

**Vergütungsfragen in
Dienst- und Arbeitsverhältnissen**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 49

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

**Vergütungsfragen in
Dienst- und Arbeitsverhältnissen**

11. ZAAR-Tagung
Hamburg, 22. November 2019



ZAAR Verlag München 2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2020 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-44-2

Vorwort

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.

Wir freuen uns darauf, über diese Fragen mit Ihnen zu diskutieren.

Hamburg, im November 2019

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Matthias Jacobs

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Caspar Behme</i>	
Festsetzung einer „angemessenen“ Vorstandsvergütung nach dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie	15
Diskussion	36
 <i>Dörte Poelzig</i>	
Herabsetzung der Vorstandsvergütung und Rückforderung aufgrund von Clawback-Klauseln	41
Diskussion	63
 <i>Christoph Weber</i>	
Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in der Recht- sprechung des BAG	67
 <i>Georg Annuß</i>	
Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder – Richtig verstanden	87
Diskussion	105
 Sachregister	111

Autoren

Georg Annuß, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner, Staudacher Annuß Arbeitsrecht, München, außerplanmäßiger Professor an der Universität Regensburg

Caspar Behme, Dr. iur., Habilitand an der Ludwig-Maximilians-Universität München; vertritt im Sommersemester 2020 einen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht an der Universität Bremen

Dörte Poelzig, Dr. iur., M.jur (Oxon), ordentliche Professorin für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Leipzig

Christoph Weber, Dr. iur., Dr. iur. h.c., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort	BGH.....	Bundesgerichtshof
Abs.	Absatz, Absätze	BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)	BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
a.F.	alte Fassung	bzw.	beziehungsweise
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)	CCZ.....	Corporate Compliance Zeitschrift
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	CEO	Chief Executive Officer
AktG	Aktiengesetz	Controlling	Zeitschrift für erfolgsorientierte Unternehmenssteuerung
Alt.....	Alternative	CRD	Capital Requirement Directive
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)	CSR.....	Corporate Social Responsibility
ARUG II	Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie	DAX.....	Deutscher Aktienindex
Aufl.	Auflage	DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
BaFin.....	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht	DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
BAG	Bundesarbeitsgericht	ders.....	derselbe
BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)	Dr.	Doktor
Bd.	Band, Bände	Dr. iur.....	doctor iuris
BeckRS	Beck-Rechtsprechung	Dr. iur. h.c.	doctor iuris honoris causa
Begr.RegE.....	Begründung Regierungsentwurf	DSW	Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz
BetrVG.....	Betriebsverfassungsgesetz	EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	etc.....	et cetera
		FAZ.....	Frankfurter Allgemeine Zeitung
		f., ff.	folgende

Fn.....	Fußnote, Fußnoten	NStZ.....	Neue Zeitschrift für Strafrecht
GG.....	Grundgesetz	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
GmbH.....	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	NZA-RR.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
GmbHRR.....	Die GmbH-Rundschau (Zeitschrift)	NZG.....	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
HGB.....	Handelsgesetzbuch	OLG.....	Oberlandesgericht
Hrsg.	Herausgeber	RdA.....	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
InstitutsVergV	Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten	Ref. iur.	Rechtsreferendar*in
jurisPR-ArbR.	Juris PraxisReport Arbeitsrecht (Zeitschrift)	RegE.....	Regierungsentwurf
KPI.....	Key Performance Indicators	RG.....	Reichsgericht
KWG.....	Kreditwesengesetz	RGZ.....	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
LAG.....	Landesarbeitsgericht	Rn.	Randnummer, Randnummern
LG.....	Landgericht	S.	Seite, Seiten
lit.	littera	sog.....	sogenannte, sogenannte, sogenannten
LL.M.	Master of Laws	SR.....	Soziales Recht (Zeitschrift)
LLP.....	Limited Liability Partnership	StGB.....	Strafgesetzbuch
LTI.....	Long Term Incentive	STI.....	Short Term Incentive
M.jur.	Magister juris	u.a.	und andere
n.F.....	neue Fassung	US.....	United States
NJOZ.....	Neue Juristische Online-Zeitschrift	USA.....	United States of America
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)	VG.....	Verwaltungsgericht
Nr.....	Nummer, Nummern	vgl.	vergleiche

VorstAG.....	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung	ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
WM.....	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)	ZHR.....	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	ZIP.....	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZBB.....	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft	ZPO	Zivilprozessordnung
ZfA/ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht		

Festsetzung einer „angemessenen“ Vorstandsvergütung nach
dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie

Caspar Behme

Seite

I. Einführung.....	17
II. Vorstandsvergütung: Bisherige Rechtslage	19
1. Festsetzung der individuellen Vorstandsvergütung durch den Aufsichtsrat.....	19
a) Angemessenheitsgebot (§ 87 Abs. 1 Satz 1 AktG).....	19
b) Bei börsennotierten Gesellschaften: Nachhaltigkeits- gebot (§ 87 Abs. 1 Satz 2 AktG).....	20
2. Einbeziehung der Hauptversammlung.....	21
3. Offenlegung der Vorstandsvergütung	21
III. Vorstandsvergütung: Wesentliche Änderungen aufgrund des ARUG II (Überblick).....	21
1. Festsetzung der individuellen Vorstandsvergütung durch den Aufsichtsrat (§ 87 AktG).....	21
2. Bei börsennotierten Gesellschaften: Beschluss eines Vergütungssystems durch den Aufsichtsrat (§ 87a AktG).....	22
a) Inhalte des Vergütungssystems, insbesondere Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder (§ 87a Abs. 1 AktG).....	22
b) Hauptversammlungsvotum zum Vergütungssystem (§ 120a AktG).....	22
c) Festsetzung der individuellen Vorstandsvergütung im Einklang mit dem Vergütungssystem (§ 87a Abs. 2 AktG).....	23
3. Bei börsennotierten Gesellschaften: Erstellung eines Vergütungsberichts durch Vorstand und Aufsichtsrat (§ 162 AktG)	23
a) Inhalte des Vergütungsberichts, insbesondere Vertikal- vergleich (§ 162 Abs. 1 AktG)	23
b) Hauptversammlungsvotum zum Vergütungsbericht (§ 120a Abs. 4 AktG).....	23
4. Offenlegung der Vorstandsvergütung	24
5. Übergangsfristen.....	24

IV. Ausgewählte Anwendungsprobleme der Neuregelung.....	24
1. Ausrichtung der Vergütungsstruktur auf eine „langfristige und nachhaltige Entwicklung der Gesellschaft“ (§ 87 Abs. 1 Satz 2 AktG).....	25
2. Vergütungssystem (§ 87a AktG)	28
a) Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Festlegung des Vergütungssystems	28
b) Inhalte des Vergütungssystems, insbesondere Festlegung einer Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder (§ 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG).....	29
c) Bindungswirkung des Vergütungssystems.....	30
d) Auswirkungen einer Änderung des Vergütungssystems auf laufende Verträge	31
3. Vergütungsbericht	32
a) Gemeinsame Erstellung durch Vorstand und Aufsichtsrat	32
b) Ausgewählte Inhalte des Vergütungsberichts.....	33
V. Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats bei Festsetzung unangemessener Vorstandsvergütung	34
Diskussion	36

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen (München 2020), S. 15-35

Wenige Tage vor der 11. ZAAR-Tagung hat der Bundestag den Gesetzesentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) in der Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 13.11. 2019 verabschiedet. Zum 1.1. 2020 ist das ARUG II in Kraft getreten. Der nachfolgende Beitrag stellt im Anschluss an eine kurze Einführung in die rechtspolitische Diskussion die geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern deutscher Aktiengesellschaften vor, insbesondere die Änderungen infolge des ARUG II, und geht auf ausgewählte Anwendungsprobleme der neuen Regelungen ein.

I. Einführung

Ausweislich der DSW-Vorstandsvergütungsstudie 2019 sind die Bezüge der Vorstandsmitglieder der im DAX notierten Unternehmen im Geschäftsjahr 2018 um 3,5 % gesunken.¹ Im gleichen Zeitraum sind die Bruttoverdienste sozialversicherungspflichtig Beschäftigter in Deutschland im Vergleich zum Vorjahr um knapp 3 % gestiegen.² Daraus lässt sich ableiten, dass die Kluft zwischen den Gehältern von Vorständen und normalen Arbeitnehmern kleiner wird. Dieser Befund ändert freilich nichts an der Leidenschaftlichkeit, mit der das Thema Vorstandsvergütung in der breiten Öffentlichkeit diskutiert wird. Anders als Profi-Fußballern oder Schlagersängerinnen, die ähnliche Summen verdienen, wird „Managern“ ein sieben- oder gar achtstelliges Jahreseinkommen von der öffentlichen Meinung nicht zugestanden.

Dabei gilt für Managergehälter im Ausgangspunkt nichts anderes als für die Gehälter anderer Spitzenverdiener: Sie werden frei ausgehandelt und ihre Höhe bestimmt sich nach dem Prinzip von Angebot und Nachfrage. Eine bemerkenswerte Studie konnte vor einigen Jahren zeigen, dass dieser Marktmechanismus entgegen verbreiteter Annahme offenbar funktioniert: Danach hängt die Höhe der Vergütung im Wesentlichen von der Unternehmensgröße ab. Zwischen 1980 und 2003 hat sich die Vergütung der CEOs US-amerikanischer Gesellschaften versechsfacht; in der gleichen Zeit hat sich auch deren Börsenwert versechsfacht.³ In einer Folgeunter-

1 Tabellen online abrufbar unter https://www.dsw-info.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/PDF/Presse/Tabellen_PK_Vorstandsverguetung_2018__final_.pdf.

2 <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/bruttoeinkommen-2018-um-knapp-drei-prozent-gestiegen-16297161.html>.

3 Gabaix/Landier, Why has CEO Pay Increased So Much?, The Quarterly Journal of Economics 123 (2008), 49.

suchung konnte der Zusammenhang zwischen der Vergütung des CEO und dem Börsenwert für den Zeitraum bis 2011 bestätigt werden.⁴

Aus unternehmerischer Sicht hat die Vergütung der Mitglieder des Vorstands vor allem eine Anreizfunktion; sie sollte daher möglichst der Grenzproduktivität der Leistung entsprechen, das heißt so bemessen sein, dass das jeweilige Vorstandsmitglied im Gegenzug die ihm nach seinen individuellen Fähigkeiten bestmögliche Leistung für das Unternehmen erbringt. Eine zu niedrige Vergütung incentiviert nicht zu bestmöglicher Leistung; eine zu hohe Vergütung vermag die Leistung nicht mehr zu steigern und ist daher eine vergebliche Aufwendung.⁵ Zahlt ein Unternehmen geringere Gehälter als das Marktumfeld, droht derselbe Effekt wie auf den nachgelagerten Ebenen: Besonders hoch qualifizierte Persönlichkeiten werden das Unternehmen verlassen und eine besser bezahlte Position bei der Konkurrenz anstreben (*war for talents*). Vor diesem Hintergrund ist es naheliegend, dass Unternehmen versuchen, hochqualifizierte Manager mit einer überdurchschnittlichen Vergütung anzulocken. Eine gewisse Rolle mag dabei auch spielen, dass Gehaltszahlungen abzugsfähige Betriebsausgaben sind; sie mindern also unmittelbar den zu versteuernden Gewinn.⁶ Aus diesem Grunde wurde in der Vergangenheit rechtspolitisch nicht nur eine summenmäßige Begrenzung von Managergehältern diskutiert,⁷ sondern auch eine Begrenzung ihrer steuerlichen Abzugsfähigkeit.⁸

Auch wenn die Höhe der Managerbezüge kein Indiz gegen die Effizienz des Managermarkts darstellt, lässt sich die Gefahr nicht leugnen, dass sich Mitglieder des Vorstands zulasten der Gesellschaft (und folglich mittelbar zulasten der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger) über ein angemessenes Maß hinaus bereichern können. Dies hängt vor allem damit zusam-

-
- 4 *Gabaix/Landier/Sauvagnat*, CEO Pay and Firm Size: An Update After the Crisis, *The Economic Journal* 124 (2014), 40.
 - 5 *Behme*, Die Vergütung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat – gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen und Haftungsrisiken, BB 2019, 451.
 - 6 Ausführlich dazu *Schiffer*, Überzogene Managervergütungen: Versagung des Betriebsausgabenabzugs?, BB 2019, 931.
 - 7 Die Linkspartei hat in ihrem Wahlprogramm eine verbindliche Obergrenze in Höhe des Zwanzigfachen und langfristig sogar nur des Zwölffachen des niedrigsten Gehalts im Unternehmen vorgeschlagen, siehe Wahlprogramm der Linken, S. 15, online abrufbar unter https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2017/wahlprogramm2017/die_linke_wahlprogramm_2017.pdf.
 - 8 Vgl. die Vorschläge in den Wahlprogrammen zur Bundestagswahl 2017 von SPD (https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Bundesparteitag_2017/Es_ist_Zeit_fuer_mehr_Gerechtigkeit-Unser_Regierungsprogramm.pdf, S. 53) und Bündnis 90 / Die Grünen (https://www.gruene.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/BUENDNIS_90_DIE_GRUENEN_Bundestagswahlprogramm_2017_barrierefrei.pdf, S. 196).

men, dass die Mitglieder des gemäß § 87 AktG für die Festsetzung der Vergütung zuständigen Aufsichtsrats häufig selbst Vorstandspositionen in anderen Unternehmen bekleiden. Da sich die Vergütung regelmäßig auch an Vergleichsstudien spezialisierter Vergütungsberatungsagenturen⁹ orientiert, profitieren sie bei der Verhandlung ihres eigenen Vorstandsgehalts selbst von insgesamt steigenden Managergehältern.¹⁰ Aus Unternehmenssicht ist zudem zu beachten, dass Medienberichte über eine exzessive Vorstandsvergütung ein beträchtliches Reputationsrisiko bergen; sie können sich nachteilig auf Kundenbeziehungen und die Investitionsbereitschaft von Aktionären auswirken.¹¹

II. Vorstandsvergütung: Bisherige Rechtslage

1. Festsetzung der individuellen Vorstandsvergütung durch den Aufsichtsrat

a) Angemessenheitsgebot (§ 87 Abs. 1 Satz 1 AktG)

Gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG werden Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat bestellt. Der Aufsichtsrat ist auch zuständig für den Abschluss der mit den einzelnen Vorstandsmitgliedern bestehenden Anstellungsverträge.¹² Bei deren Ausgestaltung genießt der Aufsichtsrat einen weiten Ermessensspielraum. Eingeschränkt wird das Ermessen des Aufsichtsrats bei der Festlegung der Vergütung einzelner Vorstandsmitglieder durch § 87 Abs. 1 AktG.¹³ Gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG hat der Aufsichtsrat 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

9 Besonders hinzuweisen ist auf die Vergütungsreports von Kienbaum (www.kienbaum.com).

10 Böckler-Stiftung, Arbeitshilfe für Aufsichtsräte 14 – Vorstandsvergütung, S. 11, online abrufbar unter https://www.boeckler.de/pdf/p_ah_vorstandsverguetung_14.pdf.

11 Siehe bereits *Behme*, BB 2019, 451, 452.

12 BGH 6.4. 1964 – II ZR 75/62, NJW 1964, 1367; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, AktG § 84 Rn. 33; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 13. Aufl. 2018, AktG § 84 Rn. 15; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (MünchKommAktG), Bd. 2, 5. Aufl. 2019, AktG § 84 Rn. 71.

13 *Spindler*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), AktG § 87 Rn. 2; zu weiterreichenden Pflichten des Aufsichtsrats in Bezug auf das Auswahlverfahren und das Auswahlergebnis ausführlich *Behme/Zickgraf*, Rechtspflichten des Aufsichtsrats bei der Auswahl geeigneter Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat, AG 2015, 841, 842 ff.

und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen.¹⁴ Ferner darf auch eine Vergütung, die im Einklang mit diesen Kriterien festgesetzt wird und somit als angemessen anzusehen ist, die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen.¹⁵ § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG erfasst nicht nur das laufende Gehalt, sondern auch Abfindungszahlungen bei vorzeitiger Beendigung der Vorstandstätigkeit.¹⁶ Das Angemessenheitsgebot des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG wurde durch das ARUG II nicht geändert.

b) Bei börsennotierten Gesellschaften: Nachhaltigkeitsgebot (§ 87 Abs. 1 Satz 2 AktG)

Für börsennotierte Gesellschaften sah § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG a.F. vor, dass die Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten ist. Die Vorschrift wurde so verstanden, dass Vergütungsstrukturen vermieden werden sollten, die das Vorstandsmitglied zur Verfolgung kurzfristiger Unternehmenserfolge verleiten, die der Unternehmensentwicklung langfristig nicht förderlich sind und einen späteren, umso stärkeren Einbruch zur Folge haben oder gar den Bestand der Gesellschaft gefährden können (sog. „Strohfeuer“).¹⁷ Der Begriff „nachhaltig“ wurde somit als gleichbedeutend mit „langfristig“ interpretiert. Dazu passt, dass § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG das Gebot der Nachhaltigkeit dahingehend konkretisiert, dass variable Vergütungsbestandteile grundsätzlich eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben sollen, die im Wesentlichen zukunftsbezogen sein soll; sie sollen positiven und negativen Entwicklungen Rechnung tragen und dürfen insbesondere nicht zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten.

Das Nachhaltigkeitsgebot des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG wurde durch das ARUG II erweitert: Während im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zunächst erwogen worden war, den Begriff „nachhaltig“ durch „langfristig“ zu ersetzen, sieht die Vorschrift nunmehr vor, dass die Vergütungsstruktur bei börsennotierten Gesellschaften auf eine „nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft“ auszurichten ist. Bereits an dieser Stel-

¹⁴ Näher zu den Kriterien, anhand derer die Angemessenheit der Vergütung eines Vorstandsmitglieds zu beurteilen ist, *Behme*, BB 2019, 451, 453 f.

¹⁵ Zur Üblichkeit als Korrektiv der Angemessenheit *Spindler*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), AktG § 87 Rn. 56; vgl. auch *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 12), AktG § 87 Rn. 15, *Weber*, in: Hölters (Hrsg.), Aktiengesetz, 3. Aufl. 2017, AktG § 87 Rn. 24 (Marktüblichkeit als Indiz für die Angemessenheit).

¹⁶ *Spindler*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), AktG § 87 Rn. 24.

¹⁷ *Behme*, BB 2019, 451, 454; *Spindler*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), AktG § 87 Rn. 80; vgl. auch *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 12), AktG § 87 Rn. 27 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 12), AktG § 84 Rn. 11; *Weber*, in: Hölters (Fn. 15), AktG § 87 Rn. 30.

le kann festgehalten werden, dass sich der Bedeutungsgehalt des Wortes „nachhaltig“ dadurch wohl verschiebt. Würde man ihm nicht einen über die Langfristigkeit hinausgehenden Gehalt beimessen, wäre er überflüssig.¹⁸ § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG wurde durch das ARUG II nicht verändert.

2. Einbeziehung der Hauptversammlung

Für börsennotierte Gesellschaften sah § 120 Abs. 4 AktG a.F. vor, dass die Hauptversammlung über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder beschließen konnte. Der Beschluss begründete weder Rechte noch Pflichten und ließ die Verpflichtung des Aufsichtsrats nach § 87 AktG unberührt. Er war nicht nach § 243 AktG anfechtbar. § 120 Abs. 4 AktG a.F. wurde durch das ARUG II aufgehoben.

3. Offenlegung der Vorstandsvergütung

Gemäß §§ 285 Nr. 9 lit. a Sätze 1 bis 4, 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a Sätze 1 bis 4 HGB sind sämtliche Aktiengesellschaften dazu verpflichtet, die Gesamtbezüge des Gesamtvorstands im Anhang zum Jahresabschluss bzw. Konzernabschluss offenzulegen. Eine individualisierte Offenlegung der Bezüge einzelner Vorstandsmitglieder ist nicht erforderlich (vgl. auch § 286 Abs. 4 HGB). Daran hat sich durch das ARUG II nichts geändert.

Bei börsennotierten Aktiengesellschaften waren gemäß §§ 285 Nr. 9 lit. a Satz 5, 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a Satz 5 HGB a.F. zusätzlich unter Namensnennung die Bezüge jedes einzelnen Vorstandsmitglieds, aufgeteilt nach erfolgsunabhängigen und erfolgsbezogenen Komponenten sowie Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung, gesondert anzugeben. Gemäß § 286 Abs. 5 HGB a.F. konnte die individualisierte Offenlegung unterbleiben, wenn die Hauptversammlung dies mit Dreiviertelmehrheit höchstens für fünf Jahre beschließt. Die Vorschriften wurden durch das ARUG II aufgehoben. Das nunmehr für börsennotierte Gesellschaften geltende Regime aus Vergütungssystem und Vergütungsbericht sieht eine deutlich weiterreichende Publizität vor.

III. Vorstandsvergütung: Wesentliche Änderungen aufgrund des ARUG II (Überblick)

1. Festsetzung der individuellen Vorstandsvergütung durch den Aufsichtsrat (§ 87 AktG)

An der grundsätzlichen Aussage des § 87 Abs. 1 AktG, dass die Vergütung jedes einzelnen Vorstandsmitglieds angemessen zu sein hat, und an der Auslegung des Begriffs der Angemessenheit hat sich durch das ARUG II nichts geändert. Neu ist, dass bei börsennotierten Gesellschaften die Ver-

¹⁸ Siehe dazu näher unter IV 1.

gütungsstruktur auf eine „nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft“ auszurichten ist.¹⁹

2. Bei börsennotierten Gesellschaften: Beschluss eines Vergütungssystems durch den Aufsichtsrat (§ 87a AktG)

a) Inhalte des Vergütungssystems, insbesondere Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder (§ 87a Abs. 1 AktG)

Durch das ARUG II neu eingeführt wurde § 87a AktG. Die Vorschrift gilt nur für börsennotierte Gesellschaften. Sie verlangt, dass der Aufsichtsrat ein klares und verständliches System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder beschließt. Dieses Vergütungssystem hat bestimmte Mindestangaben zu enthalten, von denen die zuletzt durch den Rechtsausschuss ergänzte Festlegung einer Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder (§ 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG) besonders hervorzuheben ist. Zwar entsprach die Festlegung einer solchen Maximalvergütung bereits bisher verbreiteter Praxis und auch einer entsprechenden Empfehlung des DCGK (vgl. Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK). Neu ist freilich, dass die Maximalvergütung gemäß § 87 Abs. 4 AktG durch Beschluss der Hauptversammlung herabgesetzt werden kann. Erforderlich hierfür ist ein Antrag nach § 122 Abs. 2 Satz 1 AktG. Mit dem Verweis wird klargestellt, dass für die Herabsetzung ein Antrag von Aktionären erforderlich ist, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500.000 € erreichen.

b) Hauptversammlungsvotum zum Vergütungssystem (§ 120a AktG)

Der ebenfalls durch das ARUG II neu eingeführte § 120a Abs. 1 AktG sieht vor, dass die Hauptversammlung der börsennotierten Gesellschaft über die Billigung des vom Aufsichtsrat vorgelegten Vergütungssystems bei jeder wesentlichen Änderung des Vergütungssystems, mindestens jedoch alle vier Jahre beschließt. Ebenso wie der frühere, lediglich fakultative Hauptversammlungsbeschluss über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder (§ 120 Abs. 4 AktG a.F.) begründet der Beschluss weder Rechte noch Pflichten und ist nicht nach § 243 AktG anfechtbar.

Hat die Hauptversammlung das Vergütungssystem nicht gebilligt, so ist gemäß § 120a Abs. 3 AktG spätestens in der darauffolgenden ordentlichen Hauptversammlung ein überprüftes Vergütungssystem zum Beschluss vorzulegen.

¹⁹ Siehe dazu näher unter IV 1.

c) Festsetzung der individuellen Vorstandsvergütung im Einklang mit dem Vergütungssystem (§ 87a Abs. 2 AktG)

Für die Vergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder der börsennotierten Gesellschaft schreibt § 87a Abs. 2 AktG vor, dass der Aufsichtsrat diese in Übereinstimmung mit einem der Hauptversammlung nach § 120a Abs. 1 zur Billigung vorgelegten Vergütungssystem festzusetzen hat. Zudem wird dem Aufsichtsrat die Möglichkeit eingeräumt, vorübergehend von dem Vergütungssystem abzuweichen, wenn dies im Interesse des langfristigen Wohlergehens der Gesellschaft notwendig ist und das Vergütungssystem das Verfahren des Abweichens sowie die Bestandteile des Vergütungssystems, von denen abgewichen werden kann, benennt.

3. Bei börsennotierten Gesellschaften: Erstellung eines Vergütungsberichts durch Vorstand und Aufsichtsrat (§ 162 AktG)

a) Inhalte des Vergütungsberichts, insbesondere Vertikalvergleich (§ 162 Abs. 1 AktG)

Eine weitere Neuerung durch das ARUG II ist der gemäß § 162 AktG bei börsennotierten Gesellschaften durch Vorstand und Aufsichtsrat zu erstellende klare und verständliche Bericht über die im letzten Geschäftsjahr jedem einzelnen gegenwärtigen oder früheren Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats von der Gesellschaft und von Unternehmen desselben Konzerns gewährte und geschuldete Vergütung. Während das Vergütungssystem die Leitlinien der Vorstandsvergütung für die Zukunft festlegt, blickt der Vergütungsbericht somit in die Vergangenheit.

Auch der Vergütungsbericht muss bestimmte, in § 162 Abs. 1 Satz 2 AktG näher definierte Mindestangaben enthalten; er hat dabei unter Namensnennung auf jedes einzelne Vorstandsmitglied einzugehen. Bestandteil des Vergütungsberichts ist danach insbesondere eine vergleichende Darstellung der jährlichen Veränderung der Vergütung, der Ertragsentwicklung der Gesellschaft sowie der über die letzten fünf Geschäftsjahre betrachteten durchschnittlichen Vergütung von Arbeitnehmern auf Vollzeitäquivalenzbasis, einschließlich einer Erläuterung, welcher Kreis von Arbeitnehmern einbezogen wurde (Vertikalvergleich, § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG). Ein solcher Vertikalvergleich war bislang nur als Empfehlung in Ziffer 4.2.2 DCGK vorgesehen.

b) Hauptversammlungsvotum zum Vergütungsbericht (§ 120a Abs. 4 AktG)

Ebenso wie über das Vergütungssystem beschließt die Hauptversammlung der börsennotierten Gesellschaft gemäß § 120a Abs. 4 AktG auch über die Billigung des Vergütungsberichts für das vorausgegangene Geschäftsjahr.

Auch dieser Beschluss begründet aufgrund des Verweises in Abs. 4 auf Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 keine Rechte und Pflichten und ist nicht gemäß § 243 AktG anfechtbar.

4. Offenlegung der Vorstandsvergütung

Für börsennotierte Gesellschaften hat das ARUG II eine drastische Verschärfung der Transparenzanforderungen bewirkt. Gemäß § 162 Abs. 4 AktG ist nämlich der Vergütungsbericht von der Gesellschaft nach dem Beschluss der Hauptversammlung (§ 120 Abs. 4 AktG) zehn Jahre lang auf ihrer Internetseite kostenfrei öffentlich zugänglich zu machen. Da der Vergütungsbericht die Vorstandsvergütung in individualisierter Form erläutern muss, geht damit zwingend eine individualisierte Offenlegung der Vorstandsbezüge einher; die Möglichkeit, auf eine solche Offenlegung zu verzichten, ist mit der Streichung von § 286 Abs. 5 HGB a.F. entfallen.

5. Übergangsfristen

Gemäß § 26j Abs. 1 Satz 1 EGAktG hat die Hauptversammlung über das vom Aufsichtsrat vorzulegende Vergütungssystem erstmals in der ersten ordentlichen Hauptversammlung zu beschließen, die nach dem 31.12. 2020 stattfindet. Die erstmalige Festsetzung der Vergütung der Vorstandsmitglieder im Einklang mit dem der Hauptversammlung zur Billigung vorgelegten Vergütungssystem (§ 87a Abs. 2 AktG) hat gemäß § 26j Abs. 1 Satz 2 EGAktG bis zum Ablauf von zwei Monaten nach erstmaliger Billigung des Vergütungssystems durch die Hauptversammlung zu erfolgen. Das bedeutet, dass eine Festsetzung der Vorstandsvergütung nach Maßgabe eines erstmalig erarbeiteten Vergütungssystems so lange unterbleiben kann, wie dieses Vergütungssystem nicht durch die Hauptversammlung gebilligt wurde. Ferner stellt § 26j Abs. 1 Satz 3 EGAktG ausdrücklich klar, dass eine Änderung laufender Verträge nicht erforderlich ist.

Der Vergütungsbericht ist gemäß § 26j Abs. 2 AktG erstmals für das nach dem 31.12. 2020 beginnende Geschäftsjahr zu erstellen. Die Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Billigung des Vergütungsberichts (§ 120a Abs. 4 AktG) hat in der ersten ordentlichen Hauptversammlung des darauffolgenden Geschäftsjahres zu erfolgen.

IV. Ausgewählte Anwendungsprobleme der Neuregelung

Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, sämtliche Regelungen des AktG betreffend die Vergütung der Mitglieder des Vorstands oder auch nur sämtliche Neuregelungen infolge des ARUG II umfassend zu kommentieren. Stattdessen beschränkt sich der Beitrag auf die Beleuch-

tung einiger ausgewählter Fragen, die sich bei der Anwendung der neuen Vorschriften aus praktischer Sicht stellen.

1. Ausrichtung der Vergütungsstruktur auf eine „langfristige und nachhaltige Entwicklung der Gesellschaft“ (§ 87 Abs. 1 Satz 2 AktG)

Die Neufassung von § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG wirft die Frage auf, was unter einer „langfristigen und nachhaltigen Entwicklung der Gesellschaft“ zu verstehen ist. Keine besonderen Probleme bereitet dabei der Begriff der Langfristigkeit: Er beinhaltet im Wesentlichen das, was bereits im früheren § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG a.F. mit dem Gebot der Ausrichtung auf eine „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ gemeint war. Der Begriff „nachhaltig“ wurde nämlich dahingehend ausgelegt, dass Vergütungsstrukturen vermieden werden sollen, die das Vorstandsmitglied zur Verfolgung kurzfristiger Unternehmenserfolge verleiten, die der Unternehmensentwicklung langfristig nicht förderlich sind und einen späteren, umso stärkeren Einbruch zur Folge haben oder gar den Bestand der Gesellschaft gefährden können (sog. „Strohfeuer“).²⁰ Mit anderen Worten: „Nachhaltig“ bedeutete „langfristig“. Vor diesem Hintergrund erschien es konsequent, dass nach dem Regierungsentwurf eines ARUG II die Wörter „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG durch die Wörter „langfristige Entwicklung der Gesellschaft“ ersetzt werden sollten; bezweckt war damit insbesondere eine terminologische Angleichung von § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG einerseits und § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 sowie § 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG andererseits.²¹ Flankiert wird das Gebot der Langfristigkeit durch § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG, wonach variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben sollen.

In der nunmehr in Kraft getretenen Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses taucht der Begriff „nachhaltig“ wieder auf; indem er neben den Begriff „langfristig“ gestellt wird („langfristige *und* nachhaltige Entwicklung der Gesellschaft“) steht zudem außer Frage, dass er einen über die Langfristigkeit hinausgehenden Gehalt haben muss.²² Damit hat sich der Bedeutungsgehalt des Begriffs „nachhaltig“ mit Inkrafttreten des ARUG II gegenüber der früheren Gesetzesfassung geändert. Im Bericht des Rechtsausschusses heißt es dazu:

²⁰ Behme, BB 2019, 451, 454; Spindler, in: MünchKommAktG (Fn. 12), AktG § 87 Rn. 80; vgl. auch Fleischer, in: Spindler/Stilz (Fn. 12), AktG § 87 Rn. 27 f.; Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 12), AktG § 84 Rn. 11; Weber, in: Hölters (Fn. 15), AktG § 87 Rn. 30.

²¹ BT-Drucks. 19/9739, S. 72.

²² In diesem Sinne bereits Röttgen/Kluge, Nachhaltigkeit bei Vorstandsvergütungen, NJW 2013, 900.

„Die bisherige Verpflichtung des Aufsichtsrats, bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung auf eine ‚nachhaltige Entwicklung‘ der Gesellschaft zu achten, ist von der Praxis und Literatur ganz überwiegend im Sinne einer ‚langfristigen Entwicklung‘ verstanden worden. Mit der Dopplung der Begriffe ‚nachhaltig‘ und ‚langfristig‘ möchte der Ausschuss deutlich machen, dass der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Vergütung, insbesondere der Wahl der Vergütungsanreize auch soziale und ökologische Gesichtspunkte in den Blick zu nehmen hat.“²³

Sollen Vergütungsanreize soziale und ökologische Gesichtspunkte „in den Blick“ nehmen, bedeutet dies, dass sie den Vorstand dazu incentivieren sollen, soziale und ökologische Ziele zu verfolgen, an deren Erreichung sein Handeln sodann zu messen ist. Eine solche Anreizstruktur steht in einem Spannungsverhältnis zur Bindung des Vorstands an das Unternehmensinteresse. Zwar ist anerkannt, dass der Vorstand bei der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft (§ 76 Abs. 1 AktG) die konfligierenden Interessen von Aktionären, Arbeitnehmern, Gläubigern und anderen *Stakeholdern* zu einem Ausgleich zu führen hat, ohne dass eine Gruppe das Präjudiz hätte (Gebot praktischer Konkordanz).²⁴ Bereits jetzt sieht sich die Konzeption des Unternehmensinteresses allerdings dem Vorwurf der Konturenlosigkeit ausgesetzt: In Anbetracht der Vielzahl zu berücksichtigender Interessen bestehe die Gefahr, dass der Vorstand das Unternehmensinteresse als *carte blanche* missbraucht, um jedwede Maßnahme zu rechtfertigen.²⁵ Dieses Problem wird drastisch verschärft, wenn der Kreis der Interessen, die der Vorstand nicht bloß berücksichtigen *darf*, sondern die er in Anbetracht der gesetzlich vorgegebenen Vergütungsstruktur sogar (faktisch) berücksichtigen *muss*, immer weiter gezogen wird und keine Klarheit hinsichtlich der rechtlich gebotenen Gewichtung dieser Interessen besteht.²⁶ Es stellt sich unabhängig davon, ob soziale und ökologische Zielsetzungen in den Begriff des Unternehmensinteresses einbezogen werden, oder ob der Vorstand durch die Vergütungsstruktur dazu angehalten werden soll, solche Zielsetzungen neben dem Unternehmensinteresse zu berücksichtigen.

