

gerfristig tragfähig sein können. Angesichts der zwingenden Kompetenz des Aufsichtsrats hinsichtlich der Festlegung angemessener Vorstandsvergütung gem. § 87 Abs. 1 AktG ist zudem davon auszugehen, dass dies in Anbetracht der Vergütungskompetenz des Aufsichtsrats **jedenfalls de lege lata nicht wirksam möglich** ist.<sup>31</sup>

Die systematische Auslegung des § 87 Abs. 1 und Abs. 2 AktG lässt schließlich erkennen, dass sich die Angemessenheit **im Zeitpunkt der Festsetzung der Gesamtbezüge** beurteilt, nicht im Zeitpunkt der Auszahlung.<sup>32</sup> 14

#### a) Bezugspunkt „Gesamtbezüge“

Bezugspunkt der Angemessenheit im AktG sind die „**Gesamtbezüge**“. Zu diesen rechnen nicht nur fixe und variable Vergütungsbestandteile unabhängig von ihrer Gestaltungsform, sondern gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG auch Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte und „**Nebenleistungen jeder Art**“. Dies umfasst zum einen typische dienstvertragliche Leistungen wie die Karenzentschädigung für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot<sup>33</sup> oder die Fortzahlung von Fixum oder Gesamtvergütung im Falle von Krankheit oder Tod,<sup>34</sup> zum anderen darüber hinausgehende Leistungen wie Wohnrechte,<sup>35</sup> die Nutzung persönlicher Berater oder medizinische Untersuchungen.<sup>36</sup> Abzugsgrenzen ist zu den sog. dienstlichen Fürsorgeaufwendungen: Leistungen, die dazu dienen, die Infrastruktur für die Vorstandstätigkeit als solche zur Verfügung zu stellen, wie etwa für die dienstliche Nutzung zuhause bereitgestellter IT-Mittel oder eines Dienstwagens zur dienstlichen Nutzung, zählen nicht zu den „Gesamtbezügen“, die Privatnutzung von Dienstwagen oder sonstigen Arbeitsmitteln dagegen ist in die Angemessenheitsprüfung einzubeziehen.<sup>37</sup> Hinsichtlich von Versicherungsbeiträgen, einschließlich von **Prämien zur D&O-Versicherung**, ist nach denselben Kriterien zu differenzieren; somit sind lediglich solche Zahlungen zu den Versicherungsentgelten und mithin „Gesamtbezügen“ des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG zu rechnen, die ganz maßgeblich privaten Belangen des Vorstandsmitglieds zu dienen bestimmt sind, nicht aber an Unternehmensrisiken ausgerichte- 15

31 Str.; für die Möglichkeit der Satzungsfestlegung, wenn die Personalkompetenz nicht eingeschränkt wird, d. h. nicht etwa Obergrenzen für die Vergütung aufgenommen werden, beispielsweise Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 4 m. w. N.; wie hier beispielsweise auch MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 41 m. w. N., der eine solche Option jedoch de lege ferenda für wünschenswert hielte.

32 Vgl. Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 106.

33 Vgl. Wettich, AG 2013, 374, 378.

34 Vgl. Wettich, AG 2013, 374, 378.

35 Vgl. Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 2.

36 Vgl. Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 44 m. w. N.

37 Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 44 und 46 m. w. N.; Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 2 m. w. N.

## Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

te Gruppenpolicen.<sup>38</sup> Auch **Abfindungen** sind vom Begriff der Gesamtbezüge und vom Angemessenheitsgebot umfasst<sup>39</sup> (vgl. näher zu Abfindungen Rn. 26).

- 16 Gemäß § 87 Abs. 1 Satz 4 AktG gilt das Angemessenheitsgebot sinngemäß für **Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art**.
- 17 **Ziff. 4.2.3 Abs. 2 Satz 5 DCGK** verlangt, dass „sämtliche Vergütungsbestandteile“ „für sich und insgesamt“ angemessen sind.

### *b) Kriterien der Angemessenheit*

- 18 Die Kriterien des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG, Aufgaben und Leistung des Vorstandsmitglieds und Lage der Gesellschaft sind kumulativ zu verstehen,<sup>40</sup> sodass das Angemessenheitsgebot nicht gewahrt ist, wenn die Lage der Gesellschaft die vorgesehenen Gesamtbezüge zwar der absoluten Höhe nach zuließe, diese jedoch zu Aufgaben oder Leistung des individuellen Vorstandsmitglieds außer Verhältnis stünde.<sup>41</sup>

#### aa) Die Aufgaben des Vorstandsmitglieds

- 19 Ausgangspunkt der Bestimmung der **Aufgaben** des Vorstandsmitglieds ist die Aufgabenzuweisung in Satzung, Geschäftsordnung und Dienstvertrag unter Berücksichtigung des Umfangs und der Besonderheiten des zugewiesenen Ressorts, der Stellung (Vorstandsvorsitzender, Vorstandssprecher) des Vorstandsmitglieds und der Größe des Vorstands.<sup>42</sup> Zu berücksichtigen ist zudem das Maß der aufgrund dieser Aufgabenzuweisung übertragenen Verantwortung, sodass sich in der Praxis erhebliche Unterschiede in der Höhe der Vergütung einzelner Vorstandsmitglieder ergeben können.<sup>43</sup> Nach überzeugender Ansicht ist daher eine exorbitant nach oben abweichende Vergütung eines einzelnen Vorstandsmitgliedes auch keine Frage des formalen Gleichheitsgrundsatzes, sondern kann, wenn sie nicht auf besondere Umstände wie die Übernahme zusätzlicher Aufgaben und Arbeitsbelastung (Vorstandsvorsitzender, Vorstandssprecher; vgl.

38 Vgl. Moll-Moll/Eckhoff, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 81 Rn. 42 m. w. N.

39 Str., so wie hier Moll-Moll/Eckhoff, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 81 Rn. 42; MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 150 m. w. N. (vgl. dort auch ausführlich zum Meinungsstand).

40 Vgl. Hölters-Weber, § 87 Rn. 16.

41 Vgl. Beiner/Braun, Der Vorstandsvertrag, Rn. 295.

42 Vgl. zu alledem Marsch-Barner/Schäfer-Arnold/Günter, Handbuch börsennotierte AG, § 20 Rn. 24 m. w. N.; Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 10 m. w. N.

43 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 10 m. w. N.

für ein Praxisbeispiel Kap. 12 Rn. 52) zurückgeht, die Unangemessenheit der höheren Vergütung unter § 87 Abs. 1 AktG indizieren.<sup>44</sup>

bb) Die Leistung des Vorstandsmitglieds

Da die Vergütung künftige Leistungen honorieren soll, ist Bezugspunkt der Angemessenheit auch die künftig zu erwartende **Leistung**,<sup>45</sup> wobei Leistungen der Vergangenheit als Indiz für die Prognoseentscheidung herangezogen werden dürfen.<sup>46</sup> Die Einzelheiten des Leistungsbegriffs bleiben unklar; anerkannt ist die Ausrichtung an Kriterien wie Rentabilität und Steigerung des Unternehmenserfolgs, soweit diese jeweils auf Nachhaltigkeit angelegt ist.<sup>47</sup> Einfacher ist die Umsetzung der Leistungsorientierung in der Praxis bei einem hohen Anteil variabler, erfolgsbezogener Vergütung. Reine Fixvergütungen bleiben gleichwohl zulässig (vgl. Rn. 47 ff.).<sup>48</sup>

Der Wortlaut des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG („Leistungen des Vorstandsmitglieds“) spricht dafür, lediglich die Leistungen des individuellen Vorstandsmitglieds, nicht aber die des Gesamtgremiums einzubeziehen,<sup>49</sup> wobei über Teamfähigkeit und Kooperation mit und Einbindung in den Gesamtvorstand, die allgemein als valide Kriterien benannt werden,<sup>50</sup> ein gewisser Gremienbezug hergestellt wird. 21

cc) Die Lage der Gesellschaft

Über das Kriterium der **Lage der Gesellschaft** sind in die Angemessenheit insbesondere die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft insgesamt, ihr Ruf, ihre strategische Ausrichtung und Position im Markt und auch die Komplexität der Ge- 22

44 Vgl. Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 109 f. m. w. N., einschließlich a. A. hinsichtlich der Anwendbarkeit des formalen Gleichheitssatzes.

45 Vgl. MüGesR IV-Wiesner, § 21 Rn. 41.

46 Vgl. nur MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 47 m. w. N.; Hölters-Weber, § 87 Rn. 21 m. w. N.; a. A. wohl HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 16, die darauf verweist, dass sich die bisherige Rechtslage, unter der bereits die Leistung des einzelnen Vorstands und des Gesamtvorstands einbezogen worden sei, durch die Aufnahme des Leistungskriteriums in den Wortlaut des § 87 Akt durch das VorstAG nicht geändert habe.

47 Vgl. MüGesR IV-Wiesner, § 21 Rn. 41 m. w. N.

48 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 35; a. A. wohl HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 16; für die Zulässigkeit unter Einschränkungen MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 80 f., der davon ausgeht, dass ein reines Fixum nach wie vor nicht verboten sei, das Leistungskriterium „enge Grenzen“ setze, sodass in der Regel ein „Mischsystem geboten“ sei.

49 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 12; Hölters-Weber, § 87 Rn. 20.

50 Vgl. nur Hölters-Weber, § 87 Rn. 20 m. w. N.; MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 46 m. zahlreichen w. N.

## Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

sellschafts- oder Gruppenstruktur einzubeziehen, und zwar unter Abschätzung auch künftiger Entwicklung in- und externer Faktoren.<sup>51</sup>

### dd) Die Üblichkeit der Vergütung

- 23** Die Vorstandsbezüge dürfen gem. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG zudem „die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen“ (**Üblichkeit der Vergütung**). Die Üblichkeit bildet damit eine Obergrenze, keinen Begründungsansatz für eine besonders hohe Vergütung.<sup>52</sup> Die Üblichkeit ist in zwei Schritten zu prüfen: Einerseits ist zwingend<sup>53</sup> die „Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit“ zu prüfen (sog. **horizontale Vergleichbarkeit**), wobei sich die Landesüblichkeit auf den Geltungsbereich des Aktiengesetzes, also die Bundesrepublik Deutschland bezieht.<sup>54</sup> In den horizontalen Vergleich sind „Unternehmen derselben Branche, ähnlicher Größe und Komplexität“ einzubeziehen.<sup>55</sup> Der Aufsichtsrat hat bei der Wahl der Vergleichsunternehmen auf Grundlage von Faktoren wie Reputation, Markt, Marktpräsenz und Komplexität der Unternehmens- und Aktionärsstruktur ein weites Ermessen.<sup>56</sup> Andererseits „kann aber auch das Lohn- und Gehaltsgefüge im Unternehmen herangezogen werden (**Vertikalität**)“, <sup>57</sup> um sicherzustellen, dass die Vorstandsvergütung „nicht Maß und Bezug zu den Vergütungsgepflogenheiten und dem Vergütungssystem im Unternehmen im Übrigen verliert“. <sup>58</sup> Auf die Festlegung bezifferbarer Grenzen, die eine letztlich wenig praxisgerechte Verallgemeinerung unterschiedlicher Sachverhalte bedeuten würde, hat der Gesetzgeber verzichtet.
- 24** Gerade bei **Versorgungszusagen** in Form der Leistungszusage (**defined benefit**), wie sie in der Vergangenheit häufig waren,<sup>59</sup> bereitet der horizontale Ver-

51 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 14; HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 15.

52 Vgl. Kremer-Bachmann, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 976.

53 Vgl. Schmidt/Lutter-Seibt, § 87 Rn. 10.

54 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

55 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

56 Vgl. Schmidt/Lutter-Seibt, § 87 Rn. 10.

57 Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

58 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

59 Vgl. Bosse, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 231.

gleich Schwierigkeiten. Denn hinsichtlich Dienstzeit bis zur Fälligkeit, Höhe der Leistung und Leistungsvoraussetzungen (Invalidität, Tod) können letztlich nur (versicherungsmathematische) Annahmen getroffen, auf dieser Basis dann eine fiktive Versicherungsprämie ermittelt und zum Vergleich herangezogen werden.<sup>60</sup> Bei den in der Praxis inzwischen üblichen beitragsorientierten Zusagen<sup>61</sup> (**defined contribution**) kann hingegen auf den Pensionsaufwand abgestellt werden.<sup>62</sup> Die Empfehlung der Ziff. 4.2.3 Abs. 3 DCGK, „das jeweils angestrebte Versorgungsniveau – auch nach der Dauer der Vorstandszugehörigkeit – fest[zu]legen und den daraus abgeleiteten jährlichen sowie den langfristigen Aufwand für das Unternehmen [zu] berücksichtigen“, scheint dagegen noch auf Leistungszusagen gemünzt; empfohlen wird in der Literatur gleichwohl, im Falle der beitragsorientierten Zusage eine Abweichung von Ziff. 4.2.3 Abs. 3 DCGK zu prüfen und ggf. auch vorsichtshalber zu erklären.<sup>63</sup>

#### ee) Weitere Kriterien der Angemessenheit

Die in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG benannten Parameter sind **nicht als abschließend zu verstehen**,<sup>64</sup> vielmehr sind nach allgemeiner Ansicht zudem die individuellen Fähigkeiten, Kenntnisse und Qualifikationen einzubeziehen sowie der auf diesen beruhende „Marktwert“ des Vorstandsmitglieds und die Verhandlungssituation.<sup>65</sup> Nach richtiger Ansicht sind dagegen Familienstand und Alter bei der AG nicht für die Vergütungsentscheidung heranzuziehen.<sup>66</sup> **25**

#### c) Angemessenheit von Abfindungszahlungen

Auch **Abfindungen** sind am Angemessenheitsgebot zu messen.<sup>67</sup> Das AktG sieht indes weder eine relative noch eine absolute Begrenzung für Abfindungen vor. Gem. Ziff. 4.2.3 Abs. 4 DCGK soll jedoch bereits bei Abschluss des Dienstvertrages sichergestellt werden, dass Abfindungen im Falle vorzeitiger Beendigung der Vorstandstätigkeit auf zwei Jahresvergütungen einschließlich Neben- **26**

60 Vgl. zu alledem ausführlich *Doetsch*, AG 2010, 465, 466.

61 Vgl. *Heidel-Heldt/Fischer zu Cramberg*, DCGK Rn. 32; *Doetsch*, AG 2010, 465, 466.

62 Vgl. *Doetsch*, AG 2010, 465, 467.

63 Vgl. *Schmidt-Bendun*, AG 2014, 177, 180 f.

64 Vgl. *Hölters-Weber*, § 87 Rn. 16 m. w. N. zum Meinungsstand vor dem VorstAG.

65 Vgl. *HS-Dauner-Lieb*, § 87 Rn. 17; *Hüffer/Koch-Koch*, § 87 Rn. 4 m. w. N.

66 Gegen eine Berücksichtigung von Familienstand, Anzahl der Kinder und Alter etwa auch *MüGesR IV-Wiesner*, § 21 Rn. 44 m. w. N.; kritisch auch *HS-Dauner-Lieb*, § 87 Rn. 17; a. A. *Hüffer/Koch-Koch*, § 87 Rn. 4, unter Verweis auf die zur GmbH ergangene Rechtsprechung, die jedoch insoweit für § 87 Abs. 1 AktG nicht heranzuziehen sein dürfte (vgl. hierzu überzeugend *MüGesR IV-Wiesner*, § 21 Rn. 44).

67 Str., so wie hier *Moll-Moll/Eckhoff*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 81 Rn. 42; *MüKoAktG-Spindler*, § 87 Rn. 150 m. w. N. (vgl. dort auch ausführlich zum Meinungsstand).

## Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

leistungen begrenzt werden sowie auf die für die Restlaufzeit des Anstellungsvertrages noch zu zahlende Vergütung (**Cap**). Zu berechnen ist das Cap auf Grundlage der Gesamtvergütung des abgelaufenen Geschäftsjahres, gegebenenfalls jedoch unter Einbeziehung der voraussichtlichen Gesamtvergütung für das laufende Geschäftsjahr. Bei börsennotierten Gesellschaften wäre mithin direkt im Dienstvertrag ein entsprechendes Cap für den Fall der vorzeitigen Beendigung zu vereinbaren und zugleich (hinreichend transparent) die Berechnungsgrundlage anzugeben. Beides gestaltet sich in der Praxis schwierig und bietet zudem keine Garantie, nicht doch über Cap abfinden zu müssen, um zur Auflösung der Vertragsbindung zu kommen, wo keine Kündigungsmöglichkeit besteht. Entsprechend ergab sich im Jahr 2015 hinsichtlich des Caps auch lediglich eine Befolgungsquote von 79,2%.<sup>68</sup> Risiken hinsichtlich des Streits über die Abfindungshöhe können jedoch praktisch durch sog. Koppelungsklauseln reduziert werden, die, etwa für den Fall des Widerrufs der Bestellung aus wichtigem Grund (§ 84 Abs. 3 Satz 1 AktG, nicht § 626 BGB), die automatische Beendigung des Dienstvertrages mit einer Auslaufrist vorsehen (auflösende Bedingung), üblicherweise verknüpft mit der Zahlung einer begrenzten Abfindung.<sup>69</sup>

- 27 Abfindungszahlungen „erfolgen“ gem. Ziff. 4.2.3 Abs. 4 DCGK nicht, wenn das Vorstandsmitglied aus einem von ihm zu vertretenden wichtigen Grund (§ 626 BGB) ausscheidet.
- 28 Dienstvertragsklauseln, die dem Vorstandsmitglied für den Fall eines Kontrollwechsels ein Sonderkündigungsrecht mit Abfindungsanspruch gewähren (**Change of Control-Klauseln**), müssen in der Abfindungskomponente ebenfalls dem Angemessenheitsgrundsatz des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG entsprechen.<sup>70</sup> Überdies ist § 33 WpÜG zu prüfen (Verhinderungswirkung des Sonderkündigungsrechts).<sup>71</sup> Das AktG enthält weder ein absolutes noch ein relatives Cap für die Abfindungskomponente der Change of Control-Klausel.
- 29 Gem. Ziff. 4.2.3 Abs. 5 DCGK sollen Zusagen von Leistungen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung anlässlich eines Kontrollwechsels hingegen 150 % des Caps für Abfindungen gem. Ziff. 4.2.3 Abs. 4 DCGK (vgl. hierzu Rn. 26) nicht übersteigen.

---

<sup>68</sup> *Werder/Turkali*, DB 2016, 1357, 1359 ff.

<sup>69</sup> Vgl. zu alledem auch *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 267–275.

<sup>70</sup> Vgl. *Hölters-Weber*, § 87 Rn. 44 m. w. N.; *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 285.

<sup>71</sup> Vgl. hierzu ausführlicher *MüKoAktG-Schlitt/Ries*, § 33 WpÜG Rn. 114; *Dreher*, AG 2002, 214, 216.

## 2. Anwendbarkeit des Angemessenheitsgebots bei Leistungen Dritter

Fraglich ist, inwieweit der Aufsichtsrat **Drittvergütung** im Hinblick auf ihre Angemessenheit zu prüfen bzw. in die Angemessenheitsprüfung einzubeziehen hat. Virulent wird die Frage etwa bei **Drittanstellungen des Vorstands im Konzern unter Zahlung der dienstvertraglichen Vergütung durch den Dritten**, die jedenfalls nach h. L. zulässig sind,<sup>72</sup> aber auch bei **Einbeziehung in Vergütungssysteme der Muttergesellschaft** oder **Zuwendungen durch die Aktionäre**. Ob derartige Drittbezüge einer Angemessenheitsprüfung durch den Aufsichtsrat der Gesellschaft, bei der der Vorstand die Organstellung innehat, zu unterziehen ist oder gar einem generellen Zustimmungsvorbehalt unterliegen, bleibt umstritten.<sup>73</sup> Um dem Schein von Interessenkonflikten des Vorstands entgegenzuwirken und sicherzustellen, dass der Vorstand nicht gegen die Interessen der Gesellschaft agiert, erscheint es jedenfalls aus Gründen der Vorsicht geboten, Vergütungsleistungen durch Dritte der Angemessenheitsprüfung durch den Aufsichtsrat der Gesellschaft, bei der der Vorstand sein Mandat innehat, zu unterziehen, obwohl die Vergütung nicht das Vermögen der Gesellschaft, bei der das organschaftliche Mandat des Vorstands besteht, schmälert.<sup>74</sup> Bei der Angemessenheitsprüfung dürfte dem Aufsichtsrat ein weiteres Ermessen zukommen; es erscheint zudem sinnvoll, etwa den Drittvergleich als verzichtbar anzusehen.<sup>75</sup>

Für eine Einbeziehung in die Angemessenheitsprüfung spricht auch – rein faktisch, nicht dogmatisch – Ziff. 4.2.3 Satz 1 DCGK, wonach die Gesamtvergütung der Vorstandsmitglieder „Leistungen von Dritten, die im Hinblick auf die Vorstandstätigkeit zugesagt oder im Geschäftsjahr gewährt wurden“ umfasst.

72 Vgl. etwa Jooß, NZG 2011, 1130 ff.; Reuter, AG 2011, 274 ff.; a. A. Hölters-Weber, § 84 Rn. 41 m. w. N.; MüKoAktG-Spindler, § 84 Rn. 76.

73 Für die Zustimmungsbedürftigkeit beispielsweise MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 73; Hölters-Weber, § 87 Rn. 13 m. w. N.; für die Notwendigkeit einer Angemessenheitsprüfung durch den Aufsichtsrat Diekmann/Punte, WM 2016, 681, 685 m. w. N. mit einer Übersicht zum Meinungsstand; a. A. Traugott/Grün, AG 2007, 761, 768 f. mit der Begründung, der Schutzzweck des Angemessenheitsgebots sei hier nicht berührt (Schutz der Gläubiger, Mitarbeiter und Aktionäre vor einer Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch die Gewährung übermäßiger Bezüge, während hier die Vergütung gerade nicht aus dem Vermögen der Gesellschaft entnommen wird); BGH, Urt. v. 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792, 793, betrifft eine andere Frage.

74 So auch Diekmann/Punte, WM 2016, 681, 685.

75 So Diekmann/Punte, WM 2016, 681, 685 m. w. N.

### **3. Folgen der Festsetzung unangemessener Vergütung**

#### *a) Haftung der Aufsichtsratsmitglieder*

- 32** Die Aufsichtsratsmitglieder haften bei Festsetzung unangemessener Vergütung gem. §§ 116 Satz 3, 93 AktG auf Schadensersatz. Dies setzt allerdings eine **Überschreitung des weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums** voraus, sodass die Schadensersatzhaftung nur in Einzelfällen zum Tragen kommen wird. Zudem wird sich im gerichtlichen Verfahren schwer feststellen lassen, wie hoch bei Anwendung der Differenzhypothese der verursachte Schaden ist, weil dies die Bestimmung der Vergütung, die gerade noch als „angemessen“ anzusehen wäre, voraussetzt.<sup>76</sup> Auch die Abberufung gem. § 103 Abs. 3 AktG wird nur in Extremfällen in Betracht kommen.<sup>77</sup> Entscheidender für die Praxis ist, gemessen an den strengen Maßstäben des 3. Strafsenats des BGH im Mannesmann-Urteil,<sup>78</sup> das Risiko der Untreue.

#### *b) Unwirksamkeit dienstvertraglicher Vergütungsklauseln bei unangemessener Vergütung?*

- 33** § 87 AktG ist nach überzeugender h.L. kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB, weshalb die entsprechende Vergütungsklausel zunächst wirksam bleibt.<sup>79</sup> Lösungsansätze können in Fällen grober Überschreitung des Angemessenen in § 138 BGB oder den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht liegen.<sup>80</sup> Ein Ersatzanspruch gegen das von der Entscheidung des Aufsichtsrats begünstigte Vorstandsmitglied, etwa aus Treuepflichtverletzung, wird dagegen i. d. R. nicht in Betracht kommen.<sup>81</sup>

### **4. Das Gebot der Nachhaltigkeit**

- 34** Das Gebot der Nachhaltigkeit ist in § 87 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG normiert. Es verlangt, dass finanzielle Verhaltensanreize **börsennotierter** Gesellschaften auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung gerichtet sind. Wie diese Langfris-

---

76 Vgl. MüKoAktG-Habersack, § 116 Rn. 69; Schmidt/Lutter-Schmidt/Lutter, § 87 Rn. 17.

77 Vgl. Schmidt/Lutter-Schmidt/Lutter, § 87 Rn. 17 m. w. N.

78 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522.

79 Vgl. HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 10 m. w. N.; Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 22. A. A. Säcker/Stenzel, JZ 2006, 1151, 1152 ff., die die Nichtigkeit der Vergütungsregelungen annehmen und den Vertrag hiernach im Wege ergänzender Vertragsauslegung durch eine angemessene, d. h. marktübliche, Vergütungsvereinbarung ergänzen wollen, 1155.

80 Vgl. hierzu ausführlicher Bosse, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 392 f. m. w. N., sowie Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 22 m. w. N.

81 Vgl. Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 23 m. w. N.



tigkeit von Verhaltensanreizen zu erreichen ist, dazu enthält das AktG nur wenige Vorgaben. Der Gesetzgeber hat die Ausgestaltung des Nachhaltigkeitsgebots bewusst im Ermessen der Aufsichtsräte belassen, die den Eigenheiten der jeweiligen Branche Rechnung tragen kann.<sup>82</sup> So sieht § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG allein vor, dass variable Vergütungsbestandteile eine „mehrfährige Bemessungsgrundlage“ haben müssen. Beschlussvorlage und Bericht des Rechtsausschusses zum VorstAG benennen lediglich die Bonus-Malus-Regelung und Leistungsbetrachtung über die Gesamtlaufzeit als Beispiele für die „zahlreiche[n] denkbare[n] Vertragsgestaltungen“. <sup>83</sup> Konkrete Vorgaben sind auch in der Gesetzesbegründung zum VorstAG nicht enthalten. <sup>84</sup>

Ein **bloßes Hinausschieben des Auszahlungszeitpunktes** soll dem Nachhaltigkeitsgebot dabei nicht genügen: Erforderlich ist nach der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, dass variable Vergütungsbestandteile „auch **an negativen Entwicklungen im gesamten Bemessungszeitraum teilnehmen**“. <sup>85</sup> **35**

#### *a) Einzelne Bestandteile der Gesamtbezüge*

##### *aa) Monetäre variable Vergütung*

Auch monetäre variable Vergütungsbestandteile müssen auf Nachhaltigkeit, jedoch nicht notwendig wie Aktienoptionen auf einen vierjährigen Bemessungszeitraum, ausgerichtet sein. **36**

##### *(1) „Mehrfährige“ Bemessungsgrundlage für variable Vergütung*

Das Gesetz enthält keine Vorgaben dazu, was unter einer „mehrfährigen“ Bemessungsgrundlage zu verstehen ist. Daher stellt sich insbesondere die Frage, ob **bereits eine zweijährige Bemessungsgrundlage ausreicht**. Der Gesetzeswortlaut an sich ließe eine solche Auslegung zu. <sup>86</sup> Die Gesetzesbegründung zum VorstAG legt indes nahe, dass der Gesetzgeber längere Fristen vor Augen hatte: **37**

<sup>82</sup> Vgl. *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803; *MüKoAktG-Spindler*, § 87 Rn. 90.

<sup>83</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

<sup>84</sup> Die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5, enthält lediglich allgemeine Überlegungen.

<sup>85</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

<sup>86</sup> So beispielsweise auch *Kremer-Bachmann*, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 996.

## Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

Das VorstAG hat die Ausübungsfrist für Aktienoptionen von zwei auf vier Jahre erhöht, § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG. Nach der Gesetzesbegründung soll die Vierjahresfrist auch im Übrigen als „Auslegungshilfe“ für § 87 Abs. 1 AktG dienen.<sup>87</sup> In der Literatur wird vielfach ein Zeitraum von vier Jahren zugrunde gelegt.<sup>88</sup> Als Anhaltspunkt für die Bestimmung des Bemessungszeitraums wird teilweise auch die regelmäßige Bestelldauer von drei bis gem. § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG höchstens fünf Jahren gesehen.<sup>89</sup> Zwingend erscheint dies nicht; insbesondere ist § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG kein Gebot zu entnehmen, stets einen Bemessungszeitraum von fünf Jahren zugrunde zu legen.<sup>90</sup>

- 38 Auch ein Vierjahreszeitraum dürfte nicht in jedem Fall erforderlich sein, solange dem mit dem VorstAG verfolgten Zweck, Fehlanreize durch kurzfristige Vergütungsanreize auszuschließen, im Ergebnis noch genüge getan ist.<sup>91</sup> Es erscheint sinnvoll, nach der Art des Vergütungsbestandteils zu differenzieren.

### (2) Gewährung der variablen Vergütung erst nach Feststellung des Unternehmenserfolgs?

- 39 In der Literatur wird teilweise gefordert, die variable Vergütung erst nach Ende des Bemessungszeitraums auszuzahlen.<sup>92</sup> Das Gesetz verlangt dies nicht. Häufig sind daher in der Praxis trotz der mit ihnen verbundenen Verlagerung des Risikos der Durchsetzbarkeit auf die AG Vereinbarungen, wonach die variable Vergütung bereits vor dem Ende des Bemessungszeitraums ausgezahlt wird und Rückforderungsmöglichkeiten (**claw back**) unterworfen wird.

### (3) Performancebetrachtung über die Gesamtlaufzeit

- 40 Als Beispiel für eine Umsetzung des Nachhaltigkeitserfordernisses benennt die Beschlussvorlage des Rechtsausschusses zum VorstAG die Performancebetrachtung über die Gesamtlaufzeit.<sup>93</sup> Umsetzbar ist dies beispielsweise durch Zielvereinbarungen, die auf wirtschaftliche Kennzahlen in einem Zeitpunkt in drei bis

87 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17. März 2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

88 Vgl. MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 88 m. w. N. zu in der Literatur angenommenen Bemessungszeiträumen von vier bzw. drei bis fünf Jahren.

89 Vgl. *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803.

90 So auch MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 88; vgl. auch dort zur Gegenauffassung.

91 Differenzierend etwa auch *Kremer-Bachmann*, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 996 m. w. N.; MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 88.

92 Vgl. etwa MüKoAktG-*Spindler*, § 87 Rn. 89.

93 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

fünf Jahren abstellen. Alternativ kann an früher eintretende Kriterien angeknüpft werden, jedoch der Zeitpunkt der Beurteilung der Erreichung dieser Kriterien nach Ende der Gesamtlaufzeit geschoben werden. Als Risikosteuerungsinstrument dürfte dies besonders wirkungsvoll sein, weil tatsächlich die Nachhaltigkeit der Zielerreichung bewertet und die Leistungsbeurteilung nicht durch eine Mitteilung über den mehrjährigen Bemessungszeitraum nivelliert wird. Die Vereinbarung von Abschlagszahlungen ist möglich.<sup>94</sup> Als schwierig kann sich jedoch die hinreichend klare Definition der Entscheidungs- und Bewertungskriterien im Dienstvertrag ebenso erweisen wie der Umgang mit einer vorzeitigen Vertragsbeendigung.

#### (4) Bonus-Malus-System

Denkbar ist auch die „Mittelung“ positiver und negativer Beiträge über den Bemessungszeitraum im Wege eines Bonus-Malus-Systems. Hierbei erfolgt i. d. R. jedes Geschäftsjahr eine Leistungsbeurteilung und häufig auch Abschlagszahlung bis zur Höhe des vollen Bonus für das Geschäftsjahr. Erst nach Ende des Bemessungszeitraums wird jedoch auf Grundlage der „Mittelung“ der endgültige, saldierte Bonus berechnet und ausgeglichen.<sup>95</sup> Als herausfordernd kann sich dabei die vorherige, hinreichend genaue Definition (und spätere Bewertung) der negativen Erfolgsbeiträge erweisen, sofern nicht lediglich an „harte“, objektiv messbare Kriterien wie EBIT oder EBITDA angeknüpft wird. Klauseln, denen zufolge das Vorstandsmitglied für nach der „Mittelung“ verbleibende „Minuspunkte“ gleich einer Vertragsstrafe haften soll, unterliegen AGB-rechtlich strengen Grenzen. Die pauschalierte Auszahlung im Fall des vorzeitigen Ausscheidens (mit oder ohne Prognoseentscheidung unter dem Bonus-Malus-System) bleibt Gegenstand der Diskussion.<sup>96</sup> **41**

#### (5) Bonusbank-System

Bei Bonusbank-Systemen wird innerhalb des Bemessungszeitraums zwar (i. d. R.) jährlich die Leistung bewertet, der angesichts der Jahreszielvereinbarung rechnerisch erzielte Bonus wird jedoch entweder gar nicht oder nur zu einem geringen Teil ausgeschüttet und stattdessen in ein unternehmenseigenes Bonusbank-System eingezahlt. Negative Beiträge in Folgeperioden werden vom Konto abgezogen. Die Auszahlung des (verzinsten) Gesamtbetrags erfolgt erst nach Bewertung der Performance über die Gesamtlaufzeit am Ende des Bemessungszeitraums. **42**

<sup>94</sup> Vgl. *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 156.

