

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	2
<hr/>	
Programm	3
<hr/>	
Referate	
<b>Festsetzung einer „angemessenen“ Vorstandvergütung nach dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie</b>	
<u>Dr. Caspar Behme</u> Ludwig-Maximilians-Universität München	5
<hr/>	
<b>Herabsetzung der Vorstandsvergütung und Rückforderung aufgrund von Clawback-Klauseln</b>	
<u>Professorin Dr. Dörte Poelzig</u> Universität Leipzig	7
<hr/>	
<b>Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in der Rechtsprechung des BAG</b>	
<u>Professor Dr. Dr. h.c. Christoph Weber</u> Julius-Maximilians-Universität Würzburg	11
<hr/>	
<b>Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder – Richtig verstanden</b>	
<u>Professor Dr. Georg Annuß</u> Staudacher Annuß Arbeitsrecht Rechtsanwaltsgesellschaft	15
<hr/>	
Teilnehmerliste	24
<hr/>	

## Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen

Im Jahr 2019 wird intensiv über zwei vergütungsrechtliche Fragenkomplexe diskutiert, die größere Unternehmen betreffen.

Das Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) hat erhebliche Konsequenzen für die Festsetzung und Offenlegung der Vergütung von Vorstandsmitgliedern und für das Haftungsrecht. Im Zusammenspiel mit dem im Mai 2019 verabschiedeten überarbeiteten Deutschen Corporate Governance Kodex erreicht dieses Vergütungsthema einen hohen Komplexitätsgrad.

Das zweite Vergütungsthema ist die arbeitsvertragliche Bezahlung freigestellter Betriebsratsmitglieder. Spektakuläre Kriminalfälle haben die Vergütungsfortschreibung dauerhaft freigestellter Mitglieder des Betriebsrats nach der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer auf den Prüfstand gestellt. Vor diesem Hintergrund ist in den Blick zu nehmen, ob das geltende Recht Wege eröffnet, der zunehmenden Professionalisierung des Betriebsratsamts und damit dem Bedürfnis nach einer „angemessenen“ arbeitsvertraglichen Vergütung von Betriebsratsmitgliedern zu entsprechen, die sich in der Rolle des Co-Managers befinden.

Richard Giesen (ZAAR)  
Matthias Jacobs (BLS)  
Abbo Junker (ZAAR)  
Volker Rieble (ZAAR)

## Programm

10.00 Uhr	Begrüßung
10.20 Uhr	<b>Festsetzung einer „angemessenen“ Vorstandvergütung nach dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie</b> <i>Dr. Caspar Behme</i> Ludwig-Maximilians-Universität München
	Diskussion
11.30 Uhr	<b>Herabsetzung der Vorstandsvergütung und Rückforderung aufgrund von Clawback-Klauseln</b> <i>Professorin Dr. Dörte Poelzig</i> Universität Leipzig
	Diskussion
12.40 Uhr	<u>Mittagspause</u>
13.40 Uhr	<b>Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in der Rechtsprechung des BAG</b> <i>Professor Dr. Dr. h.c. Christoph Weber</i> Julius-Maximilians-Universität Würzburg
	Diskussion
14.50 Uhr	<u>Kaffeepause</u>
15.20 Uhr	<b>Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder – Richtig verstanden</b> <i>Professor Dr. Georg Annuß</i> Staudacher Annuß Arbeitsrecht Rechtsanwaltsgesellschaft
	Diskussion
16.30 Uhr	Verabschiedung



Dr. Caspar Behme

Ludwig-Maximilians-Universität München

## **Festsetzung einer „angemessenen“ Vorstandvergütung nach dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie**

---

### **I. Einführung**

- Zahlen und Fakten
- Rechtsökonomische / -politische Erwägungen
- Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern und Funktion der Vorstandvergütung

### **II. Gesetzliche Rahmenbedingungen der Vorstandvergütung**

- Derzeitige Rechtslage
  - § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG (Gebot angemessener Vorstandvergütung)
  - Für börsennotierte Gesellschaften: § 87 Abs. 1 Satz 2/3 AktG (Ausrichtung der Vorstandvergütung auf nachhaltige Unternehmensentwicklung), § 120 Abs. 4 AktG (unverbindliches Votum der Hauptversammlung zum Vergütungssystem) und Ziff. 4.2.2 und Ziff. 4.2.3 DCGK in der geltenden Fassung v. 7.2.2017
- Änderungen nach Inkrafttreten des ARUG II (für börsennotierte Gesellschaften)
  - Modifizierung von § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG: Ausrichtung der Vergütung auf „nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft“
  - § 87a AktG n.F. (Vergütungssystem), § 162 AktG n.F. (Vergütungsbericht) und § 120a AktG n.F. (Votum der Hauptversammlung zum Vergütungssystem und zum Vergütungsbericht) sowie Abschnitt G des novellierten DCGK (Beschlussfassung v. 9.5.2019)

### **III. Ausgewählte Probleme der Vorstandvergütung**

- Kriterien der Angemessenheit und Nachhaltigkeitsgebot (§ 87 Abs. 1 AktG)
- Klare und verständliche Ausgestaltung des Vergütungssystems (§ 87a Abs. 1 Satz 1 AktG n.F.)
- Inhalte des Vergütungssystems (§ 87a Abs. 1 Satz 2 AktG n.F.); insb.: zwingende Festlegung einer Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder im Vergütungssystem
- Bindungswirkung des Vergütungssystems (§ 87a Abs. 2 AktG n.F.)