Jenseits solcher grundsätzlichen Bedenken stellt sich für die Praxis die Frage, wie eine Vergütungsstruktur konkret aussehen kann, die soziale

23 BT-Drucks. 19/15153, S. 55.

24 *Spindler*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), AktG § 76 Rn. 67; siehe auch *Hopt*, Aktionärskreis und Vorstandsneutralität, ZGR 1993, 534, 536; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 12), AktG § 76 Rn. 33.

25 *Mülbart*, Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766, 771; *Spindler*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), AktG § 76 Rn. 68.

26 Anderer Ansicht *Velte*, „Nachhaltige und langfristige“ Vorstandsvergütung nach dem ARUG II, NZG 2020, 12, 14, demzufolge durch die Anpassung des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG die bisherige Rechtsunsicherheit zur Auslegung des Nachhaltigkeitsbegriffs abgebaut werden soll.

und ökologische Gesichtspunkte in den Blick nimmt und folglich auf eine nachhaltige Entwicklung der Gesellschaft ausgerichtet ist. „Sozial“ und „ökologisch“ sind politisch aufgeladene Modebegriffe²⁷, die schwer mit rechtlich greifbaren Inhalten zu füllen sind. Als „sozial“ wird man möglicherweise eine familienfreundliche Beschäftigungspolitik innerhalb des Unternehmens verstehen können (Recht auf Teilzeit und/oder Homeoffice, Kinderbetreuung im Betrieb) oder auch die Auswahl von Zulieferbetrieben, insbesondere in Schwellen- und Entwicklungsländern, anhand sozialer Kriterien wie beispielsweise der dortigen Produktionsbedingungen. Als „ökologisch“ kann eine Senkung des CO₂-Ausstoßes im Unternehmen gelten, etwa in der Produktion, aber auch im Unternehmensfuhrpark; ferner eine Reduzierung von biologisch nicht abbaubarem Plastikmüll (etwa durch eine Umstellung der Verpackung eigener Produkte auf umweltfreundliche Materialien).

Sollen derartige Faktoren unmittelbaren Einfluss auf die Vorstandsvergütung haben, setzt dies voraus, dass sie messbar sind. Sofern es im Unternehmen bereits eine Nachhaltigkeitsberichterstattung gibt, kann auf die darin ausgewerteten Kennzahlen, insbesondere in der zeitlichen Entwicklung, zurückgegriffen werden. Denkbar ist es auch, ausgewählte Kennzahlen (etwa den Anteil der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer oder den durchschnittlichen CO₂-Ausstoß der Fahrzeuge des Unternehmensfuhrparks) gezielt im Hinblick auf die Bemessung der Vorstandsvergütung zu erheben. Dabei kann das Nachhaltigkeitsgebot seinen Zweck nur dann erfüllen, wenn Fehlanreize vermieden werden. So ist beispielsweise aus ökologischer Sicht viel damit gewonnen, wenn ein Pizzaservice oder Pflegedienst, dessen Fahrzeuge ausschließlich auf kurzen Strecken im innerstädtischen Bereich eingesetzt werden, seinen Fuhrpark auf elektrische oder Hybridantriebe umstellt. Geschieht dasselbe in einem Unternehmen, dessen Fahrzeuge überwiegend auf Langstrecken eingesetzt werden, mag der CO₂-Ausstoß „auf dem Papier“ ebenfalls sinken; tatsächliche Verbrauchsvorteile bestehen freilich nicht – im Gegenteil. Der Aufsichtsrat hat daher bei der Definition sozialer und ökologischer Performance-Indikatoren stets das konkrete Geschäftsmodell des Unternehmens im Blick zu behalten und sollte davon Abstand nehmen, solche Kriterien abstrakt zu definieren.

Ein Beispiel dafür, wie eine Bemessung der Vorstandsvergütung anhand sozialer und ökologischer Kriterien in der Praxis aussehen kann, bietet das bei der Siemens AG ab dem Geschäftsjahr 2020 geltende Vergütungssystem. Danach wird sich die Entwicklung der Aktienzusagen künftig neben der Kapitalmarktentwicklung zusätzlich an Nachhaltigkeitszielen ori-

27 Kritisch zum Begriff der Nachhaltigkeit bereits *Marsch-Barner*, Zum Begriff der Nachhaltigkeit in § 87 Abs. 1 AktG, ZHR 175 (2011), 737.

entieren. Diese sollen anhand eines Nachhaltigkeits-Index gemessen werden, der sich aus drei gleich gewichteten Kennzahlen zusammensetzt: Reduktion der CO₂-Emissionen, „Lernstunden pro Mitarbeiter“, insbesondere wegen der Herausforderungen durch die Digitalisierung, und *Net Promoter Score* zur Messung der Kundenzufriedenheit.²⁸ Es ist davon auszugehen, dass andere Unternehmen ähnliche Nachhaltigkeitsziele definieren werden. Zudem ist damit zu rechnen, dass derartige Nachhaltigkeitsziele dazu führen, dass die Vorstandsbezüge insgesamt steigen, da variable Vergütungsbestandteile auch künftig primär nach finanziellen Leistungskriterien bemessen werden dürften und Vorstände für die Erreichung der Nachhaltigkeitsziele eine zusätzliche Prämie verlangen werden, die sonstige Vergütungsbestandteile nicht ersetzt, sondern ergänzt.²⁹

Bemerkenswert ist, dass der Begriff der Nachhaltigkeit in der Regelung der Mindestangaben des Vergütungssystems nach § 87a Abs. 1 AktG keinen Niederschlag gefunden hat. In § 87a Abs. 1 Nr. 2 AktG heißt es lediglich, das Vergütungssystem müsse den Beitrag der Vergütung zur Förderung der Geschäftsstrategie und zur *langfristigen* Entwicklung der Gesellschaft erläutern. Es ist davon auszugehen, dass es sich um ein redaktionelles Versehen handelt und der Rechtsausschuss schlicht übersehen hat, dass die Formulierung „langfristige Entwicklung der Gesellschaft“ sich nicht nur in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG, sondern auch in § 87a Abs. 1 Nr. 2 AktG findet, weshalb die Anpassung dort unterblieben ist. Dementsprechend ist auch im Vergütungssystem auf den Beitrag der Vergütung nicht nur zur langfristigen, sondern auch zur nachhaltigen Entwicklung der Gesellschaft einzugehen.

2. Vergütungssystem (§ 87a AktG)

a) Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Festlegung des Vergütungssystems

Die Zuständigkeit für die Erarbeitung des Vergütungssystems börsennotierter Gesellschaften liegt gemäß § 87a Abs. 1 AktG beim Aufsichtsrat, der darüber beschließt und es sodann der Hauptversammlung gemäß § 120a Abs. 1 AktG zur Billigung vorzulegen hat. Während die Zuständigkeit für die Festsetzung der (konkreten) Bezüge der Vorstandsmitglieder aufgrund des ausdrücklichen Delegationsverbots in § 107 Abs. 3 Satz 7 AktG nicht auf einen Ausschuss übertragen werden kann, besteht ein sol-

28 Pressemitteilung der Siemens AG vom 4.12.2019, online abrufbar unter <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:4c8ab9ba-a29b-457b-a493-a65boaf3ood9/PI-04122019-de.pdf>.

29 Vgl. auch die Einschätzung von *Velte*, NZG 2020, 12, 14, demzufolge die „Integration von sozialen und umweltbedingten Aspekten als ‚Nebenfaktor‘ erfolgen wird.“

cher Plenarvorbehalt für die Verabschiedung des (abstrakten) Vergütungssystems nicht.³⁰

b) Inhalte des Vergütungssystems, insbesondere Festlegung einer Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder (§ 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG)

§ 87a AktG macht – abgesehen von Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 (dazu sogleich) – keine inhaltlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergütungssystems; vielmehr haben die Angaben lediglich beschreibenden Charakter und sollen die abstrakten Kriterien, nach denen die Vergütung der Vorstandsmitglieder festgelegt wird, transparent machen. Dementsprechend verlangt § 87a Abs. 1 Satz 1 AktG, dass die Angaben im Vergütungssystem „klar und verständlich“ sind. Dies entspricht den Vorgaben der zweiten Aktionärsrechterichtlinie und bleibt hinter dem Referentenentwurf zurück, der noch gefordert hatte, das Vergütungssystem müsse „allgemein verständlich“ sein. Maßgeblich ist nunmehr der Empfängerhorizont eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Aktionärs.³¹

Von den Mindestangaben des § 87a Abs. 1 Satz 2 AktG ist dessen Nr. 1, die die Festlegung einer Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder verlangt und erst in der Beschlussfassung des Rechtsausschusses ergänzt wurde, besonders hervorzuheben. Die Maximalvergütung umfasst die Gesamtheit der einem Vorstandsmitglied für ein Geschäftsjahr zugesagten Vergütungsbestandteile im Sinne von § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG.³² Anders als bei § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bis 11 handelt es sich bei dem Gebot der Festlegung einer Maximalvergütung um eine materielle Vorgabe für die Ausgestaltung des Vergütungssystems. In der Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wird betont, dass der Aufsichtsrat in der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung der Maximalvergütung frei ist; insbesondere kann die Maximalvergütung sowohl für den Gesamtvorstand als auch für jedes Vorstandsmitglied gesondert festgelegt werden und es darf die Maximalvergütung für variable und fixe Vergütungsbestandteile sowohl einheitlich als auch gesondert festgelegt werden.³³

30 Kritisch *Bachmann/Pauschinger*, Die Neuregelung der Vorstands- Aufsichtsratsvergütung durch das ARUG II, ZIP 2019, 1, 2, die dem Aufsichtsrat empfehlen, die Verabschiedung der Vergütungspolitik (= Vergütungssystem) wenigstens vorsorglich im Plenum zu beschließen.

31 BT-Drucks. 19/9739, S. 72.

32 *Dörrwächter/Leuering*, Die Maximalvergütung für Vorstandsmitglieder nach ARUG II, NJW-Spezial 2020, 15.

33 BT-Drucks. 19/15153, S. 56.

Die Vorschrift wird flankiert durch § 87 Abs. 4 AktG, wonach die Maximalvergütung durch Beschluss der Hauptversammlung herabgesetzt werden kann, deren Kontrollbefugnisse bei der Gestaltung der Vorstandsvergütung auf diese Weise nochmals gestärkt werden sollten. § 87 Abs. 4 AktG verschafft der Hauptversammlung die Möglichkeit, das Vergütungssystem unmittelbar mit Wirkung für die Zukunft zu ändern.³⁴ Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Vergütung im Rahmen der Bestellung künftiger Vorstandsmitglieder an die durch die Hauptversammlung herabgesetzte Maximalvergütung gebunden ist (sofern nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen einer Abweichung nach § 87a Abs. 2 Satz 2 AktG vorliegen). Die Wirkung des Herabsetzungsbeschlusses endet, sobald der Aufsichtsrat der (nächsten) Hauptversammlung ein überarbeitetes Vergütungssystem zur Billigung vorlegt, an das er sodann gemäß § 87a Abs. 2 Satz 1 AktG bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung gebunden ist, es sei denn, die Hauptversammlung macht erneut von der Möglichkeit der Herabsetzung der Maximalvergütung Gebrauch.

c) Bindungswirkung des Vergütungssystems

Die Verabschiedung des Vergütungssystems führt zu einer Selbstbindung des Aufsichtsrats, da er die konkreten Vorstandsbezüge gemäß § 87a Abs. 2 AktG in Übereinstimmung mit einem der Hauptversammlung nach § 120a Abs. 1 zur Billigung vorgelegten Vergütungssystem festzusetzen hat. Die Möglichkeit, von einem solchen System abzuweichen, sieht das Gesetz unter zwei Voraussetzungen vor, die kumulativ erfüllt sein müssen: Zum einen muss eine Abweichung im Interesse des langfristigen Wohlergehens der Gesellschaft notwendig sein, und zum anderen muss das Vergütungssystem das Verfahren des Abweichens sowie die Bestandteile des Vergütungssystems, von denen abgewichen werden kann, im Voraus benennen. Im Interesse des langfristigen Wohlergehens der Gesellschaft kann insbesondere auch eine Abweichung von den Vorgaben des Vergütungssystems „nach oben“ (das heißt zugunsten eines Vorstandsmitglieds) erforderlich sein, etwa wenn sich die Gesellschaft in einer schwierigen wirtschaftlichen Lage befindet und auf das Engagement besonders qualifizierter Vorstandsmitglieder angewiesen ist, die sich womöglich als Sanierungsexperten bereits einen Namen gemacht haben, oder wenn es gilt, besonders erfolgreiche Vorstandsmitglieder zu einer Verlängerung ihres Anstellungsvertrags zu bewegen.

Wurde das Vergütungssystem von der Hauptversammlung abgelehnt, ist der Aufsichtsrat gemäß § 120a Abs. 3 AktG gehalten, es zu überarbeiten und spätestens in der darauffolgenden ordentlichen Hauptversammlung ein überprüftes Vergütungssystem zum Beschluss vorzulegen. Bis zu einer

erstmaligen Billigung durch die Hauptversammlung ist der Aufsichtsrat an das von ihm erarbeitete Vergütungssystem nicht gebunden; die Festsetzung der Vorstandsbezüge erfolgt dann ohne Berücksichtigung des abgelehnten Vergütungssystems weiterhin allein nach Maßgabe von § 87 Abs. 1 AktG. Dies folgt nicht bereits aus dem Wortlaut des § 87a Abs. 2 AktG, der nicht auf die Billigung des Vergütungssystems durch die Hauptversammlung, sondern auf die bloße Vorlage zur Billigung abstellt. Es ergibt sich aber aus der Übergangsregelung in § 26j Abs. 1 Satz 2 EGAktG, wonach die *erstmalige* Festsetzung der Vergütung der Vorstandsmitglieder im Einklang mit dem der Hauptversammlung zur Billigung vorgelegten Vergütungssystem bis zum Ablauf von zwei Monaten nach *erstmaliger* Billigung des Vergütungssystems durch die Hauptversammlung zu erfolgen hat.

Nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist der Fall, dass das Vergütungssystem später geändert wird und diese Änderungen von der Hauptversammlung nicht gebilligt werden. Der Wortlaut des § 87a Abs. 2 AktG sowie die Regelung in § 120a Abs. 1 Satz 2 AktG, wonach das Hauptversammlungsvotum weder Rechte noch Pflichten begründet, legt nahe, dass in diesem Fall die bloße Vorlage des geänderten Vergütungssystems dazu führt, dass die Vorstandsbezüge trotz des ablehnenden Hauptversammlungsvotums nach Maßgabe des geänderten Vergütungssystems zu erfolgen hat.

d) Auswirkungen einer Änderung des Vergütungssystems auf laufende Verträge

Ändert sich nach Abschluss des Anstellungsvertrags mit einem Vorstandsmitglied das Vergütungssystem – sei es, weil der Aufsichtsrat ein neues Vergütungssystem erarbeitet oder weil die Hauptversammlung von der Möglichkeit Gebrauch macht, nach § 87 Abs. 4 AktG die Maximalvergütung herabzusetzen – hat eine solche Änderung grundsätzlich keine Auswirkungen auf laufende Verträge. Zu erwägen ist, für diesen Fall Anpassungsklauseln in die Anstellungsverträge mit Vorstandsmitgliedern aufzunehmen. Im Falle einer späteren Herabsetzung der Maximalvergütung durch die Hauptversammlung würde eine solche Anpassungsklausel dazu führen, dass die Vergütung nachträglich durch die herabgesetzte Maximalvergütung gedeckelt wird.

Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob derartige Anpassungsklauseln der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhielten. Auf Anstellungsverträge mit Vorstandsmitgliedern findet die gesellschaftsrechtliche Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB keine Anwendung.³⁵ Nach der Rechtspre-

35 Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Anstellungsverträge für AG-Vorstandsmitglieder und GmbH-Geschäftsführer

chung sind Vorstandsmitglieder beim Abschluss des Anstellungsvertrags als Verbraucher anzusehen.³⁶ Die Anpassungsklausel wäre daher an § 308 Nr. 4 BGB zu messen, wonach die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, unwirksam ist, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Im Bereich des Arbeitsrechts fallen darunter Klauseln, die dem Arbeitgeber das Recht einräumen, vertraglich zugesagte Lohnbestandteile zu widerrufen.³⁷ Auch wenn Vorstandsmitglieder keine Arbeitnehmer sind,³⁸ spricht viel dafür, dass auch sie die mit einer Anpassungsklausel verbundene Unsicherheit hinsichtlich des Umfangs ihrer Vergütung nicht hinzunehmen haben. Vielmehr werden die Gründe, in denen eine nachträgliche Anpassung der Bezüge nach unten von den betroffenen Vorstandsmitgliedern hinzunehmen ist, in § 87 Abs. 2 AktG abschließend geregelt.³⁹

3. Vergütungsbericht

a) Gemeinsame Erstellung durch Vorstand und Aufsichtsrat

Zur Erstellung des Vergütungsberichts sind Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam und in eigenem Namen verpflichtet⁴⁰. Insoweit gilt dasselbe wie für die Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. Auch hier stellt sich das Problem, dass der Vergütungsbericht wertende Elemente enthält, bei denen ein Dissens zwischen Vorstand und Aufsichtsrat oder

Rn. 1; *Poelzig*, Rückforderung der variablen Vorstandsvergütung (Clawback) in börsennotierten Gesellschaften, NZG 2020, 41, 46.

36 OLG Hamm 18.7. 2007 – 8 Sch 2/07, BeckRS 2007, 15564; OLG Düsseldorf 24.2. 2012 – I-16 U 177/10, BeckRS 2012, 11650; *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 35), Anstellungsverträge für AG-Vorstandsmitglieder und GmbH-Geschäftsführer Rn. 1; *Poelzig*, NZG 2020, 41, 46.

37 BAG 24.1. 2017 – 1 AZR 774/14, NJW 2017, 3181, 3182; *Weiler*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR (BeckOGK), BGB § 308 Nr. 4 Rn. 67, Stand: 1.10.2019; *Wurmnest*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 2, 8. Aufl. 2019, BGB § 308 Nr. 4 Rn. 6.

38 Näher zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern BGH 7.12. 1961 – II ZR 117/60, NJW 1962, 340, 343; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 12), AktG § 84 Rn. 25; *Spindler*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), AktG § 84 Rn. 60; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 12), AktG § 84 Rn. 14.

39 Die Herabsetzung der Maximalvergütung durch die Hauptversammlung ist unabhängig von einer Verschlechterung der Lage der Gesellschaft und rechtfertigt für sich allein keine Herabsetzung individueller Bezüge nach § 87 Abs. 2 AktG. Anders offenbar *Habersack*, ARUG II – Überraschungen auf der Zielgeraden und Perspektiven, BB 2020, I.

40 Zweifelnd *Bachmann/Pauschinger*, ZIP 2019, 1, 7.

zwischen den Mitgliedern dieser Organe denkbar ist, etwa bei der Frage, wie die Vergütungsbestandteile dem maßgeblichen Vergütungssystem entsprechen (§ 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG). Ebenso wie bei der Entsprechenserklärung kann ein solcher Dissens nicht offengelegt werden (etwa durch eine Enthaltung oder „Sondervoten“ einzelner Aufsichtsratsmitglieder), da der Informationszweck des Vergütungsberichts konterkariert würde, wenn mehrere, inhaltlich teilweise divergierende Vergütungsberichte publiziert würden.⁴¹ Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten des Vergütungsberichts werden den Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat wechselseitig zugerechnet, soweit sie diese kannten oder kennen mussten und gleichwohl nicht für eine Richtigstellung gesorgt haben, unabhängig davon, wer intern mit der Ausarbeitung des Vergütungsberichts befasst war.⁴²

Von der Erstellung ist die Veröffentlichung des Vergütungsberichts zu unterscheiden: Adressat der Veröffentlichungspflicht auf der Internetseite gemäß § 162 Abs. 4 AktG ist die Gesellschaft; es handelt sich (ebenso wie bei der Veröffentlichung der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG) um eine einfache Geschäftsführungsmaßnahme, die in der alleinigen Zuständigkeit des Vorstands liegt.⁴³

b) Ausgewählte Inhalte des Vergütungsberichts

Der Vergütungsbericht muss ebenso wie das Vergütungssystem „klar und verständlich“ sein; maßgeblich ist auch hier der Empfängerhorizont eines durchschnittlich informierten Aktionärs. Von den Inhalten des Vergütungsberichts verdient der Vertikalvergleich (§ 162 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG) besondere Hervorhebung, durch den transparent werden soll, inwieweit die Entwicklung der Vorstandsvergütung mit der Entwicklung der Ertragslage der Gesellschaft und der Entwicklung der Vergütung der sonstigen Beschäftigten korreliert. Insbesondere soll eine etwaige Verstärkung der Kluft zwischen Vorstandsmitgliedern und sonstigen Arbeitnehmern der Gesellschaft transparent werden. Die Ergebnisse des Vertikalvergleichs können stark dadurch beeinflusst werden, welche Arbeitnehmer einbezogen werden. Das Gesetz verlangt die Berücksichtigung der durchschnittlichen Vergütung von Arbeitnehmern auf Vollzeitäquivalenzbasis, nicht notwendigerweise *aller* Arbeitnehmer auf Vollzeitäquivalenzbasis. Um mögliche Verzerrungen offenzulegen, ist zu erläutern, welcher Kreis von Arbeitnehmern einbezogen wurde. Geboten ist eine Einbeziehung le-

41 Vgl. zu § 161 Abs. 1 AktG *Bayer/Scholz*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 4. Aufl. 2019, AktG § 161 Rn. 36; *Goette*, in: Münch-KommAktG, Bd. 3, 4. Aufl. 2018, AktG § 161 Rn. 57.

42 Vgl. zu § 161 Abs. 1 AktG BGH 16.2. 2009 – II ZR 185/07, NZG 2009, 342, 346.

43 Vgl. zu § 161 Abs. 2 AktG *Bayer/Scholz*, in: Spindler/Stilz (Fn. 40), AktG § 161 Rn. 88.

diglich von Arbeitnehmern der Gesellschaft; eine konzernweite Betrachtung verlangt das Gesetz nicht.

V. Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats bei Festsetzung unangemessener Vorstandsvergütung

Während den Vorstandsmitgliedern, die in den Genuss einer unangemessenen Vergütung gelangen, regelmäßig keine Haftungsfolgen drohen,⁴⁴ verletzen die Mitglieder des Aufsichtsrats, die an der Festsetzung unangemessener Vorstandsbezüge unter Verstoß gegen § 87 Abs. 1 AktG mitwirken, dadurch ihre Pflichten. Sie sind der Gesellschaft daher zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Die Haftung folgt aus §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 AktG und nicht aus § 116 Satz 3 AktG, der lediglich klarstellende Funktion hat und daher mit Recht als Ausdruck überflüssiger Symbolpolitik kritisiert wurde.⁴⁵

Bei der Festsetzung der Vorstandsbezüge handelt es sich in Anbetracht der damit notwendigerweise verbundenen Prognose über die Wirksamkeit der durch die Vergütung gesetzten Anreize um eine unternehmerische Entscheidung, weshalb der BGH überzeugend die Anwendbarkeit der *Business Judgement Rule* (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) bejaht hat.⁴⁶ Auf der Grundlage angemessener Informationen ist die Festsetzung der Bezüge jedenfalls dann erfolgt, wenn der Aufsichtsrat im Vorfeld ein Sachverständigengutachten eingeholt oder die Unterstützung eines spezialisierten Vergütungsberaters in Anspruch genommen hat.

Infolge des ARUG II beschließt bei börsennotierten Gesellschaften gemäß § 120a Abs. 1 AktG zwingend die Hauptversammlung über die Billigung des vom Aufsichtsrat vorgelegten Vergütungssystems. Ist die Vergütung einzelner Vorstandsmitglieder im Einklang mit dem Vergütungssystem festgesetzt worden und gleichwohl gemäß § 87 Abs. 1 AktG als unangemessen zu beurteilen, wird diese Unangemessenheit regelmäßig bereits in dem Vergütungssystem angelegt sein. Es stellt sich dann die Frage, ob ein zustimmendes Votum der Hauptversammlung zu dem Vergütungssystem die Haftung des Aufsichtsrats entfallen lässt.⁴⁷ Die Frage wurde bereits im Hinblick auf das fakultative Votum der Hauptversammlung zum Vergütungssystem nach § 120 Abs. 4 AktG a.F. diskutiert. Sie ist zu verneinen.

⁴⁴ Behme, BB 2019, 451, 456 f. mit weiteren Nachweisen.

⁴⁵ Habersack, in: MünchKommAktG (Fn. 12), AktG § 116 Rn. 45.

⁴⁶ BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 523 (Mannesmann); Behme, BB 2019, 451, 456 f.; Hoffmann-Becking, Vorstandsvergütung nach Mannesmann, NZG 2006, 127, 128; Spindler, in: Spindler/Stilz (Fn. 12), AktG § 116 Rn. 57; anderer Ansicht Habersack, in: MünchKommAktG (Fn. 12), AktG § 116 Rn. 43.

⁴⁷ Bachmann/Pauschinger, ZIP 2019, 1, 10 (die Frage offenlassend).

Zum einen sagt die Billigung eines (abstrakten) Vergütungssystems nichts über die Angemessenheit der (konkreten) Festsetzung der Vergütung eines Vorstandsmitglieds im Einzelfall aus, selbst wenn diese mit den Vorgaben des Vergütungssystems grundsätzlich in Einklang steht.⁴⁸ Zum anderen stellt § 120a Abs. 1 Satz 2 AktG ausdrücklich klar, dass der Beschluss über die Billigung des Vergütungssystems keine Rechte und Pflichten begründet; die Vorschrift steht damit einer Enthftung des Aufsichtsrats ebenso entgegen wie bereits der frühere § 120 Abs. 4 Satz 2 AktG a.F.⁴⁹ Auch § 93 Abs. 4 AktG, der über § 116 Abs. 1 AktG auch auf den Aufsichtsrat anwendbar ist, hilft insoweit nicht weiter, da die haftungsbegründende Festsetzung unangemessener Bezüge im Einzelfall gerade nicht auf dem Hauptversammlungsvotum zum (abstrakten) Vergütungssystem beruht, sondern auf einer Entscheidung des Aufsichtsrats über dessen Ausfüllung nach Abwägung der für die Angemessenheit maßgeblichen Faktoren im Einzelfall.

Neben der aktienrechtlichen Haftung kann ein Anspruch der Gesellschaft gegen das Aufsichtsratsmitglied auch auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 Abs. 1 StGB gestützt werden, wenn im Einzelfall die Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen Untreue ausnahmsweise vorliegen.

48 Vgl. *Verse*, Regulierung der Vorstandsvergütung – mehr Macht für die Aktionäre?, NZG 2013, 921, 929.

49 Zu § 120 Abs. 4 Satz 2 AktG a.F. bereits *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz (Fn. 1), AktG § 120 Rn. 55; *Kubis*, in: MünchKommAktG (Fn. 40), AktG § 120 Rn. 48; *Verse*, NZG 2013, 921, 929 f.; anderer Ansicht *Zetzsche*, Langfristigkeit im Aktienrecht? – Der Vorschlag der Europäischen Kommission zur Reform der Aktionärsrechtsrichtlinie, NZG 2014, 1121, 1129.

Diskussion*

Professor Dr. *Matthias Jacobs* (Bucerius Law School Hamburg) bedankt sich für den interessanten Vortrag sowie die klare Vortragsweise. Er möchte genauer wissen, was gegen eine „echte Kompetenz“ der Hauptversammlung zur Festsetzung der Vergütung spreche und wie dies in anderen Staaten geregelt sei.

Dr. *Caspar Behme* (Ludwig-Maximilians-Universität München) erwidert, er hätte dagegen keine rechtspolitischen Bedenken. Die Bedenken kämen von Interessengruppen, die von der Kompetenz des Aufsichtsrats profitieren. So gehe es vor allem um die Sicherung des Einflusses der Arbeitnehmer auf die Vorstandsvergütung über deren Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Andere Länder, insbesondere des angelsächsischen Rechtskreises, hätten keine Mitbestimmung in dieser Form und seien daher offener gegenüber dem *say on pay*. Abgesehen von der Mitbestimmung sei dies auch die sinnvollere Herangehensweise, da eine Entscheidung der Hauptversammlung, als Prinzipal, dem Prinzipal Agenten Problem entgegenwirke.

Professor *Jacobs* ergänzt, dass es zwischen Aufsichtsrat und Vorstand zu Geschäften hinter verschlossenen Türen kommen könne, was weitere Konflikte berge.

Dr. *Behme* beschreibt seinen Eindruck, dass versucht werde, Gruppen Einfluss auf die Festsetzung der Vorstandsvergütung zu geben, die eine Reduzierung der Gehälter durchsetzten. So ginge man irrig davon aus, dass die Mitbestimmung der Arbeitnehmer zu einer Reduktion führe. Ebenso liege der Stärkung der Hauptversammlung die Fehleinschätzung zugrunde, dass die Managergehälter dadurch sanken. Gegenteiliges zeige die amerikanische Praxis.

Professor Dr. *Volker Rieble* (ZAAR München) wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis das abstrakte Vergütungssystem zur konkreten Vergütungsvereinbarung im individuellen Anstellungsvertrag stehe und wie Abweichungen zivilrechtlich aufzulösen seien. Er differenziert zwischen einer Abweichung bei Erstaussfertigung der Vergütungsvereinbarung, zum Beispiel infolge einer fehlerhaften Anwendung des Vergütungssystems, und einer nachträglichen Abweichung. Diese entstünde beispielsweise, wenn die Maximalvergütung abgesenkt werde, aber im Anstellungsvertrag noch eine höhere Vergütung vorgesehen sei.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Alexander Bömer*.

Dr. *Behme* geht zunächst auf die erste Konstellation der anfänglichen Abweichung ein. Der Anstellungsvertrag sei trotz des Verstoßes gegen das Vergütungssystem wirksam. Man müsse jedoch die Haftung des Aufsichtsrats andenken. Auf laufende Vorstandsverträge hätten Änderungen des Vergütungssystems keinen Einfluss. Diese könnten nur Pflichten für den Aufsichtsrat begründen, wenn dieser einen neuen Vorstandsvertrag aushandle. Nur in drastischen Fällen sei an eine Anpassung nach § 87 Abs. 2 AktG oder auch nach § 313 BGB zu denken.

Professor *Rieble* ergänzt, dass die Änderung des Vergütungssystems durch eine Geschäftseinheitsklausel Eingang in das schuldrechtliche Verhältnis erlange. Sie könne in Form eines Anpassungs- oder Leistungsbestimmungsrechts im Anstellungsvertrag ausgestaltet werden. Eine andere Möglichkeit sei die Änderungskündigung. Für *Risk Taker* sei der Kündigungsschutz im KWG abgeschafft worden, um Änderungskündigungen bei Vergütung entgegen der Vorgaben des KWG durchsetzen zu können.

Dr. *Behme* bezweifelt, dass sich Vorstandsmitglieder auf Anpassungsklauseln einlassen würden. Es gelte abzuwarten, ob sich diese auf dem Markt durchsetzen. Kritisch sei ebenso die Wirksamkeit einer Anpassungsklausel in AGB. Eine unangemessene Benachteiligung des Vorstandsmitglieds im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB könne darin liegen, dass die Vergütung von einem „völlig ungewissen Ereignis in der Zukunft“ abhinge, zum Beispiel einem Hauptversammlungsbeschluss nach § 87 Abs. 4 AktG n.F.

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR München) widerspricht. Der Aufsichtsrat verletze seine Pflichten, wenn er eine Anpassungsklausel nicht aufnehme.

Dr. *Hendrik von Mellenthin* (Arqis Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Büro Düsseldorf) zieht die Parallele zur Anpassung von Anstellungsverträgen bei der Novellierung der Institutsvergütungsverordnung. In diesem Fall gebe es eine Hinwirkungspflicht des Aufsichtsrats, die Anstellungsverträge anzupassen, was bei ablehnender Haltung des Vorstands wirkungslos sei.

Dr. *Behme* stimmt zu, dass Hinwirkungspflichten ein „stumpfes Schwert“ seien.

Dr. *von Mellenthin* betont die formale Bedeutung der Hinwirkungspflicht für die Haftung des Aufsichtsrats und spricht von der Möglichkeit des Aufsichtsrats, legalen Druck auf die Vorstandsmitglieder auszuüben.

Dr. *Behme* ergänzt, dass Beschlüsse über die Herabsetzung der Maximalvergütung nach § 87 Abs. 4 AktG n.F. besondere Signalwirkung hätten, da diese in der Regel in Krisensituationen getroffen würden. Bevor es zu einem solchen Beschluss wegen Unzufriedenheit über den Vorstand kommt,

würde der Aufsichtsrat im Regelfall bereits über dessen Abberufung nachdenken.

Professor Dr. *Georg Annuß* (Staudacher Annuß Arbeitsrecht. Rechtsanwaltsgesellschaft mbh, München) stimmt zu, dass bestehende Verträge nicht geändert werden könnten. Die vorsorgliche Vertragsgestaltung kenne man aus dem regulierten Bereich der Versicherungsvergütungsverordnung. Hier fänden abzuwartende Entscheidungen der Aufsicht durch Anpassungsklauseln Eingang in den Vertrag. Zudem stimmt er Professor *Giesen* zu, dass eine Pflicht des Aufsichtsrats zur Verwendung von Anpassungsklauseln bestünde und widerspricht Dr. *Behme*, dass die Untreue nach § 266 StGB nur in Ausnahmefällen erfüllt sei.

Dr. *Behme* differenziert zwischen einer Änderung des Vergütungssystems durch den Aufsichtsrat nach § 87a Abs. 1 AktG n.F. und der Herabsetzung der Maximalvergütung durch die Hauptversammlung nach § 87 Abs. 4 AktG n.F. Bei einer Änderung des Vergütungssystems könne mit Anpassungsklauseln gearbeitet werden. Zur Herabsetzung der Maximalvergütung führe die Gesetzesbegründung aus, dass laufende Verträge und die sich daraus ergebenden Vergütungspflichten unberührt blieben. Dies spreche dafür, dass der Gesetzgeber nicht von einer Anpassungspflicht des Aufsichtsrats ausgehe.

Ortwin Strubelt (TUI AG) stellt die fachliche Qualifikation der Hauptversammlung hinsichtlich der Festsetzung einer angemessenen Vorstandsvergütung infrage und weist auf das Problem aktivistischer Aktionäre hin.