<sup>95</sup> Vgl. zu den Gestaltungsmöglichkeiten *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 158 ff.

<sup>96</sup> Vgl. hierzu *Wettich*, AG 2013, 374, 377 f. m. w. N.

## Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

sungszeitraums, sodass langfristige Bindung und Nachhaltigkeit der Anreizsetzung gleichermaßen gefördert werden.<sup>97</sup>

### (6) Rückforderungsmöglichkeit (claw back)

- 43 Weit verbreitet sind auch außerhalb des regulierten Finanzdienstleistungssektors **dienstvertragliche Rückforderungsklauseln** zur Sicherstellung der Nachhaltigkeit der Bonusanreize. Unabhängig von der Ausgestaltung als Widerrufsvorbehalt oder auflösender Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) bleibt eine dem AGB-rechtlichen Transparenzgebot entsprechende Ausgestaltung in der Praxis herausfordernd, insbesondere, wenn die Zielvereinbarung einerseits auf persönliche Ziele abstellt, der **claw back** andererseits durch negative Konzernentwicklungen ausgelöst werden soll.<sup>98</sup> In jedem Fall sollte die Höhe der zurückzugewährenden Leistung klar begrenzt werden.<sup>99</sup> Nimmt man die für Arbeitnehmer zu Rückforderungs-/Widerrufsklauseln entwickelten Kriterien zum Maßstab, dann wäre AGB-rechtlich überdies eine Begrenzung des rückzufordernden Anteils auf maximal 25 % der Gesamtvergütung anzuraten.<sup>100</sup> Dies jedoch würde letztlich der mit dem Nachhaltigkeitsprinzip des AktG beabsichtigten Anreizwirkung zuwiderlaufen. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung für Vorstandsverträge eigene Kriterien entwickelt. Das Risiko der arbeitsrechtlichen Durchsetzbarkeit trägt die AG.

### bb) Share Ownership Guidelines

- 44 Weit verbreitetes Mittel zur Ausgestaltung der Nachhaltigkeit sind **Share Ownership Guidelines**, durch die die Mitglieder des Vorstands verpflichtet werden, ein Multiplikat ihrer Grundvergütung in Aktien der AG zu erwerben und während der Dauer ihrer Vorstandszugehörigkeit zu halten.<sup>101</sup> Dabei sind

---

97 Vgl. *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 162 ff.

98 Vgl. hierzu ausführlich *Schuster*, FS Bauer, S. 973, 981 f.

99 Vgl. *Schuster*, FS Bauer, S. 973, 982.

100 Vgl. BAG, Urt. v. 12.1.2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465, 467 (25–30 % des Gesamtverdienstes) und BAG, Urt. v. 24.10.2007, 10 AZR 825/06 (offengelassen, jedoch „spricht auch viel dafür, dass in Fällen, in denen die Sonderzahlung mindestens 25 % der Gesamtvergütung ausmacht, [...] der Zweck einer zusätzlichen Vergütung bei der Abwägung der Interessen der Arbeitsvertragsparteien [...] maßgebend ist.“), NZA 2008, 40, 43.

101 Vgl. beispielsweise die Share Ownership Guidelines der Bayer AG, wonach als Voraussetzung für Auszahlungen aus dem LTI-Programm Bayer-Aktien im Wert von 75 % der Festvergütung aufzubauen und bis zum Ende der Bestellung jährlich, erstmals nach einer vierjährigen Aufbaufrist, nachzuweisen sind, vgl. den Geschäftsbericht der Bayer AG 2017, abrufbar unter: <http://www.geschaeftsbericht2017.bayer.de/lagebericht-ergaenzungen/corporate-governance-bericht/verguetungsbericht/vergue-tung-des-vorstands.html> (abgerufen: 28.12.2018).

etwa Gestaltungen bekannt, wonach nach einer Aufbauphase von vier Jahren der Vorstandsvorsitzende das Dreifache und die übrigen Mitglieder des Vorstands das Zweifache der durchschnittlichen Grundvergütung der letzten vier Jahre vor dem jährlichen Nachweistern halten und im Falle von Kursschwankungen auch entsprechend nacherwerben müssen,<sup>102</sup> wobei dies, je nach Ausgestaltung, etwa unter Anrechnung eines Teils der im Rahmen der kurzfristigen variablen Vergütung gewährten virtuellen Aktien geschehen kann.

#### cc) Aktienoptionen

Auch die Gewährung von **Aktienoptionen (stock options)** unterliegt § 87 Abs. 1 AktG.<sup>103</sup> Um ein stärker am langfristigen Unternehmenswohl ausgerichtetes Handeln zu erreichen, muss die Haltefrist mindestens vier Jahre betragen, § 193 Abs. 2 Satz 4 AktG.<sup>104</sup> Der Zielsetzung nachhaltiger Anreizwirkung würde es überdies entsprechen, Gegengeschäfte der Mitglieder des Vorstands (sog. **hedging**) ausdrücklich vertraglich auszuschließen.<sup>105</sup> Gem. Ziff. 4.2.3 Abs. 2 Satz 8 DCGK soll bei stock options auch eine nachträgliche Änderung der Vergleichsparameter (sog. **repricing**) ausgeschlossen sein: Vergleichsparameter sollen ebenso wenig wie Erfolgsziele nachträglich geändert werden.<sup>106</sup> Des Weiteren müssen börsennotierte Aktiengesellschaften die Ausgestaltung des stock option plans vorab bekannt machen oder die Abweichung vom Kodex erklären („comply or explain“).

#### dd) Phantom Stocks und ähnliche schuldrechtliche Instrumente

**Phantom Stocks und ähnliche schuldrechtliche Instrumente** „sollten“ nach der Begründung zum VorstAG „gleichfalls nur die langfristige Kursentwicklung

102 Vgl. etwa die Ausgestaltung der Share Ownership Guidelines der Siemens AG, Siemens-Geschäftsbericht 2017, Vergütungsbericht, abrufbar unter [https://www.siemens.com/investor/pool/de/investor\\_relations/Siemens\\_GB2017\\_Verguetung.pdf](https://www.siemens.com/investor/pool/de/investor_relations/Siemens_GB2017_Verguetung.pdf), S. 47 (abgerufen: 28.12.2018); ähnlich auch die Ausgestaltung der Share Ownership Guidelines der Deutsche Börse Gruppe, wobei dort auf die Grundvergütung in einem Zweijahreszeitraum abgestellt wird und die Aufbauphase drei Jahre beträgt, vgl. Gruppe Deutsche Börse Finanzbericht 2017, Auszug: Vergütungsbericht, S. 144, abrufbar unter <http://deutsche-boerse.com/blob/3348360/fa9e73214f98ef8f1752710b08dc1768/data/GDB-Verguetungsbericht-FB-2017.pdf> (abgerufen: 28.12.2018).

103 Vgl. MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 98.

104 Vgl. auch die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

105 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 43 m. w. N. zum Meinungsstand.

106 Vgl. hierzu ausführlich Kremer-Bachmann, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 1002 f.

## Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

und damit das langfristige Unternehmenswohl belohnen“.<sup>107</sup> Unter Hinweis hierauf bzw. § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG wird auch für **Phantom Stocks** (virtuelle Aktien) und **Stock Appreciation Rights (SARs)**; gerichtet auf Barauszahlung) vielfach eine vierjährige Mindestlaufzeit angenommen.<sup>108</sup>

### b) Zulässigkeit reiner Fixvergütung

- 47 Der DCGK **verlangt die Gewährung auch variabler Vergütungsbestandteile**, und die Praxis der DAX- und MDAX-Unternehmen spiegelt dies wider.<sup>109</sup>
- 48 Auch nach Aufnahme der Leistungsbezogenheit in § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG durch das VorstAG bleibt die Gewährung eines reinen Fixums jedoch zulässig.<sup>110</sup>
- 49 Die Gesetzesbegründung des VorstAG benennt als eines der Ziele des Gesetzes, „die Anreize der Vergütungsstruktur für Vorstandsmitglieder in Richtung einer nachhaltigen und auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken“.<sup>111</sup> Dementsprechend hat der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge „Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensführung“ zu setzen.<sup>112</sup> § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG sieht vor, dass variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben sollen.

---

107 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

108 Vgl. nur *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803.

109 Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 2 DCGK (= E18) weist eine der höchsten Befolungsquoten des gesamten DCGK auf, vgl. die empirische Studie von *Werder/Turkali*, DB 2015, 1357, 1361: Auf Grundlage von Fragebögen ermittelte Befolungsrate für E18 von 100% für DAX, MDAX und TecDAX, 92,9% für SDAX, gesamt: 98,1% in 2015. Eine entsprechend hohe Befolungsrate weisen nicht alle Empfehlungen zur Vorstandsvergütung auf, vgl. hierzu etwa *Eisenschmidt/Bilgenroth*, DStR 2016, 551, 555 („29,4% der 34 Empfehlungen neuralgisch“, es zeige „sich insbesondere im Bereich der Vergütung des Vorstands ein hohes Abweichen von den Anforderungen des DCGK“). Beispielsweise ermitteln *Werder/Turkali*, DB 2015, 1357, 1361, eine Befolungsquote von insgesamt 78,2% und 80,6% in 2015 für E20 und E21 (Ziffer 4.2.3 Abs. 2 HS 1 bzw. HS 2 (betragsmäßige Höchstgrenzen für die Vorstandsvergütung insgesamt (HS 1) und für den variablen Bestandteil (HS 2)); die insgesamt für den DCGK für 2015 ermittelte Befolungsquote für Empfehlungen lag bei 83,6%, vgl. *Werder/Turkali* DB 2015, 1357, 1359.

110 So beispielsweise auch *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung zum VorstAG m. w. N.

111 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 1.

112 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 2.

Das bedeutet noch nicht, dass Vorstandsvergütung neben dem Fixum zwingend einen variablen Bestandteil enthalten muss.<sup>113</sup> Das Nachhaltigkeitsprinzip des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG ist unbestimmt und damit der Auslegung zugänglich. Weder sieht jedoch der Wortlaut des Aktiengesetzes ausdrücklich eine Verpflichtung zur Aufteilung in Fixum und variablen Vergütungsbestandteil vor, noch lässt die Gesetzessystematik einen entsprechenden, allgemeingültigen Schluss zu. Die Aufzählung von Vergütungsbestandteilen in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG legt lediglich die Bezugsgröße für das Angemessenheitsprinzip fest (Gesamtbezüge). Aus ihr folgt erkennbar keine Pflicht, entsprechende Vergütungsbestandteile zu gewähren („Nebenleistungen jeder Art“). Der Gesetzgeber hat das Nachhaltigkeitsprinzip des § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG gerade nicht in einem Folgesatz durch ein Gebot konkretisiert, wonach variable Vergütungsbestandteile vorzusehen sind. Vielmehr ist § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG so zu verstehen, dass dann, und nur dann, wenn sich ein Unternehmen dazu entscheidet, neben dem Fixum auch variable Vergütung zu gewähren, durch eine mehrjährige Bemessungsgrundlage auf nachhaltiges Unternehmenswachstum durch langfristige Verhaltensanreize hinzuwirken ist.

Etwas anderes ergibt sich auch weder aus der Beschlussvorlage des Rechtsausschusses zum VorstAG noch aus der Gesetzesbegründung.<sup>114</sup> Verhindert werden soll danach, „[u]nbeschadet der Möglichkeit, eine Festvergütung zu vereinbaren“, dass kurzfristig ausgerichtete Anreize geschaffen werden, die dazu verleiten, das nachhaltige Unternehmenswachstum „aus dem Blick [zu] verlieren“.<sup>115</sup> Als Beispiele nennt die Gesetzesbegründung den Börsenkurs oder das Auftragsvolumen an einem bestimmten Stichtag:<sup>116</sup> „Wer stichtagbezogene Boni erhält,

113 Die Frage bleibt umstritten. Für die wohl h. L., die ein reines Fixum nach dem Aktiengesetz für zulässig erachtet, vgl. nur *Kremer-Bachmann*, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 993 m. w. N.; a. A. *Geßler-Käpplinger*, Anhang 8a DCGK Rn. 46: „[...] heißt dies aber auch, dass variable Vergütungsbestandteile zwingend Teil der Vergütung des Vorstandes sein müssen. Denn alleine auf Basis einer Fixvergütung ist eine nachhaltige Incentivierung nicht erreichbar. [...] Die in Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 2 ausgesprochene Empfehlung des Kodex, dass monetäre Vergütungsteile neben fixen auch variable Komponenten enthalten sollen, ist daher nicht lediglich eine Empfehlung, sondern geltendes Recht.“

114 So im Ergebnis für die Gesetzesbegründung auch *Hirte/Mülbert/Roth-Kort*, § 87 Rn. 148. In der Beschlussvorlage des Rechtsausschusses wird ausdrücklich deutlich gemacht, dass das Ziel der Nachhaltigkeit „mit verschiedenen Instrumenten angestrebt werden“ könne, vgl. *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses* (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

115 So die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

116 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5 und 1.

## Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

ohne an einer nachfolgenden Verschlechterung der Parameter beteiligt zu werden, wird zum Eingehen unverantwortlicher Risiken verleitet.“<sup>117</sup> Gemeint ist die Möglichkeit, Bilanzparameter zu einem Stichtag gezielt steuern und so eine hieran anknüpfende variable Vergütung erhalten zu können, ohne dass entsprechende Effekte Aussagen über den Wert der Leistung für die langfristige Bestands- und Ertragssicherung zulassen.<sup>118</sup> Fehlanreize, die etwa dazu verleiten, ein Vertragsvolumen oder Bilanzparameter aufzublähen, werden durch ein bloßes Fixum aber gerade nicht gesetzt. Die Gewährung allein eines Fixbestandteils muss dem Nachhaltigkeitsprinzip daher jedenfalls dann genügen, wenn man dieses als Verbot kurzfristiger Fehlanreize versteht. Dies gilt umso mehr für nicht-börsennotierte Unternehmen, auf die § 87 Abs. 1 Satz 3 AktG grundsätzlich keine Anwendung findet.<sup>119</sup>

### *c) Verhältnis von fixer und variabler Vergütung*

- 52** Das Aktiengesetz enthält keine Vorgaben zum Verhältnis von fixer und variabler Vergütung. Auch Ziffer 4.2.3 DCGK trifft hierzu keine Aussagen. Das Verhältnis zwischen Fixum und variabler Vergütung bleibt im Ermessen des Aufsichtsrats.<sup>120</sup>

### *d) Zulässigkeit einzelner Vergütungsbestandteile mit kurzfristigen Vergütungsanreizen*

- 53** Auch nach Inkrafttreten des VorstAG bleiben einzelne, kurzfristige Vergütungsanreize wie **Antritts- (sign on bonus) und Halteprämien (retention bonus)** zulässig, wenn sie im Unternehmensinteresse sind und die Vergütung insgesamt auf Nachhaltigkeit angelegt ist.<sup>121</sup>

---

117 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

118 Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

119 Vgl. Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 149 m.w.N., spricht von einer „allenfalls vorsichtig-zurückhaltend[en] Erstreckung auf nicht-börsennotierte Unternehmen“. Zugleich weist dieser jedoch in Rn. 118 m.w.N. darauf hin, dass die Vergütung der Vorstände auch nicht-börsennotierter Aktiengesellschaften nach der h. M. bereits vor dem VorstAG an einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung ausgerichtet zu sein hatte und § 87 Abs. 2 AktG auch in der Fassung des VorstAG für nicht-börsennotierte Aktiengesellschaften gelten dürfte.

120 Vgl. Heidel-Heldt/Fischer zu Cramburg, Ziff. 4 DCGK, Rn. 29 m.w.N.

121 Vgl. MüGesR IV-Wiesner, § 21 Rn. 45; Bauer/Arnold, AG 2009, 717, 721; Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 29.



Aktienrechtlich zulässig können nach wie vor auch **Transaktionsboni** sein;<sup>122</sup> 54  
entsprechend zu beachten sind hier jedoch aufgrund erheblicher strafrechtlicher  
Risiken die strengen Vorgaben, die der 3. Strafsenat des BGH im Mannesmann-  
Urteil zu **nachträglichen Anerkennungsprämien (sog. appreciation awards)**  
gemacht hat:<sup>123</sup>

Der BGH hat zwischen Anerkennungsprämien unterschieden, die bereits im 55  
Dienstvertrag vereinbart sind und solchen, die ohne eine solche vertragliche  
Grundlage nachträglich zuerkannt werden:

Danach kann eine an den Geschäftserfolg geknüpfte einmalige oder jährlich 56  
wiederkehrende Sonderzahlung auch nach Geschäftsjahresende zuerkannt wer-  
den, wenn ein solcher variabler Vergütungsbestandteil bereits im Dienstvertrag  
vorgesehen ist und das Angemessenheitsgebot wahrt. Liegt keine solche vertrag-  
liche Grundlage vor, so kann eine nachträgliche Anerkennungsprämie straf-  
rechtlich gleichwohl zulässig sein, „wenn und soweit dem Unternehmen gleich-  
zeitig Vorteile zufließen, die in einem angemessenen Verhältnis zu der mit der  
freiwilligen Zusatzvergütung verbundenen Minderung des Gesellschaftsvermö-  
gens stehen“, etwa, wenn hierdurch den Begünstigten selbst oder auch potenziel-  
len Führungskräften „signalisiert [wird], dass sich außergewöhnliche Leistun-  
gen lohnen, von [der Anerkennungsprämie] also eine für das Unternehmen  
vorteilhafte Anreizwirkung ausgeht“. <sup>124</sup> Mithin sind aus strafrechtlicher Sicht  
freiwillige Anerkennungsprämien auch an Vorstandsmitglieder möglich, die  
kurzfristig ausscheiden. Unter welchen Voraussetzungen in diesem Zusammen-  
hang von der Wahrung des aktienrechtlichen Angemessenheitsgebots ausgegan-  
gen werden darf, konnte der Strafsenat ausdrücklich offenlassen.

In der Gewährung einer sog. kompensationslosen Anerkennungsprämie hat der 57  
BGH dagegen den objektiven Tatbestand der Untreue erfüllt gesehen:

122 Vgl. *Bauer/Arnold*, AG 2009, 717, 721; *Spindler/Stilz-Fleischer*, § 87 Rn. 29.

123 BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 (Gewährung freiwilliger An-  
erkennungsprämien an den Vorstandsvorsitzenden, vier weitere Vorstandsmitglieder  
und den früheren Vorstandsvorsitzenden der Mannesmann AG nach Übernahme  
durch Vodafone Airtouch plc auf Grundlage eines Vorschlags der Großaktionärin der  
Mannesmann AG. Das LG Düsseldorf [Urt. v. 22.7.2004, XIV 5/03, NJW 2004,  
3275] hatte den Tatbestand der Untreue zulasten der Mannesmann AG hinsichtlich  
der drei Mitglieder des Präsidiums, die über die Zuerkennung der Anerkennungsprä-  
mien entschieden hatten, nicht als erfüllt angesehen, weil die Pflichtverletzung bei  
Gesamtschau aller Umstände nicht gravierend sei. Der BGH hob das u. a. Urteil mit  
der Begründung auf, die Gewährung der kompensationslosen Anerkennungsprämie  
sei eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Darauf, ob diese gravierend sei,  
komme es nicht an. Die Verfahren wurden schließlich gegen Zahlung von Geldaufla-  
gen eingestellt).

124 Vgl. hierzu und im Folgenden BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006,  
522, 524.

- 58 „Eine im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung für eine geschuldete Leistung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen kann (kompensationslose Anerkennungsprämie), ist demgegenüber als treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens zu bewerten.“<sup>125</sup> Selbst, wenn die Leistung des Vorstands in der Vergangenheit, die durch die Sonderzahlung honoriert werden soll, tatsächlich zu einer nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts beigetragen hat, ist diese Zahlung nach Ansicht des Strafsenats für das Unternehmen „ohne jeden Nutzen“ und verletzt die Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsorgans, weil dieser Beitrag bereits mit der vertraglich geschuldeten Leistung abgegolten gewesen sei<sup>126</sup> und infolge der Übernahme durch ein anderes Unternehmen auch im Übrigen keinen zukunftsgerichteten Nutzen mehr hatte.<sup>127</sup>
- 59 Dies gilt nach dem Mannesmann-Urteil auch dann, wenn der Dienstvertrag geändert wird, um die Prämie zu ermöglichen: In diesem Fall liegt die Verletzungshandlung in der freiwilligen Änderung des Vertrags.<sup>128</sup>
- 60 Strafrechtlich zulässig kann eine kompensationslose Anerkennungsprämie nach dem 3. Strafsenat lediglich dann sein, wenn der Alleinaktionär oder **sämtliche** Anteilseigner durch Beschluss der Hauptversammlung in sie eingewilligt haben (rechtfertigendes Einverständnis **des Vermögensinhabers**).<sup>129</sup>

### 5. Vorgaben zur Art der Ziele

- 61 AktG und DCGK enthalten **keine Vorgaben hinsichtlich möglicher Ziele**. Auch steht es den Parteien frei, die einseitige Zielvorgabe durch den Aufsichtsrat oder die Vereinbarung von Zielen zu wählen.<sup>130</sup> Vorsicht ist indes **bei drittbezogenen Vergütungsparametern** geboten, wenn Vorstände hierdurch dazu verleitet werden könnten, gegen die Interessen der AG zu agieren: Dem Grundsatz, im Gesellschaftsinteresse zu handeln, wird das Gebot entnommen, auch bei der Vorstandsvergütung keine Anreize zu schaffen, die den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen.<sup>131</sup> Das OLG München nahm in einem Fall, in dem die

125 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 524.

126 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 525.

127 Vgl. *Kort*, NZG 2006, 131, 132, der zugleich kritisiert, dass das Mannesmann-Urteil im Ergebnis dazu führt, dass nachträgliche Anerkennungsprämien bereits per se unzulässig sind, wenn das die Prämie gewährende Unternehmen wie hier, „geschluckt“ werde, ohne dass es noch darauf ankomme, ob die Sonderzahlung an sich angemessen i. S. d. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG sei.

128 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 524.

129 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 525.

130 Vgl. *Bosse*, Handbuch der Vorstandsvergütung, Rn. 143.

131 Vgl. *Hölters-Weber*, § 87 Rn. 16 m. w. N.

Vergütung eines Vorstands einer Tochtergesellschaft „weit überwiegend“ (80 %) von der Kursentwicklung der Muttergesellschaft abhing, einen Verstoß gegen § 87 Abs. 1 AktG an, weil es davon ausging, es könnten mit der Vergütungsregelung Anreize geschaffen sein, Entscheidungen zugunsten der Muttergesellschaft und zulasten der Anstellungsgesellschaft zu treffen.<sup>132</sup>

## 6. Höhenmäßige Begrenzung und Herabsetzung der Vorstandsvergütung

### a) Höchstgrenzen (Caps)

Bereits angesichts der Individualität der zu betrachtenden Kriterien der Aufgaben und Leistung wird klar, weshalb das AktG sinnvollerweise **keine Höchstgrenzen („Caps“)** für die Vorstandsvergütung insgesamt oder ihre variablen Bestandteile vorsieht.<sup>133</sup> Auch eine Verpflichtung des Aufsichtsrats zur Festlegung eines absoluten oder relativen Caps enthält das AktG nicht. Eine Ausnahme bildet § 87 Abs. 1 Satz 3 HS 2 AktG, der vorsieht, dass für den Fall „außerordentlicher Entwicklungen“ eine „Begrenzungsmöglichkeit“ zu vereinbaren ist. Im Übrigen bildet gesetzliche Obergrenze allein **das Kriterium der Üblichkeit der Gesamtbezüge** (vgl. hierzu Rn. 23 f.).<sup>134</sup> Wann eine **Ausnahmesituation i. S. d. § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG** vorliegt, in der wegen „besonderer Gründe“ von der an sich üblichen Vergütung abgewichen werden darf, lässt das Gesetz offen, vielfach wird jedoch angenommen, dass dies in der praktisch häufigen Situation eines Angebots einer höher vergüteten Position außerhalb des Unternehmens der Fall sei.<sup>135</sup>

**Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 DCGK** enthält ein **Doppelcap**: Gemäß Ziffer 4.2.3 Abs. 2 Satz 6 HS 1 ist die Vergütung **insgesamt und hinsichtlich der variablen Vergütungsbestandteile** betragsmäßig zu begrenzen. Bereits der Wortlaut („betragsmäßig“) deutet darauf hin, dass dies eine summenmäßige Begrenzung verlangt, kein lediglich relatives Cap.<sup>136</sup> Inwieweit die Angabe von Formeln ausreicht, bleibt Gegenstand der Diskussion.<sup>137</sup>

<sup>132</sup> Vgl. OLG München, Urt. v. 7.5.2008, 7 U 5618/07, NZG 2008, 631, 633.

<sup>133</sup> Vgl. zur Diskussion um die Deckelung insbesondere der variablen Vergütungsbestandteile Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 258, 258a, 269 m. w. N.

<sup>134</sup> Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 81 m. w. N.

<sup>135</sup> Vgl. Hirte/Mülbert/Roth-Kort, § 87 Rn. 95 m. w. N.; MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 57.

<sup>136</sup> Vgl. Kremer-Bachmann, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 1013.

<sup>137</sup> Ablehnend Kremer-Bachmann, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 1013; a. A. Sinner, AG 2014, 115, 117, der keine betragsmäßige Benennung verlangt, sondern es ausreichen lässt, wenn sich der Höchstbetrag aufgrund eines „notwendigen, aber eindeutigen Rechenvorgang[s]“ ergibt; im Ergebnis ähnlich Goj, AG 2015, 173, 175, 181 f.

- 64 Bereits im Konsultationsverfahren war und bleibt weiterhin umstritten, an welchen Zeitpunkt das Cap bei **Aktien, Aktienoptionen und virtuellen Aktienoptionsprogrammen (insbesondere Phantom Stocks und Stock Appreciation Rights (SARs))** anzuknüpfen hat, ob es insbesondere ausreicht, lediglich auf den Zeitpunkt der Gewährung der Phantom Stocks bzw. der Aktienbezugs- oder Umtauschrechte abzustellen, oder ob etwa i. S. e. Doppelcaps zugleich an den Zeitpunkt der Auszahlung bzw. Ausübung der Bezugs- oder Umtauschrechte nach der Sperrfrist anzuknüpfen ist.<sup>138</sup> Der Deutsche Anwaltverein hatte darauf hingewiesen, dass bei virtuellen Aktienprogrammen zwar die Vereinbarung von Höchstgrenzen denkbar sei, die Deckelung des Wertzuwachses von aktienbezogener Vergütung während der Sperrfrist dem „Grundgedanken“ einer aktienbezogenen Vergütung aber grundsätzlich zuwiderlaufe.<sup>139</sup> Ein Abstellen auf den Auszahlungszeitpunkt und die Vereinbarung einer (doppelten) Höchstgrenze ist bei virtuellen Aktienprogrammen jedenfalls technisch ebenso umsetzbar, wie Ausübungsbeschränkungen bei echten Aktienoptionsprogrammen.<sup>140</sup> Bei Gewährung von **Aktien unter Sperrfrist (sog. restricted shares)**<sup>141</sup> dagegen kollidieren letztlich Transparenzgrundsatz und die im Hinblick auf den Nachhaltigkeitsgrundsatz mit der Gewährung der restricted shares verfolgte Incentivierungswirkung: Wird allein auf den Zuteilungszeitpunkt abgestellt, bleiben Wertentwicklungen unberücksichtigt. Setzt das Cap indes auch im Ausübungszeitpunkt nach der Sperrfrist an, um solche Wertentwicklungen aufzufangen, wird die Incentivierungswirkung im Hinblick auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung limitiert.
- 65 Auch **Abfindungen** sind nach **Ziffer 4.2.3 Abs. 4 DCGK** zu begrenzen (vgl. Rn. 26 f.).

---

138 Vgl. nur die Kritik des Deutschen Anwaltvereins in der Stellungnahme des Ausschusses Handelsrecht zu den Änderungsvorschlägen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex vom 5.2.2013, Stellungnahme 20/2013, März 2013, Rn. 9 f., wie abrufbar unter [anwaltverein.de](http://anwaltverein.de); *Schmidt-Bendun*, AG 2014, 177, 178.

139 Vgl. die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Ausschuss Handelsrecht, zu den Änderungsvorschlägen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex vom 5.2.2013, Stellungnahme 20/2013, März 2013, Rn. 9 f., wie abrufbar unter [anwaltverein.de](http://anwaltverein.de).

140 Vgl. hierzu *Schmidt-Bendun*, AG 2014, 177, 179.

141 Nach der Begründung zum VorstAG „sollten“ auch Aktien „Haltefristen unterliegen [...]“, die sich an der Ausübungsfrist für Aktienoptionen orientieren“, vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 5.