- Einbeziehung der Hauptversammlung („say on pay“, § 120a AktG n.F.); insbesondere: Herabsetzung der Maximalvergütung (§ 87 Abs. 4 AktG n.F.)
- Inhalte des Vergütungsberichts (§ 162 Abs. 1 AktG n.F.); insb.: Vertikalvergleich von jährlicher Veränderung der Vergütung, Ertragsentwicklung der Gesellschaft und durchschnittlicher Vergütung der Arbeitnehmer in den letzten fünf Geschäftsjahren
- Offenlegung der Vorstandsvergütung
- Haftung des Aufsichtsrats

#### **IV. Gesetzliche Rahmenbedingungen der Aufsichtsratsvergütung**

#### **V. Vergütungsfragen in GmbHs und Personengesellschaften**

Professorin Dr. Dörte Poelzig

Universität Leipzig

**Herabsetzung der Vorstandsvergütung und Rückforderung  
aufgrund von Clawback-Klauseln**

---

**A. Einleitung**

**B. Begriff des *Clawback***

- I. *Performance-Clawback*
- II. *Compliance-Clawback*

**C. Pflicht zum *Clawback***

- I. Ausstrahlungswirkung des Finanzaufsichtsrechts
- II. Aktienrechtliche Vorgaben nach dem ARUG II
- III. Empfehlung des DCGK 2019

**D. Recht zum *Clawback***

- I. Anspruch auf Rückzahlung kraft Gesetzes
  1. Aktienrechtliche Ansprüche?
  2. Bereicherungsrechtliche Ansprüche
- II. Anspruch auf Rückzahlung kraft vertraglicher Vereinbarung (*Clawback-Klauseln*)
  1. Dogmatische Einordnung von *Clawback-Klauseln*
  2. Aktienrechtliche Zulässigkeit von *Clawback-Klauseln*
  3. AGB-rechtliche Grenzen

**E. Zweckmäßigkeit von *Clawback-Klauseln***

**F. Thesen**

## Thesen

1. *Clawback*-Klauseln berechtigen die Gesellschaft zur Rückforderung bereits ausgezahlter variabler Vorstandsvergütung. Für die rechtliche Beurteilung ist zu differenzieren zwischen der Rückforderung bei Verfehlen der vereinbarten Erfolgsziele (*Performance-Clawback*) und bei (schwerwiegenden) Pflichtverletzungen (sog. *Compliance-Clawback*).
2. Anders als finanzaufsichtsrechtlich regulierte Unternehmen sind börsennotierte Gesellschaften auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) grundsätzlich nicht zur Rückforderung variabler Vergütungsbestandteile verpflichtet. Sie müssen allerdings gem. § 87a Abs. 1 Nr. 6 AktG nF. gegebenenfalls über Möglichkeiten berichten, variable Vergütungsbestandteile vom Vorstand zurückzufordern. Darüber hinaus empfiehlt der Deutsche Corporate Governance Kodex 2019 börsennotierten Gesellschaften, eine variable Vergütung „in begründeten Fällen“ einzubehalten oder zurückzufordern. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung der Stimmrechtsberater, die *Clawback*-Klauseln verbreitet empfehlen, müssen sich börsennotierte Gesellschaften mit der Recht- und Zweckmäßigkeit von *Clawback*-Klauseln nach Inkrafttreten von ARUG II und dem DCGK 2019 verstärkt befassen.
3. *Performance-Clawback* sind für börsennotierte Gesellschaften eine – nicht jedoch die einzige – Möglichkeit, ihre Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige (langfristige) Unternehmensentwicklung i.S.d. § 87 Abs. 2 S. 2 und 3 AktG auszurichten. Vorab ausgezahlte langfristig variable Vergütungsbestandteile können soweit zurückgefordert werden, als sich nachträglich herausstellt, dass die Auszahlung auf falscher Berechnungsgrundlage erfolgte bzw. die vereinbarten Erfolgsziele im Bemessungszeitraum nicht erreicht wurden. In diesen Fällen ist eine Rückforderung häufig zwar bereits kraft Gesetzes nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen möglich, eine vertragliche *Clawback*-Klausel könnte aber bereicherungsrechtliche Unwägbarkeiten ausschließen und wäre AGB-rechtlich bei transparenter Gestaltung wirksam. Eine *Clawback*-Klausel, die die Rückzahlung variabler Vergütung bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft nach Ablauf des Bemessungszeitraums gem. § 87 Abs. 1 S. 3 AktG vorsieht, ist hingegen gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB problematisch, da sie dem Vorstand entgegen § 611 BGB bereits verdiente Vergütung entzieht.
4. *Compliance-Clawback* dienen als „verkappte“ Vertragsstrafe gem. § 339 BGB vornehmlich der Verhaltenssteuerung und sollen den Vorstand von Pflichtverletzungen abhalten. Hierbei sind sowohl aktien- als auch AGB-rechtliche Grenzen zu beachten.

### **§ 87 AktG**

(1) <sup>1</sup>Der Aufsichtsrat hat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds (Gehalt, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen wie zum Beispiel Aktienbezugsrechte und Nebenleistungen jeder Art) dafür zu sorgen, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen. <sup>2</sup>Die Vergütungsstruktur ist bei börsennotierten Gesellschaften auf eine nachhaltige [ab 1.1.2020: und langfristige] Unternehmensentwicklung auszurichten. <sup>3</sup>Variable Vergütungsbestandteile sollen daher eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben; für außerordentliche Entwicklungen soll der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit vereinbaren. [...].

### **§ 87a AktG n.F. (ab 1.1.2020)**

(1) Der Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft beschließt ein klares und verständliches System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder. Dieses Vergütungssystem enthält mindestens die folgenden Angaben, in Bezug auf Vergütungsbestandteile jedoch nur, soweit diese tatsächlich vorgesehen sind:

[...]

6. Möglichkeiten der Gesellschaft, variable Vergütungsbestandteile zurückzufordern; [...]

### **93 AktG**

[...]

(2) <sup>1</sup>Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. <sup>2</sup>Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast. <sup>3</sup>Schließt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen.

### **Empfehlung G.11 DCGK**

Der Aufsichtsrat soll die Möglichkeit haben, außergewöhnlichen Entwicklungen in angemessenem Rahmen Rechnung zu tragen. In begründeten Fällen soll eine variable Vergütung einbehalten oder zurückgefordert werden können.