Dr. *Behme* ergänzt, dass nach derzeitiger Rechtslage die Hürde für eine Antragstellung auf Beschluss der Maximalvergütung bei 5 % des Grundkapitals bzw. 500.000 € liege.

Professorin Dr. *Claudia Schubert* (Universität Hamburg) widerspricht Dr. *Behme* und lehnt die Anwendung der Business Judgement Rule nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ab, da der Aufsichtsrat lediglich eine Rechtsvorgabe umsetze und es sich nicht um eine unternehmerische Entscheidung handle. Ebenso sei das Kriterium der Nachhaltigkeit aus § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG n.F. nicht unbekannt, sondern schon zum VorstAG diskutiert worden. Gesellschaften würden „Nachhaltigkeits-KPIs“ bereits kennen, so dass das Gesetz nur die bestehende Praxis umsetze. Über die Messbarkeit und die Qualität der Kennzahlen könne man sich zugegebenermaßen streiten. Letztlich solle der Aufsichtsrat entscheiden, ob er sich der Kennzahlen annehmen wolle. Die Nachhaltigkeit im Sinne des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG n.F. müsse über die Begriffe „ökologische“ und „soziale Belange“ hinausgehend weiter verstanden und mit CSR und dem Nachhaltigkeitskodex gleichgesetzt werden.

Dr. *Behme* sieht die Konkretisierung der Nachhaltigkeit als Aufgabe des Gesetzgebers. Es sei möglich, die konturlosen Begrifflichkeiten mit Leben zu füllen. Jedoch könnten für eine zwingende Regelung, wie § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG n.F., nicht die Maßstäbe freiwilliger Standards herangezogen werden.

Professor Dr. *Hans Hanau* (Helmut-Schmidt-Universität Hamburg) kritisiert, dass zu viele neue Stakeholder ins Spiel gebracht würden und das Unternehmensinteresse nicht hinreichend berücksichtigt würde. Letztlich bestimme der Markt den Preis. Die „vermeintlich objektiven“ Kriterien des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG n.F. träten dahinter zurück. Er will wissen, wie mit diesem Dilemma in der Praxis umgegangen werde und vermutet, dass letztlich die Erfüllung der Kriterien „gefaked“ werde.

Dr. *Behme* denkt nicht, dass leicht manipuliert werden könne, da klare Kriterien definiert werden müssten, die sich auf die Vergütung auswirkten. Da der Nachhaltigkeitsbegriff bisher im Sinne der Langfristigkeit ausgelegt worden sei gebe es zum praktischen Umgang noch keine Erfahrungswerte.

Dr. *von Mellenthin* sieht das Problem der Haftung bzw. Enthftung des Aufsichtsrats aufgrund Beachtung oder Nichtbeachtung ökologischer und sozialer Gründe nicht und misst den Änderungen keine besondere praktische Bedeutung bei. Er ergänzt, dass es bereits Ratingagenturen für CSR gebe.

Dr. *Behme* widerspricht. Die Umsetzung sozialer und ökologischer Belange sei in der Vorstandsvergütung nach der Novellierung zwingend. Der Gesetzgeber fordere eine Incentivierung des Vorstands nachhaltig zu agieren. Hiermit gehe eine Rückkopplung ans Unternehmensinteresse einher, an das Vorstand und Aufsichtsrat bei der Amtsführung gebunden sind. Die Nachhaltigkeit habe also haftungsrechtliche Auswirkungen.

Professor Dr. *Konstantinos Bakopoulos* (Universität Athen) greift noch einmal die Umsetzung des Vergütungssystems über Klauseln im Anstellungsvertrag auf.

Professor Dr. *Franz Marhold* (Wirtschaftsuniversität Wien) wirft einen Blick auf das österreichische Recht. Um „Mauscheleien“ zwischen Betriebsratsmitgliedern und Arbeitnehmervertretern zu verhindern, hätten Arbeitnehmervertreter ausnahmsweise in Ausschüssen, die die Beziehungen der Gesellschaft zu den Vorstandsmitgliedern betreffen, kein Stimmrecht. Durch die Bildung eines solchen Ausschusses könnten sie von Vergütungsfragen somit ausgeschlossen werden.

Herabsetzung der Vorstandsvergütung und Rückforderung aufgrund von Clawback-Klauseln

Dörte Poelzig

	Seite
A. Einleitung.....	42
B. Begriff.....	42
I. Performance-Clawback.....	43
II. Compliance-Clawback.....	44
III. Zwischenergebnis.....	45
C. Pflicht zur Rückforderung.....	45
I. Ausstrahlungswirkung der aufsichtsrechtlichen Pflicht	46
II. Aktienrechtliche Vorgaben	47
III. Zwischenergebnis.....	48
D. Recht zur Rückforderung.....	48
I. Rückforderung kraft Gesetzes	48
1. Aktienrechtliche Rückforderung?	48
2. Bereicherungsrechtliche Rückforderung.....	49
II. Rückforderung kraft vertraglicher Vereinbarung	50
1. Clawback als Vertragsstrafe gemäß § 339 BGB?.....	50
2. Aktienrechtliche Grenzen.....	51
3. AGB-rechtliche Grenzen	52
a) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB.....	52
b) Überraschende Klausel gemäß § 305c Abs. 1 BGB	53
c) Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB	53
d) Transparenz gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.....	57
E. Zweckmäßigkeit der Rückforderung.....	58
I. Performance-Clawback.....	58
II. Compliance-Clawback.....	60
F. Fazit	61
Diskussion	63

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen* (München 2020), S. 41-62

A. Einleitung

Börsennotierte Gesellschaften müssen sich spätestens seit Inkrafttreten von ARUG II zum 1.1. 2020 verstärkt darüber Gedanken machen, ob und inwieweit sie bereits ausgezahlte Boni von ihren Vorständen zurückfordern können.¹ Denn auch wenn die neuen Vergütungsregeln keine inhaltlichen Vorgaben für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung formulieren,² wird die Möglichkeit zur Rückforderung der variablen Vorstandsvergütung (sog. Clawback) im Vergütungssystem gemäß § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AktG n.F. und im DCGK 2019 stärker in den Fokus gerückt. Folgende Fragen werden börsennotierte Gesellschaften in Zukunft für sich beantworten müssen: Erstens gibt es eine Pflicht zur Rückforderung von Boni? Zweitens gibt es ein Recht zur Rückforderung? Und drittens sind Clawback-Klauseln zweckmäßig?

B. Begriff

Während 2017 noch weniger als 20 % der DAX30-Unternehmen Clawback-Klauseln vorsahen, haben Stand heute bereits fast zwei Drittel irgendeine Form von Clawback-Klauseln in ihr Vergütungssystem integriert. Das betrifft vornehmlich Banken und Versicherungen, denn diese sind seit 2017 aufsichtsrechtlich verpflichtet, Clawback-Klauseln in die Verträge mit ihren Vorständen aufzunehmen.³ Aber auch nicht aufsichtsrechtlich regulierte börsennotierte Gesellschaften sehen in der einen oder anderen Form vor, dass ihre Vorstandsmitglieder bereits ausgezahlte Vergütung unter bestimmten Voraussetzungen zurückzahlen müssen. Der Begriff „Clawback“ findet also schon jetzt in den meisten Vergütungssystemen der DAX30-Unternehmen an irgendeiner Stelle Erwähnung. Schaut

- 1 Siehe *Seyfarth*, Clawback-Vereinbarungen in Vorstandsverträgen, WM 2019, 521 ff., *ders.*, Clawback-Vereinbarungen in Vorstandsverträgen, WM 2019, 569 ff.; *Schockenhoff/Nußbaum*, Claw-Back-Klauseln in Vorstandsverträgen, AG 2018, 813 ff.; *Poelzig*, Rückforderung der variablen Vorstandsvergütung (Clawback) in börsennotierten Gesellschaften, NZG 2020, 41 ff.
- 2 Zu den neuen Vergütungsregeln *Behme*, Festsetzung einer „angemessenen“ Vorstandsvergütung nach dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Aktionärsrechterichtlinie, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen, 2020, S. 15 (in diesem Band).
- 3 Eingehend hierzu *Fischbach*, Rechtsfragen zur Novelle der Institutsvergütungsverordnung unter Berücksichtigung der BaFin-Auslegungshilfe, WM 2018, 1491, 1498 ff.; *Gennert*, Institutsvergütungsverordnung 3.0: Verpflichtung zum „Claw Back“, DB 2017, 674; *Krumey/Merkelbach*, Clawback gemäß InstitutsVergV: Rückforderung bei pflichtgemäßen Verhalten?, CCZ 2019, 266 ff.; *Schirrmacher*, Damoklesschrift oder Symbolpolitik? – Die Rückforderung von Bankerboni im Spiegel des Arbeitsrechts, ZBB 2017, 281 ff.; zur InstitutsVergV *Annuß/Sappa*, Die Institutionsvergütungsverordnung 2017, BB 2017, 2612.

man aber genauer hin, werden unter dem Begriff „Clawback“ ganz unterschiedliche Konzepte zusammengefasst, die mehr oder weniger weitreichende Folgen haben. Zunächst bedeutet Clawback nicht viel mehr als Rückforderung; Rückforderung variabler Vergütung, die bereits an das Vorstandsmitglied ausgezahlt wurde. Vorstandsmitglieder erhalten für ihre Dienste typischerweise einen Vergütungsmix aus Fixgehalt und langfristiger und kurzfristiger variabler Vergütung. Variable Vergütungsbestandteile werden für den Fall versprochen, dass bestimmte, in der Regel wirtschaftliche Erfolgsziele erreicht werden, wie etwa ein möglichst hoher Gewinn bei den weit verbreiteten Gewinnbeteiligungen. Je nach Anlass für die vereinbarte Rückforderung der variablen Vergütung ist zwischen sog. *Performance-Clawback* und *Compliance-Clawback* zu differenzieren.

I. Performance-Clawback

Bei einem *Performance-Clawback* wird die Rückforderung der ausgezahlten variablen Vergütung an das Nichterreichen der vereinbarten Erfolgsziele geknüpft. Ein Beispiel hierfür findet sich im Vergütungsbericht der SAP.⁴ Dort heißt es:

„Die SAP hat das vertragliche Recht, vom Vorstandsmitglied Auszahlungen aus dem STI oder dem LTI zurückzufordern. Dies kommt dann zum Tragen, wenn sich später herausstellt, dass die Auszahlung ganz oder teilweise zu Unrecht erfolgt ist, weil Zielvorgaben tatsächlich nicht oder nicht in dem Umfang erreicht wurden, wie dies bei Ermittlung des Auszahlungsbetrags auf Grundlage falscher Informationen angenommen wurde. Das Vorstandsmitglied ist in diesem Fall verpflichtet, der SAP jeweils denjenigen Betrag zurückzuzahlen, um den eine geleistete Auszahlung den Auszahlungsbetrag übersteigt, der sich bei Zugrundelegung der tatsächlichen Zielwerte ergeben hätte.“

Ebenso wenig wie ein Verschulden ist eine Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds für die Rückforderung erforderlich. Der *Performance-Clawback* steht im engen Zusammenhang mit § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG, der börsennotierte Gesellschaften verpflichtet, ihre Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung und seit dem ARUG II auf eine „nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft“ auszurichten.⁵ Insbesondere variable Vergütungsbestandteile nach § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG sollen auf einer mehrjährigen Bemessungsgrundlage beruhen, was nach überwiegender Auffassung mindestens drei bis vier Jahre sein müssen. Durch das Nachhaltigkeitsgebot soll vermieden werden, dass Vorstände kurzfristige Risiken eingehen, also zum Beispiel auf Forschung

4 Integrierter Bericht der SAP 2018, abrufbar unter <https://www.sap.com/docs/download/investors/2018/sap-2018-integrierter-bericht.pdf>, S. 32 (abgerufen 7.1. 2020).

5 Zur Bedeutung dieser Änderung des Wortlauts des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG Behme (Fn. 2); Poelzig, NZG 2020, 41 ff.

verzichten, um zulasten eines langfristigen Unternehmenserfolgs einen kurzfristigen Gewinn am Ende des Jahres verbuchen zu können. Wie dem Gebot der Nachhaltigkeit auf einer mehrjährigen Bemessungsgrundlage Rechnung getragen werden kann, überlässt der Gesetzgeber den Gesellschaften.⁶ Wichtig ist jedenfalls, dass nicht lediglich die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs hinausgeschoben wird, sondern dass die Höhe der variablen Vergütung an den positiven und Entwicklungen innerhalb des Bemessungszeitraums teilnimmt.⁷ Das kann zum Beispiel relativ einfach dadurch sichergestellt werden, dass die variable Vergütung erst nach vier Jahren – wie der neue DCGK 2019 empfiehlt – festgesetzt und gewährt wird. Soll dem Vorstand ein Teil der variablen Vergütung aber bereits vorher ausgezahlt werden, ist für den Fall, dass die Gesellschaft in den Folgejahren Verluste erwirtschaftet, eine Rückforderung unumgänglich. Nur so kann dem Gebot der mehrjährigen Bemessungsgrundlage Genüge getan werden. Und hier kommt der *Performance-Clawback* ins Spiel. Eine Rückforderung der vorab ausgezahlten Vergütung muss gemäß § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG möglich sein, wenn die vereinbarten langfristigen Ziele nicht erreicht werden, die Auszahlung also entweder auf falschen Zahlen beruht oder die vereinbarten Ziele am Ende des Bemessungszeitraums nicht erreicht werden. *Performance-Clawback* fordern also eine ungerechtfertigte Belohnung von Misserfolgen zum Schutz des Gesellschaftsvermögens zurück.⁸

II. Compliance-Clawback

In den Vergütungssystemen der DAX30-Unternehmen gibt es noch eine zweite Form von Clawback-Klauseln, die den Einbehalt bzw. die Rückfor-

-
- 6 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 87 AktG Rn. 32; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 14. Aufl. 2020, § 87 AktG Rn. 13; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth (Hrsg.), Aktiengesetz, Bd. 4/1, 5. Aufl. 2015, § 87 AktG Rn. 121; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (MünchKommAktG), Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 87 AktG Rn. 90; *Jaeger*, Zur Problematik der Einbeziehung von „good leaver“-Klauseln in die Regelung der variablen Vergütung von Vorstandsmitgliedern, Liber amicorum Martin Winter, 2011, S. 315, 316 f.
 - 7 Begr. RegE VorstAG, BT-Drucks. 16/13433, S. 16; *Fleischer*, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 801, 803; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 13; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth (Fn. 6), § 87 Rn. 134; *Rieble/Schmittlein*, Vergütung von Vorständen und Führungskräften, 2011, Rn. 233; *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 87 Rn. 89; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 87 AktG Rn. 12; *Weber-Rey*, Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex 2009, WM 2009, 2255, 2259.
 - 8 Rechtsvergleichend insbesondere *Seyfarth*, WM 2019, 521, 526 ff.; siehe auch *Poelzig*, NZG 2020, 41 ff.

derung der variablen Vergütung bei (schwerwiegenden) Pflichtverletzungen des Vorstands vorsehen, ohne dass es dabei auf einen wirtschaftlichen Nachteil der Gesellschaft ankommt. So sieht beispielsweise Volkswagen in seinem neuen Vergütungssystem für 2019 vor,

„dass die variable Vergütung bei individuell verschuldetem Fehlverhalten in reduzierter Höhe festgesetzt werden oder sogar entfallen kann – mit dem Ziel, regelkonformes und integrires Verhalten zu fördern. Werden schwerwiegende Verfehlungen erst nachträglich festgestellt, können bereits erfolgte Bonuszahlungen auch zurückgefordert werden.“⁹

Schwerwiegende Verfehlungen sollen einen Anspruch der Gesellschaft gegen den Vorstand begründen, bereits ausgezahlte Boni zurückzuzahlen. Hier geht es also nicht darum, eine wegen Misserfolgs ungerechtfertigte Belohnung zurückzufordern, sondern der Vorstand soll durch die drohende Rückforderung zur Einhaltung der rechtlichen Regelungen und damit seiner Legalitätspflicht motiviert werden. Damit verfolgt der *Compliance-Clawback* vor allem das Ziel der Verhaltenssteuerung,¹⁰ was er mit der Vorstandshaftung gemäß § 93 Abs. 2 AktG gemein hat.

III. Zwischenergebnis

Sowohl *Performance-Clawback* als auch *Compliance-Clawback* verpflichten den Vorstand zur Rückzahlung der bereits an ihn ausgezahlten variablen Vergütung. So sehr sie sich auf den ersten Blick ähneln, unterscheiden sie sich in ihren Funktionen aber doch ganz erheblich: Während *Performance-Clawback* die variable Vergütung zum Schutz des Gesellschaftsvermögens soweit zurückfordern, wie sie zu Unrecht ausgezahlt wurde, fordern *Compliance-Clawback* die variable Vergütung im Falle von Pflichtverletzungen unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des Vorstandshandelns zurück und sollen damit verhaltenssteuernd auf den Vorstand einwirken.

C. Pflicht zur Rückforderung

Nachdem die Begrifflichkeiten abgesteckt sind, stellt sich im Weiteren die Frage, ob börsennotierte Gesellschaften verpflichtet sind, variable Vergütungsbestandteile zurückzufordern.

9 Siehe Handelsblatt vom 19.12. 2018; abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/verguetungspolitik-vw-ueberarbeitet-boni-system-fuer-topmanager/23777446.html?ticket=ST-32577119-vm4uM500waCgDXDCU-Ed7-ap5> (abgerufen 7.1. 2020).

10 So auch zu § 20 Abs. 6 InstitutsVergV *Fischbach*, WM 2018, 1491, 1500; ähnlich *Seyfarth*, WM 2019, 569, 574 f. (allerdings skeptisch zur tatsächlichen verhaltenssteuernden Wirkung).

I. Ausstrahlungswirkung der aufsichtsrechtlichen Pflicht

Eine ausdrückliche Pflicht zur Herabsetzung und Rückforderung gilt seit 2017 für Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute, die nach dem KWG angemessene, transparente und auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts ausgerichtete Vergütungssysteme für Geschäftsleiter und Mitarbeiter festlegen müssen. Anlass für die aufsichtsrechtliche Regulierung der Vergütung war – das war bereits Thema auf Ihrer Jahrestagung im Jahr 2011 – der Gedanke, dass vor allem kurzfristig und hoch riskantes Agieren der verantwortlichen Personen in Banken einen wesentlichen Beitrag zur Finanzmarktkrise geleistet hat und durch Vergütungsregelungen verhaltenssteuernd zur Vermeidung kurzfristiger Risiken eingegriffen werden soll.¹¹ Die BaFin hat in der InstitutsVergV nähere Bestimmungen zum Vergütungssystem erlassen. Demnach sind bedeutende Institute gemäß § 20 Abs. 6 InstitutsVergV in Umsetzung der europäischen CRD IV verpflichtet, bereits ausgezahlte variable Vergütung auf Grundlage entsprechender Vereinbarungen mit dem Vorstandsmitglied vollständig zurückzufordern. Voraussetzung hierfür ist, dass das Vorstandsmitglied entweder an einem Verhalten, das für das Institut zu erheblichen Verlusten oder einer wesentlichen regulatorischen Sanktion geführt hat, maßgeblich beteiligt oder dafür verantwortlich war oder relevante externe oder interne Regelungen in Bezug auf Eignung und Verhalten in schwerwiegendem Maß verletzt hat. Ähnliche Vorgaben gelten auch für Versicherungsunternehmen und Kapitalverwaltungsgesellschaften.

Für börsennotierte Aktiengesellschaften außerhalb der Finanzwirtschaft gelten diese aufsichtsrechtlichen Vorgaben indes nicht und sind auch nicht übertragbar. Denn die finanzaufsichtsrechtliche Vergütungsregulierung der bedeutenden Institute dient vor allem dem öffentlichen Interesse an einem stabilen Finanzmarkt.¹² Die Pflicht zur Rückforderung variabler Vergütungsbestandteile nach der InstitutsVergV ist daher durch ein besonderes öffentliches Interesse geprägt, dass Vorstände keine übermäßigen Risiken eingehen und damit unter Umständen zulasten des Steuerzahlers einen Insolvenzfall verursachen.¹³ Dieses weitergehende Schutzziel rechtfertigt strengere Regelungen und höhere Belastungen für Banken und sollte daher nicht ohne Weiteres auf börsennotierte Gesellschaften übertragen werden.

11 Hierzu bereits Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und arbeitsrechtliche Entgeltsysteme, 2011; siehe auch Der Spiegel, Nr. 8 vom 16.2. 2009, S. 1 („die Schamlosen“); Appel, „Prämie zum Ruin“, FAZ vom 28.3. 2009, S. 9 („Skandal“).

12 Ausführlich hierzu Duplois, Die Beeinflussung aktienrechtlicher Corporate Governance durch das Bankaufsichtsrecht, 2017, S. 294 f.

13 Fried/Shilon, Excess-Pay Clawbacks, 36 Journal of Corporation Law (2011), 722, 724.

II. Aktienrechtliche Vorgaben

Eine Pflicht börsennotierter Gesellschaften zur Rückforderung variabler Vergütungsbestandteile folgt auch nicht aus dem Aktienrecht. Börsennotierte Gesellschaften sind gemäß § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AktG seit Inkrafttreten des ARUG II zum 1.1. 2020 in Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie lediglich verpflichtet, im Vergütungssystem gegebenenfalls über „die Möglichkeiten zur Rückforderung zu berichten“.¹⁴ Außerdem soll der Aufsichtsrat gemäß § 162 Abs. 1 Nr. 4 AktG im jährlich zu erstattenden Vergütungsbericht Angaben dazu machen, ob und inwieweit von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde, variable Vergütungsbestandteile zurückzufordern. Mit diesen neuen Berichtspflichten ist jedoch keine Pflicht zur Rückforderung verbunden.¹⁵ Ausweislich der Gesetzesmaterialien soll § 87a AktG gerade „keine materiellen Vorgaben zur konkreten Vorstandsvergütung“ formulieren, sondern nur „Vorgaben dazu, zu welchen Themen sich das Vergütungssystem zu äußern hat, falls sie zur Anwendung kommen sollen“.¹⁶

Außerdem empfiehlt der neue DCGK 2020 die Rückforderung von variabler Vergütung. So heißt es in der Empfehlung G11:

„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“.¹⁷

Da es sich hierbei um eine Empfehlung handelt, kann hiervon, anders als im Falle der neuen Kategorie der Grundsätze (*apply and explain*), grundsätzlich abgewichen werden, was allerdings erklärungsbedürftig ist (*comply or explain*). Der Verzicht auf eine Rückforderungsklausel ist demnach zwar möglich, aber im Rahmen der Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG zu begründen. Allerdings verhält sich die Empfehlung im DCGK zu Voraussetzungen und Umfang der Rückforderung recht vage.¹⁸ Es ist lediglich die Rede von „begründeten Fällen“. Ob damit *Performance-Claw-*

14 RegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 82.

15 Löbbe/Fischbach, Die Neuregelungen des ARUG II zur Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat börsennotierter Aktiengesellschaften, AG 2019, 373, 377.

16 Begr RegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 72. Siehe auch Florstedt, Die neuen Aktionärsvoten zur Organvergütung – Zur Umsetzung von Art. 9a, b der geänderten Aktionsrechterichtlinie nach dem Regierungsentwurf eines ARUG II, ZGR 2019, 630, 647.

17 Kodex 2019 mit Begründungen, Begründung zu DCGK 2019 Ziffer G11, S. 33 (abrufbar unter <https://www.dcgk.de/de/kodex/dcgk-2019.html>, abgerufen 7.1. 2020).

18 Ähnlich Hohenstatt/Seibt, DCGK-Reform 2019: Neue Leitplanken für die Gestaltung unternehmenswohlfördernder Vorstandsvergütung?, ZIP 2019, 11, 18.

back oder *Compliance*-Clawback oder zwingend beide Formen der Rückforderung empfohlen werden, bleibt offen und unklar.

III. Zwischenergebnis

Damit lässt sich festhalten: Eine Pflicht zur Rückforderung variabler Vergütung folgt für börsennotierte Gesellschaften weder aus dem Aufsichts- noch aus dem Aktienrecht. Da künftig jedoch im Rahmen des Vergütungssystems über eine etwaige Möglichkeit zur Rückforderung berichtet werden muss und der DCGK 2020 eine Rückforderung in begründeten Fällen empfiehlt, müssen sich börsennotierte Gesellschaften mit diesem Thema verstärkt befassen. Das ist nicht zuletzt auch deshalb ratsam, weil vor allem die einflussreichen Stimmrechtsberater in ihren Abstimmungsrichtlinien häufig Clawback-Klauseln empfehlen.¹⁹ Da Stimmrechtsberater Abstimmungsempfehlungen zu Tagesordnungspunkten der Hauptversammlung aussprechen,²⁰ wird ihr Einfluss auf die Ausgestaltung der Vergütung mit dem neuen Vergütungssystem gemäß § 87a AktG n.F. zunehmen.

D. Recht zur Rückforderung

Daher stellt sich im Weiteren die Frage, ob und inwieweit eine Rückforderung ausgezahlter variabler Vergütung kraft Gesetzes oder kraft vertraglicher Vereinbarung möglich ist.

I. Rückforderung kraft Gesetzes

1. Aktienrechtliche Rückforderung?

Das Aktienrecht sieht ebenso wenig wie eine Pflicht ein ausdrückliches Recht zur Rückforderung nicht vor. Insbesondere bietet § 87 Abs. 2 AktG keinen geeigneten Anknüpfungspunkt. Demnach soll der Aufsichtsrat seit dem VorstAG 2009 die Vorstandsbezüge auf eine angemessene Höhe herabsetzen, wenn sich die Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung so verschlechtert, dass die Weitergewährung der Bezüge nach § 87 Abs. 1 AktG unbillig für die Gesellschaft wäre. Zwar bezieht sich die Herabsetzung auf die Gesamtvergütung und damit auf den variablen ebenso wie auf den fixen Vergütungsanteil, Gegenstand der Herabsetzung sind aber nur zukünftige Bezüge, so dass die Rückforderung bereits ausgezahlter Vergü-

¹⁹ Seyfarth, WM 2019, 521, 524 f.

²⁰ Eingehend zur Funktion von Stimmrechtsberatern *Fleischer*, Zur Rolle und Regulierung von Stimmrechtsberatern (Proxy Advisors) im deutschen und europäischen Aktien- und Kapitalmarktrecht, AG 2012, 2 ff.; *Schockenhoff*, Proxy Fights – bald auch in Deutschland?, NZG 2015, 657; *Zetzsche/Preiner*, Der Verhaltenskodex für Stimmbereiter zwischen Vertrags- und Wettbewerbsrecht, AG 2014, 685.

tungsbestandteile nicht auf § 87 Abs. 2 AktG gestützt werden kann.²¹ Der Schadensersatz gemäß § 93 Abs. 2 AktG kann eine Rückforderung nur ausnahmsweise rechtfertigen, wenn die Auszahlung der variablen Vergütung kausal auf einer schuldhaften Pflichtverletzung des Vorstands beruht.

2. Bereicherungsrechtliche Rückforderung

Vor allem *Performance*-Clawback lassen sich aber häufig auch ohne vertragliche Vereinbarung bereits bereicherungsrechtlich begründen: Beruht die Höhe der ausgezahlten variablen Vergütung auf einer fehlerhaften Berechnung oder wird der zugrundeliegende Jahresabschluss nachträglich geändert und neu festgestellt, steht der Gesellschaft ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1; Satz 2 Alt. 1 BGB zu, da die Auszahlung ohne Rechtsgrund erfolgt ist²² bzw. dieser nachträglich wegfällt.²³ Ebenso können Bonuszahlungen mithilfe der Zweckverfehlungskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB zurückgefordert werden, wenn die Zahlung an das Erreichen bestimmter langfristiger Ziele geknüpft war und diese Ziele innerhalb des Bemessungszeitraums tatsächlich nicht erreicht wurden.²⁴ Die Auszahlung der langfristig variablen Vergütung ist typischerweise mit der beidseitig erkannten Erwartung verbunden, dass der Vorstand die langfristigen Erfolgsziele erreicht.²⁵ Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft nach Ablauf des mehrjährigen Bemessungszeitraums für die variable Vergütung des betreffenden Geschäftsjahrs ist indes kein Grund, die ausgezahlte variable Vergütung auf Grundlage der §§ 812 ff. BGB zurückzufordern. Das schließt aber natürlich nicht aus, die variable Vergütung des betreffenden Bemessungszeitraums unter den oben genannten Voraussetzungen zurückzufordern. Die Achillesferse der bereicherungsrechtlichen Ansprüche ist allerdings jeweils der Entreicherungseinwand gemäß § 818 Abs. 3 BGB. Soweit der Vorstand nachweisen kann, dass er die Vergütung für die eigene Lebenshaltung verbraucht hat, ist eine Rückforderung grundsätzlich ausge-

21 Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 54; Koch, Die Herabsetzung der Vorstandsbezüge gemäß § 87 Abs. 2 AktG nach dem VorstAG, WM 2010, 49, 57.

22 Hohenstatt/Seibt, ZIP 2019, 11, 18.

23 So zur Berichtigung des Jahresabschlusses OLG Düsseldorf 27.10. 2011 – I-6 U 42/11, 6 U 42/11, NZG 2012, 20, 21; Schockenhoff/Nußbaum, AG 2018, 813, 820.

24 Schockenhoff/Nußbaum, AG 2018, 813, 820.

25 Unter Umständen ist der Anspruch auch aufschiebend bedingt im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB, so dass dann auch eine Rückforderung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB in Betracht kommt.

schlossen.²⁶ Eine vertragliche Abrede könnte daher die Durchsetzung durch Ausschluss des Entreicherungseinwands erleichtern, indem die Ungewissheit des Erfolgs (§ 820 Abs. 1 Satz 1 BGB) bzw. der Vorbehalt der Rückforderung bei falscher Berechnung in die vertragliche Vereinbarung aufgenommen werden.²⁷ Der *Compliance*-Clawback bei Pflichtverletzungen des Vorstands ist bereicherungsrechtlich ohne vertragliche Abrede nicht möglich.

II. Rückforderung kraft vertraglicher Vereinbarung

Fraglich ist daher, ob und inwieweit die Pflicht des Vorstands zur Rückzahlung variabler Vergütung vertraglich in sog. Clawback-Klauseln etwa in Form eines gemäß § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingten Rückzahlungsanspruchs oder eines Widerrufsrechts der Gesellschaft vereinbart werden kann.²⁸

1. Clawback als Vertragsstrafe gemäß § 339 BGB?

Da es bei Clawback-Klauseln auch darum geht, das Verhalten des Vorstands durch die Kürzung von Bezügen so zu steuern, dass er bestimmte wirtschaftliche Ziele im Interesse der Gesellschaft anstrebt bzw. Fehlverhalten vermeidet, stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um eine „verkappte“ Vertragsstrafe im Sinne des § 339 BGB handelt.²⁹ Dies hätte Konsequenzen für die Anwendbarkeit der §§ 339 ff. BGB für das Verhältnis zum Aktienrecht. Soweit die Einordnung von Clawback-Klauseln als Vertragsstrafe überhaupt diskutiert wird, wird sie bislang abgelehnt.³⁰ Begründung ist, dass die Rückforderung keine Strafe darstellt, sondern lediglich die Höhe der variablen Vergütung bestimmt und damit eine bloße Entgeltregelung darstellt. Vertragsstrafen zeichnen sich dadurch aus, dass sie Erfüllungszwang erzeugen und steuernd auf das Verhalten des Vertragspartners einwirken sollen.³¹ Dass der Clawback stets eine verhaltens-

26 Zur Überzahlung von Arbeitslohn BAG 26.5. 2009 – 3 AZR 797/07, NZA 2009, 1279, 1282; *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 7, 7. Aufl. 2017, § 818 BGB Rn. 199.

27 Zur Anwendung des § 820 BGB auch auf die Kondition nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB *Schwab*, in: MünchKommBGB (Fn. 26), § 820 BGB Rn. 2.

28 Näher hierzu *Raitzsch*, Keine Praxis ohne Theorie – Die Claw-Back-Klausel als Element nachhaltiger Vorstandsvergütung, ZIP 2019, 104, 107; *Seyfarth*, WM 2019, 569, 570; *Poelzig*, NZG 2020, 41 ff.

29 Näher hierzu *Poelzig*, NZG 2020, 41 ff.

30 *Seyfarth*, WM 2019, 569, 572; *Kähler*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB (BeckOK BGB), Stand: 1.10. 2019, § 309 Nr. 6 BGB Rn. 68.

31 Vgl. Motive II, S. 275; RG 29.1. 1887 – I 401/86, RGZ 20, 33; RG 29.5. 1908 – III 558/07, RGZ 69, 9, 11; BGH 5.11. 2015 – VII ZR 43/15, NJW 2016, 634, 635 Rn. 33; *Gottwald*, in: MünchKommBGB, Bd. 3, 8. Aufl. 2019, Vor § 339 BGB

steuernde und damit präventive Wirkung entfaltet, ist ebenso unbestritten wie die verhaltenssteuernde Wirkung der variablen Vergütung als solche. Doch nicht jede verhaltenssteuernde vertragliche Vereinbarung ist auch eine Vertragsstrafe. Maßgeblich ist vielmehr, ob der Clawback nach dem Willen der Vertragsparteien primär der Verhaltenssteuerung dienen soll.³² Das ist bei einem *Performance*-Clawback nicht der Fall: Hier soll lediglich die variable Vergütung soweit zurückgefordert werden, wie sie wegen Misserfolgs zu Unrecht ausgezahlt wurde, ohne damit ein Fehlverhalten des Vorstands zu sanktionieren.³³

Bei einem *Compliance*-Clawback verhält es sich jedoch anders: Hier geht es nicht vorrangig um die Rückforderung einer unverdienten Belohnung, sondern das pflichtwidrige Verhalten des Vorstands soll durch die Rückforderung der variablen Vergütung sanktioniert werden, unabhängig davon, ob die Gesellschaft durch die Pflichtverletzung einen Nachteil erlitten hat, die Leistung des Vorstands also weniger wert ist und damit eine Anpassung der variablen Vergütung notwendig erscheint. Tatsächlich handelt es sich bei einem *Compliance*-Clawback daher um eine Vertragsstrafe.³⁴ Als Konsequenz hieraus finden auf den *Compliance*-Clawback prinzipiell die §§ 339 ff. BGB und vor allem § 343 BGB Anwendung, wonach die Vertragsstrafe vom Gericht herabgesetzt werden kann.