*b) Begrenzungsmöglichkeit bei außerordentlichen Entwicklungen*

Gem. § 87 Abs. 1 AktG ist bei börsennotierten Aktiengesellschaften überdies eine Begrenzungsmöglichkeit für „außerordentliche Entwicklungen“ zu vereinbaren. Das Gesetz enthält keine näheren Vorgaben hierzu; aus aktienrechtlicher Sicht denkbar sind sowohl allgemeine Vorbehalte als auch Caps, wobei arbeitsrechtlich zur Reduzierung von Durchsetzbarkeitsrisiken aufgrund der Schwierigkeit hinreichend klarer Definition der „außerordentlichen Entwicklungen“ ein zusätzliches Cap empfehlenswert sein dürfte.<sup>142</sup> Die Begrenzungsmöglichkeit soll die Kappung in Fällen wie „windfall profits“ und anderen Sondereffekten, etwa im Falle von Unternehmensverkäufen oder der Hebung stiller Reserven, erlauben.<sup>143</sup> **66**

*c) Herabsetzung der Bezüge durch den Aufsichtsrat*

Gem. § 87 Abs. 2 Satz 1 AktG soll der Aufsichtsrat die Bezüge der individuellen Vorstandsmitglieder auf die angemessene Höhe herabsetzen, wenn sich die Lage der Gesellschaft nach Festsetzung der Bezüge so verschlechtert hat, dass eine weitere Auszahlung der festgesetzten Bezüge für die Gesellschaft unbillig wäre. Einbezogen sind die **Gesamtbezüge** (vgl. Rn. 15 ff.) **einschließlich Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art sowie grundsätzlich auch Abfindungen**.<sup>144</sup> Wo jedoch der Abfindungsfall bereits eingetreten ist und Abfindungsleistungen bereits für geleistete Dienste erbracht werden, dürfte eine einseitige Herabsetzung nicht mehr in Betracht kommen.<sup>145</sup> **67**

**Tatbestandliche Voraussetzungen** sind die nachträgliche Verschlechterung der Lage der Gesellschaft und die Unbilligkeit der weiteren Gewährung für die Gesellschaft. Für eine Verschlechterung sollen nach der Begründung des Gesetzesentwurfs zum VorstAG der Insolvenzfall und die unmittelbare Krise stets ausreichen, aber nicht erforderlich sein.<sup>146</sup> Dagegen wird in der Literatur zurecht darauf hingewiesen, dass die in der Gesetzesbegründung ebenfalls als Beispiel für eine Verschlechterung genannte Entlassung von Arbeitnehmern und Durchführung von Lohnkürzungen nicht zwingend mit einer Verschlechterung der Lage der Gesellschaft verbunden sein muss, wenn nicht, wie in der Gesetzesbegründung ebenfalls benannt, ergänzend hinzukommt, dass keine Gewinne ausge- **68**

142 Vgl. auch *Hoffmann-Becking/Krieger*, NZG-Beil. 2009, 1, 4.

143 Vgl. *van Kann/Keilueit*, SSrR 2009, 1587, 1588.

144 Vgl. *MüKoAktG-Spindler*, § 87 Rn. 196.

145 So bereits *MüKoAktG-Spindler*, § 87 Rn. 196 m. w. N.; *Bauer/Arnold*, AG 2009, 717, 728 m. w. N. („Ist die Abfindung als (teilweise) Kapitalisierung der Restlaufzeit bereits vollständig erbracht, kommt eine Rückforderung aufgrund einer nachträglichen Kürzung [...] nicht mehr in Betracht.“)

146 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

## Kap. 8 Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

schüttet werden.<sup>147</sup> Es handelt sich nicht um einen Mechanismus zur Korrektur einmal zu hoch festgesetzter oder später als angesichts der Leistung eines Vorstands als überhöht empfundener Bezüge, vielmehr ist im Einzelfall aufgrund eines Vergleichs der Lage der Gesellschaft (nicht des Konzerns) bei Festlegung der Vergütung und im Zeitpunkt der Entscheidung über die Herabsetzung zunächst einzig entscheidend, ob sich die Lage der Gesellschaft nachhaltig verschlechtert hat.<sup>148</sup> Irrelevant ist, worauf die Verschlechterung der Lage zurückzuführen ist, solange die Gründe nachträglich eingetreten sind.<sup>149</sup> Die Frage der Verantwortung der Zurechenbarkeit der Verschlechterung der Lage der Gesellschaft kommt erst bei der Prüfung der Unbilligkeit zum Tragen: Nach der Gesetzesbegründung liegt jedenfalls dann Unbilligkeit vor, wenn das Vorstandsmitglied pflichtwidrig gehandelt hat.<sup>150</sup> Umgekehrt muss jedoch das Vorstandsmitglied nicht notwendig pflichtwidrig gehandelt haben, sondern es reicht aus, dass die Verschlechterung in den Zeitraum seiner Vorstandsverantwortung fällt und ihm zurechenbar ist.<sup>151</sup> Im Rahmen einer Interessenabwägung fällt schließlich ins Gewicht, wie umfassend und nachhaltig die wirtschaftlichen Probleme der AG sind, als auch, wie hoch die Bezüge des Vorstandsmitglieds sind.<sup>152</sup>

- 69 Trotz der Formulierung als „Soll“-Vorschrift wollte der Gesetzgeber die bisherige Rechtslage („Kann“-Vorschrift) „deutlich verschärf[en]“: Der Aufsichtsrat kann nur noch „bei Vorliegen besonderer Umstände“ von der Herabsetzung der Bezüge absehen.<sup>153</sup> Teilweise wird angenommen, dass andernfalls auch hier (trotz des Verweises des § 116 Satz 3 AktG lediglich auf § 87 Abs. 1 AktG) eine Schadensersatzpflicht des Aufsichtsrats erwachse.<sup>154</sup>
- 70 Die Vorschrift erweist sich als dogmatisch und praktisch gleichermaßen problematisch. Insbesondere ist der einseitige Eingriff in **Versorgungsbezüge** zwar gem. § 87 Abs. 2 Satz 3 AktG nicht grenzenlos möglich, es bleibt jedoch weiter unklar, ob für den Beginn der Frist (Ausscheiden aus der Aktiengesellschaft) auf

147 Vgl. MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 169; Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 63, sowie Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

148 Vgl. MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 170 f.

149 Vgl. Spindler/Stilz-Fleischer, § 87 Rn. 63 m. w. N.

150 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

151 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 17.3.2009, BT-Drs. 16/12278, S. 6.

152 Vgl. MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 172.

153 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Drucksache 16/12278 – Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drs. 16/13433 vom 17.6.2009, S. 10.

154 Vgl. HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 41 m. w. N.

das Ende der Bestelldauer oder des Dienstvertrags abzustellen ist.<sup>155</sup> Der insoweit ebenfalls unklare Wortlaut des § 87 Abs. 2 Satz 3 AktG wird dahingehend ausgelegt, dass die Dreijahresfrist nicht den Gegenstand der Herabsetzung auf drei Jahre begrenzt, sondern lediglich die Entscheidung des Vorstandes innerhalb von drei Jahren nach dem Ausscheiden zu treffen ist, sich jedoch auf einen Zeitraum von über drei Jahren beziehen kann.<sup>156</sup>

Die Befugnis zur einseitigen Herabsetzung **kann weder durch Satzung noch durch den Dienstvertrag** mit dem jeweiligen Vorstandsmitglied **wirksam beschränkt oder ausgeschlossen werden**.<sup>157</sup> Aus dem Zweck der Vorschrift ergibt sich überdies, dass der Aufsichtsrat nicht auf die Herabsetzungsbefugnis verzichten kann.<sup>158</sup> Die Herabsetzung erfolgt durch einseitige Ausübung des Gestaltungsrechts (Beschluss des Aufsichtsratsplenums).<sup>159</sup> **71**

Bessert sich die Lage der Gesellschaft nach Herabsetzung der Bezüge wieder, so hat das Vorstandsmitglied nach h.L. einen Anspruch darauf, dass seine Bezüge **wieder heraufgesetzt** werden.<sup>160</sup> **72**

#### IV. Transparenz der Vorstandsvergütung: Offenlegung

Gem. § 285 Nr. 9 lit. a Satz 5 HGB ist die börsennotierte Aktiengesellschaft zur Angabe der Vergütung jedes einzelnen, namentlich benannten Vorstandsmitglieds im Anhang zum Jahresabschluss/Konzernabschluss verpflichtet, und zwar jeweils aufgeschlüsselt nach erfolgsabhängigen/-unabhängigen Komponenten und Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung (vgl. zur Mustertabelle des DCGK Kap. 7 Rn. 42 f.). Möglich ist unter den Voraussetzungen des § 286 Abs. 5 Satz 1 HGB jedoch der Beschluss der Hauptversammlung, die individualisierte Offenlegung zu unterlassen. Der Beschluss bedarf einer Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals und kann für höchstens fünf Jahre gefasst werden, § 286 Abs. 5 Satz 2 HGB. **73**

Gem. § 285 Nr. 9 lit. a Satz 6 aa), bb) bzw. § 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a Satz 6 aa), bb) HGB sind auch Zusagen von **Leistungen für den Fall der Beendigung** der Vorstandstätigkeit offenzulegen, was sich gerade bei Versorgungszusagen als **74**

155 Vgl. hierzu nur MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 186.

156 Vgl. nur Hölters-Weber, § 87 Rn. 56 m. w. N.; MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 187 m. zahlreichen w. N.; HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 43.

157 Vgl. für die h.Lit. nur MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 162 m. w. N.

158 Vgl. für die ganz h.Lit. nur MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 162 m. w. N.

159 Vgl. Hüffer/Koch-Koch, § 87 Rn. 30.

160 Vgl. für die ganz h.Lit. nur MüKoAktG-Spindler, § 87 Rn. 212 m. w. N.; HS-Dauner-Lieb, § 87 Rn. 45.

## **Kap. 8** Die Vergütung von Vorständen börsennotierter Aktiengesellschaften

problematisch erweist, wo ein Barwert, wie er unter bb) anzugeben ist, häufig nur geschätzt werden kann.<sup>161</sup>

- 75 Überdies sollen die Grundzüge des Vergütungssystems im **Lagebericht** dargestellt werden, § 289 Abs. 2 Nr. 4 HGB.

---

161 Vgl. *HS-Dauner-Lieb*, § 87 Rn. 48, und im Einzelnen *MüKoAktG-Spindler*, § 87 Rn. 231 m. w. N.



# Kapitel 9

## Vergütung von Aufsichtsräten

**Schrifttum:** *Freidank/Sassen*, Aufsichtsratsvergütung als Instrument der Corporate Governance, BB 2013, 1195; *Fuchs*, Grenzen für eine aktienkursorientierte Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern, WM 2004, 2233; *Maser/Göttle*, Rechtlicher Rahmen für die Vergütung des Aufsichtsrats, NZG 2013, 201; *Neuhaus/Gellßen*, Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder, NZG 2011, 1361; *Wettich*, (Teil-)Verzicht eines Aufsichtsratsmitglieds auf die ihm zustehende Aufsichtsratsvergütung, NZG 2009, 852.

Übersicht		Rn.
I. Rechtsgrundlagen (§ 113 AktG, DCGK) . . . . .		2
II. Angemessenheit der Gesamtvergütung (§ 113 AktG, DCGK) . . . .		5
III. Vergütungsbestandteile . . . . .		6
1. Feste Vergütung . . . . .		7
2. Sitzungsgelder . . . . .		11
3. Variable Vergütung . . . . .		15
a) Erfolgsorientierte Vergütung . . . . .		15
b) Aktienorientierte Vergütung . . . . .		18
c) Dividendenorientierte Vergütung . . . . .		19
4. Nebenleistungen . . . . .		21
a) Büro mit Sekretariat, Dienstwagen . . . . .		21
b) Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (DCGK) . . . . .		23
c) Aus- und Fortbildungskosten (DCGK) . . . . .		24
IV. Herabsetzung oder Erhöhung der Vergütung . . . . .		25
V. Sondervergütungen für Sonderleistungen . . . . .		27
VI. Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder . . . . .		28
VII. Abführungsverpflichtungen an Hans-Böckler-Stiftung . . . . .		29
VIII. Publizität der Vergütung, Vergütungsbericht . . . . .		35

Während die in den letzten Jahren stark gestiegenen Vergütungen für Vorstände in der Öffentlichkeit zu heftigen Diskussionen geführt haben (s. Kapitel 8), war es bei den im gleichen Zeitraum ebenfalls stark (allerdings auf einem deutlich niedrigeren Niveau) gestiegenen Vergütungen für die Aufsichtsräte in börsennotierten Unternehmen genau umgekehrt. So hatte die Bundesregierung eine angemessene (d. h. höhere) Vergütung für Aufsichtsräte gefordert. Hintergrund dieser Forderung: Will man eine effektive Kontrolle von (gut bezahlten) Vorständen sicherstellen, muss man die verantwortungsvolle Aufgabe, insbesondere des Aufsichtsratsvorsitzenden, besser bezahlen, um hierfür die besten Manager (Kontrollure auf Augenhöhe mit den Kontrollierten) gewinnen zu können.<sup>1</sup>

1 *Maser/Göttle*, NZG 2013, 201; *Freidank/Sassen*, BB 2013, 1195.

## **I. Rechtsgrundlagen (§ 113 AktG, DCGK)**

- 2 Eine gesetzliche **Verpflichtung** zur Vergütung von Aufsichtsräten gibt es **nicht**. **Rahmenbedingungen** für eine Vergütung von Aufsichtsräten sind aber in § 113 AktG geregelt.
- 3 Darüber hinaus hat der **DCGK** einige **Empfehlungen** für die Aufsichtsratsvergütung aufgestellt. Die Gesellschaften können hiervon abweichen, sind dann aber verpflichtet, dies jährlich offenzulegen und die Abweichungen zu begründen (aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis kommender „comply or explain-Grundsatz“).
- 4 Das Recht zur Festlegung einer Vergütung für die Aufsichtsratsmitglieder liegt ausschließlich bei den **Aktionären**. Um jede Form von Selbstbedienung und Interessenkonflikte zu verhindern, sollen weder der Vorstand noch der Aufsichtsrat selbst die Vergütung gewähren können.<sup>2</sup> Die Aufsichtsratsvergütung kann nur in der **Satzung** des Unternehmens/Aufsichtsrats festgesetzt oder von der **Hauptversammlung** bewilligt werden (§ 113 Abs. 1 Satz 2 AktG). Den Mitgliedern des **ersten Aufsichtsrats** kann nur die **Hauptversammlung** eine Vergütung für ihre Tätigkeit bewilligen. Der Beschluss kann erst in der Hauptversammlung gefasst werden, die über die Entlastung der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats beschließt (§ 113 Abs. 2 AktG).

## **II. Angemessenheit der Gesamtvergütung (§ 113 AktG, DCGK)**

- 5 Die Gesamtvergütung soll in einem **angemessenen** Verhältnis zu den **Aufgaben** der Aufsichtsratsmitglieder und zur **Lage** der **Gesellschaft** stehen (§ 113 Abs. 1 Satz 3 AktG). Der **Vorsitz** und der **stellvertretende Vorsitz** im Aufsichtsrat sowie der Vorsitz und die Mitgliedschaft in den **Ausschüssen** sollen berücksichtigt werden (5.4.6 Abs. 1 Satz 2 DCGK). D. h. die „Führungspersonen des Aufsichtsratsgremiums“ sollen besser vergütet werden als „einfache Aufsichtsratsmitglieder“.

## **III. Vergütungsbestandteile**

- 6 Nach einer Aufsichtsratsstudie der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e. V. (www.dsw-info.de) verteilte sich im Jahr 2016 die Gesamtvergütung für Aufsichtsräte auf ungefähr 85 % feste (2011: 67 %) und 15 % (2011: 33 %) variable Vergütungsbestandteile.

---

2 Hopt/Roth, § 113 AktG Rn. 3; Hüffer/Koch, § 113 AktG Rn. 1; Maser/Göttle, NZG 2013, 201.

**1. Feste Vergütung**

Die feste Vergütung ist die Ursprungsform der nach § 113 AktG möglichen Vergütungen.<sup>3</sup> Bei der Vergütung ist der Grundsatz der **Gleichbehandlung** aller Aufsichtsratsmitglieder (**gleiche Grundvergütung**) – unabhängig davon, ob sie von den Arbeitnehmern oder von der Hauptversammlung gewählt wurden – einzuhalten.<sup>4</sup>

**Zusätzliche Vergütungen** sind dagegen für „**Führungsfunktionen**“ im Aufsichtsrat gefordert.

**Beispiel aus der Unternehmenspraxis für die Vergütungshöhe:**

<b>Grundvergütung für alle Aufsichtsräte:</b>	<b>140.000 €</b>
<b>Zusätzliche Vergütung für</b>	
– den <b>Aufsichtsratsvorsitzenden:</b>	+ 140.000 €
– die stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden:	+ 80.000 €
– den Vorsitzenden des <b>Prüfungsausschusses:</b>	+ 160.000 €
– andere Mitglieder des Prüfungsausschusses:	+ 80.000 €
– den Vorsitzenden des <b>Präsidiums:</b>	+ 120.000 €
– andere Mitglieder des Präsidiums:	+ 80.000 €
– den Vorsitzenden des <b>Vergütungsausschusses:</b>	+ 100.000 €
– andere Mitglieder des Vergütungsausschusses:	+ 60.000 €
– den Vorsitzenden des <b>Innovations- und Finanzausschusses:</b>	+ 80.000 €
– andere Mitglieder des Innovations- und Finanzausschusses:	+ 40.000 €
– den Vorsitzenden des <b>Complianceausschusses:</b>	+ 80.000 €
– andere Mitglieder des Complianceausschusses:	+ 40.000 €
Der Aufsichtsratsvorsitzende, der Vorsitzende des Präsidiums und Mitglied des Prüfungsausschusses sowie des Innovations- und Finanzausschusses ist, erhält demnach 140.000 € + 140.000 € + 120.000 € + 80.000 € + 40.000 € = 520.000 €.	

**Beispiel aus der Unternehmenspraxis für eine Vergütungskürzung:**

Nimmt ein Aufsichtsratsmitglied an einer **Sitzung** des Aufsichtsrats **nicht teil**, dann reduziert sich ein Drittel der ihm insgesamt zustehenden Vergütung prozentual im Verhältnis der im Geschäftsjahr stattgefundenen Aufsichtsratssitzungen zu den Aufsichtsratssitzungen, an denen das Aufsichtsratsmitglied nicht teilgenommen hat.

<sup>3</sup> Hölters-Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 113 AktG Rn. 17.

<sup>4</sup> HS-Henssler, § 113 AktG Rn. 5; Hölters-Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 113 AktG Rn. 16.

## Kap. 9 Vergütung von Aufsichtsräten

Die Grundvergütung von 140.000 € eines einfachen Aufsichtsratsmitglieds, das an 2 von 6 Aufsichtsratssitzungen im Geschäftsjahr nicht teilgenommen hat, reduziert sich danach um 15.556 € auf 124.444 €, also um rund 11 %.

### 2. Sitzungsgelder

- 11 In einigen Unternehmen wird neben einer festen Jahresvergütung für die Aufsichtsratsarbeit zusätzlich auch noch ein **Sitzungsgeld** (je nach Unternehmen unterschiedlich, meist zwischen 500 und 1.500 €) für die Teilnahme an den einzelnen Aufsichtsrats- und Aufsichtsratsausschuss-Sitzungen gezahlt. Mit dieser positiven Maßnahme soll eine möglichst hohe Teilnahme an den Sitzungen erreicht werden.
- 12 Dem gleichen Ziel einer möglichst hohen Teilnahme an den Sitzungen dient auch 5.4.7 Satz 1 DCGK, indem er verlangt, das **Fernbleiben** von Sitzungen (aus welchen Gründen auch immer) durch einzelne Aufsichtsräte der interessierten **Öffentlichkeit offenzulegen**:
- 13 „Falls ein Mitglied des Aufsichtsrats in einem Geschäftsjahr nur an der Hälfte der Sitzungen des Aufsichtsrats und der Ausschüsse, denen es angehört, oder weniger teilgenommen hat, soll dies im **Bericht** des **Aufsichtsrats** vermerkt werden.“
- 14 Ob eine Teilnahme an der Sitzung durch – aus Datenschutzgründen nicht unproblematischen – **Telefon-** und **Videokonferenzen** (wie bei der Berichtspflicht als Anwesenheit ausreichend, 5.4.7 Satz 2 DCGK) auch zur Zahlung von Sitzungsgeld berechtigt, liegt im Ermessen der Aktionäre.

### 3. Variable Vergütung

#### *a) Erfolgsorientierte Vergütung*

- 15 Bis vor einigen Jahren war es üblich, dass ein Aufsichtsrat neben einer festen Vergütung auch eine variable **erfolgsorientierte Vergütung** erhielt. Eine diesbezügliche Empfehlung hat der DCGK zwischenzeitlich gestrichen, um den Aufsichtsrat von einer kurzfristig orientierten Unternehmenspolitik (zur eigenen Einkommensmaximierung) abzuhalten.
- 16 Wird den Aufsichtsratsmitgliedern weiterhin eine erfolgsorientierte Vergütung zugesagt, soll sie auf eine **nachhaltige Unternehmensentwicklung** ausgerichtet sein (5.4.6 Abs. 2 Satz 2 DCGK).
- 17 Wird den Aufsichtsratsmitgliedern ein **Anteil am Jahresgewinn** der Gesellschaft gewährt, so berechnet sich der Anteil nach dem Bilanzgewinn, vermindert um einen Betrag von mindestens vier vom Hundert der auf den geringsten Aus-

gabebetrag der Aktien geleisteten Einlagen (§ 113 Abs. 3 Satz 1 AktG). Der geringste Ausgabebetrag der Aktien bestimmt sich gemäß § 9 Abs. 1 AktG nach dem Nennbetrag der Aktien (§ 8 Abs. 2 AktG) oder dem auf die einzelne Stückaktie entfallenden anteiligen Betrag des Grundkapitals der Gesellschaft (§ 8 Abs. 3 AktG). Entgegenstehende Festsetzungen sind nichtig (§ 113 Abs. 3 Satz 2 AktG), womit aber nur gemeint ist, dass die „überschießende“ Festsetzung nichtig ist; Aufsichtsratsmitglieder haben nach h.M.<sup>5</sup> Anspruch auf die nach § 113 Abs. 3 Satz 1 AktG zulässige Gewinnbeteiligung.

*b) Aktienorientierte Vergütung*

Die Gewährung von Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder ist seit einem BGH-Urteil im Jahr 2004<sup>6</sup> unzulässig. Wenn eine Gesellschaft eine aktienbasierte oder -orientierte erfolgsbezogene Komponente in die Vergütungsstruktur des Aufsichtsrats einführen will, kann sie aber Wandel- oder Optionsanleihen oder virtuelle Aktien oder virtuelle Aktienoptionen (phantom stocks, stock appreciation rights) anbieten.<sup>7</sup> **18**

*c) Dividendenorientierte Vergütung*

Im Jahr 2011 gewährten 11 der 30 DAX-Unternehmen ihren Aufsichtsratsmitgliedern eine dividendenabhängige Tantieme. **19**

Beispiel: Der Aufsichtsrat erhält x € je angefangene y € ausgeschüttete Dividende auf die Stammaktie, die z € übersteigt. Dividendentantiemen werden zum Teil kritisch gesehen, da die Aufsichtsratsmitglieder wegen ihrer Einflussmöglichkeit bei der Dividendenfestlegung (§§ 124 Abs. 3 Satz 1, 171 Abs. 1 AktG) auch über ihre Vergütungshöhe mitbestimmen können. **20**

## 4. Nebenleistungen

*a) Büro mit Sekretariat, Dienstwagen*

Insbesondere DAX-Konzerne stellen ihrem Aufsichtsratsvorsitzenden ein **Büro**, manchmal auch mit eigenem Sekretariat, zur Verfügung. In einigen Gesellschaften erhält der Aufsichtsratsvorsitzende (manchmal auch dessen Stellvertreter) einen **Dienstwagen**, manchmal auch mit Fahrer. Für die Wahrnehmung von Aufsichtsratsterminen (z.B. Hauptversammlung) können viele Aufsichtsräte auch die **Fahrbereitschaft** des Unternehmens nutzen. **21**

<sup>5</sup> Hüffer/Koch, § 113 AktG Rn. 10; MüKoAktG-Habersack, § 113 Rn. 61.

<sup>6</sup> BGH 16.2.2004, II ZR 316/02, NJW 2004, 1109 – MobilCom-Entscheidung.

<sup>7</sup> Zu den Voraussetzungen hierfür s. Fuchs, WM 2004, 2233.

## Kap. 9 Vergütung von Aufsichtsräten

- 22 Als weitere **Sachleistungen** kommen z. B. auch Produkte oder Dienstleistungen des Unternehmens in Betracht. So hat die Deutsche Lufthansa AG früher ihren Aufsichtsratsmitgliedern Freiflüge angeboten, diese Praxis jedoch zwischenzeitlich wieder abgeschafft.

### *b) Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (DCGK)*

- 23 Die Gesellschaft kann (und viele Unternehmen tun es) für ihren Aufsichtsrat eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung abschließen. Diese D&O-Versicherung (so die Bezeichnung in der Unternehmenspraxis) deckt das persönliche Haftungsrisiko für den Fall ab, dass der Aufsichtsrat bei Ausübung seiner Tätigkeit in Anspruch genommen wird. Die Gesellschaft soll dann aber einen Selbstbehalt von mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds vereinbaren (3.8 Abs. 3 DCGK).

### *c) Aus- und Fortbildungskosten (DCGK)*

- 24 Die Gesellschaft soll die Mitglieder des Aufsichtsrats bei der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der für ihre Aufgaben erforderlichen Aus- und Fortbildungsmaßnahmen angemessen unterstützen (5.4.5 Abs. 2 DCGK). Dies gilt nach h. M. in der Literatur weniger für die Erlangung von Grundkenntnissen zur Aufsichtsratsarbeit (die eigentlich Voraussetzung für die Bestellung zum Aufsichtsrat sein sollten), sondern insbesondere für den Erwerb von Spezialkenntnissen oder die Anpassung des Kenntnisstands bei umfassenden Gesetzesänderungen.<sup>8</sup>

## IV. Herabsetzung oder Erhöhung der Vergütung

- 25 Ist die Vergütung in der Satzung festgesetzt, so kann die Hauptversammlung eine Satzungsänderung, durch welche die Vergütung **herabgesetzt** oder **erhöht** wird, mit einfacher Stimmenmehrheit beschließen (§ 113 Abs. 1 Satz 4 AktG).
- 26 Ein Aufsichtsrat kann auch auf eine ihm nach Satzung zustehende Aufsichtsratsvergütung (teilweise) **verzichten**.<sup>9</sup> Der Verzicht erfolgt durch Erlassvertrag und bedarf daher der Annahme durch die Gesellschaft, die durch den Vorstand (nicht durch die Hauptversammlung) vertreten wird.

---

<sup>8</sup> Hüffer/Koch, § 113 AktG Rn. 2e; Spindler/Stilz-Spindler, § 113 AktG Rn. 10; Maser/Göttle, NZG 2013, 201, 206.

<sup>9</sup> Wettich, NZG 2009, 852.

**V. Sondervergütungen für Sonderleistungen**

Sondervergütungen für Sonderleistungen der Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen ihrer Überwachungsaufgabe (z.B. Einsicht und Prüfung der Bücher und Schriften sowie der Vermögensgegenstände nach § 111 Abs. 2 Satz 1, 2 AktG) können durch Satzung oder Hauptversammlungsbeschluss festgesetzt/bewilligt werden, sofern sich die Vergütung im angemessenen Rahmen bewegt. Im Übrigen sind Sonderleistungen, sofern sie nicht § 114 AktG (Verpflichtung eines Aufsichtsrats außerhalb seiner Aufsichtsrats Tätigkeit zu einer Tätigkeit höherer Art durch Dienstvertrag oder Werkvertrag) unterliegen, Teil der originären Aufgaben eines Aufsichtsrats und als solche mit der Aufsichtsratsvergütung abgegolten.<sup>10</sup> Die vertragliche Zusage einer Sondervergütung wäre wegen Verstoßes gegen § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG gemäß § 134 BGB als verdeckte Aufsichtsratsvergütung nichtig.<sup>11</sup> **27**

**VI. Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder**

Drittvergütungen sind Zahlungen für die Aufsichtsrats Tätigkeit, die das Aufsichtsratsmitglied von einem Dritten zusätzlich zur Vergütung durch die Gesellschaft erhält. Dies ist in der Unternehmenspraxis keine Seltenheit. So kommt es oft vor, dass ein Vorstandsmitglied einer Obergesellschaft Aufsichtsratsmitglied in einem Tochterunternehmen wird und die Vergütung durch die Obergesellschaft die Aufsichtsrats Tätigkeit beim Tochterunternehmen mit umfasst. Derartige Drittvergütungen sind im AktG nicht geregelt, werden in der Literatur aber als grundsätzlich zulässig erachtet.<sup>12</sup> Sie müssen im Rahmen des Angemessenheitsgebots nicht berücksichtigt werden. Auch das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot verbietet Drittvergütungen nicht. Ein Interessenkonflikt, der zu Offenlegungspflichten gegenüber der Gesellschaft führen könnte, besteht allein aufgrund der Zahlung einer Drittvergütung ebenso wenig wie eine Pflicht zur Beteiligung der Hauptversammlung. **28**

**VII. Abführungsverpflichtungen an Hans-Böckler-Stiftung**

Arbeitnehmer, die Mitglied einer DGB-Gewerkschaft sind und sich für ein Aufsichtsratsmandat in einem Unternehmen deutscher, europäischer und ausländischer Rechtsform interessieren, müssen sich vor der Aufnahme in eine Gewerkschaftsliste für die Aufsichtsratswahl zur Abführung von Teilen ihrer Aufsichtsratsvergütung entsprechend der Abführungsregelung des DGB-Bundesvorstands **29**

<sup>10</sup> Maser/Göttle, NZG 2013, 201, 208.

<sup>11</sup> Hopt/Roth, § 113 AktG Rn. 31.

<sup>12</sup> Zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder s. Neuhaus/Gellßen, NZG 2011, 1361.

## Kap. 9 Vergütung von Aufsichtsräten

vom 7.6.2016 an die gewerkschaftsnahe **Hans-Böckler-Stiftung** rechtsverbindlich verpflichtet.<sup>13</sup>

- 30 Von den Bruttobeträgen der **Aufsichtsratsvergütungen** muss ein einfaches Aufsichtsratsmitglied bei Vergütungen bis zu **5.000 €/Jahr (7.500 €** bei einem stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden / **10.000 €** bei einem Aufsichtsratsvorsitzenden) pro Aufsichtsratsmandat **10 %** an die Hans-Böckler-Stiftung **abführen**. Von den über diese Beträge hinausgehenden Aufsichtsratsvergütungen sind zusätzlich **90 %** abzuführen.
- 31 Die von vielen Unternehmen zusätzlich gezahlten **Ausschussvergütungen** unterlagen bis 2014 den allgemeinen Abführungsregeln. Für Mandate ab Geschäftsjahr 2016 gilt für Ausschussvergütungen pro Ausschuss folgende Regelung: Der Sockelbetrag von 5.000/7.500/10.000 €/Jahr für die 10%ige Abführungshöhe erhöht sich pro Mitgliedschaft in einem Aufsichtsratsausschuss um jeweils 2.500 €/Jahr.
- 32 Die generelle Abtretungsfreiheit von **Sitzungsgeldern** wurde 2015 abgeschafft. Hintergrund dieser Neuregelung durch den DGB-Bundesausschuss war, dass in den letzten Jahren immer mehr Unternehmen Sitzungsgelder als zusätzlichen Teil der Aufsichtsratsvergütung eingeführt haben. Dadurch verringerte sich der Anteil der abzuführenden Aufsichtsratsvergütung. Die neue Abführungsregelung für Sitzungsgelder sieht vor, dass Sitzungsgelder für Aufsichtsrats- und Ausschusssitzungen bis zu 2.000 €/Jahr abführungsfrei sind. Von den Sitzungsgeldern zwischen 2.000 und 4.000 €/Jahr müssen 10%, von den darüber hinausgehenden Sitzungsgeldern 90% abgeführt werden. Hiervon ausgenommen ist der Ersatz für entstandene Auslagen.
- 33 In den **Gewerkschaftszeitungen** wird regelmäßig eine **Tantiemen-Liste** veröffentlicht, aus der hervorgeht, welche Aufsichtsratsmitglieder sich an die Abführungsverpflichtung gehalten haben.
- 34 Einige **Vergütungsberichte** weisen bei (unternehmensinternen und -externen) Vertretern der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat aus, dass diese erklärt haben, ihre Vergütung entsprechend den Richtlinien des Deutschen Gewerkschaftsbunds an die Hans-Böckler-Stiftung abzuführen. Solange mit Einwilligung der Aufsichtsräte nur die positive Erklärung und nicht die negative Erklärung (Aufsichtsrat A führt nicht ab) angegeben wird, ist das aus Datenschutzgründen unbedenklich.

## VIII. Publizität der Vergütung, Vergütungsbericht

- 35 Die **Gesamtbezüge** des Aufsichtsrats sind im Anhang zum Jahresabschluss oder ggf. im Konzernanhang (§§ 285, 314 HGB) anzugeben. Eine individualisierende

---

<sup>13</sup> [www.boeckler.de/pdf/foerderer\\_richtlinie\\_2016.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/foerderer_richtlinie_2016.pdf).



Darstellung der Bezüge ist – anders als für Vorstandsmitglieder (siehe Kap. 14 Rn. 73) – für Aufsichtsratsmitglieder gesetzlich nicht vorgesehen. Der DCGK (5.4.6 Abs. 3 Satz 1) empfiehlt jedoch, die Aufsichtsratsvergütung nach Personen und Bestandteilen aufzugliedern. Dieser Empfehlung kommen derzeit alle DAX-30-Gesellschaften nach.