### **§ 18 InstitutsVergV**

[...]

(5) Negative Abweichungen des Erfolgsbeitrags des Risikoträgers oder der Risikoträgerin, des Erfolgsbeitrags seiner oder ihrer Organisationseinheit oder des Gesamterfolgs des Instituts oder der Gruppe von den vereinbarten Zielen müssen die Höhe der variablen Vergütung verringern und auch zum vollständigen Verlust derselben führen können. Dies gilt auf Basis einer periodengerechten Zuordnung der negativen Abweichung zu einem Bemessungszeitraum sowohl für § 19 als auch für die §§ 20 und 22 Absatz 1. Der vollständige Verlust einer variablen Vergütung muss in jedem Fall eintreten, wenn der Risikoträger oder die Risikoträgerin

1. an einem Verhalten, das für das Institut zu erheblichen Verlusten oder einer wesentlichen regulatorischen Sanktion geführt hat, maßgeblich beteiligt oder dafür verantwortlich war oder

2. relevante externe oder interne Regelungen in Bezug auf Eignung und Verhalten in schwerwiegendem Maß verletzt hat.

**§ 20 InstitutsVergV**

[...]

(6) In den Fällen des § 18 Absatz 5 Satz 3 Nummer 1 und 2 hat das Institut auf Grundlage entsprechender Vereinbarungen mit den Risikoträgern und Risikoträgerinnen eine bereits ausgezahlte variable Vergütung zurückzufordern und Ansprüche auf die Auszahlung variabler Vergütung zum Erlöschen zu bringen. Dies gilt auf Basis einer periodengerechten Zuordnung des negativen Erfolgsbeitrags zu einem Bemessungszeitraum mindestens für einen Zeitraum, der mit der Auszahlung des nicht gemäß den Absätzen 1 und 2 zurückbehaltenen Anteils der variablen Vergütung beginnt und zwei Jahre nach Ablauf der Zurückbehaltungsfrist für den zuletzt gemäß Absatz 4 Satz 1 Nummer 1 erdienten Vergütungsbestandteil endet.

**§ 339 BGB**

<sup>1</sup>Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. <sup>2</sup>Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

Professor Dr. Dr. h.c. Christoph Weber  
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

## **Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in der Rechtsprechung des BAG**

---

- I. Hypothetische Betrachtungsweise und Ehrenamtsprinzip**
- II. Hypothetische Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des BAG**
  1. Fortzahlung der Vergütung nach § 37 II BetrVG
    - a) Leistungsbezogene Vergütungsanteile
    - b) Sonstige Zuschläge und Zulagen
  2. Entgeltsschutz nach § 37 IV BetrVG
    - a) Vergleichbare Arbeitnehmer
    - b) Betriebsübliche berufliche Entwicklung
  3. Eigenständiger Entgeltsschutz im Lichte des § 78 Satz 2 BetrVG
    - a) Benachteiligungsverbot
    - b) Begünstigungsverbot
- III. Schlussbemerkung**

## Thesen

### 1. Grundlagen

Die gesetzgeberische Entscheidung für das Ehrenamtsprinzip führt bei Fragen der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern stets zu einer **hypothetischen Betrachtungsweise**. Dabei sind unterschiedliche Formen hypothetischer Methodik zu unterscheiden, je nachdem ob es um die Fortzahlung der Vergütung für Zeiten der Betriebsratsstätigkeit nach § 37 II BetrVG, um die Anpassung des Entgelts an die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer nach § 37 IV BetrVG oder um die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Benachteiligungsverbot unter Berufung auf die eigene hypothetische Entwicklung des Betriebsratsmitglieds nach § 78 Satz 2 BetrVG geht.

- a) Bei **§ 37 II BetrVG** gilt das Entgeltausfallprinzip. Hier betrifft die Hypothese die Frage, welche Vergütung und insbesondere welche Vergütungsbestandteile das Betriebsratsmitglied in welcher Höhe hätte beanspruchen können, wenn es statt der Betriebsratsstätigkeit seiner normalen Arbeit nachgegangen wäre.
- b) Bei **§ 37 IV BetrVG** besteht die Hypothese darin, dass gesetzlich unterstellt wird, das Betriebsratsmitglied hätte sich beruflich jedenfalls nicht schlechter entwickelt als vergleichbare Arbeitnehmer. Der Rechtsanwender hat hier selbst keine hypothetische Betrachtung anzustellen, sondern die Bezugspunkte der gesetzlich vorgegebenen Hypothese zu ermitteln.
- c) Bei **§ 78 Satz 2 BetrVG** betrifft die hypothetische Betrachtung den vom Betriebsratsmitglied zu erbringenden Nachweis, dass er ohne das Betriebsratsamt eine bestimmte berufliche Entwicklung tatsächlich genommen hätte.

### 2. Entgeltfortzahlung nach § 37 II BetrVG

- a) Bei der Umsetzung des Entgeltfortzahlungsprinzips auf Fälle **leistungsbezogener Vergütungsbestandteile** lässt das BAG zutreffend eine Schätzung nach den Grundsätzen des § 287 II ZPO zu. Als Hilfstatsache, die einen indiziellen Schluss auf ein hypothetisches Ergebnis haben kann, sollte dabei in Anlehnung an das Konzept des § 37 IV BetrVG auch berücksichtigt werden, welche Ansprüche auf leistungsbezogene Vergütung vergleichbare Arbeitnehmer im maßgeblichen Referenzzeitraum erhalten hatten.
- b) Bei **Zulagen für Nacht- oder Sonntagsarbeit** spielt es nach der zutreffenden Rechtsprechung keine Rolle, dass das Betriebsratsmitglied tatsächlich keinen Nachtdienst oder keine Sonntagsarbeit geleistet hat. Allerdings muss die Nichtleistung Folge der Betriebsratsstätigkeit sein und nicht auf einer anderen Ursache beruhen.

