefer, Bernd / Pogge, Beate* Ab- und Rückmeldepflichten von Betriebsratsmitgliedern,  
DB 2012, S. 743 – 747

- Schlachter, Monica* Methoden der Rechtsgewinnung zwischen EuGH und der Arbeitsgerichtsbarkeit, ZfA 2007, S. 249 – 275
- Schlamp, Martina* Die Vergütung von Betriebsräten, Frankfurt am Main 2018, zugl.: Diss., Eichstätt-Ingolstadt, 2018 (zit.: *Schlamp*, Vergütung von Betriebsräten)
- Schmidt, Karsten / Ebke, Werner (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4, Drittes Buch. Handelsbücher, §§ 238 – 342e HGB, 4. Auflage, München 2020 (zit.: *MüKoHGB/Bearbeiter*)
- Schmidt, Karsten / Lutter, Marcus (Hrsg.)* Kommentar AktG, 4. Auflage, Köln 2020 (zit.: *K. Schmidt/Lutter/Bearbeiter*)
- Schmitt, Laura* Die Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und ihrer Mitglieder, München 2017, zugl.: Diss., Bochum, 2016 (zit.: *Schmitt*, Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien)
- Schmoldt, Hubertus* Mitbestimmung und Reformbedarf aus gewerkschaftlicher Sicht, in: Rieble, Volker (Hrsg.), 1. ZAAR-Kongress, Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, S. 141 – 149, München 2004 (zit.: *Schmoldt*, ZAAR-Kongress 2004)
- Schneider, Wolfgang* Arbeitsentgelt- und Berufsschutz freigestellter Betriebsratsmitglieder, NZA 1984, S. 21 – 24
- Schönhöft, Andreas / Oelze, Nabil* Zeitkonten und Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in flexiblen Arbeitszeitmodellen, NZA 2017, S. 284 – 288

- Dies.* Entgeltliche Arbeitsfreistellung für das Aufsichtsratsamt und Kollision mit dem Betriebsratsamt,  
NZA 2016, S. 145 – 149
- Schulze-Osterloh, Joachim / Hennrichs, Joachim / Wüstemann, Jens / Wüstemann, Sonja (Hrsg.)* Handbuch des Jahresabschlusses – Bilanzrecht nach HGB, EStG und IFRS  
Stand: 79. Lieferung, September 2021, Köln 2021  
(zit.: HdJ/Bearbeiter)
- Schweibert, Ulrike / Buse, Sandra* Rechtliche Grenzen der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern – Schattenbosse zwischen „Macht und Ohnmacht“,  
NZA 2007, S. 1080 – 1086
- Seifert, Achim* Mitbestimmung und Corporate Governance,  
ZfA 2018, S. 198 – 224
- Sieweke, Simon* Voraussetzungen und Folgen der missbräuchlichen Ausübung von Mitbestimmungsrechten,  
NZA 2012, S. 426 – 431
- Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard (Hrsg.)* Beck Online Grosskommentar zum AktG,  
Stand 01.02.2022, München 2022  
(zit.: BeckOGK-AktG/Bearbeiter)
- Staaake, Marco* Arbeitnehmervertreter als unabhängige Aufsichtsratsmitglieder,  
NZG 2016, S. 853 – 857
- Strauß, Samuel* Untreuestrafrechtliche Implikationen der Betriebsratsvergütung,  
NZA 2018, S. 1372 – 1378
- Stück, Volker* Vergütung von Betriebsratsmitgliedern,  
AuA 2019, S. 480 – 483
- Sturm, Daniel* Die Vergütung freigestellter und dauerhaft von der Arbeit befreiter Betriebsratsmitglieder unter besonderer Berücksichtigung der Gestaltungsmöglichkeiten, Hamburg 2016,  
zugl.: Diss., Leipzig, 2015  
(zit.: *Sturm*, Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder)

- Thüsing, Gregor* Digitalisierung der Arbeitswelt – Impulse zur rechtlichen Bewältigung der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen, SR 2016, S. 87 – 108
- Ders.* Betriebsratsvergütung als Compliance-Frage, CB-Umschlag, Heft 12/2019, S. 457.
- Thüsing, Gregor / Denzer, Matthias* Praxishandbuch Rechtssichere Betriebsratsvergütung, Frankfurt am Main 2019  
(zit.: *Thüsing/Denzer*, Betriebsratsvergütung)
- Dies.* Steine im Puzzle rechtssicherer Betriebsratsvergütung, BB 2020, S. 1460 – 1464
- Dies.* Rechtssichere Betriebsratsvergütung: Weiterer Puzzlesteine, diesmal zur Beweislast, BB 2021, S. 2228 – 2230
- Thüsing, Gregor / Forst, Gerrit* Abführung von Aufsichtsratsvergütung an gewerkschaftliche Bildungseinrichtungen, in: Genzow, Christian / Grunewald, Barbara / Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz – Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, S. 693 – 718, Köln 2010  
(zit.: *Thüsing/Forst*, FS von Westphalen)
- Thüsing, Gregor / Veil, Rüdiger* Die Kosten des Aufsichtsrats im aktienrechtlichen Vergütungsregime, AG 2008, S. 359 – 368
- Uffmann, Katharina* Vergütung der Aufsichtsräte und Betriebsräte, ZfA 2018, S. 225 – 253
- Dies.* Auf dem Governance Prüfstand: Sitzgarantie von Gewerkschaftsvertretern und Abführungspflicht, AG 2020, S. 567 – 575
- Dies.* Anmerkung zu BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 496/16, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 169