Auch die vom Unternehmen an die Mitglieder des Aufsichtsrats gezahlten Vergütungen oder gewährten Vorteile für **persönlich erbrachte Leistungen**, insbesondere Beratungs- und Vermittlungsleistungen, sollen individualisiert angegeben werden (5.4.6 Abs. 3 Satz 2 DCGK). **36**



# Kapitel 10

## Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

**Schrifttum:** *Annuß*, Das System der Betriebsratsvergütung, NZA 2018, 134; *Bachner*, Warum Betriebsräte weder benachteiligt noch begünstigt werden dürfen, Mitbestimmung 2007, 66; *Bayreuther*, Sach- und Personalausstattung des Betriebsrats – Eine Betrachtung vor dem Hintergrund des betriebsverfassungsrechtlichen Begünstigungsverbots, NZA 2013, 758; *Bittmann/Mujan*, Compliance – Brennpunkt „Betriebsratsvergütung“ (Teil 1), BB 2012, 637; *Bittmann/Mujan*, Compliance – Brennpunkt „Betriebsratsvergütung“ (Teil 2): Nur Einstellung oder auch Rückforderung unzulässiger Begünstigungen?, BB 2012, 1604; *Blattner*, Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern vor und nach der Betriebsratswahl, NZA 2018, 129; *Brox*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 25.10.1988, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 110; *Byers*, Die Höhe der Betriebsratsvergütung – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtslage, NZA 2014, 65; *Cox/Offermann*, Der berufliche Qualifikationsanspruch von freigestellten Betriebsratsmitgliedern, AiB 1999, 23; *Decruppe*, Auskunftsanspruch des Betriebsratsmitgliedes über die Gehaltsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 19.1.2005, jurisPR-ArbR 26/2005 Anm. 5; *Dzida/Mehrens*, Straf- und haftungsrechtliche Risiken im Umgang mit dem Betriebsrat, NZA 2013, 753; *Fuhlrott*, „Vorteilhafter“ Aufhebungsvertrag mit Betriebsratsmitglied als „Begünstigung“, NZA-RR 2018, 472; *Greßlin*, Teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder, Dissertation, Freiburg 2004; *Hanau*, 60 Bände BAGE, RdA 1991, 275; *Hennecke*, Die Bemessung von Arbeitsentgelt und allgemeinen Zuwendungen freigestellter Betriebsräte, RdA 1986, 241; *Henssler*, Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf vom 13.9.2001, BB 2002, 307; *Joussen*, Der Betriebsrat und die Privatnutzung eines Dienstwagens, NZA 2018, 139; *Keilich*, Die Bemessung der Betriebsratsvergütung – Gut gemeint ist das Gegenteil von gut, BB 2014, 2229; *Kuhn/Blanken*, Der Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf berufliche und finanzielle Entwicklung, AiB 1997, 320; *Lingemann/Diller/Mengel*, Aktienoptionen im internationalen Konzern – ein arbeitsrechtsfreier Raum, NZA 2000, 1191; *Moll/Roebbers*, Pauschale Zahlungen an Betriebsräte?, NZA 2012, 57; *Natzel*, Rechtsstellung des freigestellten Betriebsratsmitglieds, NZA 2000, 77; *Rieble*, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276; *Schlemmel/Slowinski*, Notwendigkeit von Criminal Compliance im Bereich der Betriebsratstätigkeit, BB 2009, 830; *Schneider*, Arbeitsentgelt- und Berufsschutz freigestellter Betriebsratsmitglieder, NZA 1984, 21; *Zimmermann*, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratstätigkeit, ArbRAktuell 2014, 278.

### Übersicht

Rn.	Rn.
I. Rechtsstellung – Grundsätze . . . . 1	1. Voraussetzungen . . . . . 11
1. Unentgeltlichkeit der Betriebsratsarbeit . . . . . 2	2. Rechtsfolge . . . . . 13
2. Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot . . . . . 3	III. Ausgleich für Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit, § 37 Abs. 3 BetrVG . . . . . 19
II. Vorübergehende Arbeitsbefreiung, § 37 Abs. 2 BetrVG . . . . . 9	1. Voraussetzungen . . . . . 20
	2. Rechtsfolge . . . . . 21

## Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

a) Arbeitsbefreiung . . . . .	21	1. Voraussetzungen . . . . .	51
b) Abgeltungsanspruch . . . . .	23	2. Rechtsfolge . . . . .	53
IV. Entgeltschutz, § 37 Abs. 4 BetrVG . . . . .	24	VI. Pauschalzahlungen . . . . .	58
1. Voraussetzungen . . . . .	25	1. Aufwendungsersatz . . . . .	59
a) Bestimmung der „vergleichbaren Arbeitnehmer“ . . . . .	25	2. Betriebsratszulagen und andere Vergütungspauschalierungen . . . . .	62
b) Betriebsübliche Entwicklung . . . . .	31	3. Pauschale Überstundenabgeltung . . . . .	65
2. Rechtsfolge . . . . .	33	VII. Betriebsratsvergütung im Lichte von „Compliance“ . . . . .	66
3. Schutzzeitraum . . . . .	42	1. Betriebsratsbegünstigung, § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG . . . . .	67
a) Grundsätzlich . . . . .	42	2. Untreue, § 266 StGB . . . . .	68
b) Verlängerung, § 38 Abs. 3 BetrVG . . . . .	45	3. Steuerhinterziehung, § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO . . . . .	70
4. Prozessuales/Auskunftsanspruch . . . . .	47		
V. Aufwendungsersatz, § 40 BetrVG . . . . .	50		

### I. Rechtsstellung – Grundsätze

- 1 Betriebsratsmitglieder nehmen im Betrieb eine Sonderstellung ein: Sie werden aufgrund der Wahl von der Arbeitnehmerschaft als Repräsentanten legitimiert und vertreten im Folgenden die Interessen der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber. Gleichzeitig sind sie über ihren Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber verbunden und schulden ihm ihre Arbeitsleistung. Sie haben demzufolge eine **Doppelstellung** inne. Aus beiden Rechtspositionen erwachsen Rechte und Pflichten für sie.

#### 1. Unentgeltlichkeit der Betriebsratsarbeit

- 2 Betriebsratsmitglieder führen nach § 37 Abs. 1 BetrVG ihr Amt **unentgeltlich als Ehrenamt**.<sup>1</sup> Die Mitglieder des Betriebsrats sollen aus ihrer Tätigkeit im Betriebsrat keine finanziellen Vorteile ziehen, d.h. die Wahrnehmung des Amtes darf weder unmittelbar noch mittelbar oder in versteckter Form entlohnt werden.<sup>2</sup> Insbesondere unzulässig sind Betriebsratszulagen, die für konkrete oder vermeintliche Mehrbelastungen oder erhöhte Anforderungen geleistet werden.<sup>3</sup> Das Prinzip der Unentgeltlichkeit wahrt die innere **Unabhängigkeit des Be-**

1 Für die Mitglieder eines Europäischen Betriebsrats und eines SE-Betriebsrats gilt Entsprechendes, § 40 Abs. 1 EBRG bzw. § 42 SEBG.

2 BAG 5.5.2010, 7 AZR 728/08, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 147; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 8; HWG-Glock, § 37 Rn. 15; Fitting, § 37 Rn. 8.

3 Fitting, § 78 Rn. 22; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

**etriebsrats.**<sup>4</sup> Gleichzeitig sichert das Ehrenamtsprinzip die äußere Unabhängigkeit des Betriebsrats, denn die vom Betriebsrat vertretene Arbeitnehmerschaft kann davon ausgehen, dass die Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nicht durch die Gewährung oder den Entzug materieller Vorteile für die Betriebsratsmitglieder beeinflussbar sind.<sup>5</sup> Um diesen Schutzzweck zu gewährleisten, ist der Begriff der Unentgeltlichkeit streng auszulegen.<sup>6</sup> Auch wenn Betriebsräte mit der Unternehmensführung oft über komplexe Fragestellungen verhandeln und damit eine „**Managementfunktion**“ innehaben, scheidet aufgrund des Ehrenamtsprinzips eine Vergütung der Betriebsratsmitglieder orientiert an leitenden Angestellten aus.<sup>7</sup>

## 2. Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot

Ebenfalls die Unabhängigkeit des Betriebsrats sichert das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot: Nach § 78 Satz 2 BetrVG dürfen Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Eine **Benachteiligung** liegt bei einer Schlechterstellung vor, die weder aus sachlichen noch in der Person des Betroffenen liegenden Gründen erfolgt, sondern um ihrer Tätigkeit innerhalb der Betriebsverfassung willen.<sup>8</sup> Eine Benachteiligungsabsicht ist dabei nicht erforderlich. Unter einer **Begünstigung** versteht man die sachlich nicht gerechtfertigte Besserstellung eines Betriebsratsmitglieds.<sup>9</sup> Flankiert wird § 78 Satz 2 BetrVG durch die strafrechtliche Norm des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.

Vereinbarungen, die gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verstoßen, sind nach § 134 BGB **nichtig**, unabhängig davon, ob die Beteiligten von dem Gesetzesverstoß wussten oder nicht.<sup>10</sup> Wurde die versprochene Leistung dem Betriebsratsmitglied noch nicht gewährt, kann es diese nicht erfolgreich einklagen. Auch eine langjährige Gewährung führt nicht zu einem Anspruch aus betrieblicher Übung.<sup>11</sup>

4 Schaub-Koch, § 221 Rn. 2.

5 BAG 5.3.1997, 7 AZR 581/92, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 123; ArbG Bielefeld 11.5.2011, 3 Ca 2633/10, juris.

6 BAG 5.5.2010, 7 AZR 728/08, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 147; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

7 Byers, NZA 2014, 65; Rieble, NZA 2008, 276.

8 Fitting, § 78 Rn. 17; ErfK-Kania, § 78 BetrVG Rn. 7.

9 Bachner, Mitbestimmung 2007, 66.

10 BAG 20.1.2010, 7 ABR 68/08, NZA 2010, 777; BAG 16.2.2005, 7 AZR 95/04, NZA-RR 2005, 556; Fitting, § 78 Rn. 21; Bittmann/Mujan, BB 2012, 1604.

11 BAG 12.11.1997, 7 AZR 563/93, juris; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753; Rieble, NZA 2008, 276; Moll/Roebbers, NZA 2012, 57.

## Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

- 5 § 78 Satz 2 BetrVG gilt nicht nur für die Amtszeit des Betriebsrats, sondern kann auch **Vor- und Nachwirkung** entfalten, wenn die Maßnahme im Hinblick auf die zukünftige oder bereits beendete betriebsverfassungsrechtliche Tätigkeit erfolgt.<sup>12</sup>
- 6 Erhält ein Betriebsratsmitglied im Zuge einer Betriebsstilllegung unter Verstoß gegen das Begünstigungsverbot eine **höhere Abfindung** als andere Arbeitnehmer, können die anderen Arbeitnehmer weder nach § 75 Abs. 1 BetrVG noch unter Bezugnahme auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz eine entsprechend erhöhte Abfindung verlangen.<sup>13</sup> Allerdings wird ein Betriebsratsmitglied grundsätzlich nicht dadurch unzulässig begünstigt, dass es mit dem Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis außerordentlich kündigen will, nach Verhandlungen eine Aufhebungsvereinbarung gegen Zahlung einer Abfindung schließt – unabhängig von der Angemessenheit der Abfindungshöhe im Einzelfall.<sup>14</sup> Das Aushandeln einer ggf. höheren Abfindung folgt aus der durch § 15 Abs. 1 KSchG, § 103 BetrVG besonders geschützten Rechtsposition.<sup>15</sup>
- 7 Strittig ist, ob eine bereits gewährte Begünstigung wieder zurückgefordert werden kann. So wird teilweise im Hinblick auf § 817 Satz 2 BGB eine **Rückforderungsmöglichkeit** verneint, da auch der Leistende gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen habe.<sup>16</sup> Mit dem Zweck des § 78 Satz 2 BetrVG ist es jedoch nicht vereinbar, wenn über § 817 Satz 2 BGB eine bereits vorgenommene Begünstigung aufrechterhalten bleibt. Deshalb kann richtigerweise eine bereits gewährte Begünstigung wieder zurückverlangt werden.<sup>17</sup> In der Praxis wird eine Rückforderung allerdings oft durch tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche Ausschlussfristen beschränkt sein.<sup>18</sup>
- 8 Eine besonders großzügige Ausstattung des Betriebsrats mit **Sach- oder Personalmitteln** kann in eine nach § 78 Satz 2 BetrVG verbotene Begünstigung umschlagen, wenn sich die fragliche Leistung vom Standpunkt eines objektiven Betrachters aus gesehen nicht mehr als geeignet erweist, um die Betriebsratsarbeit

---

12 *Fitting*, § 78 Rn. 16; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 1604; **a. A.** GK-BetrVG-Kreutz, § 78 Rn. 47 hinsichtlich Vorwirkung.

13 LAG Düsseldorf 13.9.2001, 11 (4) Sa 906/01, BB 2002, 306.

14 BAG 31.3.2018, 7 AZR 590/16, NZA 2018, 1019.

15 BAG 31.3.2018, 7 AZR 590/16, NZA 2018, 1019; *Fuhlrott*, NZA-RR 2018, 472, der auf einige kritische Konstellationen in diesem Zusammenhang verweist.

16 *Fitting*, § 78 Rn. 23; *DKKW-Buschmann*, § 78 Rn. 36; *Hennecke*, RdA 1986, 936; *Henssler*, BB 2002, 307.

17 *Richardi-Thüsing*, § 78 Rn. 37; *HWG-Worzalla*, § 78 Rn. 5; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 1604; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753.

18 *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 1604.

zu ermöglichen, zu fördern oder zu erleichtern, oder wenn sie sich als verdeckte Zuwendung an einzelne Betriebsratsmitglieder darstellt.<sup>19</sup>

## II. Vorübergehende Arbeitsbefreiung, § 37 Abs. 2 BetrVG

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Damit räumt das Gesetz der Erfüllung der Betriebsratsaufgaben den grundsätzlichen Vorrang gegenüber den Pflichten aus dem Arbeitsvertrag ein.<sup>20</sup> Auch wird dadurch klargestellt, dass die Betriebsrats Tätigkeit grundsätzlich während der Arbeitszeit zu erbringen ist. 9

§ 37 Abs. 2 BetrVG regelt in erster Linie die vorübergehende Arbeitsbefreiung aus einem konkreten Anlass heraus. Demgegenüber findet sich in § 38 BetrVG die Regelung von generellen Freistellungen ohne konkreten Anlass. Für Betriebsratsmitglieder, die vollständig von der Arbeit freigestellt sind, hat § 37 Abs. 2 BetrVG keine eigenständige Bedeutung. Ist ein Betriebsratsmitglied nach § 38 BetrVG nur teilweise von der Arbeit freigestellt, kann § 37 Abs. 2 BetrVG weitere Ansprüche auf Freistellungen über die Teilfreistellung hinaus begründen.<sup>21</sup> 10

### 1. Voraussetzungen

Die Arbeitsbefreiung muss zur ordnungsgemäßen Durchführung der Betriebsratsaufgaben erforderlich sein. Ob eine **Amtstätigkeit** vorliegt, ist dabei nach **objektiven Merkmalen** zu entscheiden.<sup>22</sup> Ohne Bedeutung ist, ob die Durchführung der Aufgaben innerhalb oder außerhalb des Betriebes erfolgt.<sup>23</sup> Die Erforderlichkeit ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG hat der Betriebsrat die Frage der **Erforderlichkeit** nicht nur nach seinem subjektiven Ermessen zu beantworten. Vielmehr muss er den Standpunkt eines vernünftigen Dritten einnehmen, der die Interessen des Betriebes einerseits und die des Betriebsrats und der Arbeitnehmerschaft andererseits gegeneinander abzuwägen hat.<sup>24</sup> Dabei wird dem Betriebsratsmitglied im Hinblick auf die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 37 11

<sup>19</sup> Bayreuther, NZA 2013, 758.

<sup>20</sup> Fitting, § 37 Rn. 16.

<sup>21</sup> GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 26; Fitting, § 37 Rn. 17.

<sup>22</sup> BAG 11.8.1993, 7 AZR 619/92, juris; Schaub-Koch, § 221 Rn. 8.

<sup>23</sup> BAG 21.6.2006, 7 AZR 418/05, AE 2007, 168; Fitting, § 37 Rn. 27.

<sup>24</sup> BAG 6.8.1981, 6 AZR 1086/79, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 40; BAG 11.8.1993, 7 AZR 619/92, juris.

## Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

Abs. 2 BetrVG ein Beurteilungsspielraum eingeräumt.<sup>25</sup> Dieser Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn das Betriebsratsmitglied bei eigener gewissenhafter Überprüfung und bei ruhiger und vernünftiger Würdigung aller Umstände die Versäumung von Arbeitszeit für die Verrichtung einer Betriebsratstätigkeit nicht mehr für erforderlich halten durfte.<sup>26</sup>

- 12 Eine Zustimmung des Arbeitgebers zur Arbeitsbefreiung ist nicht erforderlich.<sup>27</sup> Ist ein Betriebsratsmitglied nicht generell von der Arbeit freigestellt, hat es sich bei Verlassen seines Arbeitsplatzes unter Angabe des Orts und der voraussichtlichen Dauer der beabsichtigten Betriebsratstätigkeit **abzumelden**.<sup>28</sup> Dem Arbeitgeber wird es so ermöglicht, den Arbeitsausfall zu überbrücken.

### 2. Rechtsfolge

- 13 § 37 Abs. 2 BetrVG begründet keinen eigenständigen Anspruch, sondern stellt sicher, dass der arbeitsvertragliche Vergütungsanspruch nicht infolge der Nichtleistung der Arbeit wegen entgegenstehender Betriebsratstätigkeiten untergeht oder gemindert wird.<sup>29</sup> Nach dem **Lohnausfallprinzip** hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das es verdient hätte, wenn es gearbeitet hätte. Das bedeutet, es sind auch Mehrarbeits- und Überstundenzuschläge sowie andere Zulagen bzw. Prämien zu vergüten.<sup>30</sup> Allerdings entfällt ein Anspruch auf Leistungen, die reinen Aufwendungscharakter aufweisen, wenn dem Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Arbeitsbefreiung diese Aufwendungen nicht entstanden sind.<sup>31</sup> Entscheidend ist also, ob die Leistung ihrem Zweck nach Mehraufwand kompensiert oder eine eigenständige Vergütungsfunktion hat.<sup>32</sup> Der Erwerb von Anwartschaften auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ist Teil des Entgelts für die erbrachte Arbeitsleistung.<sup>33</sup>
- 14 Bei **Akkordarbeit** berechnet sich die Vergütung nach der bisherigen durchschnittlichen Arbeitsleistung des Betriebsratsmitglieds.<sup>34</sup> Ist diese nicht feststell-

25 BAG 31.8.1994, 7 AZR 893/93, NZA 1995, 225; *Fitting*, § 37 Rn. 38; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 43.

26 BAG 31.8.1994, 7 AZR 893/93, NZA 1995, 225; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 25.

27 BAG 15.3.1995, 7 AZR 643/94, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 105.

28 BAG 29.6.2011, 7 ABR 135/09, NZA 2012, 47; BAG 15.3.1995, 7 AZR 643/94, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 105; *Fitting*, § 37 Rn. 50, 50a.

29 BAG 30.1.1973, 1 ABR 22/72, BB 1973, 847; BAG 15.3.1995, 7 AZR 643/94, NZA 1995, 961; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 64; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 34; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 6; Rieble, NZA 2008, 276; Blattner, NZA 2018, 129.

30 Schaub-Koch, § 221 Rn. 12 m. w. N.

31 *Fitting*, § 37 Rn. 67; Schaub-Koch, § 221 Rn. 15.

32 Keilich, BB 2014, 2229; Rieble, NZA 2008, 276.

33 BAG 20.11.2015, 3 AZR 574/14; Blattner, NZA 2018, 129.

34 *Fitting*, § 37 Rn. 65; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 52; HWG-Glock, § 37 Rn. 57; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 6; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 72.



bar, ist der Durchschnitt der an vergleichbare Arbeitnehmer gezahlten Leistungslöhne entscheidend.<sup>35</sup> Bei monatlichen **Provisionen** kommt ebenfalls ein durchschnittlicher Provisionslohn zum Tragen.<sup>36</sup>

Auch die Möglichkeit, einen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses überlassenen **Dienstwagen** privat zu nutzen, ist Bestandteil des Arbeitsentgelts in Form eines Sachbezugs und damit nach § 37 Abs. 2 BetrVG weiter zu gewähren.<sup>37</sup> Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitsvertrag vorsieht, dass die Gebrauchsüberlassung bei einer Freistellung oder einer Änderung des Aufgabenbereichs entschädigungslos endet.<sup>38</sup> Dabei ist unerheblich, ob das Fahrzeug vornehmlich zur Privatnutzung oder zur gemischt privat-dienstlichen Nutzung überlassen wird und ob die Privatnutzung Beschränkungen unterliegt. Nur wenn das Fahrzeug ausschließlich zur dienstlichen Nutzung überlassen wird, hat die Überlassung keinen Vergütungscharakter.<sup>39</sup> **15**

Nach dem Lohnausfallprinzip hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das es erzielt haben würde, wenn es gearbeitet hätte, sofern die Betriebsratsstätigkeit während der Arbeitszeit erforderlich war. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass für Betriebsratsstätigkeiten **außerhalb der Arbeitszeit** grundsätzlich kein Entgeltanspruch besteht.<sup>40</sup> Aus diesem Grund ist ein Entgeltanspruch zu verneinen, wenn Betriebsratsmitglieder, deren Arbeitsverhältnis durch eine zulässige **Aussperrung** suspendiert ist, während der Aussperrung Betriebsratsaufgaben wahrnehmen.<sup>41</sup> Dies gilt auch für Fallgestaltungen, in denen sich die während der Aussperrung erbrachte Betriebsratsstätigkeit auf die Wahrnehmung von Beteiligungsrechten ohne Kampfbezug beschränkt und der Arbeitgeber zu diesem Zweck den Betriebsrat eingeschaltet hat.<sup>42</sup> **16**

Ein Betriebsratsmitglied, das vor Beginn eines Arbeitskampfes für einen festgelegten Zeitraum von seiner Arbeitspflicht unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts befreit war, verliert seinen Anspruch auf Fortzahlung seines Arbeitsentgelts **17**

35 DKKW-Wedde, § 37 Rn. 52; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 72; Fitting, § 37 Rn. 65.

36 Fitting, § 37 Rn. 65 m. w. N.

37 BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, NZA 2004, 1287; Fitting, § 37 Rn. 67a; Rieble, NZA 2008, 276; zur Privatnutzung eines Dienstwagens bei Betriebsratsmitgliedern Joussen, NZA 2018, 139.

38 BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, NZA 2004, 1287; Bittmann/Mujan, BB 2012, 637.

39 BAG 25.2.2009, 7 AZR 954/07, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 146.

40 Fitting, § 37 Rn. 61.

41 BAG 25.10.1988, 1 AZR 368/87, NZA 1989, 353; Fitting, § 37 Rn. 61; HWG-Glock, § 37 Rn. 64; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 69; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 6; a. A. DKKW-Wedde, § 37 Rn. 61; Brox, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 110; Hanau, RdA 1991, 275.

42 BAG 25.10.1988, 1 AZR 368/87, NZA 1989, 353; a. A. Fitting, § 37 Rn. 61, der einen Entgeltanspruch aus § 37 Abs. 3 BetrVG ableitet, allerdings nur einen Anspruch auf den regulären Verdienst, nicht auf eine Entlohnung als Mehrarbeit.

## Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

nicht allein deshalb, weil während dieser Zeit der Betrieb bestreikt wird. Unerheblich ist dabei, ob der Arbeitnehmer sich am Streik beteiligt hätte, wenn er für diese Zeit nicht von seiner Arbeitspflicht befreit gewesen wäre, solange er nicht seine Teilnahme an dem Streik trotz der Arbeitsbefreiung erklärt oder sich tatsächlich am Streik beteiligt.<sup>43</sup> Allerdings steht den Betriebsratsmitgliedern in Durchbrechung des Lohnausfallprinzips dann ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu, wenn der Betriebsrat während eines wilden Streiks mit Einverständnis des Arbeitgebers versucht, durch Verhandlungen zu schlichten, selbst, wenn infolge des Streiks die Arbeit auch an ihren Arbeitsplätzen ruht.<sup>44</sup>

- 18 Für den Vergütungsanspruch gelten auch bestehende **Ausschlussfristen**.<sup>45</sup> Das fortzuzahlende Arbeitsentgelt unterliegt der **Steuer- und Sozialabgabepflicht**. Dies gilt selbst dann, wenn die Vergütung bei Ableistung der Arbeit steuerfrei gewesen wäre, da nach § 3b EStG nur Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit steuerfrei sind.<sup>46</sup>

### III. Ausgleich für Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit, § 37 Abs. 3 BetrVG

- 19 Grundsätzlich soll die Betriebsratstätigkeit während der Arbeitszeit durchgeführt werden. Da dies aber nicht in jedem Fall möglich ist, gewährt § 37 Abs. 3 BetrVG in erster Linie einen Anspruch auf Freizeitausgleich, wenn das Betriebsratsmitglied aus betriebsbedingten Gründen Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit erbringt. Nur wenn die Gewährung von Freizeitausgleich aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich ist, ist die aufgewendete Zeit wie Mehrarbeit zu vergüten (§ 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG).

#### 1. Voraussetzungen

- 20 § 37 Abs. 3 BetrVG setzt voraus, dass eine Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchgeführt wurde. Solche **betriebsbedingten Gründe** ergeben sich insbesondere aus der Eigenart des Betriebs oder der Gestaltung des Arbeitsablaufs.<sup>47</sup> Jedenfalls soweit eine Durchführung der Betriebsratstätigkeit auch während der Arbeitszeit in Betracht gekom-

43 BAG 15.1.1991, 1 AZR 178/90, AP GG Art. 9 ArbeitskampfNr. 114; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 69; a.A. DKKW-Wedde, § 37 Rn. 61.

44 BAG 5.12.1978, 6 AZR 485/76 n. v., angesprochen in BAG 15.10.1988, 1 AZR 368/87, NZA 1989, 353; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 69; Fitting, § 37 Rn. 62; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 61.

45 BAG 8.9.2010, 7 AZR 513/09, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 148; Fitting, § 37 Rn. 58.

46 BAG 22.8.1985, 6 AZR 504/83, NZA 1986, 263; Fitting, § 37 Rn. 71; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 39.

47 Fitting, § 37 Rn. 79 m. w. N.

men wäre, beruht ihre Durchführung außerhalb der Arbeitszeit nur dann auf betriebsbedingten Gründen, wenn der Arbeitgeber zumindest darauf Einfluss genommen hat, dass sie nicht während der Arbeitszeit verrichtet werden soll.<sup>48</sup> Entscheidend ist die **individuelle Arbeitszeit** des Betriebsratsmitglieds.<sup>49</sup>

## 2. Rechtsfolge

### a) Arbeitsbefreiung

§ 37 Abs. 3 BetrVG gewährt vorrangig einen Anspruch auf entsprechende **Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts**. Der Vorrang des Freizeitausgleichs vor der Abgeltung soll verhindern, dass Betriebsratsmitglieder entgegen dem Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG durch ihre Betriebsrats Tätigkeit zusätzliche Vergütungsansprüche erwarten.<sup>50</sup> Der Ausgleichsanspruch besteht im gleichen Umfang, wie das Betriebsratsmitglied in seiner Freizeit Betriebsrats Tätigkeit durchgeführt hat.<sup>51</sup> Das Betriebsratsmitglied hat den Anspruch auf Arbeitsbefreiung gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen.<sup>52</sup> Die bloße Anzeige über die während der Freizeit geleistete Betriebsrats Tätigkeit genügt dazu nicht.<sup>53</sup> Der Freizeitausgleich ist grundsätzlich innerhalb eines Monats zu gewähren (§ 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG). Durch die Monatsfrist soll gewährleistet werden, dass der Freizeitausgleich zeitnah erfolgt. Es handelt sich nicht um eine Ausschlussfrist.<sup>54</sup> Für den Anspruch auf Freizeitausgleich als Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis gelten auch etwa bestehende tarifliche Ausschlussfristen.<sup>55</sup>

Für die Zeit der Arbeitsbefreiung hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf Fortzahlung seiner Vergütung. Der Zahlungsanspruch umfasst das, was das Be-

48 BAG 26.1.1994, 7 AZR 593/92, NZA 1994, 765; *Fitting*, § 37 Rn. 80; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 92.

49 BAG 3.12.1987, 6 AZR 569/85, NZA 1988, 437; *Fitting*, § 37 Rn. 92.

50 BAG 5.3.1997, 7 AZR 581/92, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 123; BAG 12.12.2000, 9 AZR 508/99, AP TVG § 1 Tarifverträge: Textilindustrie Nr. 27; *Moll/Roebers*, NZA 2012, 57; unter Compliance-Gesichtspunkten sollten Personalverantwortliche auf die Darlegung und Überprüfung der vom Betriebsratsmitglied geltend gemachten betriebsbedingten Gründe, die einer Wahrnehmung der Betriebsrats Tätigkeit während der Arbeitszeit entgegenstehen, sowie der betriebsbedingten Gründe, die gegen einen Freizeitausgleich innerhalb der Monatsfrist sprechen, besonderen Wert legen, *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637.

51 *Fitting*, § 37 Rn. 98.

52 BAG 25.8.1999, 7 AZR 713/97, BB 2000, 774; *Fitting* § 37 Rn. 94; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 106.

53 BAG 16.4.2003, 7 AZR 423/01, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 138; BAG 25.8.1999, 7 AZR 713/97, BB 2000, 774.

54 *Schaub-Koch*, § 221 Rn. 21; *Fitting*, § 37 Rn. 104.

55 BAG 16.4.2003, 7 AZR 423/01, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 138.

## Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

triebsratsmitglied verdient hätte, wenn es während der Zeit der Arbeitsbefreiung gearbeitet hätte.<sup>56</sup>

### b) Abgeltungsanspruch

- 23 Der **Abgeltungsanspruch** nach § 37 Abs. 3 Satz 3 HS 2 BetrVG setzt voraus, dass das Betriebsratsmitglied den Freizeitausgleich zuvor ordnungsgemäß geltend gemacht hat und der Arbeitgeber die Gewährung aus betriebsbedingten Gründen verweigert hat.<sup>57</sup> Von der Abgeltung umfasst sind erst dann Mehrarbeitszuschläge, wenn deren (tarif-)vertragliche Voraussetzungen erfüllt sind; bis dahin besteht der Anspruch in Höhe der für die regelmäßige Arbeitszeit zu zahlenden Vergütung.<sup>58</sup>

## IV. Entgeltschutz, § 37 Abs. 4 BetrVG

- 24 Vor allem freigestellte Betriebsratsmitglieder müssen davor geschützt werden, dass sie wegen ihrer Amtstätigkeit in ihrer beruflichen Entwicklung Nachteile erleiden. Deshalb bestimmt § 37 Abs. 4 BetrVG, dass das Entgelt eines Betriebsratsmitglieds nicht geringer bemessen sein darf als das vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Das gilt auch dann, wenn der ursprüngliche Arbeitsplatz des Betriebsratsmitglieds weggefallen ist.<sup>59</sup> Bedeutung hat § 37 Abs. 4 BetrVG aber auch für Betriebsratsmitglieder, die nicht vollständig freigestellt sind, wenn sie durch häufige Amtstätigkeiten nicht eine betriebsübliche Entwicklung und damit einen beruflichen Aufstieg wahrnehmen können, wie dies vergleichbaren Arbeitnehmern ohne die Belastung mit einem zusätzlich Ehrenamt möglich war.<sup>60</sup>

### 1. Voraussetzungen

#### a) Bestimmung der „vergleichbaren Arbeitnehmer“

- 25 Das Gesetz zieht als Maßstab „vergleichbare Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung“ heran. **Vergleichbar** sind nach der Rechtsprechung des BAG die Arbeitnehmer, die zum maßgeblichen Zeitpunkt ähnliche Tätigkeiten wie das

56 BAG 12.8.2009, 7 AZR 218/08, EzA § 37 BetrVG 2001 Nr. 8; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 56; *Fitting*, § 37 Rn. 102.

57 *Fitting*, § 37 Rn. 107 und 108.

58 BAG 7.2.1985, 6 AZR 370/82, DB 1985, 1346; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 8; *Fitting* § 37 Rn. 111 m. w. N.; a. A. DKKW-Wedde, § 37 Rn. 85.

59 *Fitting*, § 37 Rn. 116; unklar BAG 17.5.1977, 1 AZR 458/74, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 28.

60 *Keilich*, BB 2014, 2229.

Betriebsratsmitglied ausüben und dafür in ähnlicher Art und Weise wie das Betriebsratsmitglied selbst fachlich und persönlich qualifiziert waren.<sup>61</sup> Es kommt also nicht nur auf die bloße Tätigkeit an, sondern auch auf die fachliche und persönliche Qualifikation des Betriebsratsmitglieds und der anderen Arbeitnehmer.