- c) Freigestellte Betriebsratsmitglieder haben nach zutreffender Auffassung des BAG nicht automatisch Anspruch auf **Überstundenvergütung**, wenn sie außerhalb ihrer individuellen Arbeitszeit für den Betriebsrat tätig sind. Ein solcher Anspruch besteht nur unter den Voraussetzungen des § 37 III 3 BetrVG.

### 3. Entgeltschutz nach § 37 IV BetrVG

- a) Das BAG geht hinsichtlich des **Zeitpunkts zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer** von dem Moment der Amtsübernahme aus. Bei mehreren aufeinanderfolgenden Amtszeiten hat das BAG bislang auf die erste Amtsübernahme abgestellt.
- b) Im Falle der **Wiederwahl** eines Betriebsrats gebietet es das Benachteiligungsverbot jedoch, berufliche Fähigkeiten, die im Laufe der Amtszeit erworben wurden, zu berücksichtigen und dann auf die aktuelle Amtszeit abzustellen.
- c) Dabei sind auch solche **individuellen Fähigkeiten** zu berücksichtigen, die das Betriebsratsmitglied im Zuge seiner Tätigkeit erworben hat, sofern es sich nur um solche Fähigkeiten handelt, die mit seiner beruflichen Tätigkeit zusammenhängen und nach den Maßstäben des BAG auch bei der ersten Amtsübernahme Berücksichtigung gefunden hätten. Das gilt auch für freigestellte Betriebsratsmitglieder.
- d) Mit dem BAG ist eine **betriebsübliche Entwicklung** nur dann anzunehmen, wenn ein regelgeleitetes Vorgehen des Arbeitgebers festzustellen ist. Bei kleinen Vergleichsgruppen bedarf die Rechtsprechung allerdings noch weiterer Präzisierungen.
- e) Dem BAG ist zuzustimmen, wenn es bei der Interpretation des § 37 IV BetrVG eine **Grenze durch das Begünstigungsverbot** annimmt. Deshalb können berufliche Entwicklungen vergleichbarer Arbeitnehmer nicht berücksichtigt werden, wenn feststeht, dass das Betriebsratsmitglied selbst sie nicht hätte nehmen können.

### 4. Eigenständiger Entgeltschutz im Lichte des § 78 Satz 2 BetrVG

- a) Das Benachteiligungsverbot kann einen eigenständigen Anspruch des Betriebsrats auf Beförderung bzw. entsprechende Vergütung begründen, wenn es diesem gelingt, tatsächlich eine eigene hypothetische Entwicklung nachzuweisen, die nur durch das Betriebsratsamt verhindert wurde.
- b) Das Begünstigungsverbot bildet eine Grenze für freiwillige Beförderungen oder sonstige Vereinbarungen. Diese Grenze ist überschritten, wenn die Regelung ohne die Betriebsratsamtstätigkeit nicht getroffen worden wäre.



Professor Dr. Georg Annuß

Staudacher Annuß Arbeitsrecht Rechtsanwaltsgesellschaft

## Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder – Richtig verstanden

---

### Schluss mit Vorurteilen!

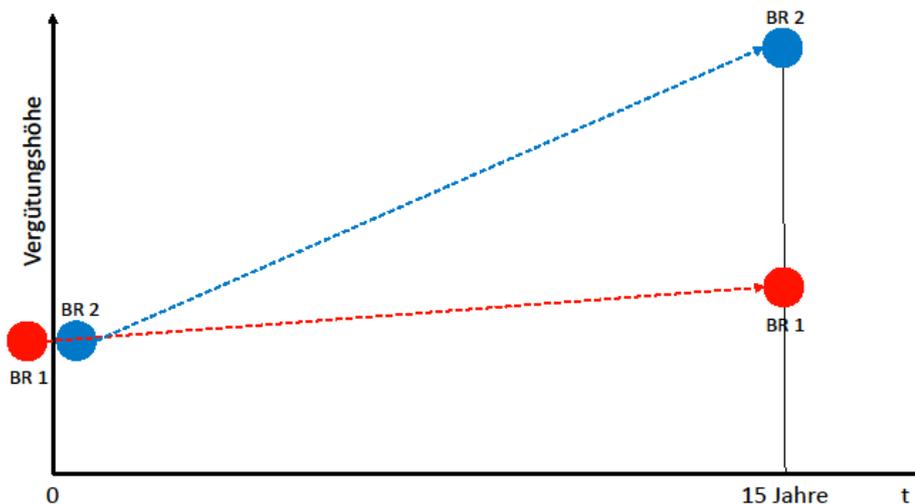
- **500.000 Euro im Jahr darf kein Betriebsratsmitglied verdienen!**
  - Eine solche – den Boulevard beherrschende und auch in der juristischen Diskussion mitunter anklingende – Aussage ist sachlich nicht gerechtfertigt.
  - Sie enthält eine strukturelle Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern.
  - Jedenfalls wenn die vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer in einem Unternehmen EUR 500.000 pro Jahr verdienen können, darf das auch bei Betriebsratsmitgliedern nicht generell ausgeschlossen werden.
- **Ein Betriebsratsmitglied, das besser verdient, als es der betriebsüblichen Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer entspricht, wird unzulässig begünstigt!**
  - Die Aussage enthält eine strukturelle Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern.
  - Wenn vergleichbare Arbeitnehmer eine bessere als die betriebsübliche Entwicklung nehmen können, darf das Betriebsratsmitgliedern nicht von vornherein verwehrt sein.
- **§ 37 Abs. 4 BetrVG gibt einen Maßstab für die Beurteilung, ob eine unzulässige Begünstigung wegen der Betriebsrats Tätigkeit vorliegt.**
  - Dieses Vorurteil beruht auf einer Verkennung der betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen.
  - § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG: „Das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats darf einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung.“