- Vey, Claudia* Freistellung von gewählten BR-Mitgliedern - die wichtigsten Grundsätze, BB 2022, S. 180 – 185
- Waas, Bernd* Betriebsrat und Arbeitszeit – Pauschale Abgeltung und Freistellungen über das Gesetz hinaus, in: HSI-Schriftenreihe, Band 4, Saarbrücken 2012  
(zit.: *Waas*, Betriebsrat und Arbeitszeit)
- Wank, Rolf* Juristische Methodenlehre, München 2020  
(zit.: *Wank*, Methodenlehre)
- Weber, Christoph* Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in der Rechtsprechung des BAG, in: Giesen, Richard / Junker, Abbo / Rieble, Volker (Hrsg.), 11. ZAAR-Tagung, Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen, S. 67 – 87, München 2020  
(zit.: *Weber*, ZAAR-Tagung 2020)
- Weinspach, Friedrich Karl* § 37 Abs. 1 BetrVG – ist das Ehrenamtsprinzip noch zeitgemäß?, in: Höhn, Günther / Oetker, Hartmut / Raab, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Peter Kreutz zum 70. Geburtstag, S. 485 – 497, Köln 2010  
(zit.: *Weinspach*, FS Kreutz)
- Weismann, Stefan* Das unterbezahlte Betriebsratsmitglied, JuS 1987, S. 971 – 976
- Weiss, Manfred* Mitbestimmung auf der Unternehmens- und Betriebsebene. Verzahnung der Kumulation?, in: Stiftung für Rechtspolitik und dem Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2006/I, S. 9 – 18, München 2006  
(zit.: *Weiss*, Bitburger Gespräche 2006)

- Weninger, Heike* Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, Köln 2011,  
zugl.: Diss, Dresden, 2011  
(zit.: *Weninger*, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte)
- Wichert, Joachim* Beförderungen, Dienstwagen, Pauschalen & Co. Vorsicht: Betriebsratsbegünstigungen, AuA 2013, S. 281–283
- Wiese, Günther / Kreutz, Peter / Oetker, Hartmut u.a. (Hrsg.)* Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band I: §§ 1 – 73b mit Wahlordnung und EBRG, 12. Auflage, Hürth 2022,  
Band II: §§ 74 – 132, 12. Auflage, Hürth 2022  
(zit.: GK-BetrVG/*Bearbeiter*)
- Winkler, Markus* Das Ehrenamt des Betriebsrats, Hamburg 2019,  
zugl.: Diss., Bucerius Law School Hamburg, 2019  
(zit.: *Winkler*, Ehrenamt des Betriebsrats)
- Wißmann, Hellmut* Betriebsräte und Mitbestimmung im Aufsichtsrat, in:  
Höhn, Günther / Oetker, Hartmut / Raab, Thomas (Hrsg.),  
Festschrift für Peter Kreutz zum 70. Geburtstag,  
S. 513 – 524, Köln 2010  
(zit.: *Wißmann*, FS Kreutz)
- Wißmann, Tim* Betriebsratsvergütung – Zwischen Begünstigung und Benachteiligung, SPA 2022, S. 22 – 23
- Wißmann, Hellmut / Kleinsorge, Georg / Schubert, Claudia (Hrsg.)* Mitbestimmungsrecht, 5. Auflage, München 2017  
(zit.: WKS/*Bearbeiter*)
- Wlotzke, Otfried / Preis, Ulrich / Kreft, Burghard (Hrsg.)* Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage, München 2009  
(zit.: WPK/*Bearbeiter*)

*Vedder, Christoph /  
Heintschel von Heinegg,  
Wolff (Hrsg.)*

Handkommentar Europäisches Unionsrecht,  
2. Auflage, München 2017  
(zit.: Vedder/Heintschel von  
Heinegg/Bearbeiter)

*Zimmer, Mark / Dürr,  
Andreas*

Die Betriebsratsvergütung – Ab wann ist sie  
kriminell?,  
NZWiST 2021, S. 176 – 181

*Zimmermann, Jochen /  
Werner, Jörg Richard / Hitz,  
Jörg-Markus*

Buchführung und Bilanzierung nach IFRS und  
HGB,  
4. Auflage, Hallbergmoos 2020

*Zöllner, Wolfgang / Noack,  
Ulrich (Hrsg.)*

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band  
2/2,  
3. Auflage, Köln 2013  
(zit.: KölnerKomm-AktG/Bearbeiter)

## **Lebenslauf**

### **Beruflicher Werdegang**

- 11.2020 – heute Richter, Landgericht Aachen
- 07.2018 – 10.2020 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Universität zu Köln, Prof. Dr. Martin Henssler

### **Zweites juristisches Staatsexamen**

- 11.2015 – 11.2017 Juristischer Vorbereitungsdienst im Bezirk des OLG Frankfurt,  
  
Stationen in Kassel, Frankfurt und München

### **Akademischer Werdegang**

- 2010 – 2015 Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilian-Universität München,  
  
Erstes juristisches Staatsexamen 02.2015  
  
Schwerpunktbereich „Unternehmensrecht: Arbeits- und Sozialrecht“

### **Schulischer Werdegang**

- 2005 – 2010 Erzbischöfliche Liebfrauenschule, Gymnasium, Köln  
Allgemeine Hochschulreife
- 2001 – 2005 Deutschhaus-Gymnasium, Würzburg