Maßgeblicher **Zeitpunkt** für die Vergleichbarkeit ist nach der Rechtsprechung der Zeitpunkt der Wahl des Betriebsratsmitglieds und damit der Zeitpunkt, in dem sich das Betriebsratsmitglied noch ausschließlich seiner beruflichen Tätigkeit gewidmet hat.<sup>62</sup> Bei Ersatzmitgliedern ist auf den Zeitpunkt des Nachrückens abzustellen.<sup>63</sup> **26**

Das Gesetz spricht zwar von „vergleichbaren Arbeitnehmern“, d. h. im Plural, aber es ist einhellige Meinung, dass § 37 Abs. 4 BetrVG nicht notwendigerweise den Vergleich mit mehreren Arbeitnehmern voraussetzt. Gibt es nur einen vergleichbaren Arbeitnehmer, kommt es auf dessen Entwicklung an.<sup>64</sup> Fehlt es an einem vergleichbaren Arbeitnehmer, ist nach der wohl h. M. auf den Arbeitnehmer abzustellen, der mit dem Betriebsratsmitglied am ehesten vergleichbar ist.<sup>65</sup> **27**

Die Tätigkeit der Vergleichsperson(en) muss im Wesentlichen mit der des Betriebsratsmitglieds vergleichbar sein. Der reine **Tätigkeitsvergleich** ist aufgrund objektiver Betrachtung vorzunehmen.<sup>66</sup> Zusätzlich ist zu prüfen, ob das Betriebsratsmitglied und die Arbeitnehmer im Hinblick auf Persönlichkeit, **fachliche und persönliche Qualifikationen** sowie Leistung miteinander vergleichbar sind.<sup>67</sup> Tätigkeits- und Qualifikationsunterschiede, die ohne das Betriebsratsamt oder die Freistellung nicht vorlägen, dürfen bei der Prüfung der Tätigkeit nicht zu Ungunsten des Betriebsratsmitglieds berücksichtigt werden.<sup>68</sup> **28**

Leistungen und Fähigkeiten, die das Betriebsratsmitglied erst während seiner **Amtsausübung** erlangt, können bei der Entgeltbemessung nicht berücksichtigt **29**

61 BAG 11.12.1991, 7 AZR 75/91, NZA 1993, 909; BAG 13.11.1987, 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403; BAG 19.1.2005, 7 AZR 208/04, AuA 2005, 436; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 71.

62 BAG 13.11.1987, 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403; BAG 17.5.1977, 1 AZR 458/74, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 28; LAG Frankfurt a. M. 26.11.1981, 9 Sa 500/81, juris; *Fitting*, § 37 Rn. 119.

63 BAG 15.1.1992, 7 AZR 194/91, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 84; LAG Düsseldorf 16.7.2004, 9 Sa 1306/03, DB 2005, 400; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 139; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 88; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 9; *Keilich*, BB 2014, 2229.

64 BAG 21.4.1983, 6 AZR 407/80, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 43; LAG Rheinland-Pfalz 3.6.1980, 3 Sa 134/80, LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 15; *Fitting*, § 37 Rn. 118.

65 ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 9; *Fitting*, § 37 Rn. 118; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 88.

66 GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 131.

67 GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 131; HWG-Glock, § 37 Rn. 114.

68 BAG 15.1.1992, 7 AZR 194/91, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 84.

werden.<sup>69</sup> Zum einen stellt das Gesetz ausdrücklich auf eine fiktive Karriere ab, die das Betriebsratsmitglied gemacht hätte, wäre es nicht in den Betriebsrat gewählt worden. Zum anderen würde eine Berücksichtigung der Leistung als Betriebsratsmitglied zu einer rechtswidrigen Begünstigung nach § 78 Satz 2 BetrVG führen.<sup>70</sup>

- 30 Da das BetrVG hierbei keinen objektiven Maßstab anlegt, sondern auf die Verhältnisse im jeweiligen Betrieb abstellt, dürfte es bei **Teilzeitbeschäftigten** im Einzelfall darauf ankommen, ob und inwieweit es zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten typische unterschiedliche betriebsübliche berufliche Entwicklungen gibt. Ist dies der Fall, können als Vergleichsmaßstab für das Entgelt eines teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieds nur andere Teilzeitbeschäftigte herangezogen werden.<sup>71</sup>

### *b) Betriebsübliche Entwicklung*

- 31 Eine betriebsübliche Entwicklung entsteht aus einem gleichförmigen Verhalten des Arbeitgebers und einer bestimmten Regel.<sup>72</sup> **Beförderungen** und Gehaltsentwicklungen ohne Beförderung müssen dabei so typisch sein, dass nach den betrieblichen Gepflogenheiten und Gesetzmäßigkeiten grundsätzlich, d.h. wenigstens in der Mehrzahl der vergleichbaren Fälle, mit einer solchen Gehaltsentwicklung gerechnet werden kann.<sup>73</sup> Nicht ausreichend ist, dass einige andere Arbeitnehmer einen entsprechenden beruflichen Aufstieg genommen haben.<sup>74</sup> Da das Gesetz auf die betriebsübliche berufliche Entwicklung abstellt, bleiben atypische außergewöhnliche Entwicklungen in betrieblicher oder personeller Hinsicht außer Betracht.<sup>75</sup> Es wird nur der Normalfall, nicht der Ausnahmefall erfasst.
- 32 Zu berücksichtigen sind betriebliche oder außerbetriebliche Maßnahmen der **beruflichen Fortbildung**, an denen vergleichbare Arbeitnehmer teilgenommen haben und die deswegen mit höher vergüteten Arbeiten beschäftigt werden,

69 Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 69 m. w. N.; a. A. Annuß, NZA 2018, 134; Byers, NZA 2014, 65, der während der Amtszeit erworbene Qualifikationen berücksichtigen will, wenn diese Fähigkeiten im Zusammenhang mit der bisherigen Arbeitstätigkeit stehen.

70 Bittmann/Mujan, BB 2012, 637; Rieble, NZA 2008, 276.

71 Fitting, § 37 Rn. 118.

72 BAG 17.8.2005, 7 AZR 528/04, NZA 2006, 448; BAG 19.1.2005, 7 AZR 208/04, AuA 2005, 436; LAG München 22.12.2005, 4 Sa 736/05, juris.

73 BAG 15.11.1994, 5 AZR 682/93, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 121; BAG 17.8.2005, 7 AZR 527/04, NZA 2006, 448; BAG 27.6.2001, 7 AZR 496/99, AP BPersVG § 46 Nr. 23; Fitting, § 37 Rn. 123; Blattner, NZA 2018, 129.

74 BAG 27.6.2001, 7 AZR 496/99, AP BPersVG § 46 Nr. 23; LAG Köln 13.3.2002, 7 (10) Sa 1061/01, juris.

75 BAG 13.11.1987, 7 AZR 550/86, NZA 1988, 403; BAG 7.6.1989, 7 AZR 538/88, juris.

wenn dem Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Amtstätigkeit die Teilnahme an diesen Maßnahmen nicht möglich war.<sup>76</sup> Im Hinblick auf den objektiven Maßstab des § 37 Abs. 4 BetrVG bleiben nach h.M. **persönliche Umstände** in der Entwicklung des Betriebsratsmitglieds (z.B. eine längere Erkrankung) außer Betracht.<sup>77</sup>

## 2. Rechtsfolge

Das Betriebsratsmitglied hat keinen Anspruch auf das Arbeitsentgelt in derselben Höhe wie die vergleichbaren Arbeitnehmer, sondern sein bisheriges Entgelt ist entsprechend der Entwicklung der Vergleichspersonen anzupassen.<sup>78</sup> Das Arbeitsentgelt des Betriebsratsmitglieds ist dem Entgelt der vergleichbaren Arbeitnehmer **laufend anzupassen**, das Betriebsratsmitglied hat also Anspruch auf die jeweiligen Entgeltsteigerungen, die aufgrund betriebsüblicher Entwicklung bei den vergleichbaren Arbeitnehmern eintreten.<sup>79</sup> Erfasst ist auch der Ausgleich etwaiger Entgeltminderungen, die durch einen Wechsel des Betriebsratsmitglieds wegen seiner Betriebsratstätigkeit von Akkordarbeit auf Zeitarbeit oder von Wechselschicht auf einfache Tagschicht entstehen.<sup>80</sup>

Ist das Betriebsratsmitglied nicht nur mit einem Arbeitnehmer vergleichbar, sondern mit einer ganzen Vergleichsgruppe, kommt es auf die der Mehrheit der vergleichbaren Arbeitnehmer gezahlte Entgelterhöhung an. Lässt sich keine mehrheitliche Entgelterhöhung ermitteln, ist zur Vermeidung einer Benachteiligung oder Bevorzugung des Betriebsratsmitglieds ausnahmsweise der Durchschnittswert der Entgelterhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe entscheidend.<sup>81</sup>

Der Begriff des Arbeitsentgelts ist im Sinne von **maßgebenden Arbeitsentgelteinheiten** zu verstehen (Stundenlohn, Akkordlohn, Prämiensatz etc.).<sup>82</sup> Allerdings beinhaltet der Begriff des Arbeitsentgelts nach § 37 Abs. 4 BetrVG nur Ansprüche des Betriebsratsmitglieds gegenüber dem Arbeitgeber, die sich aus dem Arbeitsverhältnis selbst ergeben. **Leistungen Dritter** werden daher nicht erfasst. Rechtlich selbstständig vom Arbeitsvertrag steht ein eventuell bestehen-

76 *Fitting*, § 37 Rn. 121; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 138; DKKW-Wedde, § 37 Rn. 92.

77 HWG-Glock, § 37 Rn. 121; *Fitting*, § 37 Rn. 122; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 134.

78 BAG 18.1.2017, 7 A/R 205/17, NZA 2017, 935; 7.5.1977, 1 AZR 458/74, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 28; BAG 19.1.2005, 7 AZR 208/04, AuA 2005, 436; LAG München 22.12.2005, 4 Sa 736/05, juris; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 78; Blattner, NZA 2018, 129; Annuß, NZA 2018, 134.

79 *Fitting*, § 37 Rn. 124; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 78.

80 *Fitting*, § 37 Rn. 124; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 78; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 143.

81 BAG 18.1.2017, 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935; 21.4.1983, 6 AZR 407/80, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 43; *Fitting*, § 37 Rn. 124; Blattner, NZA 2018, 129.

82 BAG 21.4.1983, 6 AZR 407/80, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 43; *Fitting*, § 37 Rn. 125.

## Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

der Vertrag über die Gewährung von Aktienoptionen mit der Muttergesellschaft der Arbeitgebergesellschaft.<sup>83</sup> Deshalb kann ein freigestelltes Betriebsratsmitglied grundsätzlich keinen unmittelbaren Anspruch aus § 37 Abs. 4 BetrVG gegenüber dem Arbeitgeber auf Verschaffung von Aktienoptionen geltend machen, die es auf Basis eines Aktienoptionsplans von der Muttergesellschaft bezogen hat. Dies gilt selbst dann, wenn vergleichbare Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung weiterhin Aktienoptionen erhalten.<sup>84</sup>

- 36 Die Vergütung, die ein Arbeitnehmer für seine Arbeit erhält, kann nicht nur in Geld erfolgen, sondern auch zum Teil durch Naturalleistungen. Als **Sachvergütung** oder auch Naturallohn bezeichnet wird jede Vergütung für Dienste eines Arbeitnehmers, die nicht in Geld gewährt wird.<sup>85</sup> Hiervon zu unterscheiden sind Arbeitsmittel, die lediglich zur ordnungsgemäßen Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten zur Verfügung gestellt werden, wie z. B. ein Diensttelefon oder ein Firmenlaptop.
- 37 **Sonstige Vergünstigungen**, z. B. tariflicher Zusatzurlaub bzw. Altersfreizeit, fallen nicht unter den Begriff des Arbeitsentgelts, da Inhalt dieser Ansprüche die Befreiung von der vertraglich geschuldeten Arbeitspflicht ist, während § 37 Abs. 4 BetrVG die Entgeltsicherung bezweckt.<sup>86</sup>
- 38 Übernimmt das Betriebsratsmitglied wegen seiner Tätigkeit im Betriebsrat einen geringer entlohten Arbeitsplatz oder muss es einen solchen beibehalten, dürfen ihm daraus keine finanziellen Nachteile entstehen. Deshalb muss der Arbeitgeber die etwaige Differenz in der Entlohnung ausgleichen.<sup>87</sup> Das Betriebsratsmitglied hat aber keinen Anspruch auf einen „Lohnabstand“, d. h. es kann nicht die unveränderte Beibehaltung eines bislang bestehenden **Lohnabstands** zum Entgelt anderer Arbeitnehmer beanspruchen.<sup>88</sup>
- 39 Bei **Einführung eines variablen Vergütungssystems** nach Freistellung eines Betriebsratsmitglieds ist die Vergütung anhand einer Prognose des Leistungs-

83 BAG 12.2.2003, 10 AZR 299/02, AP BGB § 613a Nr. 243; *Lingemann/Diller/Mengel*, NZA 2000, 1191.

84 LAG Hessen 31.7.2006, 7/2 Sa 1544/05, juris. Eine eigene Verpflichtung des konzernangehörigen Arbeitgebers kann jedoch begründet werden, wenn die Arbeitsvertragsparteien die Teilnahme des Arbeitnehmers an dem Aktienoptionsprogramm eines anderen Konzernunternehmens ausdrücklich oder konkludent vereinbaren. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer auch von seinem Arbeitgeber die Zuteilung von Aktienoptionen nach den von dem anderen Konzernunternehmen aufgestellten Verteilungsgrundsätzen verlangen, BAG 16.1.2008, 7 AZR 887/06, NZA 2008, 836.

85 Palandt-Weidenkaff, § 611 Rn. 56.

86 BAG 29.9.1999, 7 AZR 378/98, juris; Schaub-Koch, § 221 Rn. 56; mögliche Anspruchsgrundlage für diese anderen Ansprüche ist § 78 Satz 2 BetrVG.

87 DKKW-Wedde, § 37 Rn. 94; ArbG Wuppertal 9.12.1987, 6 (5) BV 49/87, AiB 2001, 46.

88 LAG Köln 3.8.1995, 10 Sa 411/95, NZA-RR 1996, 379; *Fitting*, § 37 Rn. 126.



verhaltens zu bemessen, wenn das bisherige Leistungsverhalten des Betriebsratsmitglieds aussagekräftige Anhaltspunkte dafür hergibt, wie das freigestellte Betriebsratsmitglied die Leistungsanforderungen des Vergütungssystems erfüllt hätte.<sup>89</sup> Ist eine solche Prognose nicht möglich, wird man hilfsweise davon ausgehen müssen, dass die im Durchschnitt erzielbare Leistungsvergütung der angemessene Berechnungsfaktor ist, da auf diesem Durchschnitt die Vergütungssysteme aufbauen.<sup>90</sup>

§ 37 Abs. 4 BetrVG gewährt **keinen Anspruch auf Höhergruppierung**.<sup>91</sup> Das Gesetz spricht ausdrücklich nur vom Entgelt, das bei einem Betriebsratsmitglied nicht geringer bemessen sein darf als bei vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher Entwicklung. Zudem erfolgt die Eingruppierung von Arbeitnehmern in der Regel anhand vorgegebener Kriterien, die sich insbesondere auf die Art der ausgeübten Tätigkeit sowie die erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse beziehen. Die Eingruppierung stellt also einen Rechtsvollzug dar, der sich nicht mit der Fiktion einer ausgeübten Tätigkeit und der erforderlichen Qualifizierung in Einklang bringen lässt.<sup>92</sup> **40**

Ansprüche aus § 37 Abs. 4 BetrVG beruhen auf § 611 BGB und dem Arbeitsvertrag. Daher werden sie nach der Rechtsprechung des BAG von **tarifvertraglichen Ausschlussfristen** erfasst, die für „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ gelten.<sup>93</sup> **41**

### 3. Schutzzeitraum

#### a) Grundsätzlich

§ 37 Abs. 4 BetrVG sichert das Entgelt der Betriebsratsmitglieder während ihrer Amtszeit und darüber hinaus noch für ein Jahr nach Ablauf ihrer Amtszeit (**nachwirkender Schutz**). Anders als die Regelung des § 38 Abs. 3 BetrVG setzt dies keine bestimmte Mindestdauer der Mitgliedschaft im Betriebsrat voraus. Damit greift der nachwirkende Schutz auch für alle nachrückenden Betriebsratsmitglieder.<sup>94</sup> **42**

<sup>89</sup> Natzel, NZA 2000, 77.

<sup>90</sup> Hennecke, RdA 1986, 241; Natzel, NZA 2000, 77.

<sup>91</sup> BAG 6.8.1981, 6 AZR 527/78, juris, hat diese Frage ausdrücklich offengelassen. Es entschied, dass ein Anspruch auf Höhergruppierung unter den gegebenen Umständen allenfalls dann in Betracht kommen könnte, wenn man davon ausgehen müsste, dass der Arbeitgeber unterschiedslos die Tätigkeit aller Mitarbeiter nach einer gewissen Zugehörigkeitsdauer höher vergütet.

<sup>92</sup> Natzel, NZA 2000, 77.

<sup>93</sup> BAG 8.9.2010, 7 AZR 513/09, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 148.

<sup>94</sup> Fitting, § 37 Rn. 129; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 146.

## Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

- 43 Zwar unterscheidet das Betriebsverfassungsgesetz terminologisch zwischen „Beendigung der Amtszeit“ und „Erlöschen der Mitgliedschaft“. „Amtszeit“ stellt dabei auf das Kollegialorgan Betriebsrat ab, während „Mitgliedschaft“ sich an der persönlichen Amtsdauer des einzelnen Betriebsratsmitglieds orientiert. Aber mittlerweile ist unstreitig, dass von der Nachwirkung des § 37 Abs. 4 und Abs. 5 BetrVG auch die Fälle der **individuellen Beendigung** der Mitgliedschaft im Betriebsrat erfasst sind.<sup>95</sup>
- 44 Die Nachwirkung des § 37 Abs. 4 BetrVG greift auch dann, wenn die Mitgliedschaft des Betriebsratsmitglieds aufgrund einer **gerichtlichen Entscheidung** endet.<sup>96</sup> § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist hier nicht analog anzuwenden. Einziger Ausnahmefall ist die Nichtigkeit der Betriebsratswahl: Hier greift kein nachwirkender Entgeltschutz, da die Feststellung der Nichtigkeit einer Betriebsratswahl ex tunc wirkt, der Betriebsrat also nie bestanden hat.<sup>97</sup>

### b) Verlängerung, § 38 Abs. 3 BetrVG

- 45 § 38 Abs. 3 BetrVG verlängert die Schutzfrist für Betriebsratsmitglieder, die drei volle aufeinanderfolgende Amtszeiten freigestellt waren, auf zwei Jahre nach Ablauf der Amtszeit. Dabei ist der Begriff der „Freistellung“ in § 38 Abs. 3 BetrVG grundsätzlich nur im Sinne einer **vollständigen Freistellung** zu verstehen.<sup>98</sup> Wird ein Teilzeitbeschäftigter für seine individuelle Arbeitszeit vollständig freigestellt, ist dies eine vollständige Freistellung im Sinne des § 38 Abs. 3 BetrVG, denn das Betriebsratsmitglied erbringt keine Arbeitsleistung mehr, so dass es sich immer mehr von seinem Arbeitsplatz und von der beruflichen Entwicklung innerhalb dieser Tätigkeit entfremdet.<sup>99</sup> § 38 Abs. 3 BetrVG findet auch nicht ausnahmsweise auf teilfreigestellte Betriebsratsmitglieder Anwendung, wenn aufgrund der Eigenart der Tätigkeit eine Beschäftigung in vollem

95 *Fitting*, § 37 Rn. 129; *Richardi-Thüsing*, § 37 Rn. 81; *DKKW-Wedde*, § 37 Rn. 98; *HWG-Glock*, § 37 Rn. 128; *GK-BetrVG-Weber*, § 37 Rn. 147; *ErfK-Koch*, § 37 BetrVG Rn. 10.

96 *Fitting*, § 37 Rn. 129; *DKKW-Wedde*, § 37 Rn. 98; *Schneider*, NZA 1984, 21; *a. A. Richardi-Thüsing*, § 37 Rn. 81; *HWG-Glock*, § 37 Rn. 128; *GK-BetrVG-Weber*, § 37 Rn. 148, die die Einschränkung des § 15 Abs. 1 Satz 2 HS 2 KSchG auch auf den nachwirkenden Entgeltschutz für Betriebsratsmitglieder nach § 37 Abs. 4 BetrVG anwenden.

97 *ErfK-Koch*, § 37 BetrVG Rn. 10; *a. A. Fitting*, § 37 Rn. 129, der § 37 Abs. 4 BetrVG jedenfalls solange für anwendbar hält, wie die Nichtigkeit nicht geltend gemacht worden ist.

98 *DKKW-Wedde*, § 38 Rn. 78; *Richardi-Thüsing*, § 38 Rn. 61; *Fitting*, § 38 Rn. 93; *GK-BetrVG-Weber*, § 38 Rn. 104; *ErfK-Koch*, § 38 BetrVG Rn. 11.

99 *Greßlin*, S. 242; *ErfK-Koch*, § 38 Rn. 11; *Fitting*, § 38 Rn. 93; *DKKW-Wedde*, § 38 Rn. 79.

Umfang der Arbeitszeit vonnöten ist, um den erforderlichen Kenntnis- und Erfahrungsstand zu gewährleisten.<sup>100</sup>

Das Betriebsratsmitglied muss über **drei volle aufeinander folgende Amtszeiten** freigestellt gewesen sein, d.h. es muss während der gesamten Amtszeit von seiner Arbeitspflicht befreit sein. Eine Verlängerung der Schutzfrist kommt nicht in Betracht, wenn der Mandatsträger erst während der laufenden Amtszeit freigestellt wurde. Keine volle Amtszeit im Sinne des § 38 Abs. 3 BetrVG ist bei einer verkürzten Amtszeit gegeben, wenn nach § 13 Abs. 2 Nr. 1–3 BetrVG eine Neuwahl erforderlich ist oder die Amtszeit des Betriebsrats aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung gemäß § 19 oder § 23 BetrVG vorzeitig beendet wird.<sup>101</sup> Das Gleiche gilt auch bei einer Amtszeit aufgrund einer Betriebsratswahl außerhalb der regelmäßig stattfindenden Wahlen gemäß § 13 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, denn auch hier dauert die erste Amtszeit keine vier Jahre.<sup>102</sup> **46**

#### **4. Prozessuales/Auskunftsanspruch**

Ansprüche auf Entgeltanpassung nach § 37 Abs. 4 BetrVG sind auf der individualvertraglichen Ebene anzusetzen. Daher entscheidet das Arbeitsgericht insoweit im Urteilsverfahren.<sup>103</sup> Im Rahmen des § 37 Abs. 4 BetrVG gelten die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast. Das Betriebsratsmitglied als Anspruchsteller trägt die Beweislast für die rechtsbegründenden, der Arbeitgeber als Anspruchsgegner trägt sie für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatsachen. Jeder hat also die für ihn günstigen Tatsachen zu beweisen.<sup>104</sup> Demzufolge muss das Betriebsratsmitglied die Voraussetzungen des § 37 Abs. 4 BetrVG darlegen und beweisen, insbesondere muss es schlüssig vortragen, wer die vergleichbaren Arbeitnehmer sind und welche berufliche Entwicklung betriebstypisch ist. **47**

Will ein Betriebsratsmitglied Ansprüche nach § 37 Abs. 4 BetrVG gerichtlich geltend machen, muss es zum Teil auf Daten und Fakten Bezug nehmen, die ihm selbst nicht direkt zur Verfügung stehen. Hierfür steht ihm ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber nach § 242 BGB über das **Arbeitsentgelt** vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung zu.<sup>105</sup> Zu beach- **48**

100 Richardi-Thüsing, § 38 Rn. 61; GK-BetrVG-Weber, § 38 Rn. 104; a.A. Greßlin, S. 243; Fitting, § 38 Rn. 93; DKKW-Wedde, § 38 Rn. 79.

101 Fitting, § 38 Rn. 94; a.A. Richardi-Thüsing, § 38 Rn. 62.

102 GK-BetrVG-Weber, § 38 Rn. 106; Fitting, § 38 Rn. 94; DKKW-Wedde, § 38 Rn. 81; HWG-Glock, § 38 Rn. 71; a.A. Richardi-Thüsing, § 38 Rn. 62.

103 Fitting, § 37 Rn. 253 m. w. N.

104 Zöller-Greger, vor § 284 Rn. 17a.

105 BAG 4.11.2015, 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339; 19.1.2005, 7 AZR 208/04, AuA 2005, 436; LAG Hamburg 2.4.2004, 3 Sa 48/03, juris; Fitting, § 37 Rn. 128; ErfK-Koch, § 37 BetrVG Rn. 10.

## Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

ten ist, dass sich der Auskunftsanspruch nur auf die Entgeltentwicklung anderer vergleichbarer Arbeitnehmer, nicht auch auf die Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung selbst, bezieht. Im Prozess wird das Betriebsratsmitglied in diesen Fällen mit einer **Stufenklage** im Sinne des § 254 ZPO vorgehen.

- 49 Der Anspruch auf Auskunftserteilung stellt nur eine Nebenpflicht dar, die quasi akzessorisch an der Hauptpflicht, der Leistungspflicht, anknüpft. Daher kommt auch ein Auskunftsanspruch nicht mehr in Betracht, wenn die Leistung ausgeschlossen ist.<sup>106</sup>

## V. Aufwendungsersatz, § 40 BetrVG

- 50 Nach § 40 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten und stellt in erforderlichem Umfang Räume, Sachmittel, Informations- und Kommunikationstechnik sowie Personal zur Verfügung. Das ist die Konsequenz aus der Ausgestaltung des Betriebsratsamts als unentgeltlichem Ehrenamt, dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG sowie aus dem Umlageverbot nach § 41 BetrVG.

### 1. Voraussetzungen

- 51 Auch wenn dies nicht unmittelbar dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist, besteht die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers nur insoweit, als die Kosten für die Durchführung der Betriebsratsarbeit **erforderlich** sind.<sup>107</sup> Das ist dann der Fall, wenn die Kosten im Zeitpunkt ihrer Verursachung bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände für erforderlich gehalten werden durften, damit der Betriebsrat seine Aufgaben sachgerecht erfüllen kann.<sup>108</sup> Ähnlich wie bei § 37 Abs. 2 BetrVG hat der Betriebsrat bei der Bewertung der die Kosten auslösenden Umstände einen Beurteilungsspielraum.<sup>109</sup> Der Betriebsrat muss dabei die betrieblichen Verhältnisse und die sich ihm stellenden Aufgaben berücksichtigen sowie die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamtes und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers an der Kostenbegrenzung gegeneinander abwägen.<sup>110</sup> Als weitere Voraussetzung hat das BAG

106 BAG 21.11.2000, 9 AZR 665/99, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 35; LAG Hamburg 2.4.2004, 3 Sa 48/03, juris.

107 BAG 19.4.1989, 7 ABR 87/87, NZA 1989, 936; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 1; HWG-Glock, § 40 Rn. 11; Fitting, § 40 Rn. 9; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 6.

108 BAG 24.6.1969, 1 ABR 6/69, BB 1969, 1037; Fitting, § 40 Rn. 9; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 1; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 13.

109 BAG 3.12.1987, 6 ABR 79/85, NZA 1988, 440; BAG 16.10.1986, 6 ABR 14/84, NZA 1987, 643; Fitting, § 40 Rn. 9 m. w. N.; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 1.

110 ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 1; HWG-Glock, § 40 Rn. 11.

die Beachtung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** aufgestellt:<sup>111</sup> Danach darf der Betriebsrat den Arbeitgeber nur mit den Kosten belasten, die er der Sache nach für verhältnismäßig und deshalb zumutbar halten kann.<sup>112</sup>

Soweit diese Voraussetzungen gegeben sind, bedarf der Betriebsrat nicht der Zustimmung des Arbeitgebers. Allerdings gebietet es der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, bei außergewöhnlichen Aufwendungen vorher den Arbeitgeber zu informieren und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.<sup>113</sup> **52**

## 2. Rechtsfolge

Der Arbeitgeber trägt insbesondere die sog. **Geschäftsführungskosten**, d. h. die im Rahmen des allgemeinen Geschäftsbetriebs anfallenden Kosten, soweit sie zur sachgerechten und ordnungsgemäßen Durchführung der Betriebsratsarbeit erforderlich sind.<sup>114</sup> Zu erstatten sind neben dem Sachaufwand auch die Kosten, die der gerichtlichen Verfolgung oder Verteidigung von Rechten des Betriebsrats oder seiner Mitglieder dienen.<sup>115</sup> **53**

Weiter ist der Arbeitgeber erstattungspflichtig für **Aufwendungen einzelner Betriebsratsmitglieder** im Rahmen und in Erfüllung der Betriebsratsaufgaben.<sup>116</sup> Dies gilt für Aufwendungen, die gerade durch die Betriebsrats Tätigkeit entstanden sind und nicht auch bereits bei Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten entstanden wären.<sup>117</sup> Für Zeiten, in denen das Betriebsratsmitglied ohne die Erfüllung von Betriebsratsaufgaben zur Arbeitsleistung verpflichtet wäre oder in denen der Arbeitgeber die Erbringung von Überstunden anordnen könnte, hat das Betriebsratsmitglied keinen Anspruch auf Erstattung von **Kinderbetreuungskosten**.<sup>118</sup> **54** Allerdings kann ein alleinerziehendes Betriebsratsmitglied vom

111 BAG 29.1.1974, 1 ABR 34/73, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 8; BAG 31.10.1972, 1 ABR 7/72, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 2; *Fitting* § 40 Rn. 10; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 7; HWG-Glock, § 40 Rn. 12; DKKW-Wedde, § 40 Rn. 5; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 14.

112 BAG 28.6.1995, 7 ABR 55/94, NZA 1995, 1216; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 10.

113 BAG 18.4.1967, 1 ABR 11/66, NJW 1967, 2377; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 9; *Fitting*, § 40 Rn. 11; HWG-Glock, § 40 Rn. 13; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 15 und 17.

114 ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 2, *Fitting*, § 40 Rn. 12; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 39; HWG-Glock, § 40 Rn. 16; DKKW-Wedde, § 40 Rn. 15.

115 *Fitting*, § 40 Rn. 21; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 13.

116 BAG 6.11.1973, 1 ABR 26/73, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 6; BAG 18.1.1989, 7 ABR 89/87, NZA 1989, 641; *Fitting*, § 40 Rn. 40; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 7; DKKW-Wedde, § 40 Rn. 57; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 49.

117 BAG 16.1.2008, 7 ABR 71/06, NZA 2008, 546; BAG 23.6.2010, 7 ABR 103/08, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 106; *Fitting*, § 40 Rn. 43.

118 BAG 23.6.2010, 7 ABR 103/08, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 106.

## Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

Arbeitgeber gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG in angemessener Höhe die Erstattung der Kosten verlangen, die ihm durch die erforderliche Fremdbetreuung seines minderjährigen Kindes während einer mehrtägigen auswärtigen Betriebsratsstätigkeit entstehen.<sup>119</sup>

- 55 Auch **Reisekosten**, die dem Betriebsratsmitglied im Rahmen seiner Betriebsratsstätigkeit entstehen, sind nach § 40 Abs. 1 BetrVG zu erstatten. Der Arbeitgeber hat die **notwendigen Kosten** zu tragen. Damit besteht keine Kostentragepflicht für eine nicht erforderliche Dienstreise oder für nicht erforderliche Kosten einer notwendigen Dienstreise.<sup>120</sup> Für die Erstattungsfähigkeit von Fahrten zwischen der Wohnung und dem Betrieb ist entscheidend, dass die Reisekosten ausschließlich wegen der Wahrnehmung erforderlicher Betriebsratsstätigkeit und nicht zugleich auch zur Erfüllung der Arbeitspflicht des Betriebsratsmitglieds entstanden sind.<sup>121</sup> Kosten eines freigestellten Betriebsratsmitglieds für Fahrten zwischen seiner Wohnung und dem Betrieb sind dagegen nicht nach § 40 Abs. 1 BetrVG erstattungsfähig.<sup>122</sup> Dadurch würde das freigestellte Betriebsratsmitglied im Verhältnis zu den übrigen Arbeitnehmern unzulässig begünstigt (§ 78 Satz 2 BetrVG), bei denen die Fahrtkosten zwischen Wohnung und Betrieb ebenfalls als persönliche Lebensführungskosten selbst getragen werden müssen. Besteht eine betriebliche Reisekostenregelung, ist diese grundsätzlich auch für Reisen von Betriebsratsmitgliedern im Rahmen ihrer Betriebsratsstätigkeit anzuwenden.<sup>123</sup>
- 56 Kosten, die durch die Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an **Schulungsveranstaltungen** entstehen, die für die Betriebsratsarbeit erforderliche Kenntnisse vermitteln, sind ebenfalls nach § 40 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber zu erstatten.<sup>124</sup> Hierfür bedarf es eines ordnungsgemäßen Beschlusses des Betriebsrats. Ein fehlender, fehlerhafter oder erst nach dem Besuch der Schulung gefasster Beschluss reicht hierfür nicht aus.<sup>125</sup>

119 BAG 23.6.2010, 7 ABR 103/08, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 106; *Fitting*, § 40 Rn. 43; *HWG-Glock*, § 40 Rn. 56; *GK-BetrVG-Weber*, § 40 Rn. 100; *Moll/Roebers*, NZA 2012, 57.