## Der normative Rahmen (1) Das Entgeltausfallprinzip

- § 37 BetrVG
  - (1) Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt.
  - (2) Mitglieder des Betriebsrats sind von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist
- § 37 Abs. 2 BetrVG gilt auch für dauerhaft freigestellte Betriebsratsmitglieder.
  - Auch für sie ist deshalb zu fragen, was sie jeweils aktuell verdienen würden, wenn sie nicht wegen ihrer Betriebsratsstätigkeit freigestellt wären.
  - Unscharf *Jacobs/Frieling* (ZfA 2015, 241, 265): „Das Betriebsratsmitglied wird für die Tätigkeit im Betriebsrat bezahlt, als ob es seiner *bisherigen* Arbeit nachgegangen wäre“ (Hervorhebung hier).
- Bei einem länger freigestellten Betriebsratsmitglied ist mithin zu beantworten, welchen Verdienst das Betriebsratsmitglied zum jeweiligen Beurteilungszeitpunkt erzielen würde, wenn man im Beurteilungszeitpunkt die Betriebsratsstätigkeit hinwegdenkt. Dies erfordert eine nicht normativ ableitbare Sachverhaltshypothese.
- § 78 Satz 2 BetrVG definiert Leitplanken für die Sachverhaltshypothese.

„Sie [d. i. insbesondere Betriebsratsmitglieder] dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.“

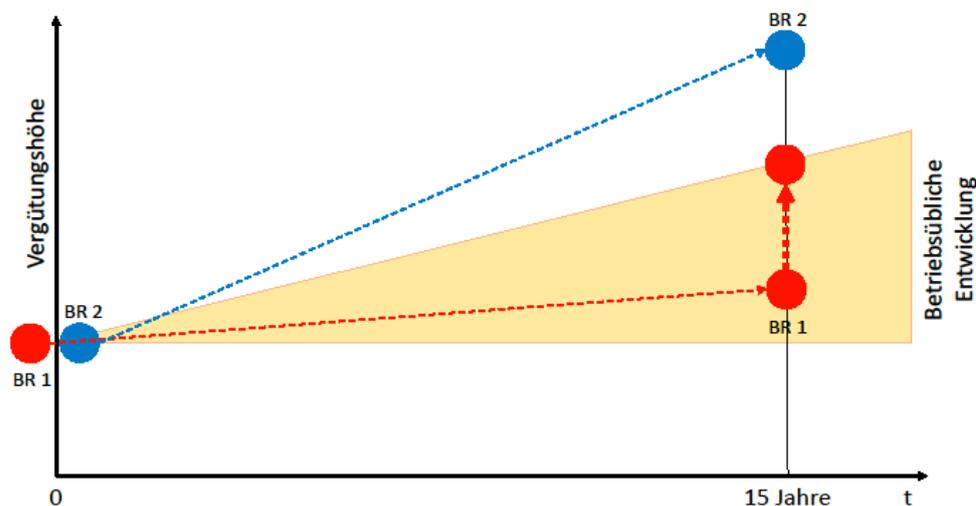
## Der normative Rahmen (2) 1. Anwendungsschritt: § 78 Satz 2 BetrVG



### Der normative Rahmen (3) Betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer

- § 37 Abs. 4 BetrVG ist nicht Leitlinie der Entgeltüberprüfung, sondern Mindestsicherung („darf [...] nicht geringer bemessen werden“).
- § 37 Abs. 4 BetrVG wurde – anders als das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot – erst 1972 Gesetz:  
„Wie die Erfahrung lehrt, haben trotz dieses Benachteiligungsverbot insbesondere freigestellte Betriebsratsmitglieder oft nicht beruflich und einkommensmäßig an der Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer des Betriebes teilgenommen. Daher hielt es der Ausschuß für erforderlich, ausdrücklich im Gesetz festzulegen, daß das Arbeitsentgelt der Betriebsratsmitglieder nicht geringer sein darf, als das Arbeitsentgelt einschließlich genereller Zulagen vergleichbarer Arbeitnehmer des Betriebes mit betriebsüblicher Entwicklung“ (zu BT-Drucks. VI/2729, S. 15).
- § 37 Abs. 4 BetrVG spielt für die vom Arbeitgeber anzustellende hypothetische Betrachtungsweise keine Rolle, sondern ist erst auf einer nachgelagerten Ebene relevant.
- § 37 Abs. 4 BetrVG determiniert die Höhe der Betriebsratsvergütung nur, wenn nicht in der hypothetischen Beurteilung durch den Arbeitgeber eine höhere Vergütung festgestellt wird.

### Der normative Rahmen (4) 2. Anwendungsschritt: § 37 Abs. 4 BetrVG



## § 78 Satz 2 BetrVG im Einzelnen (1)

- Wer eine Benachteiligung oder Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds wegen seiner Betriebsratsstätigkeit behauptet, trägt dafür die Beweislast.
- Eine gesetzliche oder tatsächliche Vermutung, dass in bestimmten Konstellationen eine Benachteiligung oder Begünstigung wegen der Betriebsratsstätigkeit vorliegt, existiert nicht.
- Insbesondere begründet die bessere Vergütungsentwicklung eines Betriebsratsmitglieds als die betriebsübliche Vergütungsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer keine Vermutung für eine Begünstigung wegen der Betriebsratsstätigkeit. Der Arbeitgeber muss also *nicht* den Nachweis führen, dass in der besseren Vergütungsentwicklung eines Betriebsratsmitglieds *keine* Betriebsratsbegünstigung liegt.
- Vielmehr gilt: Solange nicht ausgeschlossen werden kann, dass es sich bei der Behandlung eines Betriebsratsmitglieds *nicht* um eine Benachteiligung oder Begünstigung wegen seiner Betriebsratsstätigkeit handelt, ist ein Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG nicht nachgewiesen.
- Daraus folgt angesichts der bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern zur Bestimmung der hypothetischen beruflichen Entwicklung erforderlichen multidimensionalen Beurteilungsentscheidung, dass eine Benachteiligung oder Begünstigung wegen der Betriebsratsstätigkeit nur angenommen werden darf, wenn sie in der konkreten Situation ohne eine Anknüpfung an die Betriebsratsstätigkeit als solche schlechterdings nicht plausibel erscheint.