2. Aktienrechtliche Grenzen

Aktienrechtliche Erwägungen stehen der vertraglichen Vereinbarung jedenfalls von *Performance*-Clawback nicht entgegen. Insbesondere handelt es sich bei der vorzeitigen Auszahlung nicht um einen Kredit im Sinne des § 89 Abs. 1 Satz 4 AktG, der einen Beschluss des Aufsichtsrats nicht länger als drei Monate im Voraus erfordert.³⁵ Schwieriger gestaltet sich jedoch das Verhältnis von *Compliance*-Clawback zum Aktienrecht. Häufig wer-

Rn. 6; Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1987, § 24 II a, S. 376; Lindacher, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 5/3, 13. Aufl. 2010, Vor § 339 BGB Rn. 2; Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 20. Aufl. 2020, § 345 BGB Rn. 1a.

32 BGH 24.4.1992 – V ZR 13/91, NJW 1992, 2625; Rieble, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2015, Vor §§ 339 ff. BGB Rn. 58; § 339 Rn. 455 ff.; Kähler, in: BeckOK BGB (Fn. 30), Stand: 1.11.2019, § 307 BGB Rn. 59.

33 Kähler, in: BeckOK BGB (Fn. 30), Stand: 1.11.2019, § 307 BGB Rn. 59.

34 Siehe allgemein zu Rückforderungsklauseln, die an ein Verhalten des Vertragspartners anknüpfen, Gottwald, in: MünchKommBGB (Fn. 31), § 339 BGB Rn. 8.

35 Hierzu Wettich, Vorstandsvergütung: Bonus-Malus-System mit Rückforderungsmöglichkeit (claw back) und Reichweite des Zuständigkeitsvorbehalts zugunsten des Aufsichtsratsplenums, AG 2013, 374, 377.

den *Compliance*-Clawback pauschal mit dem Hinweis darauf für unwirksam erklärt, dass bei Pflichtverletzungen des Vorstands neben der Abberufung gemäß § 84 AktG bzw. Kündigung und Schadensersatz gemäß § 93 Abs. 2 AktG kein Raum für weitere vertragliche Sanktionen sei.³⁶ Ob und inwieweit das Aktienrecht Vertragsstrafen, was der *Compliance*-Clawback nach hier vertretener Auffassung ist, zulässt, wird bislang vor allem im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverbot gemäß § 88 AktG beantwortet und überwiegend für ganz selbstverständlich zulässig erachtet. Problematisch sind Vertragsstrafen in Vorstandsanstellungsverträgen in der Tat nur dann, soweit sie gegen zwingendes Aktienrecht verstoßen. Soweit *Compliance*-Clawback aber an ohnehin bestehende Vorstandspflichten anknüpfen, handelt es sich um unselbständige Strafversprechen, die weder die organschaftlichen Pflichten des Vorstands gemäß § 76 Abs. 1 AktG erweitern noch die Voraussetzungen des § 93 Abs. 2 AktG haftungsschärfend abändern, sondern die Vorstandshaftung lediglich verstärken.³⁷ Insoweit ist auch der *Compliance*-Clawback aktienrechtlich unbedenklich.

3. AGB-rechtliche Grenzen

Im Zentrum der bisherigen Diskussion um die Zulässigkeit von Clawback-Klauseln steht vor allem das AGB-Recht. Da Clawback-Klauseln als Bestandteil des neuen Vergütungssystems gemäß § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AktG n.F. typischerweise nicht individuell zwischen Gesellschaft und Vorstand ausgehandelt werden, sind die §§ 305 ff. BGB grundsätzlich zu beachten.³⁸

a) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

Da Vorstände fremdnützig tätig werden und kein eigenes unmittelbares wirtschaftliches Risiko tragen, sind sie nach herrschender Meinung als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB einzuordnen,³⁹ so dass die AGB-

³⁶ Seyfarth, WM 2019, 569, 574.

³⁷ Brock, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, 2017, S. 351 f.

³⁸ Hierzu Fischbach, WM 2018, 1491, 1498 ff. sowie zuletzt Seyfarth, WM 2019, 569, 571 ff.

³⁹ OLG Frankfurt 18.4. 2018 – 4 U 120/17, AG 2018, 852, 853; OLG Hamm 18.7. 2007 – 8 Sch 2/07, AG 2007, 910, 911 f.; Micklitz, in: MünchKommBGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 13 BGB Rn. 49; Bauer, Ausgewählte Probleme der AGB-Kontrolle von Anstellungsverträgen vertretungsberechtigter Organmitglieder, Festschrift Wank, 2014, S. 1, 3 ff.; Bauer/Arnold, AGB-Kontrolle von Vorstandsverträgen, ZIP 2006, 2337, 2339; Bauer/Arnold/Kramer, Schiedsvereinbarungen mit Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern, AG 2014, 677, 678; Habersack, Der Anstellungsvertrag zwischen Vorstandsmitglied und Aktiengesellschaft – ein Fall für das AGB-Recht?, Festschrift Coester-Waltjen,

rechtlichen Vorschriften nach Maßgabe des § 310 Abs. 3 Nr. 1, 2 BGB zur Anwendung kommen, also auch dann, wenn die vorformulierte Klausel nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist. Zudem handelt es sich bei Vorstandsanstellungsverträgen nicht um Verträge aus dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, die gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB vom AGB-Recht ausgenommen sind,⁴⁰ denn der Vorstandsanstellungsvertrag ist ein Dienstvertrag⁴¹ mit Geschäftsbesorgungscharakter gemäß §§ 611, 675 BGB und damit ein typischer Austauschvertrag.⁴²

b) Überraschende Klausel gemäß § 305c Abs. 1 BGB

Dass Clawback-Klauseln als überraschend gemäß § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil werden, scheint mit Inkrafttreten des ARUG II unwahrscheinlich, jedenfalls, soweit sie vom DCGK 2020 empfohlen werden. Da der DCGK 2020 die Rückforderung „in begründeten Fällen“ empfiehlt, sind weder *Performance*- noch *Compliance*-Clawback *per se* objektiv ungewöhnlich. Im Übrigen fehlt es an dem Überraschungselement, wenn das Vorstandsmitglied bei Vertragsschluss auf den Inhalt der Clawback-Klausel ausdrücklich oder durch klar und eindeutige formulierte Überschriften hingewiesen worden ist.⁴³

c) Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB

Jedenfalls soweit sich die Clawback-Klauseln nicht auf die Wiederholung der gesetzlichen Herabsetzungs- und Rückforderungsmöglichkeiten insbesondere gemäß § 812 BGB beschränken, handelt es sich um Vorschriften, die von §§ 611, 675 BGB abweichen⁴⁴ und daher gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB grundsätzlich kontrollfähig sind. Im Weiteren ist zwischen *Performance*-Clawback und *Compliance*-Clawback zu differenzieren:

2015, S. 1097, 1098 f.; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 7), § 76 Rn. 6, *Thüsing*, in: Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 4 Rn. 101.

40 *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Anstellungsverträge für AG-Vorstandsmitglieder und GmbH-Geschäftsführer Rn. 1; *Löw*, AGB-Kontrolle von Vorstandsverträgen, AG 2018, 837, 838.

41 Zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Vorstandsanstellungsvertrags gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB analog *Poelzig*, NZG 2020, 41 ff.

42 Vgl. BGH 11.7. 1953 – II ZR 126/52, BGHZ 10, 187, 191; BGH 7.12. 1961 – II ZR 117/60, BGHZ 36, 142, 143; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 6), § 84 Rn. 14; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth (Fn. 6), § 84 AktG Rn. 271a; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (KölnKommAktG), Bd. 2/1, 3. Aufl. 2009, § 84 AktG Rn. 34; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 7), § 84 AktG Rn. 23.

43 Siehe *Basedow*, in: MünchKommBGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 305c BGB Rn. 10.

44 *Heinrichs*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl. 2020, Vorbemerkung § 145 BGB Rn. 4a.

aa) Performance-Clawback

Performance-Clawback sind je nach Ausgestaltung als Widerruf oder Bedingung an § 308 Nr. 4 BGB bzw. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu messen. Ob und inwieweit die Klausel der Inhaltskontrolle standhält, hängt in jedem Fall davon ab, ob die Rückforderung mit wesentlichen Grundgedanken des geltenden Rechts vereinbar ist. Die Unvereinbarkeit wird häufig unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG zu den arbeitsrechtlichen Stichtags- und Rückzahlungsklauseln⁴⁵ begründet,⁴⁶ die den Arbeitnehmer verpflichten, einen ihm gewährten Bonus zurückzuzahlen, wenn er in einem bestimmten Zeitraum nach Erhalt der Sonderzahlung aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Das BAG hat solche Klauseln vor allem deshalb für unwirksam erklärt, weil der Arbeitnehmer dadurch in seiner durch Art. 12 GG geschützten Kündigungsfreiheit beschränkt und ihm bereits verdienter Lohn entzogen wird. Anders als die arbeitsrechtlichen Rückzahlungsklauseln knüpft der *Performance-Clawback* aber nicht an das Bestehen des Vorstandsanstellungsvertrags an und beeinträchtigt daher auch nicht die Kündigungsfreiheit des Vorstands. Zentraler ist jedoch das zweite Argument des BAG für die Unwirksamkeit der arbeitsrechtlichen Rückzahlungsklauseln: Demnach stehen diese „im Widerspruch zu § 611 Abs. 1 BGB“, weil sie „dem Arbeitnehmer bereits erarbeiteten Lohn“ entziehen.⁴⁷ Nach dem Leitbild des Dienstvertrags hat der Vorstand den Anspruch auf die Vergütung gemäß §§ 611, 614 BGB grundsätzlich nach Erbringung der Dienstleistung bzw. bei Bemessung der Vergütung nach Zeitabschnitten gemäß § 614 Satz 2 BGB mit Ablauf des vereinbarten Zeitraums verdient. Im Verhältnis zum Vorstand sind aber im Weiteren die aktienrechtlichen Wertungen und insbesondere das Nachhaltigkeitsgebot gemäß § 87 Abs. 1 Sätze 2, 3 AktG zu berücksichtigen.

(a) Negative Ereignisse innerhalb des Bemessungszeitraums

Dem Gebot der Nachhaltigkeit wird nur dann genügt, wenn die variable Vergütung an negativen Entwicklungen im gesamten Bemessungszeitraum teilnimmt.⁴⁸ Daher haben Vorstandsmitglieder – anders als Arbeitnehmer – die variable Vergütung nicht bereits mit Erbringung der Dienstleistung

45 BAG 18.1. 2012 – 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561; BAG 13.11. 2013 – 10 AZR 848/12, NJW 2014, 1466, 1468. Hierzu *Hoefs*, in: Clemenz/Kreft/Krause (Hrsg.), AGB-Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, Besondere Vergütungssysteme Rn. 18.

46 Siehe zu *Compliance-Clawback Seyfahrt*, WM 2019, 569, 574.

47 BAG 18.1.2012 – 10 AZR 612/10 (Fn. 45), 562.

48 Vgl. BT-Drucks. 16/13433, S. 16; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 32; *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 31; *Kort*, in: Hirte/Mülbelt/Roth (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 134; *Spindler*, in: MünchKommAktG Fn. 6), § 87 AktG Rn. 89; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 7), § 87 AktG Rn. 12; *Weber-Rey*, WM 2009, 2255, 2259.

bzw. mit Ablauf des Geschäftsjahres, sondern erst dann verdient, wenn der Bemessungszeitraum abgelaufen ist.⁴⁹ Rückforderungen, die auf der fehlerhaften Berechnung der variablen Vergütung oder der Nichterreichung der vereinbarten Ziele innerhalb des Bemessungszeitraums beruhen, entziehen dem Vorstand daher keine verdiente Vergütung. Wie zuvor bereits festgestellt, hätte die Gesellschaft in diesen Fällen ohnehin grundsätzlich einen bereicherungsrechtlichen Anspruch.

(b) Wirtschaftliche Verschlechterung außerhalb des Bemessungszeitraums

Mit Ablauf des Bemessungszeitraums hat indes auch der Vorstand die variable Vergütung verdient. Clawback, die eine Rückforderung ausgezahlter variabler Vergütungsbestandteile für den Fall vorsehen, dass sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft nach Ablauf des Bemessungszeitraums verschlechtert hat, verstoßen daher gegen das Leitbild des Vorstandsanstellungsvertrags und sind unwirksam.⁵⁰ Gegen eine vertraglich vereinbarte Rückforderung von Vorstandboni wegen wirtschaftlichen Verschlechterung nach Ablauf der Bemessungsperiode spricht zudem § 87 Abs. 2 AktG, der bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage unter strengen Voraussetzungen allenfalls eine Herabsetzung der künftigen Bezüge zulässt.

bb) Compliance-Clawback

Da es sich nach hier vertretener Auffassung bei *Compliance*-Clawback um eine Vertragsstrafe handelt (siehe D II 1), sind die hierzu geltenden Regelungen zu beachten. § 309 Nr. 6 BGB erklärt Vertragsstrafen für bestimmte Leistungsstörungen wie Verzug oder Nichtleistung für unwirksam; hiervon jedoch nicht erfasst sind Vertragsstrafen für Schlechtleistungen,⁵¹ wie hier in Form von Pflichtverletzungen.⁵² Zudem findet § 309 Nr. 6 BGB nach weit verbreiteter Auffassung auf Vorstandsanstellungsverträge ohnehin keine Anwendung.⁵³ Die Unwirksamkeit kann sich aber natürlich

49 So auch *Jaeger*, Liber amicorum Martin Winter, 2011, S. 313, 320.

50 Anderer Ansicht *Schockenhoff/Nußbaum*, AG 2018, 813, 821, die eine vertragliche Vereinbarung der Rückforderung unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachten.

51 *Wurmnest*, in: MünchKommBGB (Fn. 43), § 309 Nr. 6 BGB Rn. 2.

52 So im Ergebnis auch *Seyfahrt*, WM 2019, 569, 572 f.

53 *Bauer/Arnold*, ZIP 2006, 2337, 2338; *Habersack*, Festschrift Coester-Waltjen, 2015, S. 1097, 1103; *Khanian*, Die Inhaltskontrolle von Geschäftsführerverträgen, GmbHR 2011, 116, 118; *Schneider/Hohenstatt*, in: Scholz (Hrsg.), GmbH-Gesetz, Bd. 2, 11. Aufl. 2013, § 35 GmbHG Rn. 325; *Stagat*, Risiken und Nebenwirkungen von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen, NZA-RR 2011, 617, 621 f.; anderer Ansicht *Boemke*, Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 2018, 1, 15; *Hümmerich*, Der Verbraucher-

aus der allgemeinen Vorschrift des § 307 BGB ergeben. Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Vorstands, die nicht durch begründete und billigenwerte Interessen der börsennotierten Gesellschaft gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile aufseiten des Vorstands ausgeglichen wird. Die Gesellschaft hat vor allem dann ein berechtigtes Interesse an *Compliance-Clawback*, soweit die Vorstandshaftung gemäß § 93 Abs. 2 AktG keine ausreichende Steuerungswirkung entfalten kann. Das ist beispielsweise bei profitablen Gesetzesverstößen des Vorstands der Fall, da etwaige Schadensersatzansprüche hier regelmäßig im Rahmen der Vorteilsausgleichung abgeschmolzen werden.

An einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers fehlt es indes nach der Rechtsprechung des BAG bei globalen Strafversprechen, also Vertragsstrafen für „jede Pflichtverletzung“ des Arbeitnehmers oder „jede Nichteinhaltung des Vertrags“.⁵⁴ Diese Rechtsprechung des BAG lässt sich jedoch auf das Vorstandsverhältnis nicht ohne Weiteres übertragen, denn sie beruht vor allem darauf, dass die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung nicht durch Einführung einer Vertragsstrafe für Pflichtverletzungen jeglicher Art unterlaufen werden.⁵⁵ Da diese Grundsätze aber nach bislang überwiegender Auffassung gerade nicht für den Vorstand gelten,⁵⁶ sondern der Vorstand grundsätzlich für jede schuldhaftige Pflichtverletzung gemäß § 93 Abs. 2 AktG einzustehen hat, würde eine Vertragsstrafe auch für leicht fahrlässiges Verhalten des Vorstands keine Umgehung darstel-

Geschäftsführer – Das unbekannte Wesen, NZA 2006, 709, 712; näher hierzu Poelzig, NZG 2020, 41 ff.

54 BAG 21.4.2005 – 8 AZR 425/04, NZA 2005, 1053, 1055.

55 Vgl. Rieble, in: Staudinger (Fn. 32), § 339 BGB Rn. 171; Gottwald, in: MünchKommBGB (Fn. 31), Vor § 339 Rn. 24.

56 BGH 27.2.1975 – II ZR 112/72, WM 1975, 467, 469; BGH 25.6.2001 – II ZR 38/99, BGHZ 148, 167, 172; KG 9.10.1998 – 14 U 4823/96, NZG 1999, 400, 402; OLG Düsseldorf 22.6.1995 – 6 U 104/94, AG 1995, 416, 420; Binder, Grenzen der Vorstandshaftung, 2016, S. 312 ff.; Fleischer, in: Spindler/Stilz (Fn. 6), § 93 AktG Rn. 206; Hopt/Roth, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Aktiengesetz, Großkommentar, Bd. 4/2, 5. Aufl. 2015, § 93 AktG Rn. 395 ff.; Krieger, in: Krieger/Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 44; Mertens/Cahn, in: KölnKommAktG (Fn. 42), § 93 AktG Rn. 39; Spindler, in: MünchKommAktG (Fn. 6), § 93 AktG Rn. 64; zur Regressreduzierung bei betrieblich veranlasster Tätigkeit aber insbesondere Koch, Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, Liber amicorum Martin Winter, 2011, S. 327 ff.; Koch, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429 ff.; ders., Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – eine Sammelreplik, AG 2014, 513 ff.

len. Daher sind Clawback-Klauseln, die die Rückforderung variabler Vergütungsbestandteile auch bei leichter Fahrlässigkeit anordnen, nicht *per se* unangemessen. Etwas Anderes gilt aber für verschuldensunabhängige *Compliance*-Clawback, denn diese weichen vom Leitbild des § 339 BGB ebenso ab wie von den Wertungen der Vorstandshaftung gemäß § 93 Abs. 2 AktG.

d) Transparenz gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB

Hauptaugenmerk sollte in jedem Fall auf die transparente Gestaltung der Clawback-Klauseln gelegt werden. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB muss eine Klausel klar und verständlich sein. Das Transparenzgebot umfasst das Bestimmtheitsgebot. Die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen müssen so genau beschrieben werden, dass der durchschnittliche Vertragspartner erkennen kann, was auf ihn zukommt.⁵⁷ Für den jeweiligen Verwender dürfen keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Für die Formulierung von Clawback-Klauseln bedeutet dies, dass sowohl der Gegenstand der Rückzahlung als auch der auslösende Grund, also die Nichterreichung der Ziele bzw. die Pflichtverletzung, so klar bezeichnet werden müssen, dass sich der durchschnittliche Vorstand in seinem Verhalten darauf einstellen kann. Schwierigkeiten bereitet auch hier vor allem der *Compliance*-Clawback.⁵⁸ Nach der Rechtsprechung zu Vertragsstrafen in Arbeitsverträgen muss die Klausel die

„Pflichtverletzung so klar bezeichnen, dass sich der Versprechende in seinem Verhalten darauf einstellen kann. ... Schuldhaft vertragswidriges Verhalten ohne nähere Konkretisierung enthält deshalb nicht die nötige Warnfunktion und entspricht wegen des Strafcharakters der Vertragsstrafe auch nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen“.⁵⁹

Denkbar wäre, die Rückforderung an die schwerwiegende Verletzung von Pflichten gemäß § 93 Abs. 1 AktG anzuknüpfen und diese durch Regelbeispiele zu konkretisieren.⁶⁰ Im Weiteren ist klar zu regeln, ob sich die Verpflichtung zur Rückzahlung auf den Brutto- oder den Nettobetrag der variablen Vergütung bezieht.⁶¹ Einer klaren Regelung bedarf zudem, wie die

57 BAG 18.12. 2008 – 8 AZR 81/08, NZA-RR 2009, 519 Rn. 44 f.; BAG 25.9. 2008 – 8 AZR 717/07, NZA 2009, 370 Rn. 47 f.

58 Seyfarth, WM 2019, 569, 573 f. („äußerst fraglich“).

59 BAG 21.4. 2005 – 8 AZR 425/04 (Fn. 54).

60 Zu einem ähnlichen Vorschlag für aufsichtsrechtlich regulierte Unternehmen Fischbach, WM 2018, 1491, 1499. Zweifelnd hingegen Seyfarth, WM 2019, 569, 574.

61 Für Nettobetrag bei Verhaltenssteuerungsfunktion Fischbach, WM 2018, 1049, 1051.

Rückerstattung, etwa der aktienbasierten Vergütung (Rückübertragung der Aktien oder Wertausgleich), zu erfolgen hat.⁶²

E. Zweckmäßigkeit der Rückforderung

Nachdem festgestellt werden konnte, dass börsennotierte Gesellschaften zur Einführung von Clawback-Klauseln nicht verpflichtet sind, die Vereinbarung solcher Klauseln aber sowohl aktienrechtlich als auch AGB-rechtlich – wenn auch mit erheblichem Aufwand – zulässig ist, stellt sich abschließend die Frage, ob Clawback-Klauseln zweckmäßig sind.

I. Performance-Clawback

Performance-Clawback sollen primär sicherstellen, dass die variable Vorstandsvergütung – wie von § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG verlangt – auf einer mehrjährigen Bemessungsgrundlage fußt. Sie sind daher jedenfalls dann entbehrlich, wenn eine reine Fixvergütung vereinbart wird, was aktienrechtlich auch unter Berücksichtigung des Nachhaltigkeitgebots nach herrschender Meinung weiterhin zulässig bleibt.⁶³ Allerdings trägt eine (auch) langfristig variable Vergütung dem Nachhaltigkeitsgebot besser Rechnung und entspricht zudem der Empfehlung in Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 2 DCGK (wohl auch weiterhin gemäß Ziffer G1 DCGK 2020), so dass eine Kombination aus fixer und variabler Vergütung gegenüber einer reinen Fixvergütung grundsätzlich vorzugswürdig ist.⁶⁴

Da der Gesetzgeber es den Gesellschaften überlassen hat, mit welchen vertraglichen Gestaltungen sie die Mehrjährigkeit der variablen Vergütung sicherstellen,⁶⁵ ist der Clawback nur eine Option der nachhaltigen Ausge-

⁶² Näher hierzu *Fischbach*, WM 2018, 1049, 1051.

⁶³ Statt aller *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 35; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 148; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 7), § 87 AktG Rn. 12.

⁶⁴ Ein unerwünschtes Ausweichen auf eine ausschließliche Fixvergütung fürchten im Zusammenhang mit dem US-amerikanischen Dodd-Frank-Clawback *Bainbridge*, Dodd-Frank: Quack Federal Corporate Governance Round II (UCLA School of Law, Law-Economic Research Working Paper No. 10–12), 2010, S. 27; abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1673575> (abgerufen 7.1. 2020); *Bhagat/Romano*, Reforming Executive Compensation: Focusing and Committing to the Long-term, 26 Yale Journal on Regulation (2009), 359, 366; anderer Ansicht *Fried/Shilon*, 36 Journal of Corporation Law (2011), 722, 747; zur ökonomischen Kritik an der variablen Vergütung allerdings *Rost/Osterloh*, Management Fashion Pay-for-Performance for CEOs, 61 Schmalenbach Business Review (2009), 119.

⁶⁵ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 32; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 13; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 121; *Spindler*, in: MünchKommAktG (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 90.

staltung.⁶⁶ Die Gesellschaft könnte ebenso die variable Vergütung für das jeweilige Vergütungsjahr zurückhalten und mit dem Gesamtbetrag am Ende des Zurückbehaltungszeitraums auszahlen (*Cliff Vesting*) oder Bonus und Malus im Rahmen des sog. Bonusbank-Modells verbuchen.⁶⁷ Nachhaltigkeit ohne Clawback-Klauseln kann auch dadurch sichergestellt werden, dass das Vorstandsmitglied ausschließlich in Aktien vergütet wird, die es erst nach Ausscheiden aus dem Amt erhält.⁶⁸ Vorteile dieser Alternativen gegenüber dem Clawback wären aus Sicht der Gesellschaft, dass dadurch das Risiko der späteren Durchsetzbarkeit des Rückzahlungsanspruchs⁶⁹ entfällt⁷⁰ und unter Umständen drohende dysfunktionale Folgen einer Rückforderung⁷¹ vermieden werden könnten. Soll die variable Vergütung gleichwohl vorab ausgezahlt werden, können *Performance-Clawback* dazu beitragen, die Unsicherheiten des Bereicherungsrechts zu beseitigen und die Durchsetzung der Rückforderung durch Ausschluss des Entreicherungsseinwands zu erleichtern (siehe D I 2).

66 So auch *Raitzsch*, ZIP 2019, 104, 109; *Rieble/Schmittlein* (Fn. 7), Rn. 238 („nicht zu empfehlen“). Zu den verschiedenen Möglichkeiten *Ihrig/Wandt/Wittgens*, Die angemessene Vorstandsvergütung drei Jahre nach Inkrafttreten des VorstAG – Grundsätze, Leitlinien und Zweifelsfragen in der Praxis – eine Bestandsaufnahme, ZIP 2012, Beilage zu Heft 40, S. 10.

67 *Fried/Shilon*, 36 *Journal of Corporation Law* (2011), 722, 726; *Raitzsch*, ZIP 2019, 104, 109; *Rieble/Schmittlein* (Fn. 7), Rn. 237.

68 *Bhagat/Romano*, 26 *Yale Journal on Regulation* (2009), 359, 367 („natural clawback“); siehe auch *Fried/Shilon*, 36 *Journal of Corporation Law* (2011), 722, 726; *Bebchuk/Fried*, *Paying for Long-Term Performance*, 158 *University of Pennsylvania Law Review* (2010) 1915, 1919; *Rieble/Schmittlein* (Fn. 7), Rn. 236.

69 *Spindler*, in: *MünchKommAktG* (Fn. 6), § 87 AktG Rn. 94; *Hohenstatt/Kuhnke*, Vergütungsstruktur und variable Vergütungsmodelle für Vorstandsmitglieder nach dem VorstAG, ZIP 2009, 1981, 1985 f.; *Lingemann*, Angemessenheit der Vorstandsvergütung – Das VorstAG ist in Kraft, BB 2009, 1918, 1919; *Bauer/Arnold*, Festsetzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung nach dem VorstAG, AG 2009, 717, 723; anderer Ansicht *Wettich*, AG 2013, 374, 376; *Eichner/Delahaye*, Sorgfaltspflichten und Gestaltungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats bei Vorstandsverträgen nach dem VorstAG, ZIP 2010, 2082, 2087.

70 Hierzu *Raitzsch*, ZIP 2019, 104, 108.

71 Näher hierzu *Babenko/Bennett/Bizjak/Coles*, *Clawback Provisions* (Working Paper, Arizona State University, 14.7. 2017), abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2023292> (abgerufen 7.1. 2020), die festgestellt haben, dass Unternehmen mit einem Clawback ihre Ausgaben für Forschung und Entwicklung reduzierten, weniger Patente anmeldeten und ein geringeres Investitions-wachstum aufwiesen. Siehe auch *Frik/Holst/Wolff*, *Clawback-Regelungen – Ein zweischneidiges Schwert*, *Controlling* 2019, 34, 37.

II. Compliance-Clawback

Compliance-Clawback dienen im Wesentlichen dazu, den Vorstand zur Einhaltung seiner organschaftlichen bzw. anstellungsvertraglichen Pflichten anzuhalten. Auf die Frage, ob und inwieweit Clawback-Klauseln tatsächlich geeignet sind, die richtigen Verhaltensanreize zu setzen, gibt es allerdings unterschiedliche Antworten: Während in den USA empirisch belegt werden konnte, dass die Einführung von Clawback-Klauseln für den Fall von fehlerhafter Berichterstattung die Qualität der Berichterstattung verbessert hat,⁷² kommen andere Studien zu dem Schluss, dass sich die Einführung von Clawback-Klauseln negativ auf die Vorstandstätigkeit auswirkt.⁷³ Theoretisch haben *Compliance-Clawback* das Potenzial, die Lücken zu schließen, in denen die aktienrechtlichen Sanktionen, neben der Abberufung gemäß § 84 AktG insbesondere die Vorstandshaftung gemäß § 93 Abs. 2 AktG, keine verhaltenssteuernde Wirkung entfalten.⁷⁴ Das ist vor allem der Fall, soweit es um Pflichtverletzungen geht, die zu keinem oder zu einem nicht messbaren Vermögensschaden aufseiten der Gesellschaft führen, etwa bei nützlichen Gesetzesverstößen oder bloßen Reputationsschäden,⁷⁵ da die aktienrechtliche Vorstandshaftung in diesen Fällen mangels (nachweisbaren) Schadens nicht greift.

Im Übrigen hat der *Compliance-Clawback* gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus der Perspektive der Prävention den Vorteil, dass durch die Rückforderung der variablen Vergütung die richtigen verhaltenssteuernden Anreize gesetzt werden können. Die Vorstandshaftung gemäß § 93 Abs. 2 AktG führt tendenziell zu einer Überabschreckung, da der Vorstand, der anders als die Aktionäre grundsätzlich nicht an dem mit seinen Entscheidungen verbundenen Gewinn beteiligt wird, bei schuldhaften Pflichtverletzungen aber den vollen Schaden ersetzen soll.⁷⁶ Diese Asymmetrie aus Gewinn- und Verlustbeteiligung des Vorstands an seinen Entscheidungen führt zu einem übervorsichtigen und risikoaversen Verhal-

72 *Dehaan/Hodge/Shevlin*, Does Voluntary Adoption of a Clawback Provision Improve Financial Reporting Quality?, 30 *Contemporary Accounting Research* (2013), 1027.

73 *Frik/Holst/Wolff*, *Controlling* 2019, 34, 37. Kritisch auch *Seyfarth*, *WM* 2019, 569, 574 f.

74 Allgemein zur Präventionsfunktion der Vertragsstrafe *Wagner*, *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?*, *AcP* 206 (2006), 352, 427 f.

75 Zur Abgrenzung bloßer Reputationsschäden von Vermögensschäden *Schmolke/Klöhn*, *Unternehmensreputation (Corporate Reputation) – Ökonomische Erkenntnisse und ihre Bedeutung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, *NZG* 2015, 689, 693.

76 Eingehend hierzu *Wagner*, *Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes*, *ZHR* 178 (2014), 227, 256 ff., 274 f.

ten.⁷⁷ Indem sich der *Compliance*-Clawback auf die Rückforderung der variablen Vergütung beschränkt, wird der Vorstand zu gleichen Teilen an den mit seinen Entscheidungen verbundenen Gewinn- und Verlustchancen beteiligt und die Anreizstruktur ausgeglichen.⁷⁸ Da die Vorstandshaftung durch den *Compliance*-Clawback gemäß § 341 Abs. 2 in Verbindung mit § 340 Abs. 2 Satz 2 BGB aber nicht verdrängt wird und dies zudem wegen der zwingenden Geltung des § 93 Abs. 2 AktG⁷⁹ auch vertraglich nicht abweichend vereinbart werden kann, ist der *Compliance*-Clawback (derzeit) gleichwohl keine Option, um die unter Umständen übermäßigen Folgen der Vorstandshaftung⁸⁰ in den Griff zu bekommen. Jedenfalls führt der *Compliance*-Clawback aber auch nicht zu einer weiteren Haftungsverstärkung, da eine doppelte Entschädigung der Gesellschaft durch die Anrechnung der Vertragsstrafe gemäß § 341 Abs. 2 in Verbindung mit § 340 Abs. 2 BGB vermieden wird.⁸¹

F. Fazit

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 bank- und versicherungsaufsichtsrechtlich regulierte Unternehmen sind börsennotierte Gesellschaften auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) zum 1.1. 2020 grundsätzlich nicht zur Rückforderung variabler Vergütungsbestandteile verpflichtet. Sie müssen aber gemäß § 87a Abs. 1 Nr. 6 AktG im Vergütungsbericht gegebenenfalls Möglichkeiten angeben, vari-

⁷⁷ Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 256 ff.

⁷⁸ Siehe auch den entsprechenden Vorschlag von Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 256 zur Bemessung des Selbstbehalts gemäß § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG „im Sinne einer zweitbesten Lösung“.

⁷⁹ LG Mannheim 21.9. 1954 – 9 T 2/54, WM 1955, 116; Mertens/Cahn, in: Köln-KommAktG (Fn. 42), § 93 AktG Rn. 8; Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 6), § 93 AktG Rn. 2; Krieger/Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter (Fn. 7), § 93 AktG Rn. 3; Fleischer, Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, 1305 f.; Habersack, Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782, 794; anderer Ansicht Grunewald, Haftungsvereinbarungen zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitgliedern, AG 2013, 813, 815 f.

⁸⁰ Hierzu siehe nur Bachmann, Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen in: 70. Deutscher Juristentag, Gutachten E, Bd. I, 2014, S. 9 ff.

⁸¹ Ulrici, in: BeckOK BGB (Fn. 30), Stand: 1.11. 2019, § 341 BGB Rn. 72.

able Vergütungsbestandteile vom Vorstand zurückzufordern. Darüber hinaus empfiehlt der DCGK 2019 börsennotierten Gesellschaften, eine variable Vergütung „in begründeten Fällen“ einzubehalten oder zurückzufordern.

3. *Performance-Clawback* sind für börsennotierte Gesellschaften eine – nicht jedoch die einzige – Möglichkeit, ihre Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige (langfristige) Unternehmensentwicklung im Sinne des § 87 Abs. 2 Sätze 2 und 3 AktG auszurichten. Vorab ausgezahlte langfristig variable Vergütungsbestandteile können zurückgefordert werden, wenn 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 gemäß § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG vorsieht, ist hingegen gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB grundsätzlich unwirksam, da sie dem Vorstand bereits verdiente Vergütung entgegen § 611 BGB entzieht.