120 *Fitting*, § 40 Rn. 52.

121 BAG 16.1.2008, 7 ABR 71/06, NZA 2008, 546; *ErfK-Koch*, § 40 BetrVG Rn. 7; *Fitting*, § 40 Rn. 47; *GK-BetrVG-Weber*, § 40 Rn. 96.

122 BAG 13.6.2007, 7 ABR 62/06, NZA 2007, 1301; *Fitting*, § 40 Rn. 48; *GK-BetrVG-Weber*, § 40 Rn. 96.

123 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 89; *Fitting*, § 40 Rn. 54; *Richardi-Thüsing*, § 40 Rn. 51; *ErfK-Koch*, § 40 BetrVG Rn. 8; *GK-BetrVG-Weber*, § 40 Rn. 56.

124 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 89; *ErfK-Koch*, § 40 BetrVG Rn. 9; *Fitting*, § 40 Rn. 66; *DKKW-Wedde*, § 40 Rn. 81.

125 BAG 8.3.2000, 7 ABR 11/98, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 68; *ErfK-Koch*, § 40 BetrVG Rn. 11; *Fitting*, § 40 Rn. 71; *Richardi-Thüsing*, § 40 Rn. 34.

Der Erstattungsanspruch nach § 40 Abs. 1 BetrVG ist kein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis. Damit sind tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche **Ausschlussfristen** nicht einschlägig.<sup>126</sup> **57**

## VI. Pauschalzahlungen

Pauschale Zahlungen an Betriebsräte sind nicht automatisch unzulässig. Nicht erlaubt sind jedoch verdeckte Vergütungen oder sonstige begünstigende Zahlungen, denn sie verstoßen gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG. **58**

### 1. Aufwendungsersatz

Nach § 40 BetrVG trägt der Arbeitgeber die erforderlichen Kosten der Tätigkeit des Betriebsrats und seiner Mitglieder. Grundsätzlich ist dabei eine **Pauschalabgeltung** von regelmäßig wiederkehrenden Aufwendungen der Betriebsratsmitglieder zulässig.<sup>127</sup> Eine solche Pauschalabgeltung ist aber nur dann zulässig, wenn sie keine verdeckte Lohnerhöhung oder sonstige Begünstigung enthält. Erforderlich ist, dass die Pauschale im Wesentlichen dem Durchschnitt der tatsächlichen Auslagen und Aufwendungen entspricht.<sup>128</sup> Um solche typischen und erwartbaren Auslagen handelt es sich, wenn beim Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nach der Lebenserfahrung mit hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass die abzugeltenden Aufwendungen wirklich entstehen.<sup>129</sup> Vor diesem Hintergrund scheidet regelmäßig eine einheitliche Pauschale an jedes Betriebsratsmitglied aus, da nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht alle Gremiumsmitglieder die gleichen Aufwendungen haben.<sup>130</sup> Über den Pauschalbetrag hinausgehende tatsächlich erbrachte notwendige Aufwendungen sind vom Arbeitgeber zu erstatten.<sup>131</sup> **59**

Um das Risiko einer verdeckten Lohnerhöhung zu minimieren, empfiehlt es sich, nur dem **Betriebsrat als Gremium** eine Pauschale zu gewähren, nicht den einzelnen Mitgliedern. Gleichzeitig sollte der Betriebsrat dazu verpflichtet wer- **60**

126 *Fitting*, § 40 Rn. 98.

127 Bereits BAG 9.11.1955, 1 AZR 329/54, AP KRG Nr. 22 Betriebsrätegesetz Art. IX Nr. 1.

128 ArbG Stuttgart 13.12.2012, 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 7; *Fitting*, § 40 Rn. 41; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753; *Bayreuther*, NZA 2013, 758.

129 BAG 27.7.1994, 7 AZR 81/94, NZA 1995, 799; ArbG Stuttgart 13.12.2012, 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 33.

130 ArbG Stuttgart 13.12.2012, 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 48; *Byers*, NZA 2014, 65; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753.

131 LAG Köln 13.9.1984, 10 Sa 583/84, DB 1985, 394; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 7; *Fitting*, § 40 Rn. 41.

## Kap. 10 Vergütung von Betriebsratsmitgliedern

den, eine ordnungsgemäße Buchführung und Rechnungslegung über die tatsächlichen Kosten zu führen, um die Kostenpauschale entsprechend anpassen zu können.<sup>132</sup>

- 61 Nach § 40 BetrVG sind Betriebsratsmitgliedern erforderliche **Reisekosten** zu erstatten. Dabei ist eine für die Arbeitnehmerschaft bestehende Reisekostenrichtlinie grundsätzlich auch für die Reisen von Betriebsratsmitgliedern anzuwenden.<sup>133</sup> Um für alle Betriebsratsmitglieder eine einheitliche Behandlung zu erzielen, kann in die Reisekostenrichtlinie eine gesonderte Regelung für Betriebsratsmitglieder aufgenommen werden. Sofern hierbei ein angemessener Mittelwert angesetzt wird, liegt auch dann kein Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG vor, wenn dadurch das einzelne Betriebsratsmitglied besser oder schlechter gestellt wird.<sup>134</sup> Im Hinblick auf das Begünstigungsverbot sollte eine Regelung vermieden werden, nach der Betriebsratsmitglieder generell im Rahmen der Reisekostenregelung Führungskräften gleichgestellt werden.<sup>135</sup>

### 2. Betriebsratszulagen und andere Vergütungspauschalierungen

- 62 In der Praxis finden sich immer noch **Betriebsratszulagen**, die als „Pauschalen“ deklariert werden.<sup>136</sup> In anderen Fällen werden gar **eigenständige Vergütungsordnungen** für Betriebsratsmitglieder geschaffen.<sup>137</sup> Solche von der beruflichen Tätigkeit des Betriebsratsmitglieds losgelösten Vergütungsvereinbarungen stehen in klarem Widerspruch zum Ehrenamts- und Lohnausfallprinzip.<sup>138</sup> Die (manchmal schwer zu handhabenden) Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 37 Abs. 4 BetrVG können nicht durch die Vereinbarung einer Pauschalierung umgangen werden. Einer solchen Pauschalregelung steht der Grundsatz der Unentgeltlichkeit nach § 37 Abs. 1 BetrVG entgegen, denn eine solche pauschalier-

132 Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753; Byers, NZA 2014, 65.

133 BAG 28.3.2007, 7 ABR 33/06, AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 89; Fitting, § 40 Rn. 54; Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 51; ErfK-Koch, § 40 BetrVG Rn. 8; GK-BetrVG-Weber, § 40 Rn. 56.

134 Richardi-Thüsing, § 40 Rn. 52; Fitting, § 40 Rn. 55; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

135 Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

136 Rieble, NZA 2008, 276; Moll/Roebers, NZA 2012, 57; Byers, NZA 2014, 65; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.

137 Wie im Fall des ArbG Bielefeld 11.5.2011, 3 Ca 2633/10, juris: Dort berief sich ein Betriebsratsmitglied nach dem Ende seiner Freistellung auf eine Vergütungsordnung über die Bezahlung der Betriebsratsmitglieder. Diese Vereinbarung knüpfte allein und ausschließlich an der Stellung des jeweiligen Betriebsratsmitgliedes innerhalb des Gesamtbetriebsrats oder innerhalb des örtlichen Betriebsratsgremiums an. So erhielten z. B. sämtliche Mitglieder des Gesamtbetriebsrats eine originäre, von ihrer beruflichen Tätigkeit abgekoppelte Vergütung (entweder mit einer festen Vergütungshöhe oder mit monatlichen sog. Funktionszulagen).

138 Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753.



te Zahlung würde nicht auf der Basis des Arbeitsvertrags, sondern in Ansehung des Betriebsratsamtes geleistet.<sup>139</sup> Zudem ist die Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG und damit die laufende Anpassung des Arbeitsentgelts zwingend; von ihr kann weder durch Betriebsvereinbarung, noch durch Tarifvertrag abgewichen werden.<sup>140</sup>

Um Streitigkeiten nach § 37 Abs. 4 BetrVG nach Möglichkeit zu vermeiden, einigen sich in manchen Fällen Arbeitgeber und Betriebsratsmitglied auf den Kreis der anderen Mitarbeiter, die als vergleichbare Arbeitnehmer im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG herangezogen werden. Während der Mitgliedschaft im Betriebsrat überträgt dann der Arbeitgeber die Entgeltentwicklungen dieser Arbeitnehmer auf das Betriebsratsmitglied.<sup>141</sup> Auch wenn dies ein pragmatischer Lösungsansatz ist, muss doch beachtet werden, dass die Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG zwingend ist.<sup>142</sup> Das gilt auch für Individualvereinbarungen. Zwar kann im Arbeitsrecht bei Schutzvorschriften in der Regel zugunsten der Schutzperson abgewichen werden. Hier scheidet dies jedoch im Hinblick auf das Begünstigungsverbot nach § 78 Satz 2 BetrVG aus. Allerdings gilt auch hier: „Wo kein Kläger, da kein Richter.“

Wenn zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat festgelegt wurde, dass sich die künftige Gehaltsentwicklung eines Betriebsratsmitglieds für die Dauer seiner Freistellung am Einkommen von speziell benannten Personen orientiere und diese Vergleichspersonen größtenteils im Laufe der Zeit ausscheiden, bedeutet das nicht automatisch, dass sich das Einkommen des freigestellten Betriebsratsmitglieds ausschließlich an der Einkommensentwicklung der verbliebenen Arbeitnehmer zu orientieren hätte.<sup>143</sup> Auch hier kommt es maßgeblich darauf an, ob die verbleibenden Personen als repräsentativ hinsichtlich ihrer beruflichen Entwicklung im Rahmen der Vergleichsgruppe angesehen werden.<sup>144</sup>

139 LAG Köln 13.9.1984, 10 Sa 583/84, DB 1985, 394, hat ausdrücklich die Frage offen gelassen, ob die Vereinbarung einer Pauschale im Zusammenhang mit § 37 Abs. 4 BetrVG rechtlich unbedenklich ist. Es hat jedoch darauf hingewiesen, dass die Zahlung einer regelmäßigen „Pauschale“ in jedem Fall, soweit es um die Begrenzung von Ansprüchen des Betriebsratsmitglieds geht, nur im Sinne einer Abschlagszahlung verstanden werden kann. Das bedeutet, dass eine Nachforderung auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung nicht ausgeschlossen ist.

140 *Fitting*, § 37 Rn. 4; HWG-Glock, § 37 Rn. 8; GK-BetrVG-Weber, § 37 Rn. 8.

141 So z. B. *Decruppe*, Anmerkung zu BAG 19.1.2005, 7 AZR 208/04, juris; *Cox/Offermann*, AiB 1999, 23; *Kuhn/Blanken*, AiB 1997, 320.

142 BAG 18.1.2017, 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 zur Vereinbarung konkretisierender betrieblicher Vereinbarungen.

143 *Richardi-Thüsing*, § 37 Rn. 76.

144 LAG München 22.12.2005, 4 Sa 736/05, juris.

### **3. Pauschale Überstundenabgeltung**

- 65** Die Betriebsratstätigkeit ist grundsätzlich während der Arbeitszeit zu erbringen. Ist dies aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich, gewährt § 37 Abs. 3 BetrVG vorrangig Freizeitausgleich und nur dann eine finanzielle Abgeltung, wenn dies aus betriebsbedingten Gründen innerhalb eines Monats nicht möglich ist. Im Hinblick auf dieses klare Regel-Ausnahme-Verhältnis ist eine **Mehrarbeitspauschale**, die unabhängig von der betrieblichen Notwendigkeit der Erbringung von Betriebsratsarbeit außerhalb der Arbeitszeit und zudem unabhängig von betriebsbedingten Gründen Vergütung anstelle von Freizeitausgleichsansprüchen festlegt, unzulässig.<sup>145</sup> Denn es fehlt in der Regel an der für eine Pauschalierung erforderlichen Typisierung, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass bei jedem Betriebsratsmitglied die Überstunden in gleichem Maße anfallen und ein Freizeitausgleich ausscheidet.<sup>146</sup>

## **VII. Betriebsratsvergütung im Lichte von „Compliance“**

- 66** Auch unter Compliance-Gesichtspunkten ist eine detaillierte Auseinandersetzung mit den dargestellten Vergütungsgrundsätzen dringend anzuraten. Eine gesetzeswidrige Vergütung oder sonstige Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern bringt zahlreiche zivil- wie auch strafrechtliche Risiken mit sich. So laufen Personalverantwortliche Gefahr, sich Schadensersatzansprüchen des Unternehmens auszusetzen, wenn sie Betriebsratsmitgliedern mehr zahlen, als von Rechts wegen erlaubt ist, oder riskieren gar die eigene Kündigung.<sup>147</sup> Auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene kommt bei einer unzulässigen Betriebsratsvergütung ein Ausschlussverfahren gegenüber einem einzelnen Betriebsratsmitglied oder die Auflösung des gesamten Betriebsrats nach § 23 Abs. 1 BetrVG in Betracht.<sup>148</sup> Betriebsverfassungsrechtliche Sanktionen gegen den Arbeitgeber können sich aus § 23 Abs. 3 BetrVG ergeben.<sup>149</sup> Noch gravierender sind die **strafrechtlichen Folgen**.

### **1. Betriebsratsbegünstigung, § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG**

- 67** Nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG macht sich strafbar, wer ein Betriebsratsmitglied um seiner Betriebsratstätigkeit willen begünstigt. Unter Strafe gestellt ist dabei allerdings nur die **aktive Vorteilsgewährung**, nicht lediglich die passive

---

<sup>145</sup> ArbG Stuttgart, 13.12.2012, 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753; *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 57.

<sup>146</sup> *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753.

<sup>147</sup> *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753.

<sup>148</sup> *Fitting*, § 119 Rn. 9.

<sup>149</sup> *Keilich*, BB 2014, 2229.

Hinnahme des Vorteils.<sup>150</sup> Das begünstigte Betriebsratsmitglied selbst ist damit nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht strafbar, es sei denn, es fordert eine verbotene Begünstigung; dann kann dies eine verbotene Beihilfe nach § 27 StGB sein.<sup>151</sup> Da die Betriebsratsbegünstigung nach § 119 Abs. 3 BetrVG nur auf Antrag der genannten Stellen verfolgt wird, kommt dieser Vorschrift in der Praxis kaum Bedeutung zu.<sup>152</sup>

## 2. Untreue, § 266 StGB

Soweit dem Betriebsrat durch den Arbeitgeber vorschussweise und zur eigenen Verwendung ein bestimmtes Budget für die nach § 40 BetrVG anfallenden Kosten zur Verfügung gestellt wird, kommt bei missbräuchlicher Verwendung dieser Gelder eine Verletzung des Untreuetatbestands nach § 266 StGB in Betracht.<sup>153</sup> **68**

Bis zu der Entscheidung des BGH vom 13.9.2010<sup>154</sup> ging die h. M. davon aus, dass die betriebsverfassungswidrige Begünstigung überwiegend auch eine den Straftatbestand der Untreue begründende Pflichtverletzung darstellt.<sup>155</sup> In der Entscheidung vom 13.9.2010 stellte der BGH fest, es fehle bei einer Verletzung von § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG an der für § 266 StGB erforderlichen vermögensschützenden Wirkung der verletzten Norm. Nach Auffassung des BGH schützt § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG allein die Integrität der Wahl des Betriebsrats, nicht aber das Vermögen des Arbeitgebers. Zwar betraf der Fall des BGH die Vorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, aber generell gilt – und so führt es auch der BGH aus: Die Vorschrift des § 119 BetrVG dient allein dem Schutz der Wahl und der Funktionsfähigkeit der im Gesetz aufgeführten betriebsverfassungsrechtlichen Organe.<sup>156</sup> Damit dürfte es auch bei einer Verletzung von § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG an der erforderlichen vermögensschützenden Wirkung fehlen und eine Verurteilung wegen Untreue ausscheiden. **69**

150 *Fitting*, § 119 Rn. 9; *HWG-Hess*, § 119 Rn. 43; *ErfK-Kania*, § 119 BetrVG Rn. 4; *DKKW-Trümner*, § 119 Rn. 19; *Richardi-Annuß*, § 119 Rn. 27.

151 *Richardi-Annuß*, § 119 Rn. 27; *Fitting*, § 119 Rn. 9; *Moll/Roebers*, NZA 2012, 57; *Byers*, NZA 2014, 65; *Zimmermann*, ArbRAktuell 2014, 278; *Keilich*, BB 2014, 2229; *Schemmel/Slowinski*, BB 2009, 830.

152 *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637.

153 *Zimmermann*, ArbRAktuell 2014, 278.

154 BGH 13.9.2010, 1 StR 220/09, NJW 2011, 88.

155 BGH 17.9.2009, 5 StR 521/08, BB 2010, 580; *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 637.

156 BGH 13.9.2010, 1 StR 220/09, NJW 2011, 88; *HWG-Hess*, § 119 Rn. 3; *Schemmel/Slowinski*, BB 2009, 830.

**3. Steuerhinterziehung, § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO**

- 70** Etwas überraschend findet sich über das Steuerrecht ein relevanter Straftatbestand für verbotene Betriebsratsbegünstigungen: Nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 1 EStG dürfen rechtswidrige Zuwendungen, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen, nicht als Betriebsausgaben geltend gemacht werden. Zuwendungen an Betriebsräte, die über das Lohnausfallprinzip hinausgehen, erfüllen den Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Damit machen Arbeitgeber, die Gelder für strafbare Betriebsratsbegünstigungen als **Betriebsausgaben steuermindernd** geltend machen, über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige Angaben und sind damit wegen Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO strafbar.<sup>157</sup> Das begünstigte Betriebsratsmitglied macht sich der Beihilfe strafbar, wenn es die Steuerminderung durch den Arbeitgeber unterstützt.<sup>158</sup>

---

157 Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753; Rieble, NZA 2008, 276; Bittmann/Mujan, BB 2012, 637; Schemmel/Slowinski, BB 2009, 830.

158 Zimmermann, ArbRAktuell 2014, 278; Rieble, NZA 2008, 276.

# Kapitel 11

## Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

**Schrifttum:** *Brammsen*, Der Arbeitnehmerbegriff – Versuch einer einheitlichen Neubestimmung, RdA 2010, 267; *Göpfert/Wilke*, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, 765; *Günther/Böglmüller*, Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, 1025; *Hohmeister/Küper*, Individualvertragliche Arbeitszeitgestaltung bei der alternierenden Telearbeit, NZA 1998, 1206; *Kamann*, Arbeitsvertragliche Gestaltung von Telearbeitsverhältnissen, ArbR-Aktuell 2016, 75; *Otten*, Heimarbeit – ein Dauerrechtsverhältnis eigener Art, NZA 1995, 289; *Pollert*, Arbeitnehmer-Smartphone als Betriebsmittel – ein kostensparendes Modell?, NZA-Beil. 2014, 152; *Raiff/Nann*, Arbeitsrecht 4.0 – Möglichkeiten und Hürden in der digitalen Arbeitswelt, GWR 2016, 221; *Reichhold*, Geschäftsbesorgung im Arbeitsverhältnis, NZA 1994, 488; *Schulze/Ratzesberger*, Telearbeit: Fluch oder Segen? – Mitbestimmung des Betriebsrats bei mobiler Arbeit, ArbRAktuell 2016, 109; *Wedde*, Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, NJW 1999, 527.

### Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Einführung	1	3. Vergütungshöhe im Rahmen von Homeoffice/mobiler Telearbeit	14
II. Vergütungsrechtliche Aspekte im Rahmen von Homeoffice/mobiler Telearbeit	3	a) Reguläre Vergütung	15
1. Gegenstand von Homeoffice/mobiler Telearbeit	3	b) Besondere Formen der Vergütung	16
a) Definition Homeoffice	4	aa) Ersatz für Kosten des Arbeitszimmers	17
b) Definition mobile Telearbeit	6	bb) Ersatz für Kosten der Infrastruktur	18
2. Anspruch auf Homeoffice/mobile Telearbeit	7	cc) Ersatz für Kosten eigener Kommunikationsmittel	20
a) Individualrechtlicher Anspruch	8	c) Überstunden und sonstige Zuschläge/Annahmeverzug	22
aa) Homeoffice Arbeitsplatz	8		
bb) Mobile Telearbeit	11	III. Praxishinweis	25
b) Kollektivrechtlicher Anspruch	12		

### I. Einführung

Die stetig zunehmende Technisierung der Wirtschaft bewirkt, dass die „klassische“ Arbeitsplatzgestaltung, d. h. die Arbeit in der Betriebsstätte des Arbeitgebers, zunehmend abgelöst wird. Auch wenn nach wie vor „klassische“ Arbeitsplätze in der Mehrzahl sind, ist bereits jetzt ein signifikanter Anteil an Ar-

## **Kap. 11** Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

beitsplätzen alternativ ausgestaltet.<sup>1</sup> Verstärkt wird dieser Trend durch gesellschaftliche und politische Faktoren. Arbeitnehmer, welche der sog. „Generation Y“<sup>2</sup> entstammen, zeichnen sich dadurch aus, dass ihnen bei der Beurteilung ihrer Arbeitsstelle neben den klassischen Parametern (z. B. Gehalt und Karrierechancen) andere, soziale Parameter ebenso wichtig sind.<sup>3</sup> Primär sind hier eine ausgewogene „Work-Life-Balance“ oder eine individualisierte und dynamische Arbeitsplatz- und Arbeitszeitgestaltung zu nennen – ein fester Büroarbeitsplatz mit starren Arbeitszeiten liegt ihnen nicht.

- 2 Sowohl diesen gesellschaftlichen Wandel als auch die technische Entwicklung der Wirtschaft und ihrer Rahmenbedingungen nimmt auch die Politik zum Anlass, um einen breiten Diskurs zu starten. So hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales<sup>4</sup> ein Grünbuch vorgestellt, um eine Diskussion über die Industrie 4.0 zwischen Politik, Arbeitnehmerschaft und ihrer Vertreter sowie der Wirtschaft zu führen.<sup>5</sup> Dieser Dialog ist mit dem sog. Weißbuch abgeschlossen worden.<sup>6</sup> Regelmäßig fallen bei der Diskussion um die Arbeitsplatzgestaltung der Zukunft die Begriffe Homeoffice/mobile Telearbeit. Diese Art und Weise der Arbeitsplatzgestaltung soll die unterschiedlichen Erwartungshaltungen der beteiligten Parteien an eine moderne Arbeitsplatzgestaltung und ein modernes Arbeiten erfüllen. Sämtliche Instrumente alternativer Arbeitsplatzgestaltung rufen unterschiedliche Probleme – teils auch bisher unbekannter Natur – hervor, welche in der Praxis gelöst werden müssen. Insbesondere spielen Fragen von Vergütung und Aufwendungsersatz eine wichtige Rolle.

## **II. Vergütungsrechtliche Aspekte im Rahmen von Homeoffice/mobiler Telearbeit**

### **1. Gegenstand von Homeoffice/mobiler Telearbeit**

- 3 Homeoffice und Telearbeit sind Arbeitsformen, welche grundsätzlich in der Arbeitswelt bekannt sind. Deutlich mehr als 2 Millionen abhängig Beschäftigte erbringen ihre Arbeitsleistung von zu Hause aus.<sup>7</sup> Wie viele Mitarbeiter im Rahmen mobiler Telearbeit tätig sind, kann nicht belastbar eingeschätzt werden.

---

1 Vgl. <http://www.fr.de/leben/karriere/nachrichten/zuhaus-statt-im-buero-umfrage-im-mer-mehr-unternehmen-bieten-homeoffice-an-a-1308935>.

2 Als Generation Y wird die Generation bezeichnet, welche im Zeitraum von etwa 1980 und 1999 geboren ist, vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/Generation\\_Y](https://de.wikipedia.org/wiki/Generation_Y).

3 Vgl. <http://www.zeit.de/2013/11/Generation-Y-Arbeitswelt>.

4 Noch unter der ehemaligen Bundesministerin für Arbeit Andrea Nahles.

5 Vgl. <http://www.arbeitenviernull.de/dialogprozess/darum-gehts.html>.

6 Vgl. <http://www.arbeitenviernull.de/dialogprozess/weissbuch.html>.

7 [http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.437987.de/14-8.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.437987.de/14-8.pdf).

*a) Definition Homeoffice*

Der Begriff Homeoffice ist weder gesetzlich definiert noch Gegenstand sonstiger gesetzlicher Regelungen. Homeoffice ist eine besondere Ausprägung von Telearbeit. Dem Wesen nach ist Homeoffice lediglich eine andere Bezeichnung für häusliche Telearbeit, d.h. Telearbeit, bei der der Beschäftigte nur noch zu Hause tätig wird und keinen Arbeitsplatz mehr im Betrieb hat.<sup>8</sup> Es wird also in der privaten Wohnung des Arbeitnehmers ein dauerhafter Arbeitsplatz eingerichtet.<sup>9</sup> Der Umfang an Arbeitszeit, der im Homeoffice erbracht wird, divergiert in der Praxis. Je nach Wirtschaftsbranche oder Tätigkeitsfeld erbringen Arbeitnehmer vollumfänglich ihre Arbeitszeit aus dem Homeoffice heraus oder auch nur tageweise. Gerade das tageweise Arbeiten im Homeoffice ist in der Praxis regelmäßig anzutreffen, da dies die Vorteile von Homeoffice und Präsenzarbeit im Betrieb kombiniert (oder zumindest kombinieren soll).

Deutlich abzugrenzen ist das Arbeiten im Homeoffice von der Heimarbeit. Trotz der begrifflichen Ähnlichkeit sind beide Tätigkeitsformen grundverschieden. Nach dem Gesetz ist Heimarbeiter, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet (vgl. § 2 Abs. 1 HAG). Im Gegensatz zu Beschäftigten im Homeoffice sind Heimarbeiter keine Arbeitnehmer; sie sind nämlich „nur wirtschaftlich“, nicht aber persönlich abhängig.<sup>10</sup> Gerade die persönliche Abhängigkeit ist jedoch charakteristisch für die Qualifizierung eines Beschäftigten als Arbeitnehmer.<sup>11</sup> Heimarbeiter sind daher nicht mit persönlich abhängig beschäftigten Arbeitnehmern zu verwechseln; vielmehr gelten für Heimarbeiter essentiell andere Regelungen (im Wesentlichen das HAG) als für reguläre Arbeitnehmer.

*b) Definition mobile Telearbeit*

Unter mobiler Telearbeit versteht die herrschende Meinung eine Tätigkeit an ständig wechselnden Arbeitsstätten.<sup>12</sup> Typischerweise arbeiten Mitarbeiter im Außendienst auf dieser Basis. Sie haben in der Regel kein festes Büro, sondern erbringen ihre Tätigkeit direkt beim Kunden oder über mobile Kommunikationsmittel, wie etwa Laptop oder Smartphone.<sup>13</sup> Kennzeichen ist somit auch hier die grundsätzliche örtliche Abwesenheit des Mitarbeiters vom Betrieb.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Wedde, NJW 1999, 527.

<sup>9</sup> Raif/Nann, GWR 2016, 221.

<sup>10</sup> BAG 25.3.1992, 7 ABR 52/91, NZA 1992, 899, 900; Otten, NZA 1995, 289, 290.

<sup>11</sup> ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 32; Brammsen, RdA 267, 269.

<sup>12</sup> Fitting, § 5 Rn. 198; Küttner-Röller, Telearbeit, Rn. 1; Hohmeister/Küper, NZA 1998, 1206.

<sup>13</sup> Kamann, ArbRAktuell 2016, 75.

<sup>14</sup> Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 2016, 109.

**2. Anspruch auf Homeoffice/mobile Telearbeit**

- 7 Ob und in welcher Höhe Mitarbeiter einen Anspruch auf Vergütung für ihre Tätigkeit im Homeoffice oder im Rahmen von mobiler Telearbeit haben, hängt zunächst davon ab, ob Mitarbeiter überhaupt einen Anspruch auf Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice oder im Rahmen von mobiler Telearbeit haben. Im Unterschied zu anderen Jurisdiktionen, etwa der Niederlande,<sup>15</sup> gibt es in Deutschland nämlich keine gesetzlichen Regelungen, welche unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Arbeit im Homeoffice oder im Rahmen mobiler Telearbeit gewähren.

*a) Individualrechtlicher Anspruch*

*aa) Homeoffice-Arbeitsplatz*

- 8 Arbeitnehmer haben grundsätzlich keinen gesetzlichen Anspruch auf Einräumung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes. Ein solcher lässt sich auch nicht aus einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht herleiten. Die Gestaltung des Arbeitsplatzes, und insbesondere die Festlegung des Arbeitsortes, ist vielmehr eines der wesentlichen Elemente des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts.<sup>16</sup> Es ist Sache des Arbeitgebers, wo er den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers einrichtet und wie er diesen – im Rahmen der geltenden Arbeitsschutzbestimmungen – ausgestaltet. Der Arbeitnehmer hat somit keine gesetzliche oder vorvertragliche Möglichkeit, Einfluss auf die Gestaltung seines Arbeitsplatzes zu nehmen. Etwas anderes gilt im laufenden Arbeitsverhältnis. Hier muss der Arbeitgeber bei der Änderung wesentlicher Arbeitsbedingungen, wie die Zuweisung eines anderen Arbeitsortes, die Grenzen des billigen Ermessens wahren (§ 106 GewO). Der Arbeitgeber kann somit nicht ohne Weiteres anordnen, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit künftig von zu Hause aus erbringt.
- 9 Sofern der Arbeitsvertrag hingegen einen Anspruch auf Einräumung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes aufweist oder das Homeoffice als regelmäßiger Arbeitsort vertraglich vereinbart ist, hat der Arbeitnehmer selbstredend einen entsprechenden Anspruch.
- 10 Noch nicht abschließend geklärt ist, ob ein schwerbehinderter Arbeitnehmer gem. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX einen Anspruch auf Erbringung seiner Arbeitsleistung im Homeoffice hat. Dies wäre denkbar, sofern die Erbringung der Arbeitsleistung im Betrieb nicht mehr leidensgerecht, sondern dies nur noch im Homeoffice möglich wäre. Insoweit könnte sich der Arbeitnehmer auf die

---

15 Vgl. zu den Hintergründen etwa <https://www.bundestag.de/blob/435984/403773b1ffe5798b2620b5e99436bcbawd-6-047-16-pdf-data.pdf>.

16 BAG 25.10.1989, 2 AZR 633/88, NZA 1990, 561, 562; ErfK-Preis, § 106 GewO Rn. 27 m. w. N.



Rechtsprechung berufen,<sup>17</sup> die einen grundsätzlichen Anspruch auf Zuweisung eines neuen, leidensgerechten Arbeitsplatzes bejaht, sofern der Arbeitnehmer in der bisherigen Umgebung seine Arbeitsleistung aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr erbringen kann. Aus rechtlicher Sicht erscheint ein solcher Anspruch zu weitgehend, da bei Bejahung erheblich in die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers, die betriebliche Organisation nach seinen (wirtschaftlichen) Vorstellungen gestalten zu können, eingegriffen wird. Bis zu einer abschließenden, höchstrichterlichen Klärung dieser Streitfrage kann sich in der Praxis damit beholfen werden, dass der Arbeitnehmer zunächst darlegen und beweisen muss, dass allein die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice eine Fortsetzung seiner Tätigkeit unter Berücksichtigung seiner Schwerbehinderung ermöglicht.<sup>18</sup> Dies substantiiert darzulegen dürfte sich als schwierig erweisen. Gerade aus medizinischer Sicht wird es viele Möglichkeiten geben, das Arbeitsumfeld umzugestalten, um eine Tätigkeit im Betrieb zu ermöglichen. Ferner wird sich ein Arbeitnehmer in einem etwaigen Rechtsstreit auch mit der Frage substantiiert auseinandersetzen haben, ob die Einräumung eines solchen Arbeitsplatzes für den Arbeitgeber noch zumutbar ist. Dies dürfte vor allem bei kleinen und mittelständischen Unternehmen angesichts zusätzlicher Kosten und organisatorischen Aufwands im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Homeoffice in der Regel nicht zutreffen.