## § 78 Satz 2 BetrVG im Einzelnen (2)

- Konkret – Die Leitfrage des Personalers: „Auf welcher Position würde das Betriebsratsmitglied eingesetzt, wenn die Freistellung wegen Betriebsratsstätigkeit heute entfielen?“
- Verbot der Anknüpfung an betriebsratsbedingten Kompetenzerwerb und in der Betriebsratsstätigkeit unter Beweis gestellte Qualitäten?
  - *Einerseits:*
    - „Eine Gehaltserhöhung, die wegen der [...] mit Blick auf die als Betriebsratsmitglied erworbenen Kenntnisse [erfolgt], ist unzulässig“ (*Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637, 638).
    - „Während der Amtszeit erworbene Qualifikationen können jedoch nur berücksichtigt werden, wenn diese Fähigkeiten im Zusammenhang mit der bisherigen Arbeitstätigkeit stehen“ (*Byers*, NZA 2014, 65, 66).
    - „...dass solche Fähigkeiten nicht berücksichtigt werden dürfen, die das Betriebsratsmitglied auf Grund seiner Tätigkeit im Betriebsrat erworben hat“ (*Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 247, zu § 37 Abs. 4 BetrVG).
  - *Andererseits:*
    - „Es muss keine rechtswidrige Begünstigung in der beruflichen Entwicklung sein, wenn ein Betriebsratsmitglied [...] befördert wird, weil [es] gerade als Betriebsratsmitglied [...] zusätzliche Fähigkeiten (z. B. in der Mitarbeiterführung) oder Kenntnisse erworben hat“ (GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 Rn. 68).
    - „Erfolgt die Übertragung der höherwertigen Tätigkeit wegen der vom Betriebsratsmitglied inzwischen erworbenen Qualifikationen, ist nicht mehr das Betriebsratsamt ausschlaggebender Faktor, sondern der Erwerb der höheren Qualifikationen“ (*Uffmann*, ZfA 2018, 225, 244).

## § 78 Satz 2 BetrVG im Einzelnen (3)

- *Anknüpfungspunkt: Die Beförderungentscheidung*
  - o Ein pflichtgemäß handelnder Personaler wählt für eine zu besetzende Stelle unter den für sie in Betracht kommenden Kandidaten den bestgeeigneten aus.
  - o Die Eignung eines Kandidaten ist allein im Hinblick auf die zu besetzende Stelle zu beurteilen. Dabei ist für die Besetzungsentscheidung nicht relevant, wie ein Kandidat seine Eignung erlangt hat.
  - o Bei Besetzungsentscheidungen wird die gesamte Persönlichkeit der Kandidaten beurteilt. Haben Kandidaten Zusatzqualifikationen erworben oder eine ausdifferenzierte soziale Kompetenz und ausgeprägte Führungsstärke entwickelt, ist unmaßgeblich, ob dies im Rahmen der beruflichen Tätigkeit, von Ehrenämtern (etwa in Sportvereinen, Parteien oder NGOs) oder aufgrund sonstiger privater Initiative (Sprachkurse) erfolgte.
  - o Werden bei Besetzungsentscheidungen somit typischerweise auch Eignungsmerkmale berücksichtigt, die ein Kandidat im Rahmen ehrenamtlicher oder sonstiger privater Tätigkeit entwickelt hat, so bedeutete es eine Benachteiligung wegen der ehrenamtlichen Betriebsratsstätigkeit, wenn die in diesem Rahmen erworbenen Kompetenzen bei der Beförderungentscheidung nicht berücksichtigt werden dürften.
- Wann wird bei einer Beförderungentscheidung *wegen* der Betriebsratsstätigkeit benachteiligt oder begünstigt?
  - Nur wenn die Eigenschaft als Betriebsratsmitglied als solche im Rahmen der Beförderungentscheidung eine Rolle spielt (vgl. § 53 Abs. 2 BetrVG 1952: „...dürfen *um ihrer Tätigkeit willen* nicht benachteiligt oder begünstigt werden).

## § 78 Satz 2 BetrVG im Einzelnen (4)

- „Sprungbretteffekt“ als Begünstigung wegen der Betriebsratsstätigkeit?
  - o „Das Betriebsratsmitglied wäre nie für eine solche Beförderungsposition in Betracht gezogen worden, wenn es nicht durch seine Betriebsratsstätigkeit in den Fokus der Entscheider geraten wäre!“
  - o Auch hier gilt: Ob und wie jemand auf sich aufmerksam gemacht hat, ist für die Beförderungentscheidung irrelevant. Das können besondere Leistungen in der beruflichen Tätigkeit sein (etwa: beeindruckende Präsentation; Schlichtung eines Streits), doch sind es in vielen Fällen besondere außerberufliche Leistungen, wodurch die Entscheider auf einen Arbeitnehmer aufmerksam werden und diesem der Weg in Führungspositionen eröffnet wird (etwa: eloquente Rede auf der Weihnachtsfeier, Musikdarbietung auf dem Sommerfest des Unternehmens, außerberuflicher Kontakt mit Top-Management im Rahmen politischer Tätigkeit oder in sonstigen gesellschaftlichen Organisationen).
  - o Folge: Eine Ausblendung der Möglichkeit, im Rahmen der Betriebsratsstätigkeit auf sich aufmerksam zu machen, bedeutete eine Benachteiligung der Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Betriebsratsstätigkeit
- **Zwischenfazit:**
  - Eine unzulässige Begünstigung wegen der Betriebsratsstätigkeit darf nur angenommen werden, wenn die Beförderungentscheidung bei Anerkennung des dem Management insoweit zukommenden weiten Beurteilungsspielraums schlechterdings nicht anders plausibel erklärt werden kann, als durch ein Anknüpfen an die Betriebsratsstätigkeit als solche.
  - Bei Anlegung des vorstehend herausgearbeiteten rechtlichen Maßstabs zeigt sich, dass bei Beförderungsentscheidungen nur in seltenen Ausnahmefällen ein Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG nachweisbar sein dürfte.