4. *Compliance-Clawback* dienen vornehmlich der Verhaltenssteuerung und sind als Vertragsstrafe gemäß § 339 BGB einzuordnen. Sie dürfen die aktienrechtlichen Wertungen der §§ 84, 93 Abs. 2 AktG nicht unterlaufen und können daher nur für schuldhaftes Fehlverhalten wirksam AGB-rechtlich vereinbart werden. Darüber hinaus ist das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu beachten: Demnach sind die sanktionierten Pflichtverletzungen und die betroffenen variablen Vergütungsbestandteile – Zeitraum, Brutto/Netto; Rückübertragung von Aktien oder Wertausgleich etc. – genau zu bezeichnen, so dass der Vorstand erkennen kann, „was auf ihn zukommt“.

Diskussion*

Professor Dr. *Abbo Junker* (ZAAR München) bedankt sich für den aufschlussreichen Vortrag und die sympathische Art der Darstellung.

Professor Dr. *Volker Rieble* (ZAAR München) merkt an, dass die Rückforderung nicht automatisch erfolge, sondern einer Entscheidung des Aufsichtsrats bedürfe. Sie sei eine Leistungsbestimmung nach § 315 BGB und unterliege der Billigkeitskontrolle. Zudem seien Rückzahlungs- und Stichtagsklauseln nicht mit Clawback-Klauseln zu vergleichen, da sie der Betriebszugehörigkeit dienten. Der Zweck der variablen Vergütungsbestandteile des Vorstands sei die Belohnung für mehrjährige Erfolge. Variable Vergütungen könnten als Vorschusszahlungen für eine am Ende des Bemessungszeitraums abzurechnende Gesamtvergütung erfolgen, so dass ein Clawback keine Rückforderung mehr sei. Bei dieser Gestaltung erreiche die Belohnung den Adressaten nicht, so dass auch keine Vertragsstrafe gegeben sei. Auch der *Compliance*-Clawback könne in Form einer Vorschusszahlung eines Vergütungsbestandteils für redliches Verhalten gestaltet werden. Außerdem müssten dem Vorstand die Vorteile eines Fehlverhaltens im Rahmen des *Performance*-Clawback genommen werden. Beispielsweise sei bei einem Kartellverstoß der Erfolg, der auf strafbarem Handeln beruhe, nach § 161 BGB im *Performance*-Clawback nicht zu berücksichtigen, bis die Behörden eine rechtsverbindliche Kartellbuße herbeigeführt haben.

Professorin Dr. *Dörte Poelzig* (Universität Leipzig) widerspricht und begründet die Qualifikation des *Compliance*-Clawback als Vertragsstrafe. Das Erfolgsziel des *Performance*-Clawback könne nicht durch das Erreichen auf rechtmäßigem Wege ergänzt werden. Zum rechtmäßigen Verhalten sei der Vorstand bereits nach § 611 BGB verpflichtet. Eine besondere variable Vergütung hierfür sei demnach nach § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG unangemessen. Beim Clawback könne also nicht die Belohnung für rechtmäßiges Verhalten entzogen werden, sondern nur für das Erreichen von Erfolgskennzahlen, was von § 611 BGB noch nicht umfasst sei.

Dr. *Georg Jaeger* (SZA Schilling, Zutt & Anschütz Rechtsanwälts AG, Mannheim) bestätigt, dass das praktische Hauptproblem die Formulierung der Klauseln unter Einhaltung des Transparenzgebots ist. Im regulierten Bereich ergebe sich aus der Auslegungshilfe der BaFin zur InstitutsVergV, dass eine Blankettverweisung auf die gesetzlichen Tatbestände nicht genüge, sondern die einzelnen Tatbestände, die den Clawback be-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Alexander Bömer*.

gründen, definiert werden müssten. Hierfür würden möglichst umfassende Beispielskataloge verwendet. Auf Rechtsfolgende stelle sich die Frage nach der Rückzahlung in Brutto oder Netto sowie nach dem maßgeblichen Kurs beim Clawback von Aktien. Zudem würden in der Praxis sog. *Suspensions* genutzt. Liegen Anhaltspunkte vor, die die Annahme begründen, dass ein den Clawback auslösender Tatbestand vorliegen könnte, kann der Aufsichtsrat einen solchen Aufschub anordnen.

Professorin *Poelzig* spricht sich dafür aus, an die Formulierung der Clawback durch den Verwender keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Es sollten auch bei börsennotierten Gesellschaften die abstrakten Ausführungen aus der InstitutsVergV in die Vorstandsverträge übernommen werden. Mithilfe der Auslegungshilfe der BaFin würden besondere Fälle benannt, die eine Vergleichbarkeit bei der Auslegung der abstrakten Aufzählung herstellen könnten. Auf Rechtsfolgende sei nach dem Typ des Clawback zu unterscheiden. Beim *Compliance*-Clawback genüge es aufgrund des Zwecks der Verhaltenssteuerung, den Nettobetrag abzuschöpfen und mögliche Steuerrückzahlungen mit zu berücksichtigen. Bei variabler Vergütung in Aktien ergebe sich der zurückzufordernde Wert bei einem *Compliance*-Clawback nach dem Zeitpunkt der Rückzahlung. Beim *Performance*-Clawback käme es auf den Zeitpunkt der Auszahlung an.

Dr. *Hubertus Reinbach* (Freshfields Bruckhaus Deringer LLP Hamburg) verweist auf § 87a AktG. Zwar enthalte die Regelung keine materielle Regelung des Clawback, doch solle die grundsätzliche Anerkennung, die auch aus der Gesetzesbegründung hervorgehe, bei der Angemessenheitsprüfung der AGB-Kontrolle Berücksichtigung finden.

Professorin *Poelzig* meint, § 87a AktG sowie der DCGK schlossen insbesondere die überraschende Klausel nach § 305c Abs. 1 BGB aus und seien als Argument aufseiten der Gesellschaft in der Angemessenheitsprüfung anzufügen. Einschränkend solle berücksichtigt werden, dass § 87a AktG keine Aussage zur Ausformung einer Klausel trifft. Somit könne er nur die Begründungslast für die unangemessene Gestaltung aufseiten des Vorstands verschieben.

Dr. *Hendrik von Mellenthin* (Arqis Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Büro Düsseldorf) spricht die Zweckmäßigkeit von Clawback-Klauseln und insbesondere Alternativen zum *Performance*-Clawback an (Deferral-Strukturen, Bonusbank-Modell, Cliff-Vesting). Der *Performance*-Clawback sei intuitiv gegenüber anderen Instrumenten auf dem Markt unattraktiv, da bereits erhaltenes Gehalt zurückbezahlt werden müsse.

Dr. *Caspar Behme* (Ludwig-Maximilians-Universität München) geht auf die Anrechnung eines Rückgriffsanspruchs aufgrund einer Compliance-Klausel auf einen Schadenersatzanspruch ein. § 93 Abs. 4 und 5 AktG

schränkten den Vergleichsschluss über Schadenersatzansprüche ein und könnten durch einen Vergleich über Rückgriffsansprüche umgangen werden. Bedenken diese Vorschrift analog auf Rückzahlungsansprüche anzuwenden, ergäben sich aus dem engen Ausnahmecharakter der Norm.

Professorin *Poelzig* stimmt zu, dass es vorzugswürdige Alternativen zum *Performance*-Clawback gebe. In den USA gebe es in Widerspruch stehende Studien über die ökonomische Nützlichkeit von *Compliance*-Clawback. Ein Vergleich über den Rückgriffsanspruch führe nicht zur Umgehung des § 93 Abs. 4 und 5 AktG, da dieser nur in Höhe der Vergleichssumme angerechnet werden könne.

Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in der Rechtsprechung des BAG

Christoph Weber

Seite

I. Hypothetische Betrachtungsweise und Ehrenamtsprinzip.....	68
II. Hypothetische Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des BAG	70
1. Fortzahlung der Vergütung nach § 37 Abs. 2 BetrVG.....	70
a) Leistungsbezogene Vergütungsbestandteile	70
b) Sonstige Zuschläge und Zulagen	72
2. Entgeltschutz nach § 37 Abs. 4 BetrVG	73
a) Vergleichbare Arbeitnehmer.....	74
b) Betriebsübliche berufliche Entwicklung.....	78
3. Eigenständiger Entgeltschutz im Lichte des § 78 Satz 2 BetrVG	81
a) Benachteiligungsverbot.....	81
b) Begünstigungsverbot.....	83
III. Schlussbemerkungen.....	85

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen (München 2020), S. 67-86

I. Hypothetische Betrachtungsweise und Ehrenamtsprinzip

Die Problematik der Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder wirft für die Praxis schwierige Fragen auf. § 78 Satz 2 BetrVG verbietet zugleich eine Benachteiligung und eine Begünstigung betriebsverfassungsrechtlicher Amtsträger. Wer sich mit Fragen der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern beschäftigt, steht im Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden Polen. Das kann für die Praxis zum Dilemma werden, und zwar – ganz unabhängig von den vielfach beschworenen möglichen strafrechtlichen Folgen – allein dadurch, dass eine Fehlentscheidung nicht nur das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, sondern auch das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Betriebsratstätigkeit beschädigen kann.

Der Gesetzgeber hat das Betriebsratsamt als Ehrenamt ausgestaltet (§ 37 Abs. 1 BetrVG). Das hat tiefgreifende Konsequenzen: Da nicht die Betriebsratstätigkeit als solche zu vergüten ist, das Betriebsratsmitglied aber nicht ohne Einkommen bleiben kann, muss stets eine hypothetische Betrachtung angestellt werden:

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG ist dem Betriebsratsmitglied für die Zeit seiner Betriebsratstätigkeit seine nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Vergütung fortzuzahlen. Das ist das Entgeltausfallprinzip. Hypothetisch ist zu ermitteln, welche Vergütung und insbesondere welche Vergütungsbestandteile das Betriebsratsmitglied in welcher Höhe hätte beanspruchen können, wenn es statt der Betriebsratstätigkeit seiner normalen Arbeit nachgegangen wäre. Schon das ist bisweilen schwierig.

Aus § 37 Abs. 4 BetrVG ergibt sich eine weitere und vielleicht noch schwieriger zu bewältigende Variante hypothetischer Betrachtung: Ein Betriebsratsmitglied, das sich kraft seines Amtes zum Teil oder sogar ganz Aufgaben widmet, die mit seiner ursprünglichen Tätigkeit nichts zu tun haben, steht in der Gefahr, von der betriebsüblichen Entwicklung abgekoppelt zu werden und berufliche und eben auch vergütungsbezogene Nachteile zu erleiden. Das will der Gesetzgeber verhindern. Die Hypothese besteht hier darin, dass unterstellt wird, das Betriebsratsmitglied hätte sich beruflich jedenfalls nicht schlechter entwickelt als vergleichbare Arbeitnehmer. An deren Entwicklung soll sein Arbeitsentgelt deshalb angepasst werden. Das setzt allerdings voraus, dass man Kriterien der Vergleichbarkeit formuliert, dass man in der Lage ist, vergleichbare Arbeitnehmer zu identifizieren, sich über den Zeitpunkt klar wird, auf den es für den Vergleich ankommt und nicht zuletzt, dass man überhaupt eine betriebsübliche Entwicklung beschreiben kann, an der das Betriebsratsmitglied teilhaben soll.

Es geht also um zwei unterschiedliche Formen hypothetischer Methodik: § 37 Abs. 2 BetrVG verlangt vom Rechtsanwender eine hypothetische Be-

trachtung („Was hätte das Betriebsratsmitglied hypothetisch verdient?“). Bei § 37 Abs. 4 BetrVG ist die Hypothese gesetzlich vorgegeben; es wird unterstellt, das Betriebsratsmitglied hätte sich entwickelt wie andere Arbeitnehmer. Der Rechtsanwender muss hier die Bezugspunkte der hypothetischen Betrachtung ermitteln („Welche Arbeitnehmer sind mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbar? Welche betriebsübliche Entwicklung kann man für diese Arbeitnehmer feststellen?“).

§ 78 Satz 2 BetrVG schließlich bildet die Grundlage für einen dritten hypothetischen Ansatz. Während nach § 37 Abs. 4 BetrVG Konsequenzen für die hypothetische Gehaltsentwicklung eines Betriebsrats allein aus der Beobachtung vergleichbarer Arbeitnehmer abgeleitet werden, kann das Benachteiligungsverbot darüber hinaus dazu verpflichten, die hypothetische berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds selbst in den Blick zu nehmen. § 37 Abs. 4 BetrVG ist keine abschließende Regelung.¹

Diese letzte Variante einer hypothetischen Betrachtung ist nicht nur besonders problematisch, sondern steht auch in besonderem Maße im Verdacht, umgekehrt die Grenze des Begünstigungsverbots zu überschreiten. Der Vorwurf, dass im Wege einer hypothetischen Betrachtung eine berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds unterstellt oder vielleicht sogar vorgeschoben wird, die ihm im normalen Arbeitsverhältnis gar nicht gelungen wäre, steht hier sehr schnell im Raum.

Die seit längerem *de lege ferenda* geführte Diskussion um eine Professionalisierung des Betriebsratsamts² erklärt sich vor dem Hintergrund all

-
- 1 BAG 15.1.1992 – 7 AZR 194/91, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 84 (II 2 a, b); BAG 17.8.2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448 Rn. 18; *Annuß*, Das System der Betriebsratsvergütung, NZA 2018, 134; *Bayreuther*, Betriebsratsvergütung: Die hypothetische berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds – Verhältnis zwischen Mindestvergütung und Begünstigungsverbot sowie Maßstäbe für eine rechtssichere Lohngestaltung, DB 2019, 1207; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 29. Aufl. 2018, § 37 Rn. 114; *Jacobs*, Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, NZA 2019, 1606, 1609; *Weber*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), Bd. 1, 11. Aufl. 2018, § 37 Rn. 128; anderer Ansicht *Glock*, in: Hess u.a., BetrVG 10. Aufl. 2018, § 37 Rn. 106; *Schlamp*, Die Vergütung von Betriebsräten, 2018, S. 72 ff.
 - 2 Vgl. dazu etwa *Byers*, Die Höhe der Betriebsratsvergütung – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtslage, NZA 2014, 65, 69 ff.; *Däubler*, Unabhängigkeit des Betriebsrats trotz Gegnerfinanzierung? – Probleme der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, SR 2017, 85, 88 f.; *Esser*, Die Begünstigung von Mitgliedern des Betriebsrats, 2013, S. 205 ff.; *Farthmann*, Der gerechte Betriebsratslohn – Funktionswandel in der Betriebsratsarbeit und Entgeltgerechtigkeit, Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 115; *Fischer*, Das Ehrenamtsprinzip der Betriebsverfassung „post Hartzem“ – antiquiert oder Systemerfordernis?, NZA 2007, 484; *ders.*, Das Ehrenamtsprinzip der Betriebsverfassung „post

dieser Schwierigkeiten. Die mit dem Ehrenamtsprinzip verbundenen Unwägbarkeiten hypothetischer Methodik könnten, das jedenfalls erhoffen sich nicht wenige, vermieden werden, wenn das Betriebsratsmitglied eine Vergütung für das bekommt, was es tut und nicht dafür, was es nicht tut. Das ist heute Nachmittag nicht die Frage. Denn es gibt gleichsam eine Schwelle tiefer eine sehr intensiv geführte Diskussion dazu, wie man im bestehenden normativen Koordinatensystem die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder so ausgestaltet, dass sowohl das Benachteiligungs- als auch das Begünstigungsverbot gewahrt sind. Und an dieser Diskussion ist natürlich auch der 7. Senat des BAG beteiligt.

Dies vorausgeschickt, möchte ich nun der Frage nachgehen, wie der Senat die Problematik hypothetischer Methodik jeweils in den unterschiedlichen Normzusammenhängen des § 37 Abs. 2 BetrVG, des § 37 Abs. 4 BetrVG sowie des § 78 Satz 2 BetrVG zu bewältigen sucht. Der Frage, welche Spielräume den Betriebspartnern eröffnet werden, um etwa im Wege von Pauschalierungen oder mit Hilfe von Vereinbarungslösungen die mit der hypothetischen Methodik verbundenen Schwierigkeiten zu überwinden, kann ich aus Zeitgründen jedenfalls nicht unter einem eigenständigen Blickwinkel nachgehen. Insoweit beschränke ich mich auf den allgemeinen Hinweis, dass das BAG solche Lösungen letztlich stets auf die Folie der für zwingend erklärten gesetzlichen Regelung legt und entsprechend überprüft.³

II. Hypothetische Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des BAG

1. Fortzahlung der Vergütung nach § 37 Abs. 2 BetrVG

a) Leistungsbezogene Vergütungsanteile

Der Maßstab bei der Fortzahlung der Vergütung nach § 37 Abs. 2 BetrVG ist, wie gesagt, das Entgeltausfallprinzip. Für die Berechnung beim Zeit-

Hartzem“ – revisited, NZA 2014, 71; *Franzen*, Professionalisierung der Betriebsratsarbeit – Abschied vom Ehrenamt?, in: Rieble/Junker (Hrsg.), Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung, 2008, S. 48; *Happe*, Die persönliche Rechtsstellung von Betriebsräten, 2017, S. 157 ff.; *Jacobs/Frieling*, Grundlagen und Grenzen der Bezahlung freigestellter Betriebsratsmitglieder, ZfA 2015, 241, 262 ff.; *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1611 f.; *Joussen*, Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, RdA 2018, 193; *Rieble*, Führungsrolle des Betriebsrats und Corporate Governance, in: Rieble/Junker, a.a.O., S. 10; *Schlamp* (Fn. 1), S. 363 ff.; *Weinspach*, § 37 Abs. 1 BetrVG – ist das Ehrenamtsprinzip noch zeitgemäß?, Festschrift Kreutz, 2010, S. 485.

3 Vgl. dazu zuletzt etwa BAG 28.9. 2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335; BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935; BAG 8.11. 2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528; BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253.

lohn ist das Betriebsratsmitglied so zu behandeln, als ob es weitergearbeitet hätte.⁴ Beim Leistungslohn fällt die hypothetische Betrachtung naturgemäß schwerer. Das hypothetisch verdiente Entgelt lässt sich hier nicht einfach dadurch ermitteln, dass man unterstellt, der Arbeitnehmer habe gearbeitet. Denn ob dieser sich beispielsweise einen an die Erreichung eines bestimmten Umsatzziels gekoppelten Bonus verdienen kann, wird auch durch äußere Umstände beeinflusst, die er nicht steuern kann wie etwa eine allgemeine Konjunkturlage oder Marktentwicklungen. Darüber hinaus kann eine hypothetische Berechnung nicht allein auf der Basis des Arbeitsumfangs angestellt werden. Die Zielerreichung hängt beim Bonus ja gerade von der Qualität der konkreten persönlichen Arbeitsleistung ab.⁵

Das BAG nimmt hier eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO vor und sucht dann nach Hilfstatsachen, die in Verbindung mit Erfahrungsregeln einen indiziellen Schluss auf ein hypothetisches Ergebnis ergeben könnten.⁶ Indizien für eine hypothetische Zielerreichung könnten sich etwa aus einem tatsächlich erreichten Teilumsatzziel, aus für den Umsatz maßgeblichen Umständen wie Kundenstruktur, Vertragslaufzeiten und Vertragsverhandlungen oder aus einem Vergleich der vor Übernahme des Amtes erzielten Leistungen des Betriebsratsmitglieds mit Durchschnittswerten vergleichbarer Arbeitnehmer ergeben.⁷ Demgegenüber wird in der Literatur unter anderem vorgeschlagen, auf das Konzept des § 37 Abs. 4 BetrVG zurückzugreifen und darauf abzustellen, welche Ansprüche auf leistungsbezogene Vergütung vergleichbare Arbeitnehmer im maßgeblichen Referenzzeitraum erlangt hatten.⁸ Das hätte den Vorteil, dass die Unwägbarkeit der Kausalität äußerer Faktoren für die Zielerreichung ausgeblendet wäre. Und man hätte in zeitlicher Hinsicht einen realen Bezugspunkt, nämlich das für die Bonuszahlung tatsächlich maßgebliche Jahr. Ich würde diesen Ansatz in denjenigen des BAG integrieren und im Rahmen des § 287 Abs. 2 ZPO als weitere Hilfstatsache berücksichtigen, ob und welchen Bonus sich vergleichbare Arbeitnehmer im Referenzzeitraum tatsächlich haben verdienen können. Ebenso kann man vorgehen, wenn ein leistungsorientiertes Vergütungssystem erst eingeführt wird, nachdem das Betriebsratsmitglied in den Betriebsrat gewählt worden ist.

4 Vgl. stellvertretend *Fitting* (Fn. 1), § 37 Rn. 57; *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 37 Rn. 70.

5 Ausführlich *Schlamp* (Fn. 1), S. 153 ff.; *Thüsing/Denzer*, Rechtssichere Betriebsratsvergütung, 2019, Rn. 340 ff.

6 BAG 29.4. 2015 – 7 AZR 123/13, NZA 2015, 1328 Rn. 14, 22 ff.; ebenso *Schlamp* (Fn. 1), S. 167 f.

7 BAG 29.4.2015 – 7 AZR 123/13 (Fn. 6), Rn. 22 ff.

8 *Jacobs/Frieling*, Betriebsratsvergütung bei arbeitszeitunabhängiger Provision, NZA 2015, 513, 517 (dort auch S. 514 ff. zu weiteren Ansätzen).

b) Sonstige Zuschläge und Zulagen

Ein Betriebsratsmitglied kann zusätzlich zur Grundvergütung die Zahlung allgemeiner Zulagen wie Urlaubsgeld oder Gewinnbeteiligung verlangen, aber auch solche für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit. Dabei ist es unerheblich, dass das Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Amtstätigkeit tatsächlich keinen Nachtdienst oder keine Sonntagsarbeit geleistet hat. Es geht ja um eine hypothetische Betrachtung.⁹

Auf zwei Grenzmarken möchte ich aber hinweisen: Die erste bildet das Entgeltausfallprinzip. Die Nichtleistung muss auch wirklich die Folge der Freistellung des Betriebsrats sein, bei hypothetischer Betrachtung müsste das Betriebsratsmitglied ohne die Freistellung den entsprechenden Zuschlag verdient haben. Richtigerweise hat das BAG deshalb angenommen, dass es an dieser Voraussetzung fehlt, wenn der Arbeitgeber mit einem teilweise freigestellten Betriebsratsmitglied zu Beginn der Amtszeit eine Änderung der Arbeitszeit vereinbart, um einen besseren Kontakt mit der Belegschaft zu ermöglichen und infolge dieser Vereinbarung keine Nachtdienste mehr anfallen. Nicht die Freistellung, sondern eben die Vereinbarung über die Änderung der Arbeitszeit bewirkt, dass das Betriebsratsmitglied keine Nachtdienste mehr leistet.¹⁰

Zweitens haben freigestellte Betriebsratsmitglieder auch keinesfalls automatisch Anspruch auf eine Überstundenvergütung nebst Zuschlag, wenn sie außerhalb ihrer individuellen Arbeitszeit für den Betriebsrat tätig sind. Denn hier gilt das besondere Regime des § 37 Abs. 3 BetrVG. Der Arbeitgeber muss für Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen nicht innerhalb der Arbeitszeit erfolgen konnte, vorrangig Freizeitausgleich gewähren. Nur wenn auch der Freizeitausgleich ebenfalls aus betriebsbedingten Gründen nicht vor Ablauf eines Monats gewährt werden kann, kommt eine Abgeltung nach den Maßstäben von Mehrarbeit in Betracht.¹¹ Für Überstunden, die tatsächlich nicht geleistet wurden, aber ohne Betriebsratstätigkeit geleistet worden wären, bleibt es natürlich beim

-
- 9 Vgl. zuletzt BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17 (Fn. 3), Rn. 39; dazu stellvertretend *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), Rn. 73.
 - 10 BAG 18.5. 2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 16; zustimmend *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2018, § 37 Rn. 34; ablehnend *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1607.
 - 11 Dazu BAG 28.9. 2016 – 7 AZR 248/14 (Fn. 3), Rn. 31 ff.; BAG 26.9. 2018 – 7 AZR 829/16, NZA 2019, 259; *Fitting* (Fn. 1), § 37 Rn. 106; *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 10), § 37 Rn. 61 ff.; *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 37 Rn. 120 ff.; *Wedde*, in: Däubler u.a. (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 37 Rn. 85; vgl. auch *Schönhöft/Oelze*, Zeitkonten und Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in flexiblen Arbeitszeitmodellen, NZA 2017, 284 ff.

Anspruch auf Bezahlung im Wege der hypothetischen Betrachtung nach § 37 Abs. 2 BetrVG.¹²

Wichtig für die aktuelle Diskussion erscheint mir schließlich die Entscheidung vom 29.8. 2018.¹³ Das BAG berücksichtigt nämlich für die Höhe der nach § 37 Abs. 2 BetrVG zu bestimmenden Vergütung, wenn ein Betriebsratsmitglied während seiner Amtszeit nach § 37 Abs. 4 BetrVG an einem betriebsüblichen beruflichen Aufstieg vergleichbarer Arbeitnehmer teilhat. Es kommt deshalb etwa bei Erschwernis- oder Zeitzuschlägen darauf an, ob das Betriebsratsmitglied sie mit der Tätigkeit erzielt hätte, in die es zwischenzeitlich aufgestiegen ist.¹⁴ Bei der Anwendung des § 37 Abs. 2 BetrVG wird also die in § 37 Abs. 4 BetrVG angelegte Dynamik berücksichtigt. Allerdings geht das BAG aber ausdrücklich – und ganz zu Recht – nicht noch weiter: Wenn die Beteiligten für die betreffenden Zuschläge eine Pauschallösung vereinbaren, sind sie nicht frei. Sie müssen sich an dem orientieren, was sich aus dem Entgeltausfallprinzip ergibt. Die Pauschale darf nicht wegen der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied gezahlt werden.¹⁵ Ich werde auf diesen Aspekt noch einmal im Zusammenhang mit dem Begünstigungsverbot zurückkommen.

2. Entgeltschutz nach § 37 Abs. 4 BetrVG

Zunächst möchte ich aber einige Fragen des Entgeltschutzes nach § 37 Abs. 4 BetrVG in den Blick nehmen.

Dort muss, wie eingangs gesagt, nicht individuell auf das einzelne Betriebsratsmitglied bezogen ermittelt werden, welche berufliche Entwicklung es bei hypothetischer Betrachtung mutmaßlich genommen hätte. Der Gesetzgeber hat gesehen, wie schwer entsprechende Feststellungen sein können und deshalb versucht, den Schutz vor Benachteiligung zu objektivieren: Der Blick soll, so die Idee, sich auf das richten, was man ermitteln kann, nämlich die betriebsübliche berufliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer. Der Gesetzgeber unterstellt, dass das Betriebsratsmitglied sich entsprechend entwickelt hätte. Das ist hier die Hypothese.¹⁶

Die Umsetzung dieses Konzepts bleibt dennoch eine Herausforderung. Denn die beiden Bezugspunkte dieser gesetzlich vorgegebenen Hypothese, die dem Betriebsratsmitglied vergleichbaren Arbeitnehmer und deren betriebsübliche Entwicklung, sind ihrerseits nicht leicht zu bestimmen.

12 Vgl. stellvertretend *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 37 Rn. 73 mit weiteren Nachweisen.

13 BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17 (Fn. 3).

14 BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17 (Fn. 3), Rn. 40.

15 BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17 (Fn. 3), Rn. 41 ff.

16 Vgl. dazu etwa *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 77 f.; *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 37 Rn. 130; *Wedde*, in: Däubler u.a. (Fn. 11), § 37 Rn. 87.

a) Vergleichbare Arbeitnehmer

Vergleichbar sind nach der ständigen Rechtsprechung Arbeitnehmer desselben Betriebs, die eine im Wesentlichen objektiv vergleichbare Tätigkeit wie das Betriebsratsmitglied ausgeübt haben und auch hinsichtlich der fachlichen und persönlichen Qualifikation und Leistung vergleichbar sind.¹⁷ Mit Konkretisierungen hält sich das BAG insofern zurück, offenbar wird den Beteiligten ein gewisser Einschätzungsspielraum zugebilligt.¹⁸ Als Merkpостen möchte ich hier nur festhalten, dass nach der zutreffenden Rechtsprechung nicht nur die ausgeübte Tätigkeit maßgeblich ist, sondern auch die persönliche Qualifikation sowie individuelle Leistungen und Fähigkeiten.¹⁹ Das ist überzeugend, jedenfalls solange man diese Eigenschaften einem objektivierbaren Vergleich unterziehen und einen Bezug zur konkreten Tätigkeit herstellen kann.²⁰

Für die gegenwärtige Grundsatzdiskussion um eine angemessene Betriebsratsvergütung ist vor allem die Frage interessant, auf welchen Zeitpunkt zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer abzustellen ist. Das BAG geht von dem Moment aus, in dem das Betriebsratsmitglied vor Übernahme des Amts noch voll seiner beruflichen Tätigkeit nachgegangen ist. In einigen neueren Entscheidungen ist das präzisiert worden: Bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit kommt es, so der Orientierungssatz im Urteil vom 18.1. 2017, nicht auf den Zeitpunkt der Freistellung an, sondern auf den der Übernahme des Betriebsratsamts.²¹ Und bei Ersatzmitgliedern ist nach den Urteilen vom 21.2. 2018 für die Vergleichsbetrachtung grundsätzlich der Zeitraum ab dem erstmaligen Nachrücken in den Betriebsrat maßgeblich, und zwar unter Umständen auch dann, wenn das

17 Vgl. zuletzt BAG 21.2. 2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012 Rn. 17. Die ebenfalls umstrittene Frage, wie zu verfahren ist, wenn es überhaupt keine vergleichbaren Arbeitnehmer gibt (vgl. dazu BAG 17.5. 1977 – 1 AZR 458/74, juris Rn. 9; LAG Köln 19.4. 2018 – 4 Sa 401/17, juris; *Annuß*, NZA 2018, 134, 135; *Däubler*, SR, 2017, 85, 102; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 249 f.; *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1608; *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht [ErfK], 20. Aufl. 2020, § 37 Rn. 9; *Thüsing/Denzer* [Fn. 5], Rn. 152 ff.; *Weber*, in: GK-BetrVG [Fn. 1], § 37 Rn. 132) ist beim BAG anhängig (7 AZR 286/18).

18 BAG 21.2. 2018 – 7 AZR 496/16 (Fn. 17), Rn. 21.

19 Vgl. dazu insbesondere *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 72 ff.

20 Vgl. auch *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 247; *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 114; ferner *Annuß*, NZA 2018, 134, 135 mit dem Hinweis, dass solche Kriterien gleichzeitig „regelbildende Kraft hinsichtlich der weiteren Vergütungsentwicklung“ haben müssten.

21 BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3); vgl. zu einer vergleichbaren Fallgestaltung auch das noch anhängige Verfahren 7 AZR 222/19 (Vorinstanz LAG Schleswig-Holstein 29.11. 2018 – 5 Sa 49/18, juris).

Ersatzmitglied nur zeitweise für verhinderte Betriebsratsmitglieder nachgerückt war.²²

Das sind für sich gesehen kleinere, wenn auch wichtige Präzisierungen. Zentral ist aber das folgende Problem: Ist im Falle einer Wiederwahl des Betriebsratsmitglieds zu berücksichtigen, wie sich ein Betriebsratsmitglied während seiner Amtszeit beruflich entwickelt hat? Ist auch hier der Zeitpunkt des erstmaligen Amtsantritts maßgeblich oder vielleicht der Zeitpunkt der jeweiligen Amtszeit?

Wie sich der 7. Senat zu diesen Fällen verhält, erscheint mir trotz einer auf den ersten Blick deutlichen Judikaturlinie nicht ganz ausgemacht. Soweit ersichtlich, wird in Entscheidungen, in denen die Amtsübernahme mehrere Perioden zurücklag, tatsächlich auf die erste Amtsübernahme abgestellt, etwa in dem eben erwähnten Urteil vom 18.1. 2017: Dort war ein Betriebsratsmitglied zum ersten Mal im Jahr 2006 gewählt worden, nach der Wiederwahl im Jahr 2010 erfolgte dann eine Freistellung. Auf diesen Zeitpunkt bezogen einige man sich auf drei Vergleichspersonen, um ab dann eine hypothetische Entwicklung des Betriebsrats nachzeichnen zu können. Das BAG akzeptiert das nicht und sagt ausdrücklich, nach dem Zweck des § 37 Abs. 4 BetrVG solle verhindert werden, dass

„die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der (gesamten) Dauer seiner Betriebsrattätigkeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist“²³.

Das sieht nach einer klaren Festlegung aus.

Dennoch bin ich mir nicht ganz sicher, ob das BAG hiermit tatsächlich auch für alle Fallkonstellationen entschieden hat.²⁴ Denn in der eben zitierten Entscheidung ging es vielleicht nicht um die Alternative „Erste oder zweite Amtszeit“, sondern um die Alternative „Amtsübernahme oder spätere Freistellung“. Dass hier nicht auf die Freistellung abgestellt wurde, war richtig. Zu beruflichen Beeinträchtigungen durch das Betriebsratsamt kann es auch schon vor einer vollständigen Freistellung kommen. Das BAG entscheidet unter Schutzzweckgesichtspunkten zugunsten des Betriebsratsmitglieds.²⁵

In der Literatur finden wir hierzu eine Diskussion, die, und zwar ebenfalls unter Schutzzweckgesichtspunkten, aber gerade in eine andere Richtung führt – und mit der sich das BAG noch nicht wirklich auseinandergesetzt

22 BAG 21.2.2018 – 7 AZR 496/16 (Fn. 17), Rn. 22 ff.; BAG 21.2. 2018 – 7 AZR 587/16, juris; vgl. schon BAG 15.1. 1992 – 7 AZR 194/91 (Fn. 1).

23 BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3), Rn. 23

24 Ähnlich die Einschätzung bei *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 96.