#### bb) Mobile Telearbeit

Dies gilt im Grundsatz auch für die mobile Telearbeit: Arbeitnehmer haben in der Regel auf diese Art und Weise der Leistungserbringung keinen Anspruch. Indes dürfte diese Thematik eher theoretischer Natur sein. Typischerweise ist mobile Telearbeit mit bestimmten Berufsbildern elementar verbunden, d. h. die meisten Tätigkeiten können ohne mobile Telearbeit gar nicht ausgeübt werden. So können etwa Vertriebs- oder Außendienstmitarbeiter ihre Tätigkeiten in der Regel gar nicht erbringen, sofern sie weit überwiegend aus einem Büro im Betrieb des Arbeitgebers arbeiten sollen. Somit dürfte und sollte die Festlegung eines alternierenden Arbeitsortes respektive die Tätigkeit im Rahmen mobiler Telearbeit bereits Gegenstand des Arbeitsvertrags sein. Schließlich ist insoweit zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber eine entsprechende Tätigkeit nur in den Grenzen billigen Ermessens einseitig zuweisen kann. Ermangelt es dem Arbeitsvertrag folglich an einer entsprechenden Regelung, wird es mitunter häufiger zu der Situation kommen, dass die Zuweisung aus unterschiedlichen Gründen nicht billigem Ermessen entspricht und daher für den Arbeitnehmer nicht

17 BAG 4.10.2005, 9 AZR 632/04 NZA 2006, 442, 444; LAG Rheinland-Pfalz 9.2.2004, 7 Sa 1099/03, BeckRS 2004, 41943; LAG Köln 24.5.2016, 12 Sa 677/13, BeckRS 2016 69901; *ErfK-Rolls*, § 164 SGB IX Rn. 13.

18 LAG Köln 24.5.2016, 12 Sa 677/13, BeckRS 2016 69901.

## **Kap. 11** Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

verbindlich ist; er ist dann nicht verpflichtet, seine Tätigkeit in Form von mobiler Telearbeit zu erbringen.

### *b) Kollektivrechtlicher Anspruch*

- 12 Erfahrungsgemäß enthalten Tarifverträge keine Regelungen zu Homeoffice oder mobiler Telearbeit, da diese bestimmungsgemäß lediglich Mindestarbeitsbedingungen festlegen sollen und somit nicht sämtliche Aspekte der Arbeitswelt regeln können. Zudem erscheint es aus praktischer Sicht schwierig, für eine gesamte Branche verbindliche Kriterien für die Einrichtung und Ausgestaltung von Homeoffice-Arbeitsplätzen oder Arbeitsplätzen mit mobiler Telearbeit festzulegen, ohne die jeweiligen betrieblichen Belange konkret zu kennen.
- 13 Daher finden sich auf kollektivrechtlicher Ebene in der Regel allein entsprechende Regelungen<sup>19</sup> in Betriebsvereinbarungen, da der Betriebsrat die jeweiligen Verhältnisse vor Ort gut einschätzen kann. Damit besitzt der Betriebsrat zum einen die notwendigen Kenntnisse, um allgemeine und betriebsweit geltende Regelungen treffen zu können. Zum anderen hat der Betriebsrat ohnehin gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6, 7 BetrVG Mitbestimmungsrechte bezüglich der Einführung und Ausgestaltung von Homeoffice-Arbeitsplätzen. Die Einrichtung eines Homeoffice ist durch die regelmäßige Anbindung an die IT-Systeme mit mitbestimmungspflichtigen technischen Kontrolleinrichtungen gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verbunden. Weiter sind meist Regelungen zur Verhütung von Arbeitsunfällen sowie Gesundheitsschutz erforderlich. Auch die Einhaltung der Vorgaben des ArbZG muss sichergestellt sein.<sup>20</sup>

### **3. Vergütungshöhe im Rahmen von Homeoffice/mobiler Telearbeit**

- 14 Allgemein gültige Regelungen zur Höhe der Vergütung bei Arbeit im Homeoffice oder bei Arbeit im Rahmen mobiler Telearbeit existieren grundsätzlich nicht, da die Vereinbarung der Höhe einer Vergütung mit wenigen Beschränkungen den Arbeitsvertragsparteien vorbehalten ist. Die Rahmenbedingungen des MiLoG müssen gleichwohl beachtet werden.

#### *a) Reguläre Vergütung*

- 15 Arbeitnehmer im Homeoffice oder Arbeitnehmer, die mobile Telearbeit erbringen, erhalten grundsätzlich ihr reguläres Gehalt, auf das sie sich im Anstellungsvertrag mit dem Arbeitgeber geeinigt haben. Auf diese Vergütung haben sie

---

19 Zumindest was das Thema Homeoffice betrifft; mobile Telearbeit ist in der Regel eher Gegenstand der geschuldeten Arbeitsleistung und damit der Mitbestimmung weitestgehend entzogen.

20 Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 2016, 109, 111.

einen vertraglichen Anspruch. Auf Stundenbasis heruntergerechnet, muss diese Vergütung höher sein als der jeweils geltende gesetzliche Mindestlohn. Ist dies nicht der Fall, haben die Arbeitnehmer zumindest Anspruch auf den aktuellen Mindestlohnsatz (s. Kap. 3). Sofern sich die Vertragsparteien im Anstellungsvertrag oder in einer Ergänzung hierzu für den Fall der Tätigkeit im Homeoffice auf eine höhere als die reguläre Vergütung geeinigt haben, kann selbstredend auch diese beansprucht werden.<sup>21</sup>

### *b) Besondere Formen der Vergütung*

Deutlich regelungsintensiver als Fragen der regulären Vergütung ist in der betrieblichen Praxis die Thematik der Kostenerstattung. Sofern Arbeitnehmer ihr Eigentum zur Leistungserbringung nutzen, etwa das Smartphone oder den PC, bedarf es der Klärung, ob sie hierfür eine Kompensation erhalten. Rechtstechnisch erfolgt eine solche Kompensation grundsätzlich in Form des Aufwendungsersatzes gem. § 670 BGB analog und nicht in Form von Vergütung. Durch die Rechtsprechung ist insoweit nämlich geklärt, dass Aufwendungsersatz mangels synallagmatischer Leistungspflichten kein Arbeitsentgelt für Arbeitsleistung und somit keine reguläre Vergütung darstellt.<sup>22</sup> Gleichwohl ist der Aufwendungsersatz eine finanzielle Leistung des Arbeitgebers, welche zumindest aus Sicht der Arbeitnehmer durchaus Vergütungscharakter haben kann. Dies gilt vor allem in Konstellationen, in denen die Arbeitsvertragsparteien eine pauschalisierte Kompensation vereinbart haben. 16

#### *aa) Ersatz für Kosten des Arbeitszimmers*

Die Einrichtung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes setzt denklogisch die Nutzung privaten Eigentums oder privaten Wohnraums im Interesse des Arbeitgebers voraus. Die Kosten für die dienstliche Nutzung von privatem Wohnraum, unabhängig ob gemieteter oder im Eigentum des Arbeitnehmers stehender Wohnraum, stellt einen ersatzfähigen, finanziellen Posten dar.<sup>23</sup> Insoweit erbringt der Arbeitnehmer nämlich ein freiwilliges, ersatzfähiges Vermögensopfer im Interesse des Arbeitgebers,<sup>24</sup> da er seinen privaten Wohnraum nicht für private Zwecke nutzen kann, sondern seine private Nutzfläche der Förderung fremder Zwecke widmet. 17

21 Da die Arbeitsleistung im Rahmen von mobiler Telearbeit in der Regel schon Gegenstand des Anstellungsvertrags ist, wird hierzu in diesen Fällen keine gesonderte Vereinbarung getroffen.

22 BAG 15.7.1992, 7 AZR 491/91, AP BPersVG § 46 Nr. 19; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 554; Reichhold, NZA 1994, 488, 490.

23 BAG 14.10.2003, 9 AZR 657/02, NZA 2004, 604, 606; BAG 12.4.2011, 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97, 99; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 559.

24 BAG 14.10.2003, 9 AZR 657/02, NZA 2004, 604, 606; BAG 12.4.2011, 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97, 99.

## Kap. 11 Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

Der Ersatzanspruch entspricht in der Höhe dem erbrachten Vermögensopfer, was bei Wohnraum der ortsüblichen Miete abzüglich eingepreister Kosten entspricht.<sup>25</sup> Sofern es keine entsprechenden Regelungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien gibt, kann zur Bestimmung der Höhe auf einen gültigen Mietspiegel abgestellt werden. Ein darüber hinausgehender Ersatzanspruch als Kompensation für die Nutzung von Wohnraum besteht nicht.

### bb) Ersatz für Kosten der Infrastruktur

- 18** Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, um seiner Beschäftigungspflicht gem. § 611a i.V.m. § 242 BGB gerecht werden zu können. Nicht relevant ist insoweit, ob dieser Arbeitsplatz auf dem Betriebsgelände des Arbeitgebers angesiedelt ist oder in den privaten Räumlichkeiten des Arbeitnehmers. Sofern Letzteres der Fall ist, muss der Arbeitgeber auch die Kosten für die Infrastruktur des Arbeitsplatzes, insbesondere die Kosten für Anschaffung, Wartung und Pflege der Büroausstattung<sup>26</sup> sowie die Kosten für Telefon, Internet oder Energie<sup>27</sup> tragen. Sofern der Arbeitgeber die Infrastruktur nicht vollumfänglich selbst stellt, was gerade bei Telefon- oder Internetanschluss häufig der Fall sein wird, hat der Arbeitnehmer einen Ersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber. Sämtliche Kosten der Infrastruktur stellen nämlich typische Vermögensopfer im Interesse des Arbeitgebers dar. In der Regel ist auch davon auszugehen, dass diese Vermögensopfer nicht mit der regulären Vergütung als abgegolten anzusehen sind.
- 19** Um nicht im Einzelfall schwierige Abgrenzungsfragen entscheiden zu müssen, insbesondere über die Höhe des Ersatzanspruchs für die dienstliche Nutzung des Telefon- oder Internetanschlusses, wenn ein Arbeitnehmer bereits über einen Internet- oder Telefonanschluss verfügt, bietet es sich an, Pauschalen zu vereinbaren. So ist es nicht unüblich, dass Arbeitgeber zur pauschalen Abgeltung von solchen Vermögensopfern einen bestimmten, angemessenen Betrag zahlen. Hierbei orientieren sich Arbeitgeber an den typischen Kosten. Aufgrund der Üblichkeit von sog. Flatrate-Tarifen übernehmen Arbeitgeber in der Regel einen Betrag von 20–30 EUR pro Monat, was eine angemessene Kompensation hinsichtlich der dienstlichen Nutzung des Telefon- oder Internetanschlusses darstellt.

### cc) Ersatz für Kosten eigener Kommunikationsmittel

- 20** Häufig sind Arbeitnehmer nicht gewillt, die mitunter älteren Kommunikationsmittel des Arbeitgebers zu nutzen, wobei die Motivation hierzu unterschiedli-

<sup>25</sup> BAG 14.10.2003, 9 AZR 657/02, NZA 2004, 604, 606.

<sup>26</sup> Schaub-Vogelsang, § 164 Rn. 35.

<sup>27</sup> Wedde, NJW 1999, 527, 532; Kamann, ArbRAktuell 2016, 75, 77.

cher Natur sein kann. Sofern Arbeitnehmer aber mit Zustimmung des Arbeitgebers ihre eigenen Kommunikationsmittel nutzen, etwa ihr Smartphone oder iPad,<sup>28</sup> ergeben sich neuere, bisher wenig behandelte Streitfragen. Dies gilt sowohl für Mitarbeiter, die im Homeoffice arbeiten, als auch für mobile Telearbeiter.

Die Ursache hierfür liegt im Wesentlichen darin, dass es die Pflicht des Arbeitgebers ist, einen funktionsfähigen Arbeitsplatz inklusive der technischen Geräte zur Verfügung zu stellen.<sup>29</sup> Erledigt diese Pflicht zum Teil nun der Arbeitnehmer, indem er verschiedene notwendige Arbeitsmittel selbst stellt, ist zwischen den Parteien – neben vielen anderen Details<sup>30</sup> – vor allem zu klären, ob der Einsatz privater Ressourcen zu kompensieren ist. Unproblematisch ist dies, wenn die Parteien eine entsprechende ausdrückliche Vereinbarung getroffen haben. Ist dies nicht der Fall, spricht vieles dafür, eine Pflicht zur Kompensation nach der „Sphäre der Nutzung“ zu bestimmen. Kosten für dienstliche Telefonate oder der Verlust/die Beschädigung des technischen Geräts im Rahmen einer dienstlich veranlassten Tätigkeit stellen Vermögensopfer dar, welche im Interesse des Arbeitgebers erbracht sind. Diese sind daher nach allgemeinen Grundsätzen zu ersetzen.<sup>31</sup> Diese Kosten wären nämlich nicht entstanden, wenn der Arbeitnehmer sein Eigentum nicht zur Erfüllung dienstlicher, d. h. fremder Zwecke zur Verfügung gestellt hätte. Trotz dieser klaren, formellen Abgrenzungsmöglichkeit ist es offensichtlich, dass eine Abgrenzung nach dienstlicher und privater Sphäre in der Praxis schwer zu treffen ist. Zudem kann eine solche formelle Betrachtungsweise im Einzelfall zu schwer nachvollziehbaren und somit abzulehnenden Ergebnissen führen. So wäre es zum Beispiel unbillig, dem Arbeitgeber Kosten der Beschädigung oder des Verlustes privaten Eigentums trotz Erbringung dienstlicher Aufgaben aufzubürden, wenn die Beschädigung oder der Verlust eher gelegentlich einer privaten Aktivität erfolgt oder der Privatsphäre zuzuordnen ist.<sup>32</sup> Um hier Streitigkeiten zu vermeiden, empfiehlt es sich ausdrücklich, klare Regelungen zu treffen. Beispielhaft könnte für die Nutzung des privaten Geräts für dienstliche Zwecke, analog zum Homeoffice, ein pauschalierter Aufwendersersatz vereinbart werden. Sofern diese Pauschale auch etwaige Kosten für ein Ersatzgerät, etwa bei Diebstahl, kompensieren soll, muss dies zum einen klar aus der Vereinbarung hervorgehen und zum anderen eine angemessene Erhö-

28 Dieser Trend wird als BYOD („bring your own device“) bezeichnet; zum Begriff und zum Hintergrund umfangreich *Göpfert/Wilke*, NZA 2012, 765, 766.

29 *Günther/Böghmüller*, NZA 2015, 1025, 1030 m. w. N.; *Göpfert/Wilke*, NZA 2012, 765, 769; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 559.

30 Etwa zu Datensicherheit und Datenschutz oder arbeitszeitrechtlichen Themen; vgl. hierzu umfassend *Pollert*, NZA-Beil. 2014, 152 m. w. N.

31 So auch *Göpfert/Wilke*, NZA 2012, 765, 769.

32 Etwa bei Diebstahl der Homeoffice-Hardware oder Beschädigung des Smartphones beim Checken der E-Mails in einer Bar/einem Restaurant.

## Kap. 11 Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

hung der Pauschale beinhalten; ist die Pauschale nicht hinreichend klar formuliert oder nicht ausreichend hoch, dürfte die Vereinbarung einer AGB-Kontrolle nicht standhalten, da sie dann eine unbillige Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen würde. Die Vereinbarung wäre dann unwirksam. Bei einem fabrikneuen Gerät dürfte es zulässig sein, sich am typischen monatlichen Wertverlust eines solchen Geräts zu orientieren.

### *c) Überstunden und sonstige Zuschläge/Annahmeverzug*

- 22** Da Arbeitgeber auch bei Gestattung von Homeoffice und mobiler Telearbeit verpflichtet sind, die reguläre Vergütung zu zahlen, sollten sie bei der Ausgestaltung von entsprechenden Vereinbarungen Sorge walten lassen. Dies gilt umso mehr, sofern im Unternehmen Zuschläge für Überstunden oder Nacharbeit geleistet werden. Im Gegensatz zu Arbeitnehmern, welche auf dem Betriebsgelände des Arbeitgebers ihre Arbeitsleistung erbringen und somit direkt vor Ort kontrolliert werden können, verrichten Arbeitnehmer im Homeoffice oder mit mobiler Telearbeit in der Regel ohne gesonderte Kontrolle der Arbeitszeiten ihre Arbeit. Sie haben somit leichter die Möglichkeit, ihre Arbeitszeit „zuschlagsintensiv“ zu gestalten als „reguläre“ Arbeitnehmer. Durch entsprechende klare Regelungen, kann dies hingegen weitestgehend verhindert werden (s. Kap. 32).
- 23** Eine solche arbeitsvertragliche Prävention ist in anderen Konstellationen, z. B. wenn der Arbeitnehmer im Homeoffice oder mit mobiler Telearbeit aus technischen Gründen an der Arbeitsleistung gehindert ist, nur unter besonderen Voraussetzungen möglich. Sofern der Arbeitnehmer etwa aufgrund eines Blitzeinschlags in seinem Haus oder aufgrund von Netzproblemen auf der Fahrt zum Kunden an seiner Arbeitsleistung gehindert ist, stellt sich nämlich die Frage, ob der Arbeitgeber dennoch die Vergütung zu zahlen hat. Auch wenn die Arbeitnehmer im Rahmen von Homeoffice und bei mobiler Telearbeit nicht im Betrieb des Arbeitgebers tätig sind, hat der Arbeitgeber dennoch unter dem Gesichtspunkt der sog. Betriebsrisikolehre<sup>33</sup> gem. § 615 Satz 3 BGB die Vergütung zu zahlen. Hiernach ist der Arbeitgeber schließlich verpflichtet, bei Betriebsstörungen, die der betrieblichen Sphäre zuzuordnen sind, die vertragliche Vergütung ohne Erhalt einer Gegenleistung zu zahlen. Insoweit ist unerheblich, von wo aus der Arbeitnehmer vertragsgemäß seine Arbeitsleistung erbringt; die Einrichtung des funktionsfähigen Arbeitsplatzes fällt in die Sphäre des Arbeitgebers, sodass Störungen am Arbeitsplatz grundsätzlich der betrieblichen Sphäre entstammen – Ausnahmen von dieser gesetzlichen Wertung bestehen anlässlich von Homeoffice oder Telearbeit nicht.<sup>34</sup> Dieser grundsätzlichen Verteilung der wirtschaftlichen Risiken ist zuzustimmen, da dem Arbeitgeber die wirtschaftlichen Vortei-

<sup>33</sup> Vgl. BAG 22.12.1980, 1 ABR 2/79, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 70; BAG 9.7.2008, 5 AZR 810/07, NZA 1407, 1409; ErfK-Preis, § 615 BGB Rn. 120 ff.

<sup>34</sup> Wedde, NJW 1999, 527, 532.

le aus seiner Unternehmung allein zustehen; umgekehrt muss er auch die typischen wirtschaftlichen Risiken einer Unternehmung tragen. Eine Abwälzung dieser negativen Seite des Unternehmertums auf den Arbeitnehmer wäre unbillig.

Um dieses, mitunter unbillige Ergebnis – der Arbeitgeber kann schließlich nicht einen Leitungsmast im bayerischen Wald eigenmächtig reparieren – zu korrigieren, können die Arbeitsvertragsparteien eine gesonderte Regelung treffen. § 615 BGB ist nach umstrittener Auffassung für die Arbeitsvertragsparteien dispositiv.<sup>35</sup> Eine entsprechende Regelung muss gleichwohl den Schranken der §§ 305 ff. BGB gerecht werden. Sie muss somit unter anderem klar und verständlich sein und darf den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen, anderenfalls ist sie unwirksam. Gleichwohl zeigt die praktische Erfahrung aber, dass eine Kontrolle von Vereinbarungen anhand der §§ 305 ff. BGB häufig streng gehandhabt wird und nicht selten zu überraschenden Ergebnissen führt. Um sich insoweit weiter abzusichern, bietet es sich an, für solche Konstellationen weitere Rechte des Arbeitgebers vertraglich festzuschreiben. So wird es zulässig sein, dem Arbeitnehmer temporär, für den Zeitraum einer betrieblichen/technischen Störung, andere, gleichwertige Arbeiten zuzuweisen, oder für den Fall mehrtägiger oder sogar mehrwöchiger Störungen, den Arbeitnehmer auf einen betrieblichen Arbeitsplatz zu versetzen. Anderenfalls wäre das vertragliche Äquivalenzverhältnis unbillig beeinträchtigt. 24

### III. Praxishinweis

Nachfolgend findet sich ein Vorschlag zur arbeitsvertraglichen Regelung von Homeoffice. Der Vorschlag betrifft allein die Kostenfrage, da dies in der Praxis einen wesentlichen Streitpunkt zwischen den Parteien darstellt. Außerdem ist dieser Aspekt gerade aus Arbeitnehmersicht ein wichtiges Element, da die Gewährung entsprechender Pauschalen durch den Arbeitgeber für die Nutzung eigenen Wohnraums sowie des eigenen Telefon- oder Internetanschlusses die allgemeinen Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers senkt. Somit ist die Gewährung entsprechender Pauschalen neben der Aussicht, sich typische Pendlerkosten zu ersparen, ein weiteres „Verkaufsargument“ von Homeoffice. 25

Gleichwohl ist zu beachten, dass die Kostenfrage lediglich ein regelungsbedürftiger Aspekt im Rahmen von Homeoffice-Regelungen ist. Viele weitere Themen, wie Haftungsfragen oder die Ausgestaltung von Zutritts- und Kontrollrechten des Arbeitgebers, sind besonders für den Arbeitgeber relevant: Auch wenn der Arbeitsplatz beim Arbeitnehmer angesiedelt ist, ist der Arbeitgeber für die 26

<sup>35</sup> BAG 9.7.2008, 5 AZR 810/07, NZA 1407, 1409; LAG Mecklenburg-Vorpommern 28.6.2005, 5 Sa 376/04, BeckRS 2005, 30804552; ErfK-Preis, § 615 BGB Rn. 129; a. A. Küttner-Griese, Annahmeverzug, Rn. 21.

## Kap. 11 Vergütung im Homeoffice/bei mobiler Telearbeit

Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Normen, wie z. B. Arbeitsschutzvorschriften, insbesondere das ArbZG, weiterhin verantwortlich. Daher sollten Arbeitgeber diese Problem- und Risikofelder besonders im Blick behalten.<sup>36</sup>

- (1) Der Arbeitnehmer erhält monatlich eine Homeoffice-Pauschale in Höhe von 25,– EUR. Mit Leistung dieser Homeoffice-Pauschale sind sämtliche laufenden Kosten zur Unterhaltung des Homeoffice-Arbeitsplatzes, insbesondere Internet-, Telefon- oder Energiekosten sowie Kosten für die Reinigung, abgegolten. Ferner erhält der Arbeitnehmer monatlich für die Nutzung des privaten Wohnraums für dienstliche Zwecke eine Pauschale in Höhe von XY EUR.<sup>37</sup> Darüber hinausgehende Ersatzansprüche bestehen nicht.
- (2) Etwaige auf die Pauschalen oder im Zusammenhang mit den Pauschalen gem. Absatz 1 anfallenden Steuern trägt der Arbeitnehmer.
- (3) Der Anspruch auf Leistung der Pauschalen gem. Absatz 1 endet mit Beendigung der Tätigkeit des Arbeitnehmers im Homeoffice.

---

36 Da diese Aspekte thematisch nicht Gegenstand dieser Veröffentlichung sind, wurde auf eine nähere Darstellung bewusst verzichtet.

37 Die Höhe ist abhängig vom Mietspiegel und Größe des Arbeitszimmers.



# Kapitel 12

## Vergütung bei Crowdfunding

**Schrifttum:** *F. Bayreuther*, Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, 2018; *Benner* (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft?, 2015; *Brose*, Von Bismarck zu Crowdwork: Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt, NZS 2017, 7; *Däubler/Klebe*, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, NZA 2015, 1032; *Engert*, Digitale Plattformen, AcP 2018, 304; *Günther/Böglmüller*, Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, 1025; *Hötte*, Crowdsourcing – Rechtliche Risiken eines Phänomens, MMR 2014, 795; *Hüßtege/Mansel* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, Bd. 6: Rom-Verordnungen, Kommentar, 2. Aufl. 2015; *Husemann/Wietfeld* (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts, 2015; *Klebe/Neugebauer*, Crowdsourcing: Für eine handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite?, AuR 2014, 4; *Kocher/Hensel*, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, 984; *Krause*, Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeit 4.0, NZA-Beilage 2017, 53; *Leimeister/Zogaj*, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing, Hans Böckler Stiftung, Arbeitspapier 287, Eine Literaturstudie, Juli 2013; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2016; *Neufeld*, Herausforderung Digitalisierung, AuA 2015, 504; *Schaub/Koch*, Arbeitsrecht von A–Z, 20. Aufl. 2015; *Schindele*, Aktuelle Fragestellungen zum Drittpersonaleinsatz (Scheinselbständigkeit – Werkvertrag – Dienstleister), ArbRAktuell 2015, 363; *Schubert*, Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft – Rückzug des Arbeitsrechts?, RdA 2018, 200.

### Übersicht

Rn.	Rn.
I. Crowdfunding – Eine Begriffsbestimmung . . . . . 1	a) § 138 Abs. 1 BGB . . . . . 43
II. Erscheinungsformen des Crowdworkings . . . . . 4	b) § 138 Abs. 2 BGB, Wucher . . . . . 51
III. Rechtlicher Rahmen der Vergütung . . . . . 9	c) Rechtsfolge . . . . . 53
1. Grenzüberschreitendes Crowdsourcing – Anwendbares Recht . . . . . 9	5. § 134 BGB? . . . . . 57
2. Arbeitsvertragsrecht? . . . . . 20	6. Mindestlohngesetz? . . . . . 59
a) Verhältnis Crowdworke – Plattform . . . . . 23	7. §§ 19, 20 GWB . . . . . 60
b) Verhältnis Crowdworke – Auftraggeber . . . . . 27	8. § 32 UrhG . . . . . 65
3. AGB-Kontrolle . . . . . 29	9. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . . 69
a) Crowdworke: Verbraucher oder Unternehmer? . . . . . 30	IV. Ansatzmöglichkeiten für die Vergütung externen Crowdworkings . . . . . 72
b) §§ 307 ff. BGB Inhaltskontrolle . . . . . 33	1. Vergütung in Form eines Festpreises . . . . . 76
4. § 138 BGB . . . . . 42	2. Zeitbezogene Vergütung . . . . . 81
	3. Auslobung/„Preisaus-schreiben“ . . . . . 83
	4. Preisbestimmung durch den Crowdworke . . . . . 88
	V. Zahlungsweise der Vergütung . . . . . 89

### I. Crowdfunding – Eine Begriffsbestimmung

- 1 Die weltweite Vernetzung der Prozesse und Menschen bietet Crowdfunding ein breites Anwendungsfeld. „**Crowdfunding**“ meint die Ausführung bestimmter Aufgaben durch einzelne Personen aus einer meist undefinierten Zahl von Adressaten – der „Crowd“ –, denen die Aufgabe angeboten wurde.<sup>1</sup> Die Vergabe der Arbeit an die Crowd, etwa anstelle der unternehmensinternen Ausführung, wird demzufolge „**Crowdsourcing**“ genannt – als eine Kombination der Worte „Crowdwork“ und „Outsourcing“;<sup>2</sup> „Crowdsourcing“ ist eine neue, digitale Form der Fremdvergabe von Arbeit.<sup>3</sup>
- 2 Crowdsourcing wird ausgeführt, indem der (untechnisch:) Auftraggeber, der sogenannte „**Crowdsourcer**“, auf einer Internetplattform offen dazu einlädt, die gesuchte Tätigkeit zu erledigen oder sich hierfür zu bewerben.<sup>4</sup> Bei den Aufgaben kann es sich um solche handeln, die traditionell entweder unternehmensintern an Arbeitnehmer oder extern an Dienstleister oder Werkunternehmer vergeben werden. Die Internetplattform kann eine eigene sein, der Auftraggeber kann aber eine der mittlerweile zahllosen Plattformen von kommerziellen Anbietern nutzen. Der (ebenfalls untechnisch:) Auftragnehmer der angebotenen Arbeiten wird „**Crowdworker**“ oder „**Crowdsourcer**“ genannt.<sup>5</sup> Die Crowdworker erfüllen die ausgeschriebene Tätigkeit an einem Computer, Smartphone oder einem anderen Gerät mit lokal installierter Software oder unter Hinzuziehung des Internets.<sup>6</sup> Sie erledigen die Aufgaben entweder in Zusammenarbeit oder im Wettbewerb gegeneinander.<sup>7</sup> Anschließend prüft der Auftraggeber die Ergebnisse, wählt (im Wettbewerbsfall) das für ihn passende aus, fügt (bei paralleler oder gemeinsamer Arbeit) die Ergebnisse zusammen oder fügt sie in sein vorhandenes Gesamtprojekt ein.<sup>8</sup>
- 3 Crowdwork fördert kreative und kostengünstige Lösungen durch die Nutzung der „Schwarmintelligenz“.<sup>9</sup> Charakteristisch für dieses Arbeitsmodell ist der Einsatz von funktions- und unternehmensübergreifenden Teams sowie die Ein-

---

1 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 14; Bitkom, Leitfaden Crowdsourcing für Unternehmen, S. 5; Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 228 f.; Leimeister/Zogaj, S. 5.

2 Wohl erstmals so bezeichnet von Jeff Howe, Wired Magazin 2006 (Jahrgang 14), 1 f.

3 Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1029; Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 27; Klebe/Neugebauer, AuR 2014, 4; Neufeld, AuA 2015, 504.

4 Neufeld, AuA 2015, 504.

5 Leimeister/Zogaj, S. 38; Neufeld, AuA 2015, 504.

6 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 29.

7 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 28; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032; Leimeister/Zogaj, S. 6, 61.

8 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 21, 22.

9 Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1030; Hötte, MMR 2014, 795; Leimeister/Zogaj, S. 6; Neufeld, AuA 2015, 504.

beziehung unternehmensexterner Personen in den Wertschöpfungsprozess des Unternehmens. Schenkt man den ersten Untersuchungen Glauben, kann in jeder Branche jede Tätigkeit mittels Crowdfunding ausgelagert werden.<sup>10</sup> Crowdfunding wird in der Produktion, dem Vertrieb und Marketing genauso wie in den unterstützenden Bereichen Forschung, Entwicklung, Finanzen oder in der Unternehmensinfrastruktur eingesetzt.<sup>11</sup>

## II. Erscheinungsformen des Crowdworkings

Im Rahmen von Crowdfund können Aufgaben auf einer unternehmensinternen Internetplattform (internes Crowdfunding) oder auf einer unternehmensexternen (externes Crowdfunding) ausgeschrieben werden. **4**

Beim **internen Crowdfunding** stellt der Crowdfunder, der Arbeitgeber, die zu bearbeitenden Aufgaben in eine unternehmensintern aufgesetzte, intra- oder internetbasierte Plattform.<sup>12</sup> Die Belegschaft ist die „Crowd“. Über die Plattform kann sie sich die ausgeschrieben Aufgaben ansehen, sie übernehmen und ihren Beitrag erbringen.<sup>13</sup> Die Mitarbeiter sind in einem crowdsourcingenden Unternehmen die Crowdfunder.<sup>14</sup> In einem global agierenden Unternehmen kann Crowdfunding nicht nur deutschland-, sondern auch weltweit eingesetzt werden. **5**

Beim **externen Crowdfunding** richtet sich die Aufgabenstellung an einen beliebigen, vom Crowdfunder aber bestimmbar Personenkreis, weitgehend außerhalb des Unternehmens.<sup>15</sup> Als potenzieller Crowdfunder kommt jede Person weltweit und aus jeder Rechtsordnung weltweit in Betracht, auch ein Mitarbeiter des Unternehmens selbst. Den externen Crowdfundern wird über die Internetplattform die zu erledigende Aufgabe angeboten. Im Rahmen dieses Arbeitsmodells kann das Unternehmen die Crowdfunding-Plattform selbst aufsetzen, verwalten, managen und den Zugang für alle User veröffentlichen oder sich für diese Aufgabe an einen Crowdfunding-Intermediär wenden, der diese Aufgaben für den Crowdfunder übernimmt.<sup>16</sup> Der Crowdfunding-Intermediär übernimmt **6**

10 BT-Drs. 18/3032, S. 3; Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 11, 12; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032.