## § 37 Abs. 4 BetrVG im Einzelnen (1)

- § 37 Abs. 4 BetrVG trägt dem empirischen Befund Rechnung, dass die Gruppe der Betriebsratsmitglieder auch nach Einführung des Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots durch § 53 Abs. 2 BetrVG hinsichtlich der Vergütungsentwicklung signifikant schlechter gestellt war als die Gruppe der Nicht-Betriebsratsmitglieder und die Betriebsratsmitglieder wegen der Darlegungs- und Beweislastverteilung des § 78 Satz 2 BetrVG für sich dennoch häufig keine höhere Vergütung durchsetzen konnten.
- Die Bestimmung enthält eine „typisierend überschießende“ Verstärkung des Benachteiligungsverbots insofern, als sie jedem Betriebsratsmitglied eine Vergütungsentwicklung in Höhe der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer gewährt, auch soweit sich für ein einzelnes Betriebsratsmitglied bei individuell-hypothetischer Betrachtung eine schlechtere Vergütungsentwicklung ergäbe.
- § 37 Abs. 4 BetrVG begründet eine strukturelle Begünstigung der Gruppe der Betriebsratsmitglieder gegenüber der Gruppe der Nicht-Betriebsratsmitglieder, weil kein Betriebsratsmitglied – anders als Nicht-Betriebsratsmitglieder – hinter der betriebsüblichen Vergütungsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben darf.
- Folge dieser strukturellen Begünstigung ist, dass allein eine bessere durchschnittliche Vergütungsentwicklung in der Gruppe der Betriebsratsmitglieder als in der Gruppe der Nicht-Betriebsratsmitglieder kein Indiz für eine unzulässige Betriebsratsbegünstigung ist. Im Gegenteil liegt eine unzulässige Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern nahe, wenn die durchschnittliche Vergütungsentwicklung der Betriebsratsmitglieder nicht besser ist als diejenige der Nicht-Betriebsratsmitglieder.

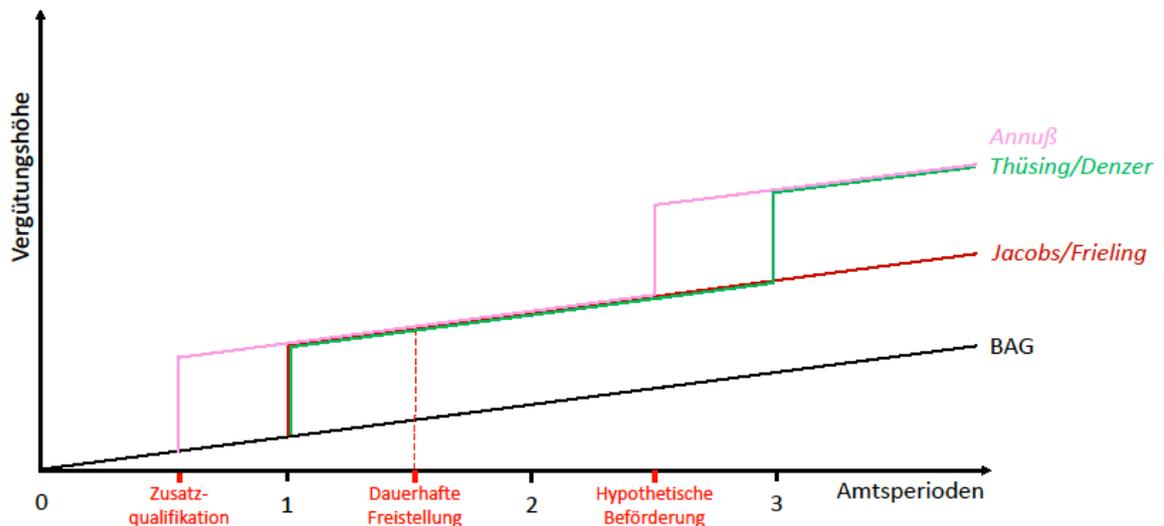
## § 37 Abs. 4 BetrVG im Einzelnen (2)

- Die Bildung der Vergleichsgruppe nach BAG:  
§ 37 Abs. 4 BetrVG wurde eingefügt, „um sicherzustellen, „daß die Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden“ (zu BT-Dr VI/2729, S. 23). Nach dieser Zielsetzung durch den Gesetzgeber sind i. S. eines objektiven Kriteriums solche Arbeitnehmer „als vergleichbar“ anzusehen, die im Zeitpunkt der Wahl des Betriebsratsmitglieds eine im wesentlichen gleichwertige Tätigkeit wie das Betriebsratsmitglied ausgeübt haben. Nach dem Sinn und Zweck des § 37 IV BetrVG hat jedoch - anders als z. B. bei der Bewertung von Tätigkeiten nach tariflichen Tätigkeitsmerkmalen - darüber hinaus i. S. eines weiteren Kriteriums zur Feststellung der Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer auch deren jeweilige fachliche und persönliche Qualifikation Berücksichtigung zu finden; außergewöhnliche Leistungen müssen dabei ebenso besondere Beachtung finden wie unterdurchschnittliche Leistungen“ (BAG 13.11.1987 - 7 AZR 550/86; BAG 19.01.2005 - 7 AZR 208/04; BAG 18.01.2017 - 7 AZR 205/15).
- Die Zusammensetzung der Vergleichsgruppe
  - Generelle Leitlinie: Vergleichsgruppe muss so zusammengesetzt sein, dass sie einen plausiblen Maßstab dafür bildet, welche Vergütungsentwicklung das Betriebsratsmitglied in der konkreten betrieblichen Situation bei betriebsüblicher Entwicklung genommen hätte.
  - Entsprechend dem mit § 37 Abs. 4 BetrVG verfolgten Zweck, eine einfach handhabbare Mindestgewährleistung zu schaffen, dürfen nur objektiv belegbare Merkmale berücksichtigt werden, die für die Vergütungsentwicklung relevant sind. Im Rahmen von Verhaltensbewertungen durch den Arbeitgeber beurteilte „Soft Skills“ dürfen nicht berücksichtigt werden.
  - Hingegen hat der Arbeitgeber einen Beurteilungsspielraum bei Beantwortung der Frage, welche Merkmale Prädikatoren einer betriebsüblichen Entwicklung sind.