25 BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3), Rn. 23.

hat. Diese Diskussion findet auf zwei unterschiedlichen Ebenen statt, die jedoch unmittelbar miteinander zusammenhängen:

Erstens gibt es, ich hatte das angedeutet, eine generelle Debatte zu der Frage, ob für die Ermittlung der Vergleichbarkeit des Betriebsrats mit anderen Arbeitnehmern auf die erste oder im Fall der Wiederwahl auf den Beginn der jeweils aktuellen Amtszeit abzustellen ist, und zwar ausdrücklich, um Kompetenzen zu berücksichtigen, die das Betriebsratsmitglied inzwischen erworben hat. Hier wird vorgeschlagen, jedenfalls für nicht vollständig Freigestellte grundsätzlich auf die zweite Alternative abzustellen, also auf die jeweils letzte Amtszeit.²⁶

Unmittelbar mit der eben angerissenen Problematik hängt ein zweiter Diskussionsstrang zusammen: In der Literatur finden sich verbreitet Überlegungen, beim Vergleich des Betriebsratsmitglieds mit anderen Arbeitnehmern Leistungen und Qualifikationen zu berücksichtigen, die ein Betriebsratsmitglied im Zuge seiner Amtstätigkeit erlangt bzw. gezeigt hat.²⁷ Dahinter steht ersichtlich das Bestreben, in der Debatte um die Professionalisierung der Betriebsratsarbeit im gegebenen System zumindest an einer zentralen Stelle nachzujustieren und anspruchsvolle Betriebsratsarbeit zu honorieren. Der Gesetzesvorschlag, den vor einiger Zeit die Regierung noch unter der damaligen Ministerin *Andrea Nahles* bis zu einem Referentenentwurf gebracht hatte, meinte genau hier ansetzen zu sollen.²⁸

Bei der Bewertung dieser Diskussion sind wiederum unterschiedliche Aspekte zu bedenken: Klar erscheint mir, dass Kompetenzen, die tatsächlich allein auf die Funktion als Betriebsrat bezogen sind, für sich gesehen keine Rolle spielen dürfen. Es muss um berufliche Qualitäten gehen.²⁹ Insofern lässt sich aber nicht bestreiten, dass Verhandlungsgeschick, Einsatz-

26 *Annuß*, Der Durchschnitt für den Betriebsrat?, NZA 2018, 976, 977; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 248 f.; *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1608; *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 93 ff.; *Uffmann*, Anmerkung zu BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 169; noch weitergehender offenbar *Annuß*, NZA 2018, 134, 135: Bildung einer neuen Vergleichsgruppe mit Erwerb neuer Qualifikationen.

27 *Annuß*, NZA 2018, 134, 135 f.; *Bayreuther*, Die „betriebsübliche“ Beförderung des freigestellten Betriebsratsmitglieds, NZA 2014, 235 ff.; *Schlamp* (Fn. 1), S. 248 ff.; *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 124 ff.; kritisch etwa *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 247; *Rieble*, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276, 277.

28 Vgl. dazu *Annuß*, NZA 2018, 134 Fn. 23; kritisch *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1611; *Uffmann*, Vergütung der Aufsichtsräte und Betriebsräte, ZfA 2018, 225, 235.

29 Vgl. auch *Annuß*, NZA 2018, 134, 136; *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1608; *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 125; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 10), § 37 Rn. 69.

fähigkeit und dergleichen auch beruflicher Natur sein können.³⁰ Und sofern solche Merkmale für den außerhalb der Tätigkeit des Betriebsratsmitglieds ausgeübten Beruf tatsächlich von Bedeutung sind, finden sie nach der oben geschilderten Rechtsprechung des BAG im Rahmen der Vergleichbarkeitsprüfung grundsätzlich ohnehin als individuelle Fähigkeiten Berücksichtigung.

Allerdings: Kompetenzen aus der Betriebsratsarbeit können naturgemäß erst erworben werden, wenn man Betriebsrat ist. Wer solche Kompetenzen berücksichtigen möchte, setzt also voraus, dass auch für den Zeitpunkt eines Vergleichs eine dynamische Betrachtung vorzunehmen und eben nicht stets auf die erste Amtsübernahme abzustellen ist. Hierzu drei Überlegungen:

Erstens: Eine solche dynamische Betrachtung bei der Bildung von Vergleichsgruppen im Rahmen des § 37 Abs. 4 BetrVG kann es nicht während einer laufenden Amtszeit geben.³¹ Die Vorschrift ist auf Typisierung angelegt und stellt gerade nicht auf eine mögliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds selbst ab. Sie unterstellt nur, dass diese der typischen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer entspricht und erlegt deshalb dem Arbeitgeber auf, sie für das Betriebsratsmitglied nachzuzeichnen. Diesen Vorgang will § 37 Abs. 4 BetrVG so objektiv und handhabbar wie möglich gestalten.³² Mit dem Kriterium der Vergleichbarkeit wird deshalb bewusst ein Bezugspunkt außerhalb der Betriebsratstätigkeit genommen, und zwar auch in zeitlicher Hinsicht. Vor der Amtsübernahme sind das zukünftige Betriebsratsmitglied und andere Arbeitnehmer am ehesten im Hinblick auf ihre berufliche Tätigkeit und ihre individuellen Fähigkeiten vergleichbar. Zu diesem Zeitpunkt gibt es noch keine Einflüsse der Betriebsratstätigkeit.

Zweitens: Dieser letzte Gedanke könnte sogar dafür sprechen, überhaupt niemals eine dynamische Betrachtung vorzunehmen. Dennoch meine ich, dass man sie, allerdings bezogen auf den Zeitpunkt einer neuen Amtsperiode, nicht ausschließen darf. Das verlangt das Benachteiligungsverbot. Zunächst zu den nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern: Warum sollten berufliche Kompetenzen, die ein nicht freigestelltes Betriebsratsmitglied objektiv im Laufe der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit erworben hat, keine Rolle spielen? Es entspricht ja der Hypothese des § 37 Abs. 4 BetrVG, dass ein Betriebsratsmitglied sich nicht schlechter als andere Arbeitnehmer entwickelt hätte. Wenn sich es sich aber tatsächlich – trotz seiner Betriebsratstätigkeit – weiterentwickelt hat, darf das für die

30 Vgl. auch *Annuß*, NZA 2018, 134, 136; *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1209; *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 124 ff.; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 10), § 37 Rn. 69.

31 Vgl. aber *Annuß*, NZA 2018, 134, 135.

32 *Weber*, in: *GK-BetrVG* (Fn. 1), § 37 Rn. 130.

auf die Zukunft bezogene weitere Anwendung des § 37 Abs. 4 BetrVG nicht unberücksichtigt bleiben. Es gibt keinen Grund, eine berufliche Entwicklung, die tatsächlich stattgefunden hat, nur deshalb nicht zu berücksichtigen, weil ein Betriebsratsmitglied nicht zum ersten, sondern zum zweiten Mal gewählt wurde.³³ Entscheidend ist nur, dass es tatsächlich um Fähigkeiten geht, die nicht allein der Betriebsrats Tätigkeit zuzuordnen sind, sondern um solche, die mit der beruflichen Tätigkeit in Zusammenhang stehen. Individuelle berufliche Fähigkeiten also, die nach dem BAG ohnehin berücksichtigt werden, wenn zum Zeitpunkt der ersten Amtsübernahme eine Vergleichsbarkeitsprüfung angestellt wird.

Drittens: Bei vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern muss berücksichtigt werden, dass diese im Laufe ihrer Amtszeit ihre berufliche Tätigkeit überhaupt nicht ausgeübt haben. Deshalb bleibt für den Vergleich mit anderen Arbeitnehmern zunächst gar nichts anderes übrig, als auch im Falle einer Wiederwahl auf den Zeitpunkt der ersten vollständigen Freistellung abzustellen.³⁴ Sollte aber tatsächlich der Nachweis gelingen, dass das Betriebsratsmitglied inzwischen Fähigkeiten erlangt hat, die für seine berufliche Tätigkeit von Bedeutung sind, dann würde er benachteiligt, wenn diese neu erworbenen beruflichen Fähigkeiten anders als bei nicht vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern keine Beachtung fänden. In einem solchen Fall gebietet § 78 Satz 2 BetrVG eine Interpretation des § 37 Abs. 4 BetrVG, wonach für den Vergleich mit anderen Arbeitnehmern auf den Zeitpunkt der neuen Amtszeit unter Berücksichtigung zwischenzeitlich erworbener beruflicher Fähigkeiten abzustellen ist.³⁵ Voraussetzung ist aber auch hier, um es noch einmal ausdrücklich zu betonen, dass es um solche individuellen Fähigkeiten geht, die mit Blick auf die berufliche Tätigkeit ohnehin in die Vergleichsbetrachtung einbezogen würden.

b) Betriebsübliche berufliche Entwicklung

Damit kommen wir zu einem weiteren hochkomplexen und umstrittenen Problemfeld: Die Vergütung des Betriebsratsmitglieds soll nach dem Gesetz nicht hinter der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, wobei die Vorschrift keinen Anspruch auf absolut gleiches Entgelt gewährt, sondern nur auf eine bloße relationale Anpassung.³⁶ Das BAG verfolgt hier, zuletzt in den Urteilen vom 18.1.

33 *Annuß*, NZA 2018, 976, 977; *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 95.

34 In diesem Sinne *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 249; *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1608.

35 Ebenso *Annuß*, NZA 2018, 134, 136; *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 96.

36 *Annuß*, NZA 2018, 976; *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 79; BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3), Rn. 15; BAG 21.2. 2018 – 7 AZR 496/16 (Fn. 17), Rn. 16.

2017³⁷ und vom 21.2. 2018³⁸, eine vorsichtige Interpretationslinie. Im ersten Zugriff hat es dabei durchaus die Grundidee des § 37 Abs. 4 BetrVG im Auge, der einen Regelfall erfassen will und Ausnahmefälle weder bewältigen kann noch soll: Betriebsübliche berufliche Entwicklung meint den typischen Normalverlauf einer Berufskarriere bei anderen Arbeitnehmern, die kein Betriebsratsamt innehaben, ansonsten aber vergleichbar sind.³⁹ Erforderlich ist also ein gleichförmiges, regelhaftes Verhalten des Arbeitgebers⁴⁰; in der Literatur wird plastisch von einem Beförderungsfahrplan gesprochen.⁴¹ § 37 Abs. 4 BetrVG berücksichtigt danach weder individuelle Sonderkarrieren anderer Arbeitnehmer⁴² noch hypothetische Sonderkarrieren des Betriebsratsmitglieds selbst. Allerdings verlangt das BAG zu Recht nicht, dass die Vergütungen innerhalb der Vergleichsgruppe um einen bestimmten einheitlichen Prozentsatz angehoben werden, ein regelhaftes Verhalten kann auch vorliegen, wenn die Gehaltserhöhung unterschiedlich ausfällt. Voraussetzung ist dann, dass in Anwendung eines regelhaften Beförderungsplans jedenfalls der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer tatsächlich höherwertige Tätigkeiten übertragen wurden.⁴³

Je kleiner allerdings die Vergleichsgruppe, desto größer werden die Probleme: Bei sehr kleinen Vergleichsgruppen, bei denen eine Mehrheit nicht mehr feststellbar sei, soll nach dem BAG der Durchschnitt der den Angehörigen der Vergleichsgruppe gewährten Gehaltserhöhungen maßgebend sein.⁴⁴ Und wenn es bei der Vergleichsgruppe gar keine Beförderungen gab, das Betriebsratsmitglied aber nachweisen könne, dass es – ohne die Betriebsratsstätigkeit – eine Beförderung erhalten hätte, dann komme § 37 Abs. 4 BetrVG ebenfalls zur Anwendung.⁴⁵ Ich möchte hier zur Vermeidung von Überschneidungen Herrn *Annuß* für den Anschlussvortrag weitgehend das Feld überlassen (Stichwort: Medianarbeitnehmer⁴⁶) und mich nur kurz äußern: Während die Durchschnittsbetrachtung sich noch einigermaßen im Schema des § 37 Abs. 4 BetrVG bewegt und versucht, eine

37 BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3).

38 BAG 21.2. 2018 – 7 AZR 496/16 (Fn. 17).

39 BAG 21.2. 2018 – 7 AZR 496/16 (Fn. 17), Rn. 18.

40 BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3), Rn. 16; vgl. dazu stellvertretend *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 163; *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 37 Rn. 136.

41 *Uffmann*, ZFA 2018, 225, 243.

42 BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3), Rn. 16; *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 165; *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 37 Rn. 137.

43 BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3), Rn. 16; BAG 21.2. 2018 – 7 AZR 496/16 (Fn. 17), Rn. 18.

44 BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3), Rn. 17; BAG 21.2. 2018 – 7 AZR 496/16 (Fn. 17), Rn. 18.

45 Vgl. zuletzt BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3), Rn. 16.

46 *Annuß*, NZA 2018, 134, 136; *ders.*, NZA 2018, 976, 977; vgl. auch *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 168 f.

für die Praxis handhabbare Ermittlung der Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer zu ermöglichen⁴⁷, verlässt der Senat meines Erachtens spätestens in der letzten Fallgruppe genau dieses Schema. Statt wie sonst bei § 37 Abs. 4 BetrVG wird gerade nicht aus der beruflichen Entwicklung anderer Arbeitnehmer ein gesetzlich vorgegebener Rückschluss auf das Betriebsratsmitglied gezogen. Vielmehr fragt das BAG danach, wie die hypothetische Entwicklung des Betriebsrats selbst hätte laufen müssen. Das ist aber eine Frage, die im Rahmen des § 78 Satz 2 BetrVG und nicht im Rahmen des § 37 Abs. 4 BetrVG zu stellen wäre.⁴⁸

Zustimmen möchte ich dem BAG allerdings bei einer weiteren, in der Literatur kritisierten Entscheidung. Im Urteil vom 18.1. 2017 zieht das BAG bei der Anwendung des § 37 Abs. 4 BetrVG eine aus dem Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG abgeleitete Grenze: Vergütungserhöhungen vergleichbarer Arbeitnehmer, die das Betriebsratsmitglied ohne sein Mandat nicht beanspruchen könnte, dürften nicht berücksichtigt werden.⁴⁹ Im konkreten Fall gab es zwar eine regelhafte prozentuale Vergütungserhöhung für vergleichbare Arbeitnehmer. Das Betriebsratsmitglied selbst hatte aber bei der Amtsübernahme bereits die höchste Steigerungsstufe der höchsten tariflichen Vergütungsgruppe erreicht. Das führte dazu, dass seine Vergütungsentwicklung hinter derjenigen der anderen Arbeitnehmer zurückblieb. Da mit einem der vergleichbaren Arbeitnehmer später ein Aufstieg in den übertariflichen Bereich vereinbart worden war, verlangte der Kläger das auch für sich. Nur so könne er eine dem Durchschnitt der vergleichbaren Arbeitnehmer entsprechende Vergütungserhöhung erlangen. Das BAG lehnt das ab: Einen Aufstieg in den Bereich der übertariflichen Mitarbeiter könne es auf der Basis des § 37 Abs. 4 BetrVG nur geben, wenn auch genau ein solcher Aufstieg für vergleichbare Arbeitnehmer wiederum betriebsüblich sei. Dazu fehlte es an Feststellungen.⁵⁰ Ich halte das für richtig. So wie das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG bei der Auslegung des § 37 Abs. 4 BetrVG eine Rolle spielen kann, kann auch das Begünstigungsverbot begrenzend wirken. § 78 Satz 2 BetrVG wirkt gleichsam wie eine interpretatorische Leitplanke auf beiden Seiten des § 37 Abs. 4 BetrVG. Dem kann aus meiner Sicht nicht entgegengehalten werden, dass § 37 Abs. 4 BetrVG nur einen Mindestschutz gewähre und eine aus dem Gesetz folgende Anwendung der Vorschrift

47 Uffmann, Anmerkung zu BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 169; kritisch Annuß, NZA 2018, 976, 978; Thüsing/Denzer (Fn. 5), Rn. 170 f.

48 Vgl. auch Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 251.

49 BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3), Rn. 25 ff.

50 BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 3), Rn. 27.

keine verbotene Begünstigung darstelle.⁵¹ Zwar hat der Gesetzgeber § 37 Abs. 4 BetrVG in der Tat eingeführt, um Betriebsratsmitgliedern eine Teilhabe an beruflichen Entwicklungen zu erleichtern und sie auf diese Weise vor Benachteiligungen zu schützen.⁵² Es besteht aber kein Anlass zu der Annahme, dass er dabei zugleich Begünstigungen in Kauf nehmen wollte, die es ohne die Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG auch nicht hätte geben können. § 37 Abs. 4 BetrVG gleicht lediglich den Nachteil aus, der einem Arbeitnehmer dadurch entsteht, dass er seine eigene hypothetische Entwicklung nur schwer nachweisen kann. Deshalb wird auf die Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer abgestellt. Voraussetzung für die Anwendung des § 37 Abs. 4 BetrVG bleibt aber, dass das Betriebsratsmitglied hypothetisch eine entsprechende Entwicklung auch hätte nehmen können. Die Vorschrift soll das Begünstigungsverbot nicht für Fälle aushebeln, in denen aus rechtlichen Gründen feststeht, dass eine bestimmte Entwicklung für das Betriebsratsmitglied gar nicht möglich war.

3. Eigenständiger Entgeltschutz im Lichte des § 78 Satz 2 BetrVG

§ 78 Satz 2 BetrVG entfaltet aber auch außerhalb dieses interpretatorischen Zusammenhangs eigenständige Bedeutung.

Die Vorschrift kann einerseits einen vom Konzept des § 37 Abs. 4 BetrVG losgelösten eigenständigen Anspruch des Betriebsrats begründen, wenn es diesem gelingt, tatsächlich eine eigene hypothetische Entwicklung nachzuweisen.

Andererseits hat umgekehrt das Begünstigungsverbot begrenzende Wirkung. Beförderungen, die der Arbeitgeber von sich aus vornimmt, oder auch freiwillige Vergütungsregelungen unterliegen einer Kontrolle am Maßstab des § 78 Satz 2 BetrVG.

a) Benachteiligungsverbot

Das BAG hat seit Beginn der 1990er Jahre in mehreren Entscheidungen im Grundsatz einen Anspruch eines Betriebsratsmitglieds auf Gewährung eines beruflichen Aufstiegs unter Berufung auf § 78 Satz 2 BetrVG für denkbar gehalten.⁵³ In der Entscheidung vom 17.8. 2005 werden die Vo-

51 So *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 189; kritisch auch *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1209.

52 *Annuß*, NZA 2018, 134.

53 BAG 11.12. 1991 – 7 AZR 75/91, NZA 1993, 909, 910; BAG 15.1. 1992 – 7 AZR 194/91 (Fn. 1), II 2 a; BAG 27.6. 2001 – 7 AZR 496/99, NZA 2002, 106, 108; BAG 17.8. 2005 – 7 AZR 528/04 (Fn. 1), Rn. 18; BAG 14.7. 2010 – 7 AZR 359/09, NJOZ 2011, 272 Rn. 19; vgl. dazu *Jacobs/Frieling*, Die Betriebsrats-

raussetzungen noch einmal zusammengefasst: Dem Betriebsratsmitglied müsse der Nachweis gelingen,

„dass es ohne seine Tätigkeit als Mitglied einer Betriebsvertretung inzwischen mit einer Aufgabe betraut worden wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde“.⁵⁴

Eine bloße Möglichkeit oder eine konkrete Chance auf eine Beförderung reichen nicht aus.⁵⁵ Denkbar ist nach der Rechtsprechung etwa, dass eine tatsächlich erfolgte Bewerbung allein an der Betriebsratsstätigkeit an sich oder an durch diese Tätigkeit bedingten fachlichen Defiziten scheitert. Das Betriebsratsmitglied könne aber auch geltend machen, dass es gerade mit Blick auf seine Betriebsratsstätigkeit eine eigentlich sicher zum Erfolg führende Bewerbung von vornherein unterlassen oder ein Angebot des Arbeitgebers abgelehnt habe.⁵⁶

Diese Rechtsprechungslinie ist in der Sache richtig, und zwar auch insoweit sie nicht etwa im Hinblick auf das Benachteiligungsverbot die Anforderungen an den Nachweis der vom Betriebsrat geltend gemachten hypothetischen Entwicklung absenkt.⁵⁷

Zwar ist die Beweishürde hier sehr hoch und es überrascht nicht, dass soweit ersichtlich bislang nur einmal ein LAG einem entsprechenden Begehren eines Betriebsratsmitglieds stattgegeben hat.⁵⁸

Aber diese Problematik ist aus meiner Sicht keine, die speziell oder jedenfalls in erster Linie etwas mit der Betriebsratsstätigkeit zu tun hätte. Es geht ja nicht nur darum, dass eine Kausalität zwischen Nichtbeförderung und Betriebsratsstätigkeit in der Regel nur schwer nachweisbar ist. Das Betriebsratsmitglied muss auch nachweisen, dass es eine bestimmte Beförderung nach den allgemeinen Auswahlkriterien des Arbeitgebers tatsächlich erhalten hätte. Auswahl- und Beförderungsentscheidungen unterfallen aber im Ausgangspunkt dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und sind nur begrenzt nach objektiven Kriterien kontrollierbar. Ein Anspruch auf

vergütung nach § 78 Satz 2 BetrVG im arbeits- und im strafgerichtlichen Verfahren, Festschrift Klebe, 2018, S. 190 ff.; *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 191 ff.

54 BAG 17.8. 2005 – 7 AZR 528/04 (Fn. 1), Rn. 19.

55 BAG 11.12. 1991 – 7 AZR 75/91 (Fn. 53); LAG Düsseldorf 27.4. 2018 – 10 Sa 717/17, juris Rn. 60.

56 BAG 27.6. 2001 – 7 AZR 496/99 (Fn. 53) (bezogen auf Auswahlentscheidungen bei Personalratsmitgliedern).

57 Zutreffend *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1610.

58 LAG Köln 25.4. 2016 – 2 Sa 561/15, juris. Im konkreten Fall hatte der Arbeitgeber die Ablehnung einer Beförderung unter anderem ausdrücklich damit begründet, dass der Bewerber aufgrund seiner Tätigkeit im Betriebsrat zur Zeit tatsächlich noch nicht für die auf der Beförderungsstelle wahrzunehmenden Funktionen zur Verfügung stand (Rn. 22, 38).

eine Beförderung ist generell nur schwer durchsetzbar. In dieser Hinsicht die Nachweisanforderungen gerade bei Betriebsratsmitgliedern abzusenken, wäre eine unzulässige Begünstigung. Genau deshalb ist es eine sehr kluge Entscheidung, die der Gesetzgeber in § 37 Abs. 4 BetrVG getroffen hat. Sie stellt mit dem Kriterium der Betriebsüblichkeit auf Fallkonstellationen ab, in denen eine Art Selbstbindung des Arbeitgebers durch regelhaftes Beförderungsverhalten vorliegt. Und sie entlastet das Betriebsratsmitglied von dem Nachweis der Kausalität zwischen Nichtbeförderung und Betriebsratsstätigkeit. Die Anerkennung eines weitergehenden unmittelbaren Anspruchs aus dem Benachteiligungsverbot ist vor diesem Hintergrund sachlich zwar zutreffend, setzt aber eben voraus, dass die Benachteiligung auch tatsächlich nachgewiesen werden kann.

b) Begünstigungsverbot

In der gegenwärtigen Diskussion um die Betriebsratsvergütung scheint sich allerdings die umgekehrte Frage nach den Grenzen einer vom Arbeitgeber tatsächlich gewährten Beförderung oder höheren Vergütung in den Vordergrund zu schieben. Das Begünstigungsverbot wird zwar im Grundsatz von niemandem infrage gestellt. Aber es werden größere Spielräume für die betriebliche Praxis eingefordert. Man sieht sogar die Gefahr einer Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern, wenn das Begünstigungsverbot zu strikt interpretiert wird.⁵⁹

Hier ist zunächst zu bedenken, dass die konkrete Wirkkraft einer strengen oder offeneren Interpretation des Begünstigungsverbots stark von den prozessualen Konstellationen abhängt, in denen Gerichte zu einer Überprüfung aufgerufen sind.

In einem Strafverfahren etwa wegen Betriebsratsbegünstigung oder auch Untreue muss jedenfalls der Staat den Nachweis einer Straftat führen und es gilt der Grundsatz *in dubio pro reo*.⁶⁰

Im zivilrechtlichen Zusammenhang kann das Begünstigungsverbot eine Rolle spielen, wenn der Arbeitgeber sich an eine getroffene Vereinbarung nicht halten möchte, dazu deren Nichtigkeit nach § 134 BGB behauptet und gegebenenfalls sogar bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche geltend macht⁶¹. Auch wenn die Nichtigkeit nach § 134 BGB von Amts wegen zu überprüfen ist⁶², liegt die Darlegungs- und Beweislast für deren

59 Annuß, NZA 2018, 134 ff.; Bayreuther, DB 2019, 1207 ff.; vgl. auch Happe (Fn. 2), S. 56 ff.; Thüsing/Denzer (Fn. 5), Rn. 206 ff.; Uffmann, ZFA 2018, 225, 244 f.

60 Vgl. zu strafrechtlichen Folgen einer Begünstigung etwa Esser (Fn. 2), S. 163 ff.; Jacobs/Frieling, ZfA 2015, 241, 260 ff.; Schlamp (Fn. 1), S. 331 ff.

61 Vgl. dazu Esser (Fn. 2), S. 143 ff.; Thüsing/Denzer (Fn. 5), Rn. 381 ff.

62 BAG 8.11. 2017 – 5 AZR 11/17 (Fn. 3), Rn. 31

tatsächliche Voraussetzungen beim Arbeitgeber.⁶³ Dieser müsste also bei einem Streit um die Wirksamkeit einer Beförderung dazu vortragen, dass seine eigene Entscheidung gegen das Begünstigungsverbot verstoßen hätte. Das erscheint etwas seltsam, völlig aus der Luft gegriffen ist es aber nicht. Das BAG musste sich zwar bisher nicht zu Beförderungsentscheidungen äußern, aber immerhin in den Urteilen vom 8.11. 2017 und vom 29.8. 2018 zu pauschalen Stundenvergütungen bzw. Zeit- oder Erschwerungszulagen, also Regelungen im Zusammenhang mit § 37 Abs. 2 BetrVG.⁶⁴

Es geht hier um die Spielräume von Vereinbarungslösungen. Eine Beförderung oder Vergütungsregelung ist nicht nur dann mit § 78 Satz 2 BetrVG vereinbar, wenn sie auch vom Betriebsrat unter Berufung auf das Benachteiligungsverbot gerichtlich durchsetzbar wäre. Zwischen Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot gibt es einen durch die Beteiligten ausfüllbaren Zwischenraum.⁶⁵ Sie dürfen nicht nur das regeln, was sie ohnehin regeln müssten, um eine Benachteiligung zu vermeiden. Und es ist auch nicht nur das zulässig, was sich ohnehin aus § 37 Abs. 4 BetrVG ergäbe⁶⁶. Dem steht auch nicht die Entscheidung des BAG vom 29.8. 2018 entgegen. Das BAG sagt dort zwar, das Begünstigungsverbot lasse es

„regelmäßig nicht zu, dem Mandatsträger wegen seiner Amtsstellung eine während der Mandatstätigkeit weiterzuzahlende Vergütung zuzusagen, die über das nach § 37 II bis IV BetrVG geregelte gesetzliche Maß hinausgeht“⁶⁷.

Das bedeutet aber nicht, dass insbesondere § 37 Abs. 4 BetrVG als absolute Obergrenze und damit letztlich doch als abschließende Regelung zu verstehen wäre. Die Vorschrift dient, wie beschrieben, nur der leichteren Durchsetzung von Ansprüchen des Betriebsratsmitglieds. Allerdings ist die Grenze zum Begünstigungsverbot überschritten, wenn die Beförderung oder die Leistung einer Vergütung ohne das Betriebsratsamt nicht stattgefunden hätte. Materiellrechtlich ist das wie beim Benachteiligungsverbot: Dieses ist verletzt, wenn eine Beförderung oder Leistung einer Vergütung wegen des Betriebsratsamts nicht erfolgt ist.⁶⁸

Wann ein Richter bei streitiger Sachlage davon überzeugt ist, dass eine Regelung nicht ohne das Betriebsratsamt getroffen worden wäre, lässt sich nicht abstrakt sagen. Der Kausalzusammenhang ist für den Einzelfall zu

63 BAG 8.11. 2017 – 5 AZR 11/17 (Fn. 3), Rn. 16; BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17 (Fn. 3), Rn. 44.

64 BAG 8.11. 2017 – 5 AZR 11/17 (Fn. 3); BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17 (Fn. 3), 253; vgl. auch LAG Düsseldorf 17.4. 2019 – 7 Sa 1065/18, juris (nicht rechtskräftig, anhängig BAG 7 AZR 213/19).

65 Vgl. auch *Thüsing/Denzer* (Fn. 5), Rn. 207.

66 *Annuß*, NZA 2018, 134, 137; *Bayreuther*, DB 2019, 1207, 1208.

67 BAG 29.8.2018 – 7 AZR 206/17 (Fn. 3), Rn. 34.

68 Vgl. auch *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 252 f.

ermitteln.⁶⁹ Indiziell für eine unzulässige Begünstigung sprechen aber jedenfalls singuläre Berufskarrieren eines Betriebsratsmitglieds oder erhebliche Diskrepanzen im Vergütungsbereich.⁷⁰

Zu beachten ist, dass das BAG in den einschlägigen Urteilen wiederum auf die Grundsätze des § 287 Abs. 2 ZPO verweist.⁷¹ Das bedeutet aber zugleich, dass auch den Beteiligten selbst ein gewisser Spielraum zugebilligt werden muss.⁷² In der bereits erwähnten Entscheidung vom 29.8. 2018 wurde ein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot nach diesen Maßstäben zutreffend bejaht, da dem Betriebsratsmitglied ein pauschaler Nachtarbeitszuschlag ausdrücklich zur Kompensation dafür gewährt worden war, dass er mit einem nach § 37 Abs. 4 BetrVG vollzogenen Aufstieg zum Aufgabenleiter in eine Position kam, wo Nachtdienste üblicherweise nicht mehr erbracht wurden.⁷³ Und im Urteil vom 8.11. 2017 wurde eine pauschale Stundenvergütung für Betriebsrats Tätigkeit vereinbart, die deutlich über der am Mindestlohn orientierten Vergütung des als Zeitungszusteller beschäftigten Betriebsratsmitglieds lag. Zu Recht sieht hier das BAG erhebliche Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot.⁷⁴

III. Schlussbemerkung

Meine Schlussbemerkung fällt ganz kurz aus. Aus meiner Sicht interpretiert das BAG die Regelungen des BetrVG zur Vergütung von Betriebsratsmitgliedern zutreffend. Korrekturbedarf sehe ich nur in Einzelpunkten. Ehrenamtsprinzip, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot bleiben als Eckpunkte dieser Rechtsprechung stets sichtbar. Dabei gelingt dem BAG auch die Umsetzung der im Gesetz angelegten Konzeption, innerhalb dieser Eckpunkte dem Betriebsratsmitglied ein nach dem Entgeltausfallprinzip zu berechnendes Auskommen zu sichern und es zugleich nicht von der beruflichen Entwicklung anderer Arbeitnehmer abzukoppeln. In der aktuellen, bisweilen sehr von extrem gelagerten Einzelfällen geprägten Diskussion erscheint die eher zurückhaltende und ausgewogene Linie des 7. Senats hilfreich. Sie würdigt einerseits den Einsatz vieler Be-

69 BAG 8.11. 2017 – 5 AZR 11/17 (Fn. 3), Rn. 31; *Kania*, in: ErfK (Fn. 17), § 78 Rn. 7

70 Vgl. auch *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1610; anderer Ansicht *Annuß*, NZA 2018, 134, 137 f.

71 BAG 8.11. 2017 – 5 AZR 11/17 (Fn. 3), Rn. 29, 33; BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17 (Fn. 3), Rn. 39.

72 Insoweit auch *Annuß*, NZA 2018, 134, 137; *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 237; *ders.*, DB 2019, 1207, 1209.

73 BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17 (Fn. 3), Rn. 42.

74 BAG 8.11. 2017 – 5 AZR 11/17 (Fn. 3), Rn. 32; zustimmend *Boemke*, Juris PraxisReport Arbeitsrecht (jurisPR-ArbR) 22/2018 Anm.1.

triebsräte und ihr berechtigtes Interesse an einer Sicherung ihrer beruflichen Existenzgrundlage und schützt andererseits zugleich deren Unabhängigkeit und damit ein zentrales Element der betrieblichen Mitbestimmung.

Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder – Richtig verstanden*

Georg Annuß

	Seite
I. Problemaufriss	88
II. Ehrenamtsprinzip und Vergütungshöhe.....	88
III. Beförderungs- und Vergütungsentscheidungen des Arbeitgebers nach dem Leitbild des BetrVG.....	90
1. Nicht dauerhaft freigestellte Betriebsratsmitglieder	90
2. Dauerhaft freigestellte Betriebsratsmitglieder.....	93
3. Folgerungen für die Praxis.....	95
IV. Die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer als Mindestgarantie.....	96
1. Die Vergleichsgruppe	97
2. Die betriebsübliche Entwicklung	101
V. Ausblick.....	103
Diskussion	105

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen* (München 2020), S. 87-104

* Die folgenden Ausführungen fassen meine in den Beiträgen „Das System der Betriebsratsvergütung“, NZA 2018, 134, „Der Durchschnitt für den Betriebsrat?“, NZA 2018, 976, „Ermessensgerechte Beförderung als unzulässige Betriebsratsbegünstigung?“, NZA 2020, 20 und „Strafbare Betriebsratsbegünstigung bei Vergütungsentscheidungen“, NSTZ 2020, 201 angestellten Überlegungen – teils wörtlich – zusammen und entwickeln sie weiter, soweit ich glaube, zwischenzeitlich „klüger geworden zu sein“.

I. Problemaufriss

Das in § 37 Abs. 1 BetrVG verankerte Ehrenamtsprinzip verbindet sich mit dem in § 37 Abs. 2 BetrVG begründeten Anspruch der Betriebsratsmitglieder auf Freistellung von ihrer beruflichen Tätigkeit für Zwecke der Betriebsratstätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu dem gesetzlichen Leitbild, dass Betriebsratsmitglieder während ihrer Betriebsratstätigkeit so zu vergüten sind, als gingen sie ihrer regulären Beschäftigung nach.

Erforderlich ist also jeweils eine individuelle, auf das einzelne Betriebsratsmitglied bezogene Betrachtung, die unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des jeweiligen Einzelfalls danach fragt, welche Vergütung das Betriebsratsmitglied erzielen würde, wenn es nicht zur Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben freigestellt wäre. Auf einem grundlegenden Missverständnis des gesetzlichen Regelungsplans beruht deshalb die Aussage, nach dem Gesetz sollten freigestellte Betriebsratsmitglieder „so viel verdienen wie vergleichbar qualifizierte Mitarbeiter im Unternehmen“;¹ ähnliches gilt für die Behauptung, § 37 Abs. 4 BetrVG bilde den Maßstab für eine „Regelvergütung“.² Die Vergütung richtet sich nämlich grundsätzlich nicht nach einer abstrakten Regel, sondern nach den jeweils besonderen Umständen des einzelnen Betriebsratsmitglieds. Ergänzend dazu definiert § 37 Abs. 4 BetrVG mit der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer die in jedem Fall zu beachtende Untergrenze für die Vergütungsentwicklung bei Betriebsratsmitgliedern.

II. Ehrenamtsprinzip und Vergütungshöhe

Weil das Betriebsratsamt ein Ehrenamt ist, darf die Betriebsratstätigkeit – abgesehen vom Ausnahmefall des § 37 Abs. 3 BetrVG³ – nicht vergütet werden. Das Entgelt eines Betriebsratsmitglieds richtet sich daher allein nach dem Arbeitsvertrag und den ihn ergänzenden Regelungen.

Nach dem sog. Entgeltausfallprinzip ist einem Betriebsratsmitglied für Zeiten seiner Betriebsratstätigkeit „das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen ..., das es verdient hätte, wenn es keine Betriebsratstätigkeit geleistet, son-

1 Rieble, Der Kampf ums Recht in Braunschweig, WirtschaftsWoche vom 16.11. 2019; ähnlich Rüthers, VW: Gemeinsamer Verrat an der Mitbestimmung?, NJW 2007, 195, 196; Schweibert/Buse, Rechtliche Grenzen der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern – Schattenbosse zwischen „Macht und Ohnmacht“, NZA 2007, 1080, 1082; Dzida/Mehrens, Straf- und haftungsrechtliche Risiken im Umgang mit dem Betriebsrat, NZA 2013, 753, 755.

2 So etwa Jacobs, Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, NZA 2019, 1606, 1608.

3 Gegebenenfalls in Verbindung mit § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG.

dern gearbeitet hätte“.⁴ Zum Arbeitsentgelt zählen neben der Grundvergütung auch Zuschläge für Mehr-, Über-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie andere Erschwerniszuschläge, nicht aber Aufwenderersatz.⁵ Allerdings kann ein Betriebsratsmitglied, das aufgrund einer privaten Entscheidung vor dem Antritt seines Betriebsratsamts eine Änderung seines Arbeitsvertrags von Nacht- zu Tagschicht herbeiführt, um seine Aufgaben als Betriebsratsmitglied besser wahrnehmen zu können, nur die ihm nach dem geänderten Arbeitsvertrag zustehende Vergütung beanspruchen, so dass ihm kein Ausgleich für die aufgrund der Vertragsänderung entgehenden Nachtzuschläge zusteht.⁶

Die Karriere- und Vergütungsentwicklung von Betriebsratsmitgliedern folgt den im Beschäftigungsbetrieb bzw. bei ihrem Arbeitgeber jeweils geltenden Regeln. Insbesondere sind Betriebsratsmitglieder bei Beförderungsentscheidungen des Arbeitgebers grundsätzlich in gleicher Weise zu berücksichtigen wie andere Arbeitnehmer. Jede Benachteiligung oder Begünstigung wegen der Betriebsrats Tätigkeit ist auch bei solchen Entscheidungen nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässig und nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG strafbar;⁷ sie liegt indes nur vor, wenn ein Betriebsratsmitglied aufgrund seines Betriebsratsamts oder der Art und Weise seiner Ausübung schlechter bzw. besser behandelt wird als andere Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage, ohne dass dies durch eine ordnungsgemäße Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben oder sonstige sachliche Gründe zu erklären ist.⁸ Nicht jede, sondern nur eine sachfremde Anknüpfung an die Betriebsrats Tätigkeit begründet mithin einen Verstoß gegen § 78 Satz 2 bzw. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Unzulässig ist insbesondere eine Vergütungserhöhung wegen des Betriebsratsamts als solchem oder die Art und Weise seiner Ausübung.

-
- 4 BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253, 256; ebenso bereits BAG 18.5. 2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212, 1213; nicht zuzustimmen ist dem Verständnis von § 37 Abs. 2 BetrVG bei *Schlamp*, Die Vergütung von Betriebsräten, 2018, S. 115, 189, 207 und passim.
- 5 BAG 29.8. 2018 – 7 AZR 206/17 (Fn. 4); BAG 18.5. 2016 – 7 AZR 401/14 (Fn. 4).
- 6 BAG 18.5. 2016 – 7 AZR 401/14 (Fn. 4), 1212; anderer Ansicht *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1607.
- 7 Zu dem Wortlautunterschied der beiden Bestimmungen *Annuß*, NSTZ 2020, 201.
- 8 Wörtlich formuliert das BAG, dass ein Betriebsratsmitglied wegen seiner Betriebsrats Tätigkeit nur begünstigt wird bei einer „Besserstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht“ (BAG 21.3. 2018 – 7 AZR 590/16, NJW 2018, 2508, 2509); vgl. zur Benachteiligung auch BAG 20.1. 2010 – 7 ABR 68/08, NJW 2010, 2077; in diesem Sinne zu § 53 Abs. 2 BetrVG 1952 bereits *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl. 1970, § 53 Rn. 12.

III. Beförderungs- und Vergütungsentscheidungen des Arbeitgebers nach dem Leitbild des BetrVG

1. Nicht dauerhaft freigestellte Betriebsratsmitglieder

Sind Betriebsratsmitglieder nicht für Zwecke der Betriebsratstätigkeit dauerhaft von ihrer beruflichen Tätigkeit freigestellt, so richtet sich ihre Vergütung grundsätzlich nach ihrer tatsächlichen beruflichen Entwicklung. Sie können sich auf höherwertige Positionen genauso bewerben wie andere Arbeitnehmer und sind nach den bei der Auswahlentscheidung allgemein angewandten Regeln ohne Rücksicht auf ihr Betriebsratsamt zu behandeln. Vergibt ein Arbeitgeber eine Beförderungsstelle an ein Betriebsratsmitglied, weil es ihm aufgrund seines Persönlichkeits- und Kompetenzprofils dafür am besten geeignet erscheint, hat das Betriebsratsmitglied fortan Anspruch auf die mit der neuen Stelle verbundene höhere Vergütung.

Solche Personalauswahlentscheidungen sind selten allein durch objektiv feststellbare Kriterien determiniert, sondern sie beruhen üblicherweise zu einem beträchtlichen Teil auf persönlichen Werturteilen der Entscheider.⁹ Das darin zum Ausdruck kommende Auswahlermessen des Arbeitgebers ist wesentliches Element seiner unternehmerischen Freiheit und auch dann anzuerkennen, wenn die Entscheidung im Einzelfall zugunsten eines Betriebsratsmitglieds ausfällt.¹⁰ Die Grenze zur unzulässigen Begünstigung wegen der Betriebsratstätigkeit ist deshalb erst überschritten, wenn feststeht, dass das Betriebsratsmitglied die Beförderungsstelle ohne seine Amtstätigkeit nicht erhalten hätte. Die bloße Möglichkeit, dass die Betriebsratstätigkeit für die Beförderung ausschlaggebend war, genügt also nicht; erforderlich ist, dass die Beförderung nicht anders als durch die Betriebsratstätigkeit erklärt werden kann.¹¹ Nicht zu rechtfertigen ist auch

9 Vgl. nur *Apelojg*, Emotionen in der Personalauswahl, 2010; *Kanning*, Personalauswahl zwischen Anspruch und Wirklichkeit – Eine wirtschaftspsychologische Analyse, 2015; vgl. auch *Hennecke*, Die Bemessung von Arbeitsentgelt und allgemeinen Zuwendungen freigestellter Betriebsräte, RdA 1986, 241, 243: „Es ist nie sicher, ob in einer gleichen Lage wieder eine gleiche Entscheidung getroffen werden wird“.

10 Ähnlich *Bayreuther*, Die „betriebsübliche“ Beförderung des freigestellten Betriebsratsmitglieds, NZA 2014, 235, 237; *ders.*, Betriebsratsvergütung: Die hypothetische berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds – Verhältnis zwischen Mindestvergütung und Begünstigungsverbot sowie Maßstäbe für eine rechtssichere Lohngestaltung, DB 2019, 1207, 1209 f.

11 Siehe näher *Annuß*, NZA 2020, 20, 21; vgl. zum Nachweis der Benachteiligung wegen der Betriebsratstätigkeit BAG 11.12. 1991 – 7 AZR 75/91, NZA 1993, 909, 910: „Es bedarf mithin der – wenn auch auf der Feststellung von Hilfsstatsachen beruhenden – Feststellung des Tatrichters, daß das Betriebsratsmitglied diese berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte.“

die Etablierung einer vom Arbeitgeber zu entkräftenden Vermutung, dass eine Beförderung von Betriebsratsmitgliedern wegen der Betriebsrats-tätigkeit erfolgt;¹² dies gilt selbst dann, wenn es um die Beförderung auf eine herausgehobene Position geht, die nur im Rahmen einer Ausnahme-karriere erklommen werden kann. Durch die mit einer solchen Vermutung dem Arbeitgeber bei der Beförderung von Betriebsratsmitgliedern auf-erlegte Erklärungslast würde ein Beförderungshindernis errichtet, das ei-nen – gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG strafbaren – Wettbewerbsnachteil der Betriebsratsmitglieder in der Auswahl-situation allein wegen ihrer Be-triebsrats-tätigkeit begründete.¹³

Sachgerechte Personalauswahlentscheidungen orientieren sich daran, welcher Bewerber für die zu besetzende Position am besten geeignet ist. Formalqualifikationen spielen dabei häufig eine geringere Rolle als die nachgewiesenen praktischen Fähigkeiten und Fertigkeiten eines Bewer-bers, gleichgültig wie diese erworben und unter Beweis gestellt wurden. So können Arbeitnehmer für eine Beförderungsstelle durchaus nur deshalb in Betracht kommen, weil sie sich außerhalb des Arbeitsverhältnisses privat weitergebildet oder in Sportvereinen, politischen Parteien oder sonstigen gesellschaftlichen Organisationen Verantwortungsbereitschaft, Tatkraft und Führungsstärke nachgewiesen haben. Nicht zu beanstanden ist auch, wenn Beförderungen auf die im Rahmen der Betriebsrats-tätigkeit erwor-benen Qualifikationen gestützt werden, soweit sie für die zu besetzende Position relevant sind.¹⁴ Darin liegt keine unzulässige Anknüpfung an das Betriebsratsamt bzw. die Art und Weise seiner Ausübung, sondern die Einbeziehung aller für die Auswahlentscheidung relevanten Sachkrite-

Die ... bloße Möglichkeit bzw. ‚konkrete Chance‘ einer derartigen beruflichen Entwicklung genügt nicht“; vgl. auch BAG 17.8. 2005 – 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448.

- 12 Zutreffend insoweit *Kreutz*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfas-sungsgesetz (GK-BetrVG), Bd. 2, 11. Aufl. 2018, § 78 Rn. 88, 100 (vgl. auch *Kreutz*, in: GK-BetrVG, Bd. 2, 10. Aufl. 2014, § 78 Rn. 44); unzutreffend *Happe*, Die persönliche Rechtsstellung von Betriebsräten, 2017, S. 63: „Damit jedoch auch im Rahmen der Einzelfallabwägung das Ehrenamtsprinzip größt-mögliche Wirkung entfaltet, ist zunächst eine Begünstigung widerleglich zu vermuten“.
- 13 Ebenso bereits *Annuß*, NZA 2018, 134, 137; *ders.*, NZA 2020, 20, 22 f.; *Bay-reuther*, NZA 2014, 235, 237; *Stück*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BAG, Urteil vom 20.10. 2016 (2 AZR 395/15) – Zur Zulässigkeit einer verdeck-ten Videoüberwachung zur Aufdeckung von Straftaten, CCZ 2017, 238, 240; *Uffmann*, Vergütung der Aufsichtsräte und Betriebsräte, ZFA 2018, 225, 244.
- 14 In diesem Sinne muss auch BAG 21.3. 2018 – 7 AZR 590/16 (Fn. 8) verstanden werden.

rien.¹⁵ Im Gegenteil bedeutete die generelle Ausblendung von Kompetenzen, die ein Arbeitnehmer im Zusammenhang mit seiner Betriebsrats Tätigkeit erworben hat, eine unzulässige Benachteiligung wegen der Betriebsrats Tätigkeit.¹⁶ Zur Vermeidung von Missverständnissen sei allerdings betont, dass es keinesfalls zulässig ist, die hypothetische Beschäftigung eines Betriebsratsmitglieds durch Anknüpfung an seine betriebsverfassungsrechtliche Stellung, die im Amt gezeigten Leistungen oder die Erledigung bestimmter betriebsverfassungsrechtlicher Funktionen¹⁷ zu bestimmen.¹⁸

Eine unzulässige Begünstigung wegen der Betriebsrats Tätigkeit wird ferner nicht dadurch begründet, dass das Betriebsratsmitglied ohne seine Betriebsrats Tätigkeit dem Arbeitgeber bei der Beförderungsentscheidung nicht in den Blick geraten wäre. Für die Sachgerechtigkeit einer Beförderungsentscheidung ist nämlich irrelevant, wie ein Bewerber auf seine Eignung für die besetzende Stelle aufmerksam gemacht hat. Dies mögen häufig besondere Leistungen in der Arbeitssituation sein, doch sind es oftmals auch außerberufliche Leistungen, wie beispielsweise eine eloquente Rede auf der Weihnachtsfeier, eine Musikdarbietung auf dem Sommerfest oder außerberuflicher Kontakt mit Angehörigen des Top-Managements im gesellschaftspolitischen oder sozialen Umfeld. Müsste daher ein durch die Betriebsrats Tätigkeit vermittelter „Sprungbretteffekt“ ausgeblendet werden, würde die betriebsrätliche Tätigkeit insoweit schlechter behandelt als andere ehrenamtliche Tätigkeiten, ohne dass der mit § 78 Satz 2 BetrVG verfolgte Regelungszweck dies erfordert.

Auf einer unternehmerischen Ermessensentscheidung beruht häufig nicht nur die Beförderung eines Arbeitnehmers auf eine höherwertige Position,

15 Zutreffend *Uffmann*, ZfA 2018, 225, 244: „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“; ähnlich bereits *Kehrmann*, Pauschalierung von Vergütungs- und Kostenerstattungsansprüchen der Betriebsratsmitglieder, Festschrift Wlotzke, 1996, S. 357, 364; anderer Ansicht *Bittmann/Mujan*, Compliance – Brennpunkt „Betriebsratsvergütung“ (Teil 1), BB 2012, 637, 638; *Byers*, Die Höhe der Betriebsratsvergütung – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtslage, NZA 2014, 65, 66; *Jacobs/Frieling*, Grundlagen und Grenzen der Bezahlung freigestellter Betriebsratsmitglieder, ZfA 2015, 241, 247, zu § 37 Abs. 4 BetrVG; *Keilich*, Die Bemessung der Betriebsratsvergütung – Gut gemeint ist das Gegenteil von gut, BB 2014, 2229, 2232.

16 Näher *Annuß*, NZA 2020, 20, 22 f.

17 Dazu *Kehrmann*, Festschrift Wlotzke, 1996, S. 357, 359 f.

18 Im Ergebnis zutreffend daher beispielsweise *Joussen*, Die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder, RdA 2018, 193, 196.

sondern auch die Festsetzung des damit verbundenen Gehalts. Außerhalb des Tarifgefüges wird die Vergütung in vielen Fällen „freihändig“ bestimmt. Dabei orientiert der Arbeitgeber sich häufig an der Wertigkeit der Stelle und den erwarteten Leistungen sowie der bisherigen Vergütungsentwicklung des Mitarbeiters. Eine solche in wesentlicher Hinsicht intuitive Vergütungsfestsetzung entspricht in vielen Unternehmen der üblichen Personalpraxis, und insoweit ist sie auch im Verhältnis zu Betriebsratsmitgliedern rechtlich nicht zu beanstanden. Eine unzulässige Begünstigung wegen der Betriebsratstätigkeit darf in solchen Fällen deshalb nur angenommen werden, wenn die konkret bestimmte Vergütungshöhe nicht anders als durch eine Anknüpfung am Betriebsratsamt bzw. der Art und Weise seiner Ausübung erklärt werden kann. Auch in dieser Hinsicht darf dem Arbeitgeber für die Begründung der Vergütungsentscheidungen betreffend Betriebsratsmitglieder nicht mehr abverlangt werden, als für die Begründung von Vergütungsentscheidungen gegenüber anderen Arbeitnehmern.¹⁹ Strukturell Gleiches gilt für regelmäßige Gehaltserhöhungen, soweit die den Arbeitnehmern individuell gewährten Erhöhungen im Ermessen des Arbeitgebers liegen.

2. Dauerhaft freigestellte Betriebsratsmitglieder

Für Betriebsratsmitglieder, die zu Zwecken ihrer Betriebsratstätigkeit dauerhaft freigestellt sind,²⁰ gelten die vorstehend skizzierten rechtlichen Rahmenbedingungen in gleicher Weise. In der Praxis ergeben sich insoweit allerdings besondere Unsicherheiten, weil die berufliche Entwicklung während der – mitunter über viele Jahre oder gar einige Jahrzehnte hinweg andauernden – Freistellung hypothetisch zu bestimmen ist. Der Ausgangspunkt ist indes eindeutig: In jedem beliebigen Beurteilungszeitpunkt ist nicht eine vergangenheitsbezogene Nachzeichnung des hypothetischen Karriereverlaufs des jeweiligen Betriebsratsmitglieds erforderlich, sondern danach zu fragen, auf welcher Position das Betriebsratsmitglied beschäftigt und welche Vergütung es dort erzielen würde, wenn die Freistellung wegen der Betriebsratstätigkeit entfielen.²¹

Gelangt ein Personalverantwortlicher bei dieser hypothetischen Betrachtung beispielsweise zu dem Ergebnis, dass der Konzernbetriebsratsvorsitzende eines Großkonzerns bei Wegfall der Freistellung in einer gehobenen Führungsposition weiterbeschäftigt würde, so ist das nicht zu beanstanden, solange nicht feststeht, dass diese Entscheidung nicht durch das Per-

19 Ähnlich *Thüsing/Denzer*, Rechtssichere Betriebsratsvergütung, 2019, Rn. 211: „Es muss daher die Darlegung einer *gewissen Wahrscheinlichkeit* genügen“ (Hervorhebung im Original). Siehe auch *Annuß*, NZA 2018, 134, 137; *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 237.

20 Vgl. § 38 BetrVG.

21 Siehe dazu näher *Annuß*, NZA 2020, 20, 23.

sönlichkeits- und Kompetenzprofil des Betriebsratsmitglieds oder sonstige sachliche Kriterien, sondern nur durch eine Anknüpfung am Betriebsratsamt bzw. die Art und Weise seiner Ausübung erklärt werden kann. Dies gilt umso mehr, als für einen mit der Unternehmenswirklichkeit vertrauten Betrachter ohne weiteres plausibel ist, dass Betriebsratsmitglieder, die sich in der komplexen Machtstruktur betrieblicher Arbeitnehmervertretungen in Großkonzernen gegen vielfältige Konkurrenz und Anfeindungen durchsetzen und über Jahre hinweg ihre Position behaupten, über ein Persönlichkeits- und Kompetenzprofil verfügen, das sie in gleicher Weise für die Übernahme herausgehobener Managementaufgaben in der Unternehmenshierarchie qualifiziert.²²

Da es nur auf das zum Beurteilungszeitpunkt gegebene Persönlichkeits- und Kompetenzprofil des freigestellten Betriebsratsmitglieds ankommt, werden die Möglichkeiten seiner hypothetischen Beförderung nicht dadurch limitiert, dass es vor der Freistellung eine vergleichsweise niedrige Position in der Unternehmenshierarchie bekleidet hat. Eine solche Einschränkung stünde nicht nur in Konflikt mit dem Entgeltausfallprinzip, sondern würde auch missachten, dass exponierte Betriebsratsmitglieder ihren ursprünglichen beruflichen Rollen im Verlaufe ihrer Betriebsrats-tätigkeit üblicher Weise weit entwachsen. Sie beruhte damit letztlich auf der – unfairen sowie sachlich nicht begründbaren – Unterstellung, dass Ausnahmetalente unter den Betriebsratsmitgliedern sich im Verlaufe ihrer regulären beruflichen Karriere nicht zu herausgehobenen Führungskräften entwickeln können,²³ obwohl die Möglichkeit solcher Ausnahmeentwicklungen in allen anderen gesellschaftlichen Bereichen immer wieder unter Beweis gestellt wird.

Klar ist allerdings, dass selbst einem noch so talentierten Betriebsratsmitglied nur solche Positionen übertragen werden können, die im Unternehmen tatsächlich vorhanden sind. Gibt der Stellenplan eines Unternehmens für ein Betriebsratsmitglied angesichts seines Persönlichkeits- und Kompetenzprofils keine Beförderung her, so darf sie nicht erfolgen. Im Übrigen ist bei einer Beförderung der gesamte Arbeitsvertrag auf die höherwertige Stelle auszurichten. Dies bedeutet insbesondere, dass ein Betriebsratsmitglied die mit einer Beförderung verbundene höhere Vergütung nicht beanspruchen kann, ohne nach Beendigung der Freistellung zu einer Tätigkeit auf der Beförderungssposition verpflichtet zu sein. Andererseits ist vor der Beförderung eines dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitglieds keine formale Bewerbung auf eine bestimmte Beförderungssposition erforderlich, weil das Betriebsratsmitglied diese Stelle bis auf weite-

22 Näher Annuß, NZA 2020, 20, 23 f.

23 In diesem Sinne insbesondere Rieble, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276; ders., WirtschaftsWoche vom 16.11. 2019.

res nicht übernehmen will. Nicht notwendig ist ferner, dass die Beförderungssposition für das Betriebsratsmitglied während seiner Freistellung freigehalten wird; es genügt, wenn dem Betriebsratsmitglied die während seiner Freistellung zu besetzende Beförderungssposition übertragen worden wäre, sofern seine Freistellung zu dem für die Stellenbesetzung maßgeblichen Zeitpunkt geendet hätte.

3. Folgerungen für die Praxis

Aus den vorstehenden Überlegungen folgt unter Berücksichtigung der vom BAG herausgearbeiteten Grundsätze,²⁴ dass eine unzulässige Begünstigung wegen der Betriebsratsstätigkeit auch bei der Beförderung eines Betriebsratsmitglieds auf eine hervorgehobene Managementpositionen – und weit über die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer hinaus – nur angenommen werden darf, wenn die Beförderung nicht anders als durch das Betriebsratsamt bzw. die Art und Weise seiner Ausübung erklärt werden kann.

Es geht mithin nicht darum, ob ein externer Betrachter die Beförderungsentscheidung in gleicher Weise getroffen hätte oder nach seinen Maßstäben als tolerabel beurteilt,²⁵ sondern entscheidend ist allein, ob die Beförderungsentscheidung auf einer sachfremden Anknüpfung an das Betriebsratsamt beruht. Ein Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG ist folglich jedenfalls dann nicht feststellbar, wenn plausibel gemacht wird, dass das betreffende Betriebsratsmitglied nach Wegfall seiner Freistellung auf einer bestimmten Position tatsächlich eingesetzt würde, ohne damit in Widerspruch zu den im Unternehmen im Übrigen angewandten Auswahlgrundsätzen zu stehen. Dafür ist nicht erforderlich, dass dem Betriebsratsmitglied eine exakt definierte Position hypothetisch zugewiesen wird, sondern es genügt, wenn eine Mehrzahl konkret in Betracht kommender gleichrangiger Positionen benannt werden und damit der Rahmen definiert wird, innerhalb dessen das Betriebsratsmitglied nach dem Ende seiner Freistellung weiterbeschäftigt würde.²⁶

In der Praxis darf ein Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG somit auch im Falle der Benennung einer hochrangigen Führungsposition als hypothetischer Beschäftigung bei Fehlen anderweitiger Anhaltspunkte zumindest dann nicht angenommen werden, wenn auf solchen Positionen im Unternehmen tatsächlich Arbeitnehmer mit einer vergleichbaren Ausgangssituation wie das konkret betrachtete Betriebsratsmitglied beschäftigt sind und der Personaler unter Bezug auf dessen Persönlichkeits- und Kompetenzprofil erklärt, weshalb es auf einer entsprechenden Stelle weiterzube-

24 BAG 21.3. 2018 – 7 AZR 590/16 (Fn. 8).

25 So auch Bayreuther, NZA 2014, 235, 237; ders., DB 2019, 1207, 1209 f.

26 Unklar insoweit Thüsing/Denzer (Fn. 19), Rn. 226 ff.

schäftigen ist bzw. nach Beendigung der Freistellung weiterzubeschäftigen wäre. Dabei sind an die Begründung des Personalers keine strengeren Anforderungen zu stellen, als sie im Unternehmen sonst für die inhaltliche Begründung von Beförderungsentscheidungen gelten.

IV. Die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer als Mindestgarantie

Hat der Personalverantwortliche die einem Betriebsratsmitglied (hypothetisch) zuzuordnende Position und die ihm zustehende Vergütung nach den vorstehenden Grundsätzen festgestellt, muss er in einem zweiten Schritt prüfen, ob dem Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 4 BetrVG eine höhere Vergütung zu gewähren ist.

§ 37 Abs. 4 BetrVG wurde vom Gesetzgeber im Jahr 1972 zur Ergänzung des bereits in § 53 Abs. 2 BetrVG 1952 enthaltenen Benachteiligungsverbots geschaffen, um auf den empirischen Befund zu reagieren, dass

„trotz dieses Benachteiligungsverbots insbesondere freigestellte Betriebsratsmitglieder oft nicht beruflich und einkommensmäßig an der Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer des Betriebs teilgenommen [haben]“. ²⁷

Auch in Fällen evidenter Schlechterbehandlung der Gruppe der Betriebsratsmitglieder bei der Vergütungsentwicklung gelang es den einzelnen Betriebsratsmitgliedern im Einzelfall wegen der einschlägigen Beweislastregeln oft nicht, eine Benachteiligung wegen der Betriebsratstätigkeit nachzuweisen und eine Vergütungserhöhung durchzusetzen. Dies beruht auf der zutreffenden ständigen Rechtsprechung des BAG, dass einem Betriebsratsmitglied ein Anspruch auf höhere Vergütung nur zuzuerkennen ist, wenn

„dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, daß es – wenn man seine Tätigkeit als Mitglied einer Betriebsvertretung hinwegdenkt – inzwischen mit einer Aufgabe betraut worden wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde. Es bedarf mithin der – wenn auch auf der Feststellung von Hilfstatsachen beruhenden – Feststellung des Tatrichters, daß das Betriebsratsmitglied diese berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte. Die ... bloße Möglichkeit bzw. „konkrete Chance“ einer derartigen beruflichen Entwicklung genügt nicht“. ²⁸

§ 37 Abs. 4 BetrVG reagiert also auf eine strukturelle Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern bei der Vergütungsentwicklung und legt eine einfach zu ermittelnde Untergrenze²⁹ für die Vergütungsentwicklung der Be-

²⁷ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu BT-Drucks. VI/2729, S. 15.

²⁸ BAG 11.12. 1991 – 7 AZR 75/91 (Fn. 11); ähnlich BAG 17.8. 2005 – 7 AZR 528/04 (Fn. 11).

²⁹ BAG 17.8. 2005 – 7 AZR 528/04 (Fn. 11).

etriebsratsmitglieder fest. Damit führt er gleichzeitig eine Schranke für das in § 78 Satz 2 BetrVG verankerte Begünstigungsverbot insofern ein, als ein Betriebsratsmitglied auch dann Vergütungserhöhungen entsprechend der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer beanspruchen kann, wenn es eine betriebsübliche Entwicklung aus eigenen Stücken nicht genommen hätte. Mit anderen Worten: Betriebsratsmitglieder haben Anspruch auf eine Vergütungsentwicklung entsprechend der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer, soweit nicht ihre jeweiligen individuellen Verhältnisse eine bessere Vergütungsentwicklung begründen.

1. Die Vergleichsgruppe

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG sind „vergleichbar“ im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG alle Arbeitnehmer, die eine im Wesentlichen gleichwertige Tätigkeit wie das Betriebsratsmitglied ausüben sowie gleichwertige fachliche und persönliche Qualifikationen aufweisen.³⁰ Deshalb seien bei der Bestimmung des Vergleichskreises insbesondere der Bildungsstand, Fachkenntnisse und das aufgrund persönlicher Fertigkeiten und Fähigkeiten festgestellte Entwicklungspotenzial der einzelnen Arbeitnehmer sowie in der Vergangenheit gezeigte über- oder unterdurchschnittliche Leistungen zu berücksichtigen.³¹

Diesen Überlegungen ist im Ausgangspunkt zuzustimmen, doch bedürfen sie einer wichtigen Konkretisierung: Relevant sind nur solche Merkmale, die für die Bestimmung der Vergütungshöhe bedeutsam sind³² und gleichzeitig regelbildende Kraft hinsichtlich der weiteren Vergütungsentwicklung haben. Letzteres setzt den Nachweis voraus, dass die Merkmalsträger als Gruppe typischerweise eine von den Nicht-Merkmalsträgern abgegrenzte Vergütungsentwicklung nehmen. Ist ein solcher Nachweis nicht möglich, insbesondere wenn bestimmte Merkmale Sonderkarrieren zwar ermöglichen, aber nicht regelhaft begründen, dürfen die Merkmale bei der Bestimmung des Vergleichskreises nicht herangezogen werden. Sie können dann nur für die Beantwortung der gemäß § 78 Satz 2 BetrVG ergänzend zu stellenden Frage bedeutsam sein, ob das Betriebsratsmitglied (auch) ohne Betriebsrats Tätigkeit eine bessere als die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer genommen hätte.

30 BAG 18.1.2017 – 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935; BAG 4.11.2015 – 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339; BAG 13.11.1987 – 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403; BAG 31.8.1983 – 4 AZR 67/81, BeckRS 1983, 04897.

31 BAG 31.8.1983 – 4 AZR 67/81 (Fn. 30); BAG 13.11.1987 – 7 AZR 550/86 (Fn. 30); *Keilich*, BB 2014, 2229, 2231; *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080.

32 Insoweit auch *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2018, § 37 Rn. 72.

Das Kriterium der Vergleichbarkeit ist mithin am Normzweck des § 37 Abs. 4 BetrVG ausgerichtet, die regelhafte Vergütungsentwicklung einer objektiv abgrenzbaren Arbeitnehmergruppe zum Maßstab für die Mindestvergütung der Betriebsratsmitglieder zu machen. Dafür braucht die Vergleichsgruppe zwar nicht alle vergleichbaren Arbeitnehmer einzubeziehen,³³ so dass bei einer großen Zahl vergleichbarer Arbeitnehmer ein repräsentativer Ausschnitt ausreicht, doch muss sie stets genügend aussagekräftig sein, um eine für den Betrieb typische regelhafte („betriebsübliche“) Entwicklung belegen zu können. Dieses Erfordernis kann je nach Position unterschiedliche Anforderungen an die Größe der Vergleichsgruppe stellen, so dass im Einzelfall – etwa bei hochqualifizierten Spezialisten – bereits die Benennung eines Vergleichsarbeitnehmers ausreichen kann.³⁴

Sind nur wenige vergleichbare Arbeitnehmer beschäftigt oder fehlen sie ganz, bestehen in der Praxis hinsichtlich der richtigen Bildung der Vergleichsgruppe allerdings gewisse Unsicherheiten. Für diese Konstellation wird es teilweise für richtig gehalten, auf den „am ehesten vergleichbaren Arbeitnehmer“³⁵ abzustellen, die Vergleichsgruppe „abstrakt hypothetisch“ zu bestimmen³⁶ oder die Vergütungsentwicklung entsprechend § 287 ZPO zu schätzen.³⁷ Andere wollen bei Fehlen vergleichbarer Arbeitnehmer im Betrieb auf vergleichbare Arbeitnehmer in anderen Betrieben desselben Unternehmens oder – soweit auch sie fehlen – auf solche Arbeitnehmer abstellen, die eine „vergleichbare Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie persönlich und fachlich vergleichbar qualifiziert sind“.³⁸ Wesentlich ist, dass § 37 Abs. 4 BetrVG die Bildung einer Vergleichsgruppe von aktuell im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern nicht verlangt. Vielmehr wurde die konkrete Vergleichsgruppenbetrachtung von der Rechtsprechung entwickelt, um das Kriterium der „betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer“ zu operationalisieren. Fehlen

33 Auch insoweit ist zu berücksichtigen, dass es § 37 Abs. 4 BetrVG um die Bereitstellung eines praktisch leicht handhabbaren Maßstabs geht; ähnlich *Thüsing/Denzer* (Fn. 19), Rn. 268 f.

34 Vgl. BAG 21.4. 1983 – 6 AZR 407/80, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 43; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 29. Aufl. 2018, § 37 Rn. 118; *Weber*, in: GK-BetrVG, Bd. 1, 11. Aufl. 2018, § 37 Rn. 122.

35 *Blattner*, Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern vor und nach der Betriebsratswahl, NZA 2018, 129, 131; *Fitting* (Fn. 34), § 37 Rn. 118; *Reichold*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 37 BetrVG Rn. 25.

36 *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 34), § 37 Rn. 122, *Glock*, in: Hess u.a., BetrVG, 10. Aufl. 2018, § 37 Rn. 106; *Happe* (Fn. 12), S. 47 f.

37 *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 20. Aufl. 2020, § 37 BetrVG Rn. 9.