## § 37 Abs. 4 BetrVG im Einzelnen (3)

- Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt
  - BAG: Beginn der Zugehörigkeit zum Betriebsrat.
  - *Jacobs/Frieling*: „Ist das Betriebsratsmitglied nach dem Amtsantritt aber weiterhin mindestens teilweise beruflich tätig [...] und entwickelt [es] sich in dieser Zeit beruflich besser als die vergleichbaren Arbeitnehmer, darf das bei der Bemessung der Vergütung nicht außer Acht gelassen werden. [...] Das spricht dafür, eine Vergleichbarkeit in diesen Fällen immer wieder neu zu ermitteln. Dafür bietet sich eben der Vierjahreszeitraum der Betriebsratswahlen an. Allerdings ist eine Modifikation erforderlich. Kommt es irgendwann zur vollständigen Freistellung, dann muss zu diesem Zeitpunkt noch ein letztes Mal die Vergleichbarkeit ermittelt werden, um eine bis dahin erreichte berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds berücksichtigen zu können“ (ZfA 2015, 241, 248).
  - *Thüsing/Denzer*: Die vergleichbaren Arbeitnehmer sind jeweils zum Zeitpunkt der nächsten Betriebsratswahl neu zu bestimmen. Maßgeblich ist dabei „nicht die Tätigkeit, die das Betriebsratsmitglied unmittelbar vor Antritt seines Betriebsratsamts tatsächlich ausgeübt hat, sondern vielmehr eine Tätigkeit, für die es entsprechend der neu erworbenen Qualifikation geeignet wäre und die ihm übertragen würde, wenn es nun aus dem Betriebsratsamt ausschiede“ (Rechtssichere Betriebsratsvergütung, 2019, Rn. 95 f.). „Sämtliche Vergleichspersonen sind auszutauschen, wenn das Betriebsratsmitglied aufgrund individueller, nicht betriebsüblicher Weiterqualifizierung nicht mehr vergleichbar ist“ (Rn. 278).

## § 37 Abs. 4 BetrVG im Einzelnen (4)



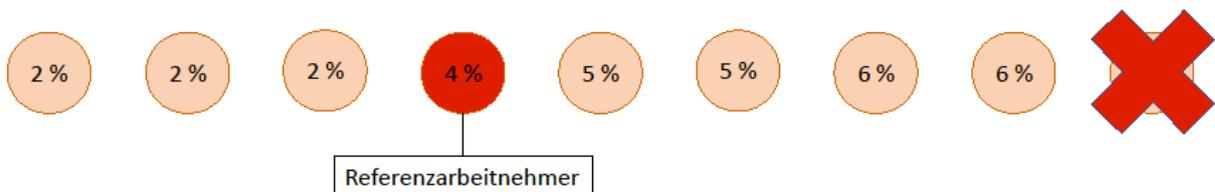
## § 37 Abs. 4 BetrVG im Einzelnen (5)

- Die „betriebsübliche Entwicklung“ in der Rechtsprechung des BAG
  - „Werden die Vergütungen innerhalb der Vergleichsgruppe um einen bestimmten Prozentsatz angehoben, hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf dieselbe prozentuale Erhöhung seines Gehalts. Fallen die Gehaltserhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe unterschiedlich aus, kommt es darauf an, in welchem Umfang die Gehälter der Mehrzahl der der Vergleichsgruppe angehörenden Arbeitnehmer angehoben werden“ (BAG 21.02.2018 – 7 AZR 496/16).
  - Eine Vergütung, die das Betriebsratsmitglied ohne Mandat nicht erreichen könnte, kann auch nicht das Ergebnis der Anwendung von § 37 Abs. 4 BetrVG sein (BAG 18.01.2017 – 7 AZR 205/15).
  - „Handelt es sich um eine sehr kleine Vergleichsgruppe und lässt sich deshalb nicht feststellen, dass die Gehälter der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer in gleichem Umfang erhöht wurden, kann für den Gehaltsanpassungsanspruch des Betriebsratsmitglieds der Durchschnitt der den Angehörigen der Vergleichsgruppe gewährten Gehaltserhöhungen maßgebend sein, wenn nur auf diese Weise eine nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässige Begünstigung oder Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds vermieden werden kann“ (BAG 21.02.2018 – 7 AZR 496/16).
- Richtig: Abzustellen ist stets – auch bei kleinen Vergleichsgruppen – auf den „Medianarbeitnehmer“ (Annuß, NZA 2018, 134, 136; NZA 2018, 976, 977; *Thüsing/Denzer*, Rechtssichere Betriebsratsvergütung, 2019, Rn. 168).

## § 37 Abs. 4 BetrVG im Einzelnen (6)

Große Vergleichsgruppe

Vergütungserhöhungen zum Beurteilungszeitpunkt:



→ BR-Mitglied hat Anspruch auf Vergütungserhöhung um 4 % gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG

## § 37 Abs. 4 BetrVG im Einzelnen (7)

### Kleine Vergleichsgruppe

- Ausgangspunkt BR-Mitglied und drei vergleichbare Arbeitnehmer: Tarifgruppe 4
- Befund zum Beurteilungszeitpunkt:



- BAG:    Anspruch des BR-Mitglieds auf Vergütungserhöhung um 2,67 % (= 8 % : 3)
- Richtig:    Kein Anspruch des BR-Mitglieds auf Vergütungserhöhung