38 So *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 250; *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1608 f.

daher vergleichbare Arbeitnehmer im Betrieb, ist zu fragen, ob für Arbeitnehmer mit vergütungsrelevanten Qualifikationen, wie sie das jeweils betrachtete Betriebsratsmitglied aufweist, eine betriebsübliche Entwicklung durch andere Umstände repräsentiert wird. Dafür taugen auch Umstände außerhalb des Betriebs oder gar Unternehmens, soweit sie bei Vorliegen im Betrieb des betrachteten Betriebsratsmitglieds die Betriebsüblichkeit einer bestimmten Vergütungsentwicklung begründen würden.³⁹ Lässt sich allerdings auch auf diesem Weg eine für die regelmäßige Vergütungsentwicklung repräsentative Vergleichsgruppe nicht bestimmen, ist für § 37 Abs. 4 BetrVG kein Raum, so dass dem Betriebsratsmitglied eine Vergütungserhöhung nur zuzuerkennen ist, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass es anderenfalls wegen seiner Betriebsratsstätigkeit benachteiligt würde (§ 78 Satz 2 BetrVG).⁴⁰

Maßgeblicher Startpunkt für die Feststellung der nach § 37 Abs. 4 BetrVG zu bestimmenden Mindestvergütung ist der Beginn der Amtstätigkeit des Betriebsratsmitglieds.⁴¹ Demgemäß ist auch die Vergleichsgruppe zunächst nach den bei Amtsbeginn bestehenden Verhältnissen zu bestimmen. Orientiert man sich am Zweck der Vergleichsgruppe, einen Maßstab für die angesichts der Verhältnisse des jeweiligen Betriebsratsmitglieds betriebsübliche Entwicklung abzugeben, darf diese Vergleichsgruppe allerdings nicht statisch verstanden werden, sondern ist sie jeweils anzupassen, sobald sich die Prädiktoren für die Vergütungsentwicklung des betreffenden Betriebsratsmitglieds ändern. In diesem Fall gibt es keinen Grund, der ein Zuwarten mit der Neubestimmung der Vergleichsgruppe bis zum Beginn der nächsten Amtsperiode rechtfertigen könnte.⁴² Erst recht nicht zu erklären ist, weshalb eine Anpassung der Vergleichsgruppe nicht mehr vorgenommen werden dürfte, sobald ein Betriebsratsmitglied dauerhaft

39 Anderer Ansicht *Thüsing/Denzer* (Fn. 19), Rn. 160: „Gibt es auf Betriebsebene keinen vergleichbaren Arbeitnehmer, ist § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG nicht anwendbar“.

40 Wie hier *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 250; *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 34), § 37 Rn. 122; anderer Ansicht *Blattner*, NZA 2018, 129; *Fitting* (Fn. 34), § 37 Rn. 118, wonach in diesem Fall auf die „am ehesten vergleichbaren“ Arbeitnehmer abzustellen sei; *Koch*, in: ErfK (Fn. 37), § 37 BetrVG Rn. 9; *Wedde*, in: Däubler u.a. (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 37 Rn. 88.

41 BAG 21.4. 1983 – 6 AZR 407/80 (Fn. 34); BAG 19.1. 2005 – 7 AZR 208/04, BeckRS 2005, 30349201; BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 30); BAG 21.2. 2018 – 7 AZR 496/16, NZA 2018, 1012; *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 32), § 37 Rn. 71; *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 34), § 37 Rn. 128; unklar *Fitting* (Fn. 34), § 37 Rn. 119.

42 Unklar insoweit noch *Annuß*, NZA 2018, 976, 977; anderer Ansicht *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1608; *Thüsing/Denzer* (Fn. 19), Rn. 95: „sind zum Zeitpunkt der nächsten Betriebsratswahl neu zu bestimmen“.

freigestellt ist.⁴³ Absolviert beispielsweise ein Betriebsratsmitglied neben seiner Betriebsrats Tätigkeit die Meisterschule oder ein Studium, kann sich damit eine Verbesserung der beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten ergeben, und zwar auch, wenn das Betriebsratsmitglied für Zwecke der Betriebsrats Tätigkeit dauerhaft freigestellt ist. Würde diesem Umstand nicht durch eine Veränderung der Vergleichsgruppe Rechnung getragen, stünde das Betriebsratsmitglied schlechter als ohne Betriebsrats Tätigkeit, was mit dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG nicht zu vereinbaren wäre. Anzupassen ist die Vergleichsgruppe ferner, wenn ein Betriebsratsmitglied auf eine höherwertige Position befördert wird (bzw. unter Beachtung von § 78 Satz 2 BetrVG hypothetisch befördert worden wäre), um einen Maßstab für die betriebsübliche Entwicklung auf der neuen Stelle zu gewinnen.⁴⁴

Umstritten ist, ob eine Neubestimmung der Vergleichsgruppe auch dann erforderlich sein kann, wenn ein Betriebsratsmitglied im Rahmen seiner Betriebsrats Tätigkeit Qualifikationen erwirbt (beispielsweise Fremdsprachenkenntnisse), die regelmäßig zu einer besseren Vergütungsentwicklung führen. Dabei geht es nicht um die – klar zu verneinende⁴⁵ – Frage, ob die vom Betriebsratsmitglied im Rahmen seiner Amtsausübung gezeigten Leistungen für die Vergütungsbemessung herangezogen werden dürfen, sondern allein darum, ob die im Zusammenhang mit der Betriebsrats Tätigkeit manifestierten bzw. erworbenen und unabhängig von ihr fortbestehenden Qualifikationen zu berücksichtigen sind.⁴⁶ Soweit auch dies verneint wird,⁴⁷ liegt dem ein oben bereits beschriebenes⁴⁸ Missverständnis des in § 78 Satz 2 BetrVG verankerten Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots zugrunde. Dieses untersagt lediglich eine Anknüpfung an das Betriebsratsamt bzw. die Betriebsrats Tätigkeit als solche,⁴⁹ nicht hin-

43 So allerdings *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 249; *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1608.

44 Siehe zur Vergleichsgruppenbildung auch *Blattner*, NZA 2018, 129.

45 Einhellige Meinung, vgl. nur *Bayreuther*, NZA 2014, 235, 236; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637, 638; *Byers*, NZA 2014, 65, 66; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753, 755; *Esser*, Die Begünstigung von Mitgliedern des Betriebsrats, 2013, S. 38; *Fitting* (Fn. 34), § 37 Rn. 120; *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 253; *Lipp*, Honorierung und Tätigkeitsschutz von Betriebsratsmitgliedern, 2008, S. 43; *Rieble*, NZA 2008, 276, 277; *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 32), § 37 Rn. 69; *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 34), § 37 Rn. 123; vgl. auch oben III 1.

46 Diese Unterscheidung übersieht *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 32), § 37 Rn. 69.

47 *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 253; *Lipp* (Fn. 45), S. 43; *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 32), § 37 Rn. 69.

48 Vgl. III 2.

49 Anders *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 32), § 37 Rn. 69, mit der nicht weiter untermauerten – und sachlich nicht begründbaren – Behauptung, „dass das Gesetz ja gerade an einer fiktiven Karriere ohne Betriebsratsamt anknüpft“.

gegen an die im Rahmen der Betriebsrattätigkeit erworbenen persönlichen Qualifikationen.

2. Die betriebsübliche Entwicklung

Die Vergütungsgarantie des § 37 Abs. 4 BetrVG bemisst sich nach der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer. Entsprechend dem von § 37 Abs. 4 BetrVG verfolgten Zweck, den Betriebsratsmitgliedern eine einfach handhabbare Mindestsicherung zu gewähren, ist der vom BAG vertretenen Linie zu folgen, wonach – soweit eine Vergleichsgruppe bestimmt werden kann⁵⁰ – jene Vergütungsentwicklung betriebsüblich ist, die von der Mehrheit der Mitglieder der Vergleichsgruppe genommen wird.⁵¹ Maßgeblich ist im Regelfall also die Entwicklung des „Medianarbeitnehmers“ bzw., bei Vergleichsgruppen mit nicht mehr als zwei Arbeitnehmern, die von allen Vergleichsarbeitnehmern genommene Entwicklung.⁵² Demgemäß sind für Zwecke des § 37 Abs. 4 BetrVG auch (deutlich) über- und unterdurchschnittliche Karrieren von Vergleichsarbeitnehmern zu berücksichtigen, so dass eine nachträgliche Bereinigung der Vergleichsgruppe um solche Fälle nicht zu rechtfertigen ist.⁵³ Hingegen sind Mitarbeiter mit Sonderkarrieren im Sinne nicht regelhaft auftretender Beförderungen aus der Vergleichsgruppe auszuschließen, wie das insbesondere bei „Sprungbeförderungen“ oder bei der Berufung zum Mitglied des Vertretungsorgans anzunehmen sein kann.

50 Vgl. oben IV 1.

51 BAG 18.1.2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 30); BAG 4.11.2015 – 7 AZR 972/13 (Fn. 30); BAG 14.7.2010 – 7 AZR 359/09, AP LPVG Bremen § 39 Nr. 1; BAG 19.1.2005 – 7 AZR 208/04 (Fn. 41); problematisch allerdings die Aussagen bei BAG 13.11.1987 – 7 AZR 550/86 (Fn. 30); zutreffend die Kritik an diesen Entscheidungen bei *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241, 251.

52 Hingegen ist bei der Anwendung des § 37 Abs. 4 BetrVG kein Raum für die Frage, ob dem konkreten Betriebsratsmitglied höherwertige Tätigkeiten „nach den betrieblichen Gepflogenheiten hätten übertragen werden müssen“; so die schwer einzuordnende Überlegung bei BAG 18.1.2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 30); BAG 4.11.2005 – 7 AZR 972/13 (Fn. 30); sie ist nur im Rahmen des § 78 Satz 2 BetrVG bedeutsam.

53 Unklar BAG 18.1.2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 30): „Üblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben“; richtig ist allerdings, dass individuelle Erhöhungen, die nicht durch die berufliche Entwicklung der Vergleichsarbeitnehmer zu erklären sind (etwa finanzielle Unterstützung zur Pflege von Angehörigen), nicht zu berücksichtigen sind (in diesem Sinne richtig BAG 31.8.1983 – 4 AZR 67/81 [Fn. 30]: „Unberücksichtigt zu bleiben haben demgemäß außergewöhnliche, atypische Entwicklungen in der betrieblichen und in der Personalsituation“).

Abweichend von den vorstehenden Überlegungen will das BAG bei sehr kleinen Vergleichsgruppen auf die durchschnittliche Vergütungsentwicklung der Vergleichsgruppe abstellen. Wörtlich führt das BAG aus:

„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 S. 2 BetrVG unzulässige Begünstigung oder Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds vermieden werden kann.“⁵⁴

Einer solchen Orientierung an der durchschnittlichen Entwicklung der Vergleichsgruppe ist nicht zuzustimmen.⁵⁵ Sie ist schon mit dem Wortlaut des § 37 Abs. 4 BetrVG nicht vereinbar, der eindeutig nicht auf die Entwicklung der gesamten Vergleichsgruppe, sondern nur auf die Angehörigen der Vergleichsgruppe mit „betriebsüblicher Entwicklung“ abstellt. Auch teleologisch ist die durchschnittliche Entwicklung der Vergleichsgruppe als Beurteilungsmaßstab nicht zu rechtfertigen. § 37 Abs. 4 BetrVG wird durch die Überlegung getragen, dass die Betriebsratsmitglieder so gestellt werden sollen, wie sie typischerweise ohne Betriebsratstätigkeit gestanden hätten. Dem wird eine Durchschnittsbetrachtung nicht gerecht, weil sie keinerlei Aussage über die Regelmäßigkeit einer bestimmten Vergütungsentwicklung zulässt. Überdies kann sie zu Vergütungserhöhungen führen, die in der betrieblichen Praxis überhaupt nicht vorkommen, so dass sie gerade keine betriebsübliche Entwicklung fingiert, sondern von der betriebsüblichen Entwicklung abstrahiert.⁵⁶

Entgegen einem in der Praxis häufig anzutreffenden Missverständnis ist für § 37 Abs. 4 BetrVG nicht auf die Entwicklung der absoluten Vergütungsbeträge, sondern auf die relativen Vergütungserhöhungen abzustellen. Jedem Betriebsratsmitglied sind also grundsätzlich diejenigen prozentualen Vergütungserhöhungen garantiert, die den Median der Vergleichsgruppe repräsentieren.⁵⁷ Dabei besteht keine Bindung an bestimmte Stichtage, so dass ein Betriebsratsmitglied unter Berufung auf § 37 Abs. 4 BetrVG eine Vergütungserhöhung mit Wirkung ab jenem Zeitpunkt verlangen kann, in dem seine Vergütungsentwicklung hinter der Vergleichsentwicklung zurückbleibt.⁵⁸

Zwar wird § 37 Abs. 4 BetrVG in den meisten Fällen keinen Aufstieg von Betriebsratsmitgliedern in die Vergütungsregionen höherer Führungskräf-

54 BAG 21.2. 2018 – 7 AZR 496/16 (Fn. 41).

55 Ähnlich *Thüsing/Denzer* (Fn. 19), Rn. 171; indifferent *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1609.

56 Siehe näher *Annuß*, NZA 2018, 976, 978.

57 Zutreffend BAG 18.1. 2017 – 7 AZR 205/15 (Fn. 30).

58 BAG 21. 2.2018 – 7 AZR 496/16 (Fn. 41).

te gebieten, doch kann sich im Einzelfall durchaus etwas anderes ergeben. So mögen die Kollegen eines kurz nach dem Berufseinstieg in den Betriebsrat gewählten und seither gemäß § 38 BetrVG freigestellten Ingenieurs in einem Produktionsbetrieb überwiegend in den Rang eines Abteilungsleiters aufsteigen. In diesem Fall hat auch das dauerhaft freigestellte Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 4 BetrVG Anspruch auf die Vergütung eines Abteilungsleiters, selbst wenn sie mehrere hunderttausend Euro jährlich beträgt.

Keine ausdrückliche Antwort gibt das Gesetz auf die Frage, ob § 37 Abs. 4 BetrVG in Ausnahmefällen auch den Aufstieg in Vergütungshöhen ermöglicht, die leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG vorbehalten sind. Dies ist ebenfalls zu bejahen, da § 37 Abs. 4 BetrVG allein an die betriebsübliche Entwicklung der Vergleichsgruppe anknüpft und für eine Begrenzung auf den Bereich der nichtleitenden Arbeitnehmer keine Rechtfertigung bestünde.⁵⁹ Zu beachten ist allerdings, dass die Vergütungsentwicklung nach § 37 Abs. 4 BetrVG bei nicht dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitgliedern grundsätzlich nicht von der beruflichen Entwicklung abgekoppelt werden darf, wie § 37 Abs. 5 und § 38 Abs. 4 Sätze 2, 3 BetrVG zeigen. Deshalb kann § 37 Abs. 4 BetrVG die Eintrittskarte für die Vergütung als leitender Angestellter sein, doch scheidet ein nicht dauerhaft freigestelltes Mitglied wegen der damit regelmäßig verbundenen Aufnahme in den Kreis der leitenden Angestellten typischerweise aus dem Betriebsrat aus (§ 24 Nr. 4 BetrVG). Hingegen ist bei dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitgliedern entsprechend der betriebsüblichen Entwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer auch eine Weiterentwicklung innerhalb des Vergütungsbereichs der leitenden Angestellten möglich. Eine bestimmte Vergütungshöhe begründet als solche nämlich nicht den Status als leitender Angestellter, und § 38 Abs. 4 Satz 2 BetrVG macht deutlich, dass eine Statusänderung erst nach dem Ende der Freistellung herbeizuführen ist.

V. Ausblick

Die Konturen des im BetrVG verankerten Systems der Betriebsratsvergütung wurden durch die jüngere arbeitsrechtliche Diskussion zunehmend deutlich herausgearbeitet. Keinem Zweifel unterliegt danach insbesondere, dass Unternehmen bei der – auch hypothetischen – Beförderung von Betriebsratsmitgliedern die gleichen Beurteilungs- und Auswahlspielräume haben wie bei sonstigen Arbeitnehmern. Werden sie nicht überschrit-

59 Ebenso Hennecke, Bemessung von Arbeitsentgelt und allgemeinen Zuwendungen für freigestellte Betriebsräte, BB 1986, 936, 937; Lipp (Fn. 45), S. 82; Keilich, BB 2014, 2229, 2232; Thüsing/Denzer (Fn. 19), Rn. 236 f.; unklar VG Ansbach 9.4. 2008 – AN 11 K 06.01560, BeckRS 2008, 43702.

ten und sachorientierte Entscheidungen getroffen, droht eine unzulässige Begünstigung wegen der Betriebsrattätigkeit auch dann nicht, wenn ein Betriebsratsmitglied wegen seines besonderen Persönlichkeits- und Kompetenzprofils auf eine herausgehobene Führungsposition befördert wird.

Diskussion*

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR München) bedankt sich für den Vortrag und eröffnet die Diskussion.

Professor Dr. *Matthias Jacobs* (Bucerius Law School Hamburg) bezweifelt, ob der Vortrag von Professor *Annuß* vor dem BAG zu positiver Resonanz führen würde. Er lobt die Kreativität sowie Rhetorik und kritisiert jedoch, dass der Referent selbst *framen* würde und mit Behauptungen arbeite, die im Einzelnen infrage gestellt werden müssten. Der entscheidende Fehler bestünde in der aufgeworfenen Leitfrage, auf welcher Position ein Betriebsratsmitglied einzusetzen sei, wenn die Freistellung entfielen. Zeichne man die hypothetische Entwicklung derart nach, sei jede Entscheidung, unabhängig von §§ 37 Abs. 2, 4 und 78 Satz 2 BetrVG gerechtfertigt und Missbrauch Tür und Tor geöffnet. Am Ende liefere diese Lösung darauf hinaus, das Ehrenamtsprinzip aufzugeben und nach der Leistung im Betriebsrat zu vergüten. Dem stünde das Gesetz entgegen.

Dr. *Joachim Benclowitz* (Anwaltsbüro Benclowitz, Hamburg) kommt auf Arbeitszeitkonten und ihre Bedeutung in § 37 Abs. 3 BetrVG zu sprechen.

Professor Dr. *Georg Annuß* (Staudacher Annuß Arbeitsrecht, München) legt den grundsätzlichen Dissens mit Professor *Jacobs* dar und kritisiert die Unterstellung, dass ein Betriebsratsmitglied, das sich besser entwickelt, das nicht verdient habe. Die Entscheidung eines Personalers, das Betriebsratsmitglied auf einer Position im Unternehmen einzusetzen, knüpfe schlicht an den – von der Betriebsrats Tätigkeit abstrahierbaren – Qualifikationen des Betriebsratsmitglieds an. Dies entspreche der Besetzung von Stellen mit anderen Arbeitnehmern. Eine Differenzierung aufgrund der Betriebsrats Tätigkeit gestatte § 78 Satz 2 BetrVG nicht.

Ortwin Strubelt (TUI AG) stimmt Professor *Annuß* zu. Qualifikationen, insbesondere im Hinblick auf Personalentscheidungen, die ein Amtsträger im Betriebsrat sammelt, seien bei der Vergütung zu berücksichtigen. Herr *Strubelt* würde gegen eine Benachteiligung in Form der Nichtberücksichtigung juristisch vorgehen.

Professor Dr. *Volker Rieble* (ZAAR München) kritisiert den Ansatz von Professor *Annuß*. Bei der multidimensionalen Entscheidung der Personaler würde ausgeblendet, dass die hohen Bezahlungen nur voll freigestellte Betriebsratsmitglieder betreffen, die keine Tätigkeit zugewiesen bekämen, sondern eine höhere Vergütung für eine hypothetische Tätigkeit bekämen, obwohl sie nur Betriebsratsarbeit ausführten. In der Praxis kämen die ho-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Alexander Bömer*.

hen Vergütungen dadurch zustande, dass die Betriebsratsvorsitzenden gleichzeitig im Aufsichtsrat saßen. Eine Verknüpfung mit der Abführung der Aufsichtsratsstantiemen bringe das Gesamtgefüge durcheinander. Das enge Verständnis des Nachweises der Begünstigung durch Professor *Annuß* widerspreche dem Zweck des Begünstigungsverbots. Es soll verhindern, dass im Vorhinein die Frage aufkommt, ob eine korruptive Abrede erfolgte.

Sei ein Betriebsratsmitglied nicht voll freigestellt, könne der Arbeitgeber diesem jede Position zukommen lassen. Leiste das Betriebsratsmitglied die zugewiesene Arbeit nicht oder nicht ordnungsgemäß ab bzw. erhalte das Betriebsratsmitglied einen „Frühstücksdirektorenposten“, kann dagegen vorgegangen werden. Professor *Annuß* fordere jedoch eine freihändige Vergütungszuweisung, was dem Ehrenamtsprinzip widerspreche. Hierfür gebe es gute Argumente. Es entspreche jedoch nicht der geltenden Gesetzeslage. Unterstützten Anwälte derartige Begünstigungen, unterlägen sie ebenso dem Risiko der Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Untreue und Steuerhinterziehung.

Professor *Annuß* berichtet von Staatsanwaltschaften, die ihm zustimmten. Er entgegnet Professor *Rieble*, eine Benachteiligung wegen der Betriebsrats Tätigkeit liege in der Aussage von Professor *Rieble*, dass Betriebsräte „nur Betriebsratsarbeit ausführen“ und deshalb keine hohe Vergütung beziehen dürfen. Eine solche Beschränkung sehe das Gesetz nicht vor.

Professor Dr. Dr. h.c. *Christoph Weber* (Julius-Maximilians-Universität Würzburg) unterstellt Professor *Annuß*, auf die Leistungen als Betriebsratsmitglied anstatt auf die rein berufliche Entwicklung abzustellen. Die Frage, wie das Betriebsratsmitglied nach Ende der Amtsperiode eingesetzt werde, sei kein Begünstigungsproblem, da der Arbeitgeber nach der Betriebsrats Tätigkeit frei sei.

Professor *Annuß* weist darauf hin, dass § 78 Satz 2 BetrVG auch nach der Beendigung des Betriebsratsamts anwendbar sei und eine Begünstigung erfolgen könne. Jeden Tag müsse man sich fragen, wo ein Personaler das Betriebsratsmitglied einsetzen würde. An der passenden Stelle müsse sich die Vergütung orientieren. Bestehe keine taugliche Stelle für das Betriebsratsmitglied im Unternehmen, so könne ein höheres Gehalt nicht gerechtfertigt werden. Die Vergütung erfolge also nicht wegen der Betriebsrats Tätigkeit, sondern mit Rücksicht auf die hypothetische Tätigkeit bei fehlender Freistellung wegen des Betriebsratsamts.

Dr. *Hendrik von Mellenthin* (Arqis Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Büro Düsseldorf) differenziert nach Karrieretypen. In Fachkarrieren könnten im Betriebsrat erworbene Qualifikationen kaum angewendet werden. In anderen Führungspositionen wären die fachlichen Anforderungen mit steigender Position geringer als die *Softskills*, die im Betriebs-

rat erworben werden können. In diesem Fall bestünde eine strukturelle Benachteiligung, wenn die Qualifikationen nicht berücksichtigt würden. Der Anreiz zur Ausführung des Betriebsratsamts entfielen.

Reinhard Gaidies (Gaidies Heggemann & Partner, Hamburg) moniert, dass verschiedene Karrieren über einen Kamm geschoren werden. Das Betriebsratsmitglied solle kollektive Interessen wahrnehmen, welche oftmals kontradiktorisch zu Unternehmensinteressen seien. Aus der Position als Gegenpol folge der Schutz des § 37 Abs. 4 BetrVG.

Professor *Annuß* sagt, § 37 Abs. 4 BetrVG sei nicht außer Acht gelassen, sondern an anderer Stelle anzuwenden. Die Kontradiktion stünde der Ermittlung nach § 37 Abs. 2 BetrVG nicht entgegen.

Christian Stadtmüller (Infineon Technologies AG, München) merkt an, dass die hypothetische Betrachtung nicht außerhalb der betrieblichen Realität liegen dürfe. Die Betriebe müssen Betriebsratsmitglieder für Schulungen freistellen und diese bezahlen. Ein normaler Stahlkocher habe keinen Zugang zu den Fortbildungsmöglichkeiten eines Betriebsrats. Denke man das Betriebsratsamt weg, so wäre der Stahlkocher immer noch Stahlkocher. Das Hinzudenken der im Betriebsrat erworbenen Qualifikationen ginge an einer hypothetischen Betrachtung vorbei.

Professor *Annuß* erwidert, dass solche Karrieren nicht der Regelfall seien, aber dennoch nicht ausgeschlossen werden könnten und somit kein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot nach § 78 Satz 2 BetrVG vorliegt.

Professor *Giesen* trägt vor, es bestünde die Pflicht, eine Vergütung nach § 37 Abs. 4 BetrVG zu ermitteln. Nach § 78 Satz 2 BetrVG „dürfe“ diese das Betriebsratsmitglied weder benachteiligen noch begünstigen. Jeweils einer Partei die Beweislast aufzuerlegen, dass eine Begünstigung bzw. eine Benachteiligung einschlägig sind, sei falsch. Vielmehr habe das Unternehmen die Pflicht eine Vergütung zu ermitteln, wobei gegebenenfalls erworbene *Softskills*, die im Unternehmen verwertbar wären, berücksichtigt werden. Dieses Ergebnis müsse unter Beachtung eines Schätzungsermessens nach § 287 Abs. 2 ZPO geschätzt werden. Die Schätzung liege zugegebenermaßen in Graubereichen.

Professor *Weber* ergänzt, dass die Ausgangslage für die Beweisermittlung unterschiedlich sei. Beim Benachteiligungsverbot seien Erwägungen über eine nicht erfolgte Beförderung oder Vergütungserhöhung rein hypothetisch. Die Überprüfung der Begünstigung kann anhand der vergleichbaren Arbeitnehmer vorgenommen und in einem zweiten Schritt festgestellt werden, ob diese wegen des Betriebsratsamts erfolgte. Trotz derselben materiellen Anforderungen sind Abweichungen der nachgezeichneten Entwicklung des Betriebsratsmitglieds in der Praxis deshalb leichter erkennbar.

Professor *Annuß* erkennt in den Überlegungen von Professor *Weber* den Versuch, dem § 37 Abs. IV BetrVG eine Vermutung zu entnehmen und kritisiert, dass das Betriebsratsmitglied auf gewisse Weise die Last treffe, zu beweisen, dass diese auch ohne Betriebsratsamt die Begünstigung erlangt hätten.

Professor *Giesen* fragt nach dem rechtlichen Maßstab, den Professor *Annuß* anlege.

Professor *Annuß*: Der Maßstab dürfe keine Rolle spielen. Beim Vorwurf einer Begünstigung, zum Beispiel einer Beförderung als Freundschaftsdienst, muss die Kausalität bewiesen werden. Ansonsten könne sich der Personaler auf sein Auswahlermessen stützen. Der Personaler könne sich nicht entlasten, da die intersubjektive Begründbarkeit bei Personalentscheidungen versage. Im Haftungsfall unterliege das der *Business Judgment Rule*.

Professor *Giesen*: Damit mache Professor *Annuß* die Vergütungsentwicklung des Betriebsratsmitglieds von der Ermessensentscheidung des Personalers abhängig, obwohl Betriebsrat und Personaler sich regelmäßig in den Haaren lägen.

Professor *Rieble* betont, dass eine Auswahlentscheidung des Personalers nicht statfinde. Ein voll freigestelltes Betriebsratsmitglied übe keine Arbeit aus und bekomme regelmäßig nicht mal einen Arbeitsvertrag für die hypothetische Stelle. Er werde für eine Stelle vergütet, die nicht ausgeschrieben und nicht zu besetzen wäre. Professor *Annuß* bemesse über die hypothetische Stelle ausschließlich die Betriebsratsvergütung. Eine Professionalisierung des Betriebsratsamts könne parallel zur Kommunalverfassung und der Bezahlung von Bürgermeistern ausgestaltet werden. Das erfordere eine Gesetzesänderung und könne nicht auf kaltem Wege über eine freihändige Vergütungszumessung durch den Personalleiter vollzogen werden.

Carmen Arndt (BODE Chemie GmbH, Hamburg) wehrt sich gegen die Aussage, dass Betriebsräte nicht arbeiten würden. Sie arbeite jeden Tag zehn Stunden. Ebenso empört sie sich über die Unterstellung, sie habe nicht die Qualifikation, eine andere Stelle im Unternehmen zu besetzen. Werde eine Stelle im Personalbereich mit höherer Vergütung ausgeschrieben, für die sie als Betriebsrätin qualifiziert sei, habe sie das Recht auf die gleiche Bezahlung.

Professor *Rieble* erklärt, sie könne sich auf die konkrete freie Stelle bewerben. Sei sie die beste Bewerberin, bekomme sie die Stelle. Er stellt klar, dass er nicht gesagt habe, dass Betriebsräte nicht arbeiten. Er kritisiere die fiktive Auswahlentscheidung des Personalers. Typischerweise bewerbe sich der Betriebsrat nicht auf eine Stelle, da er beabsichtigt, der

Betriebsratstätigkeit weiter nachzugehen. Aus diesem Grund überlege der Personaler nicht, in welche Richtung er den Betriebsrat hin entwickeln möchte. Vielmehr trafen Betriebsrat und Personaler in der Regel eine Übereinkunft über die Erhöhung der Vergütung. Eine Inkongruenz bestehe, wenn der Betriebsrat nicht wiedergewählt wird bzw. seine Freistellung verliert. Mangels Arbeitsvertrags müsse er nicht auf der Position arbeiten, für die er vergütet wird, sondern auf seiner ursprünglichen.

Professor *Annuß* bekräftigt, dass es nicht um eine freischwebende Vergütungsfestsetzung gehe. Vielmehr müsse der Nachweis erbracht werden, dass das Betriebsratsmitglied auf einer Stelle gesehen und nach Ende der Freistellung auch beschäftigt werde.

Professor *Weber* lehnt die gegenseitige Unterstellung, dass eine Begünstigung bzw. Benachteiligung vermutet werde, ab. Vielmehr folgten aus der Betrachtung der Vergleichsgruppen Indizien für eine Begünstigung bzw. Benachteiligung nach § 78 Satz 2 BetrVG. Im bestehenden System müssten § 37 Abs. 4 BetrVG und die Begünstigung nach § 78 Satz 2 BetrVG offener interpretiert werden, um Entwicklungen des Betriebsratsmitglieds zu honorieren. Eine Vergütung für die Betriebsratstätigkeit ginge zu weit.

Professor *Giesen* bedankt sich bei allen Referenten sowie Professor *Jacobs* und dem Team der Bucerius Law School für die hochinteressante Tagung.

Sachregister

Allgemeine Geschäftsbedingungen 31, 37, 41, 52-58, 62, 64

- Bereichsausnahme 31
- Inhaltskontrolle 31, 37, 53, 54

Aufsichtsrat 15, 16, 19, 21-39, 47, 48, 51, 63, 64

- Haftung 34, 35, 37, 39
- Untreue 35, 38, 83, 106

Betriebsratsmitglied 67-83, 85, 88-90, 92-97, 99-109

- Begünstigungsverbot 69, 70, 73, 80, 81, 83-85, 90, 92, 95, 100, 104, 107
- Benachteiligungsverbot 69, 77, 80-85, 100, 106, 107
- bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch 83
- Ehrenamtsprinzip 67, 68, 70, 85, 88, 89, 105, 106
- Entgeltausfallprinzip 68, 70, 72, 73, 85, 88, 94
- Entgeltschutz 67, 73-85
- Freistellung 72, 74, 75, 78, 88, 90-96, 103, 105, 106, 109
- Freistellungsanspruch 88
- hypothetische Vergütung 68-75, 79-82, 92-96, 98, 100, 103, 105-108
- vergleichbare Arbeitnehmer 71-81, 88, 89, 95-103, 109
- Vergütung 67-109

- Vergütungshöhe 67, 71, 87-90, 93, 97, 103, 105-109

- Zulagen 72, 73, 89

Clawback-Klausel 41-65

- Allgemeine Geschäftsbedingungen 41, 52-58, 62, 64
- Compliance-Clawback 43-45, 48, 50-57, 60-65
- Performance-Clawback 43-45, 47, 49, 51, 53-55, 58, 59, 61-65
- Transparenzgebot 57, 62, 63
- Vertragsstrafe 50, 51, 55-57, 61-63

Unternehmerische Entscheidung 34, 38, 90, 92

Vorstandsmitglied 17-24, 28-32, 34, 37, 42, 43, 46, 53, 59

- Arbeitnehmereigenschaft 32, 54, 55
- Benachteiligung 37
- Haftung 45, 52, 56, 57, 60, 61
- Kündigung 37, 38, 52, 54
- Pflichtverletzung 43, 45, 49-52, 55-57, 60-62
- Verbrauchereigenschaft 32, 52

Vorstandsvergütung 15-39, 42-65

- Angemessenheitsgebot 19, 20, 38, 48
- Anpassungsklausel 31, 32, 37, 38

- Aufsichtsrat 15, 16, 19, 21-24, 26-39, 47, 64, 106
- bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch 49, 50, 53, 55, 59, 62
- Bindungswirkung 16, 30
- Clawback-Klausel 41-65
- Hauptversammlung 15, 21-24, 28, 30, 31, 34, 36, 38, 48
- Hauptversammlungsvotum 15, 22, 23, 31, 35
- Maximalvergütung 15, 16, 22, 29, 30, 31, 36, 37, 38
- Nachhaltigkeitsgebot 19, 20, 25-28, 38, 39, 43, 54, 58, 59
- Nachhaltigkeits-Index 28
- Neuregelung 16, 21-35
- Offenlegung 5, 15, 21, 24
- Rückforderung 41-63
- Rückforderungspflicht 45-48
- Rückforderungsrecht 48-58
- Unangemessenheit 34
- Vergütungsbericht 15, 16, 21, 23, 24, 32, 33, 43, 47, 61
- Vergütungsbestandteile 20, 25, 28, 29, 33, 43, 45-47, 55, 57, 61-63
- Vergütungssystem 22, 23, 28, 33-39, 42, 44-48, 52
- Vertikalvergleich 15, 23, 33

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- | | |
|---------|---|
| Band 29 | Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
9. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7 |
| Band 30 | Volker Rieble/Clemens Latzel
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4 |
| Band 31 | Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
4. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1 |
| Band 32 | Stephan Vielmeier
Tarifzensur
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8 |
| Band 33 | Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
Marktakteur
10. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5 |
| Band 34 | Stephan Serr
Private Tariftreue
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9 |
| Band 35 | Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
5. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5 |
| Band 36 | Neue Tarifrechtspolitik?
11. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2 |
| Band 37 | Entgrenzter Arbeitskampf?
6. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9 |
| Band 38 | Vergaberecht und Arbeitsbedingungen
12. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6 |
| Band 39 | Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts
7. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3 |
| Band 40 | Daniel Dommermuth-Alhäuser
Arbeitsrechtsmissbrauch
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-35-0 |

-
- Band 41 Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht
 13. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-36-7
- Band 42 Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts
 8. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2017, ISBN 978-3-939671-37-4
- Band 43 Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung
 14. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-38-1
- Band 44 Bewegliche Mitbestimmung
 9. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-39-8
- Band 45 Arbeitszeitmodelle der Zukunft
 15. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-40-4
- Band 46 Julia Pacha
 Crowdwork
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-41-1
- Band 47 Neues Arbeitnehmerentsenderecht
 10. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-42-8
- Band 48 Neues Urlaubsrecht, agiles und mobiles Arbeiten
 16. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-43-5