11 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 11, 12; Hötte, MMR 2014, 795; Leimeister/Zogaj, S. 10.

12 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 16; Leimeister/Zogaj, S. 20.

13 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 40; Leimeister/Zogaj, S. 20; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032.

14 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 16; Leimeister/Zogaj, S. 20; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035.

15 Leimeister/Zogaj, S. 20; Schaub/Koch, Crowdsourcing.

16 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 17; Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 17; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035; Klebe/Neugebauer, AuA 2015, 4, 5.

## Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

für das Unternehmen die Aufgabe, eine Crowdsourcing-Plattform bereitzustellen, den Zugang zu einer Crowd zu eröffnen und die Aufgabe über dieses Portal auszuschreiben.<sup>17</sup> Im Laufe der letzten Jahre wurden bereits eine Vielzahl an Plattformen geschaffen, die grundsätzlich allen Unternehmen für ihre Crowdsourcing-Projekte zur Verfügung stehen, ohne eigens geschaffen werden zu müssen.

- 7 Das crowdsourcingende Unternehmen ist naturgemäß nicht an eine der beiden Erscheinungsformen des Crowdfundings gebunden. Beide Formen können auch kombiniert genutzt werden.<sup>18</sup>
- 8 Internes und externes Crowdfunding führen zu unterschiedlichen Fragestellungen, zumal die Crowdworker bei interner Crowdwork nahezu automatisch Arbeitnehmer sind. In diesem Beitrag ist nur die Vergütung für externes Crowdfunding behandelt.

### III. Rechtlicher Rahmen der Vergütung<sup>19</sup>

#### 1. Grenzüberschreitendes Crowdsourcing – Anwendbares Recht

- 9 Regelmäßig findet Crowdsourcing weltweit statt. Crowdsourcer vergeben ihre Aufgaben grenzüberschreitend an Crowdworker, wahrscheinlich oftmals befindet sich auch die Crowdfunding-Plattform in einem anderen Rechtskreis als die anderen Beteiligten. Die bei der Festlegung der Vergütung des Crowdfundings zu beachtenden rechtlichen Regeln hängen daher stets von der anwendbaren Rechtsordnung ab.
- 10 Oftmals vereinbaren die Plattformen mit den Crowdworkern das an deren Unternehmenssitz geltende Recht,<sup>20</sup> beispielsweise die deutsche Plattform Clickworker deutsches Recht; die Plattform Amazon Mechanical Turk legt das Recht des Staates Massachusetts zugrunde.
- 11 Grundsätzlich gilt: Das deutsche Recht gilt nur für Deutschland. Sobald Crowdsourcing daher Auslandsberührung hat, stellt sich die Frage, welches nationale Recht auf den Crowdsourcing-Sachverhalt Anwendung findet.
- 12 Für die Konkurrenz des deutschen Rechts mit anderen Rechtsordnungen finden sich mehrere verschiedene Regelungen.

---

17 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 17.

18 Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm, S. 17.

19 Im Anschluss an die Ausführungen zur Bestimmung des anwendbaren Rechts befasst sich der Beitrag ausschließlich mit dem rechtlichen Rahmen der Vergütung bei Crowdwork nach deutschem Recht.

20 Benner-Däubler, S. 265; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039.

In der EU und im EWR gelten einheitliche (Kollisions-)Regeln. Das auf den Sachverhalt anzuwendende Recht ist mithilfe der beiden EU-Rom-Verordnungen zu bestimmen. Das auf Schuldverhältnisse anwendbare Recht wird durch die Rom I-Verordnung festgelegt. Die Rom I-VO ist aus deutscher und europäischer Sicht nicht nur binnenmarktbezogenes, sondern universell geltendes Kollisionsrecht.<sup>21</sup> Die Rom I-VO ist mithin auch auf Sachverhalte anwendbar, die neben Deutschland auch einen Drittstaat (oder mehrere) tangieren. **13**

Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO berechtigt die Parteien, die **Rechtsordnung zu wählen**. Soll der Sachverhalt möglichst weitgehend der deutschen Rechtsordnung unterstellt werden, sollten die Parteien folglich die Anwendung des deutschen Rechts vereinbaren. **14**

Ob dies im Einzelfall im Hinblick auf die Vergütung der Crowdworker sinnvoll ist, hängt von der Ausgestaltung der Crowdwork und den betroffenen Rechtssystemen ab. Zwingend geltender nationaler Mindestschutz, der nach nationalem Recht anzuwenden wäre, kann nach vielen Rechtsordnungen allerdings nicht durch deren Abwahl außer Kraft gesetzt werden. **15**

Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, bestimmt sich das anzuwendende Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO. Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO unterstellt Dienstleistungsverträge dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Im Unionsrecht wird der Begriff der „Dienstleistung“ in Anlehnung an die Auffangfunktion der Grundfreiheit „Dienstleistungsfreiheit“ sehr weit gefasst.<sup>22</sup> „Dienstleistungen“ sind danach alle Leistungen, die gegen Entgelt erbracht werden. Der Begriff ist wesentlich weiter als es der „Dienstvertrag“ gemäß §§ 611 ff. BGB nach deutschem Verständnis ist.<sup>23</sup> Er umfasst auch Werkverträge nach deutschem Verständnis.<sup>24</sup> Crowdwork wird regelmäßig als Dienst- oder Werkvertrag zu qualifizieren sein, dazu sogleich. Damit ist Crowdwork auch als „Dienstleistung“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO zu verstehen.<sup>25</sup> Rechtsverhältnisse mit in Deutschland lebenden Crowdworkern unterfallen daher bei unterbliebener Rechtswahl dem deutschen Recht.<sup>26</sup> **16**

Ferner kann ein Crowdworking-Sachverhalt, der sowohl Deutschland als auch das Ausland berührt, dem deutschen Recht unterstellt sein, wenn der Crowdwork- **17**

21 MüKoBGB-Martiny, Art. 2 Rom I-VO Rn. 1, 3; Hüßtege/Mansel-Leible, Art. 2 Rom I-VO Rn. 1, 2.

22 MüKoBGB-Martiny, Art. 4 Rom I-VO Rn. 36.

23 Benner-Däubler, S. 265; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039; MüKoBGB-Martiny, Art. 4 Rom I-VO Rn. 46 ff.

24 Hüßtege/Mansel-Leible, Art. 4 Rom I-VO Rn. 29; MüKoBGB-Martiny, Art. 4 Rom I-VO Rn. 46.

25 So auch Benner-Däubler, S. 265; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039.

26 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039; Hötte, MMR 2014, 795.

## Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

ker nur gelegentlich, somit nicht beruflich oder gewerblich als Crowdfunder tätig ist. Der Crowdfunder ist dann „Verbraucher“ im Sinne der Rom I-VO, Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO.<sup>27</sup> Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) Rom I-VO unterliegt ein Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer in diesem Staat seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt. In Fallkonstellationen, in denen ein in Deutschland ansässiger Crowdfunder für ein Unternehmen mit Bezug zur Bundesrepublik tätig ist, dürfte bei dieser Gestaltung daher auch ohne Rechtswahl deutsches Recht Anwendung finden. Da der Crowdfunder auch Verbraucher im Sinne des deutschen Rechts ist, wenn er nur gelegentlich als solcher tätig ist, fände auf ihn das gesamte deutsche Verbraucherschutzrecht Anwendung, zu dem die nachfolgend dargestellten Grundsätze der AGB-Kontrolle und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zählen.<sup>28</sup>

- 18 Gemäß Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO finden auch im Fall der Geltung einer ausländischen Rechtsordnung diejenigen Bestimmungen des deutschen Rechts im Rahmen des je von ihnen festgelegten Bereiches Anwendung, die Deutschland als so entscheidend für die Wahrung des öffentlichen Interesses und insbesondere seiner sozialen oder wirtschaftlichen Organisation ansieht, dass sie ungeachtet des nach der Rom I-VO auf den Vertrag anzuwendenden Rechts anwendbar sind (sog. „Eingriffsnormen“). Hierzu werden in der Literatur neben dem 1. Teil des GWB und wichtigen arbeitnehmerschützenden Regeln des deutschen Arbeitsrechts auch die Regeln zum Schutz des schwächeren Vertragsteils gezählt, so wie sie vom Bundesverfassungsgericht interpretiert werden.<sup>29</sup>
- 19 Allerdings kann in einem außerhalb des EWR liegenden Staat auch anderes Kollisionsrecht gelten. Wird ein solcher Fall außerhalb des EWR bei Gericht anhängig, so wird dieses vorrangig das für sein Land geltende Kollisionsrecht anwenden. Die folgenden Überlegungen seien auf Sachverhalte beschränkt, für die uneingeschränkt deutsches Recht anzuwenden sind (was vor dem beschriebenen Hintergrund jedenfalls nicht der Regelfall sein werden dürfte).

### 2. Arbeitsvertragsrecht?

- 20 In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird diskutiert, ob Crowdfunder dem (deutschen) Arbeitsrecht zu unterstellen ist. Dazu müsste der Crowdfunder Arbeitnehmer, sein Vertrag als Arbeitsvertrag zu klassifizieren sein.

---

27 Benner-Däubler, S. 266.

28 Benner-Däubler, S. 266; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039; Hötte, MMR 2014, 795.

29 Benner-Däubler, S. 267.

In der Praxis zeigen sich zwei Wege der „Beauftragung“ des Crowdworkers: Oftmals dient die Plattform als „Vermittler“ zwischen Crowdsourcer und Crowdworker und unterstützt bei der Aufteilung der Tätigkeit und der Koordinierung bei der Zusammenfügung der Arbeitsergebnisse. Teilweise wird die Aufgabe auch direkt vom Crowdsourcer an den Crowdworker vergeben. Es kann daher zwischen zwei Schuldverhältnissen unterschieden werden: das Schuldverhältnis zwischen Crowdworker und Plattform und das Schuldverhältnis zwischen dem Crowdworker und dem Crowdsourcer. Das Rechtsverhältnis zwischen Crowdsourcer und Plattform sei hier außer Betracht gelassen, da es meist keine für den Crowdworker verbindliche und belastbare Vorgaben für die Vergütung des Crowdworkers enthalten wird.<sup>30</sup> **21**

Als Arbeitnehmer wird angesehen, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags einem anderen gegenüber – dem Arbeitgeber – zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (§ 611a BGB).<sup>31</sup> Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zur Selbstständigkeit ist die aus der persönlichen Abhängigkeit folgende Weisungsgebundenheit, die – unterschiedlich intensiv – hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit bestehen kann. Kein Kriterium sind Weisungen, die ihrer Natur nach auch bei Dienst- und Werkvertrag vorkommen, welche also insbesondere nicht die Art der Ausführung, sondern das Ergebnis betreffen (im Werkvertrag beispielsweise auf das zu erstellende Werk bezogene Weisungen). Jedenfalls kommt es nicht auf die Bezeichnung des Vertrages an, sondern letztlich auf die praktische Umsetzung des Vereinbarten (§ 611a Abs. 1 Satz 6 BGB).<sup>32</sup> **22**

#### *a) Verhältnis Crowdworker – Plattform*

Externe Crowdworker bieten über die Crowdsourcing-Plattform den verschiedenen Unternehmen ihre Dienste freiwillig an. Die Crowdworking-Plattform dient hierbei entweder nur als Vermittler der gesuchten Aufgabe oder hat weiterreichende Funktionen, indem sie die zu bearbeitende Aufgabe unterteilt und an verschiedene Crowdworker vergibt. Der Crowdworker schließt seinen Vertrag mit der Plattform.<sup>33</sup> **23**

Bereits in der Auftragsbeschreibung ist die zu erbringende Arbeit vom Crowdsourcer abschließend festgeschrieben, sodass Weisungen auf die konkrete Ar- **24**

30 Zu der Bewertung dieses Rechtsverhältnisses eingehend *Engert*, AcP 2018, 308.

31 Schon vor Inkrafttreten des § 611a BGB am 1.4.2017 etwa aus jüngerer Zeit BAG 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 ff.; statt vieler *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 35.

32 Schon vor Inkrafttreten des § 611a BGB: BAG 14.6.2016, 9 AZR 305/15, BeckRS 2016, 74175.

33 *Benner-Rio Antas*, S. 327.

## Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

beitsausführung entbehrlich sind<sup>34</sup> und auch grundsätzlich unterbleiben. Externes Crowdfunding bringt mit der digitalen Auftragsvergabe und der digitalen Einreichung der bearbeiteten Aufgabe eine örtliche Unabhängigkeit des Crowdfunder mit sich; dieser wird gerade nicht in die Betriebsorganisation des Auftraggebers eingegliedert. Auch steht es dem Crowdfunder frei, über die Annahme des Auftrages zu entscheiden.<sup>35</sup> Der möglicherweise durch den Crowdsourcer oder die Plattform vorgegebene Zeitrahmen führt auch nicht zu einer Weisungsabhängigkeit im oben beschriebenen Sinne. Denn zeitliche Vorgaben für die Durchführung oder den Abschluss eines Auftrages sind gerade typisch für ein Dienst- oder Werkvertragsverhältnis mit einem Selbstständigen.<sup>36</sup> Der Crowdfunder ist folglich im Wesentlichen frei in der Gestaltung seiner Tätigkeit und in der Einteilung seiner Arbeitszeit. Zudem arbeitet der Crowdfunder mit eigenen Arbeitsmitteln.<sup>37</sup> Vertragliche Regelungen, die den Crowdfunder zu zeitlichen, quantitativen oder qualitativen Vorgaben verpflichten, beziehen sich ausschließlich auf das Ergebnis des Arbeitsprozesses und nicht auf diesen selbst.<sup>38</sup> Daher entsteht durch Annahme des Auftrages kein Arbeitsverhältnis,<sup>39</sup> die Vergütung der Crowdfunder unterfällt nicht den Regeln über das Arbeitsentgelt.

- 25 Crowdfunder sind im Verhältnis zur Plattform regelmäßig auch nicht als „arbeitnehmerähnlich“ zu qualifizieren. Hierfür fehlt es den Crowdfundern meist an der wirtschaftlichen Abhängigkeit von einer Plattform; gleiches gilt für die Einordnung der Crowdfunder als Heimarbeiter im Sinne des Heimarbeitsgesetzes.<sup>40</sup> Je nach Art der Aufgabe, mit der der Unternehmer die Crowdfunder betraut, ist das zwischen den Parteien zugrunde liegende Schuldverhältnis als Dienst- oder Werkvertrag einzuordnen.<sup>41</sup> Die Crowdfunder werden demzufolge in den Nutzungsbedingungen der Plattformen regelmäßig als Selbstständige beschrieben.<sup>42</sup>
- 26 Arbeitet ein Crowdfunder hingegen ausschließlich für eine Plattform und dient die Plattform zugleich nicht nur als Vermittlerin von Tätigkeiten, sondern defi-

34 Benner-Däubler, S. 246; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1034.

35 Benner-Rio Antas, S. 327, Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1034.

36 Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1030.

37 Das berichten auch Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035; Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1030.

38 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 38.

39 Schubert, RdA 2018, 200, 203 f.; vgl. auch Krause, NZA-Beilage 2017, 53, 59.

40 Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen, 20 f.; Benner-Däubler, S. 247; Brose, NZS 2017, 7, 13 f.; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1035; Schindele, ArbRAktuell 2015, 363; Schubert, RdA 2018, 200, 204; zur Heimarbeitereigenschaft eines dauerhaft daheim beschäftigten IT-Programmierers bejahend s. BAG 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 ff.

41 So auch Benner-Däubler, S. 247.

42 Benner-Cherry, S. 236.



niert sie die (Teil-)Aufgaben des einzelnen Crowdworkers und gibt detaillierte Weisungen auch in Bezug auf die Zeit der Tätigkeit und kontrolliert den Crowdworker engmaschig, können dies Indizien sein, die für die Eigenschaft des Crowdworkers als Arbeitnehmer sprechen.<sup>43</sup>

*b) Verhältnis Crowdworker – Auftraggeber*

Im Verhältnis zwischen dem Crowdworker und „Auftraggeber“ besteht im Regelfall ebenfalls kein Arbeitsverhältnis. Wird die Crowdwork ohne eine dazwischengeschaltete Crowdworking-Plattform durchgeführt, führt auch dies meist ebenfalls nicht zur Weisungsabhängigkeit des Crowdworkers und dessen Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers. Wie auch bei der Einschaltung der Plattform als Intermediär ist der Crowdworker weder in die Betriebsorganisation des Unternehmens eingebunden, noch gibt der Auftraggeber dem Crowdworker Weisungen in Bezug auf die Arbeitszeit, den Arbeitsort und die Ausführung der Tätigkeit. 27

Natürlich kann auch im Rahmen des Crowdworkings ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis entstehen, wenn dem Crowdworker im Rahmen eines längeren Projekts die langfristige Zusammenarbeit und Einbindung in das Projekt zugesichert wird und zumindest in der Umsetzung der Crowdwork zu einer Eingliederung und Weisungsabhängigkeit des Crowdworkers beiträgt.<sup>44</sup> In Fällen ohne Eingliederung, aber mit dauerhafter Beschäftigung daheim kann auch ein Heimarbeitsverhältnis begründet werden.<sup>45</sup> 28

### 3. AGB-Kontrolle

Die Verträge der Crowdworker mit den Plattformen oder ihren Auftraggebern dürften häufig Standardverträge sein, die der Vertragspartner der Crowdworker für eine Vielzahl von Crowdworkern verwendet. Es handelt sich dann um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Plattform oder des beauftragenden Unternehmens. Gilt für den Formularvertrag deutsches Recht, so unterliegt diese vertragliche Grundlage der Crowdwork der Überprüfung der Vertragsinhalte gemäß §§ 307 ff. BGB. Die Strenge und Tiefe der Prüfung hängt davon ab, ob die beiden Vertragsparteien Unternehmer sind oder ein Verbraucher – eher der Crowdworker als das Unternehmen wird regelmäßig Verbraucher sein – beteiligt ist.<sup>46</sup> 29

43 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032; Kocher/Hensel, NZA 2016, 984, 987.

44 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 40.

45 So in dem Fall des dauerhaft daheim beschäftigten IT-Programmierers in BAG 14.6.2016, 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453 ff.

46 Benner-Däubler, S. 248; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1037.

## Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

### a) Crowdfunder: Verbraucher oder Unternehmer?

- 30** Sind beide Vertragsparteien Unternehmer, gelten verminderte Schutzstandards. Die Inhaltskontrolle wird nur eingeschränkt durchgeführt. Die vertiefte Inhaltskontrolle der §§ 308, 309 BGB findet nicht statt, § 310 Abs. 1 BGB. Ist der Vertragspartner hingegen ein Verbraucher, genießt er bei der Überprüfung der Verträge einen besonderen Schutz. Gemäß § 310 Abs. 3 BGB wird bei Verträgen, die ein Unternehmer mit einem Verbraucher vereinbart, vermutet, dass der Verbraucher auf den Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte, sie für eine mehrmalige Verwendung vorgesehen sind und die Vertragsbedingungen vom Unternehmer gestellt wurden, § 310 Abs. 3 Nr. 1, 2 BGB. Durch diese Regelung wird jede mit einem Verbraucher geschlossene Vereinbarung der Überprüfung der §§ 305 ff. BGB unterstellt. Überdies werden bei der Beurteilung der Inhalte des Vertrages die Umstände des Vertragsschlusses berücksichtigt.
- 31** Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, § 13 BGB. Diese Definition ist weit gefasst. Einen Unternehmer zeichnet umgekehrt aus, dass er bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt, § 14 BGB.
- 32** Maßgebliches Kriterium für die Qualifizierung der Crowdfunder ist daher, ob der Crowdfunder in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Die Rechtsprechung verlangt hierfür, dass planmäßig und dauerhaft entgeltliche Leistungen am Markt angeboten werden.<sup>47</sup> Crowdfunder, die regelmäßig am Markt auftreten, werden meist sowohl planmäßig vorgehen als auch stetig wiederkehrend ihre Leistungen am Markt gegen Entgelt anbieten. Sie sind als Unternehmer, § 14 BGB, einzuordnen. Sind sie hingegen nur gelegentlich am Markt tätig, fehlt es meist wohl an der planmäßigen und auf Dauer angelegten Tätigkeit. Dann werden sie Verbraucher sein.

### b) §§ 307 ff. BGB Inhaltskontrolle

- 33** Im Hinblick auf die Vergütung der Crowdfunder sind insbesondere die (Nutzungs-)Bestimmungen in den Verträgen der Plattformen oder Auftraggeber von Bedeutung. Regelungen sind der Inhaltskontrolle zu unterziehen, wenn sie das Gleichgewicht der Vertragsparteien verändern können. Nicht der Kontrolle der Vorschriften der §§ 307 ff. BGB unterworfen sind gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB die Hauptleistungspflichten, mithin das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.<sup>48</sup>

47 BGH 29.3.2006, VIII ZR 173/05, NJW 2006, 2250; Staudinger-Roth, § 13 BGB Rn. 51.

48 Benner-Däubler, S. 259; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1039.

Gemäß § 305b BGB haben Individualabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hat sich der Crowdworker mit dem Betreiber der Plattform oder seinem „Auftraggeber“ auf eine vom Vertrag abweichende Vergütung geeinigt, geht diese Regelung den vertraglichen Bestimmungen vor. Dies gilt auch, wenn beispielsweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Verträge vorgesehen ist, dass mündliche Vereinbarungen zu ihrer Wirksamkeit stets einer schriftlichen Bestätigung bedürfen.<sup>49</sup> **34**

In Bezug auf den Inhalt der Formularverträge, der zumindest mittelbaren Zusammenhang zur Vergütung hat, ist hier neben den Klauselverböten der §§ 308, 309 ff. BGB insbesondere die Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB von Interesse. Denn § 307 BGB schützt den Vertragspartner vor einer unangemessenen Benachteiligung durch die in den Standardverträgen verwendeten Bestimmungen. Eine unangemessene Benachteiligung kann bestehen, wenn die Klausel nicht klar und verständlich formuliert ist, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung wird insbesondere auch vermutet, wenn die vertragliche Bestimmung vom Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. **35**

Oftmals sehen die Verträge **Änderungsvorbehalte** vor. Diese sind im Hinblick auf die Vergütung zu prüfen. Behält sich beispielsweise der Vertragspartner vor, die Vertragsbedingungen, wie die Handelsspanne des Crowdworkers<sup>50</sup> mit einer Ankündigungsfrist zu verändern, behält er sich mittelbar vor, auch die Vergütung des Crowdworkers zu verändern. Ist der Crowdworker Verbraucher, ist vor derartigen Änderungen stets zu prüfen, inwieweit die Änderung dem Vertragspartner, hier dem Crowdworker, unter Berücksichtigung der Interessen der Plattform oder des beauftragenden Unternehmens zumutbar ist, § 308 Nr. 4 BGB. Ist der Crowdworker hingegen Unternehmer, findet § 308 Nr. 4 BGB keine Anwendung (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Rechtsgedanke ist jedoch auch in der Vertragsbeziehung zwischen zwei Unternehmern im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB heranzuziehen, § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der pauschale Änderungsvorbehalt im Hinblick auf die Veränderung des Entgelts ist schon wegen der bloßen Möglichkeit zur Veränderung der Vergütung unzulässig.<sup>51</sup> **36**

Ist im Einzelfall die Vergütung des Crowdworkers als Auslobung und in Form eines „**Preisauusschreibens**“ ausgestaltet (s. Rn. 83 ff.), unterliegen die Klauseln zur Vergütung ebenfalls der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB. Insoweit ist nicht zu differenzieren, ob der Crowdworker ein Verbraucher oder Unternehmer ist, § 307 Abs. 1 BGB findet in beiden Fällen Anwendung. § 307 Abs. 1 BGB erklärt Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirk- **37**

49 BGH 21.9.2005, XII ZR 312/02, NJW 2006, 138; BAG 20.5.2008, 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233.

50 Benner-Däubler, S. 253.

51 Benner-Däubler, S. 253.

## Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

sam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB konkretisiert dies mit der Bestimmung, eine unangemessene Benachteiligung sei anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

- 38 Im Regelfall wird der Crowdfunder auf Basis eines Werk- oder Dienstvertrages für die Plattform oder im Einzelfall auch direkt für den Auftraggeber tätig. Die Regelung zur Vergütung der Crowdfunder ist mithin mit den Bestimmungen zur Vergütung in Dienst- oder Werkverträgen zu vergleichen und auf Abweichungen hierzu zu untersuchen. Dienstverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass der Dienstleistungserbringer für die erbrachte Arbeit gemäß § 612 BGB vergütet wird, unabhängig davon, ob und wenn ja, zu welchem Ergebnis er gelangte.<sup>52</sup> Auch das Werkvertragsrecht sieht in §§ 631, 632 BGB die Vergütung der erbrachten Werkleistung vor. Ist die Mitwirkung des Bestellers vorgesehen, unterbleibt diese jedoch und gerät der Besteller deshalb in Annahmeverzug, steht dem Werkunternehmer zumindest die Zahlung einer Entschädigung zu, § 642 BGB.
- 39 Wenn im Gegensatz zu diesen beiden Vertragstypen bei der Bezahlung als Preisausschreiben die Vergütung von einer Bedingung abhängig ist, die der Crowdfunder nur bedingt beeinflussen kann, widerspricht dies nach Teilen der Literatur dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung.<sup>53</sup> Danach wäre diese Klausel unwirksam. Gegen diese Betrachtung spricht jedoch, dass die Leistung, die mittels einer Auslobung/eines Preisausschreibens vergütet werden soll, zwar eine Dienst- oder Werkleistung darstellt, die vertragliche Regelung selbst jedoch kein Werk- oder Dienstvertrag ist, sondern eben eine Auslobung oder ein Preisausschreiben.<sup>54</sup> Der Auftraggeber lobt für das beste Arbeitsergebnis einen Preis aus. Im Übrigen dürfte diese Regelung als nähere Bestimmung der Hauptleistungspflicht nicht im Rahmen einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 ff. BGB der gerichtlichen Kontrolle unterfallen.<sup>55</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn in gesetzlichen Vorschriften die Auslobung oder das Preisausschreiben in diesen Konstellationen untersagt wäre.<sup>56</sup> Ansonsten käme die Nichtigkeit der Regelung gemäß § 138 Abs. 1 BGB in Betracht.<sup>57</sup>
- 40 Ferner dürften Klauseln in den Nutzungsbedingungen unwirksam sein, die festlegen, dass auch in Bezug auf die Arbeiten, die nicht vergütet werden, die Nutzungsrechte vollständig an die Plattform übertragen werden. Eine solche Regelung widerspricht dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Diese Klausel

52 Benner-Däubler, S. 254; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1038.

53 Benner-Däubler, S. 255; Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1038.

54 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37, 38.

55 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37, 38.

56 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37, 38.

57 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032, 1038.

seln benachteiligen den Crowdworker unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, 11 UrhG.<sup>58</sup>

Oftmals findet sich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattformen und teilweise der Auftraggeber eine Frist von drei Tagen zur **Nachbesserung**.<sup>59</sup> Die gesetzliche Regelung sieht in § 323 Abs. 1 BGB hingegen die Gewährung einer angemessenen Nachbesserungsfrist vor. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur in den Fällen vorgesehen, in denen die Angelegenheit eilbedürftig ist.<sup>60</sup> In diesen Fällen soll eine Nachbesserungsfrist von drei Tagen angemessen sein.<sup>61</sup> Teilweise wird daher vertreten, dass ein Crowdworker dann unangemessen benachteiligt wird im Sinne des § 307 BGB, wenn keine Eilbedürftigkeit besteht, die Frist zu Nachbesserung jedoch dennoch drei Tage beträgt.<sup>62</sup> Auch hierin liege in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Abweichung vom Grundgedanken der gesetzlichen Regelung.<sup>63</sup> Das wird nicht vollends von der Hand zu weisen sein.

#### 4. § 138 BGB

Aufgrund der grundsätzlich geltenden Privatautonomie in Bezug auf den Crowdfunding-Vertrag werden für einfache Tätigkeiten oft auch niedrige Vergütungen angeboten; auch 5,00 € pro Stunde werden unterschritten. Allerdings werden vermehrt auch leistungs- und ergebnisbezogene Vergütungen angeboten, die höhere Verdienste ermöglichen. Auf die Vergütungsabrede als Regelung der Hauptleistungspflichten findet die AGB-Kontrolle keine Anwendung (s. Rn. 31). Die Privatautonomie findet jedoch ihre Grenze erst in § 138 BGB.<sup>64</sup>

##### a) § 138 Abs. 1 BGB

Nach § 138 Abs. 1 BGB ist ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig. Gegen die guten Sinn wird verstoßen, wenn das Rechtsgeschäft gegen das Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.<sup>65</sup> Dies ist anzunehmen, wenn das Rechtsgeschäft nach seinem aus der Gesamtwürdigung von Zustandekommen, Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Charakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sit-

<sup>58</sup> So auch *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4 ff.

<sup>59</sup> Bericht von Benner-Däubler, S. 255; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032; *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4 ff.

<sup>60</sup> *Staudinger-Schwarze*, § 323 BGB Rn. B64.

<sup>61</sup> Benner-Däubler, S. 255.

<sup>62</sup> Benner-Däubler, S. 255; *Klebe/Neugebauer*, AuR 2014, 4 ff.

<sup>63</sup> Benner-Däubler, S. 255.

<sup>64</sup> Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 1; Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 47.

<sup>65</sup> Statt aller Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 12.

## Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

tenordnung nicht zu vereinbaren ist.<sup>66</sup> Im Rahmen des Crowdfundings kann auch die Vergütungsstruktur auf ihre Sittenwidrigkeit hin zu prüfen sein. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ist hierbei von besonderem Interesse. Der Sittenverstoß bei den Crowdfunding-Verträgen kann sowohl in den Umständen des Zustandekommens dieses Vertrages, als auch in dessen Inhalt begründet sein. Die Sittenwidrigkeit ist im Rahmen einer Gesamtabwägung festzustellen.<sup>67</sup>

- 44 Sittenwidrigkeit kann gegeben sein, wenn die Leistung des Crowdworkers in einem auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung der Plattform oder des Crowdfunders stehen. Die Rechtsprechung bejaht ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, wenn eine Äquivalenzstörung besteht, das heißt, die dem begünstigten Vertragspartner versprochene Leistung höchstens die Hälfte des Wertes der Gegenleistung beträgt.<sup>68</sup> Zuweilen wird als Maßstab genommen, ob sich die Vergütung eines Crowdworkers unterhalb des Mindestlohns bewegt. Für Arbeitsverhältnisse hat das BAG die Sittenwidrigkeit der Entgelthöhe angenommen, wenn 2/3 des orts- und branchenüblichen Entgeltes – meist also des Tarifentgeltes – unterschritten wurden.<sup>69</sup> Eine solche Feststellung mag im Einzelfall ein Indiz für die auf dem **Inhalt des Vertrags** beruhende Sittenwidrigkeit sein. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich die Konstellation eines Crowdworkers meist von der eines Arbeitnehmers unterscheidet, der in Vollzeit einer niedrig bezahlten Tätigkeit nachgeht: Der Arbeitnehmer setzt für dieselbe Vergütung seine volle oder einen erheblichen Teil seiner Arbeitszeit ein, der Crowdworker arbeitet hingegen für den festgesetzten Preis nur eine meist sehr viel kürzere Zeitspanne. Auch das Mindestlohngesetz gilt nicht unmittelbar für Crowdworker, dazu unten. Eine nur ähnliche (und nicht per se selbe) Interessenlage verbietet, die Mindestlohnsätze unmittelbar als Indiz für die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung anzunehmen.<sup>70</sup>
- 45 Zudem reicht das auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung allein nicht aus, um ein Rechtsgeschäft allein wegen seines Inhalts als sittenwidrig zu werten.<sup>71</sup> Es müssten vielmehr noch weitere Aspekte hinzutreten, die gemeinsam mit dem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung die Sittenwidrigkeit begründen.<sup>72</sup> Dies könnte beispielsweise eine Macht- oder Monopolstellung des Crowdfunders oder der Plattform bei Vertragsschluss sein, die derzeit wahr-

66 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 12, 14.

67 Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 271.

68 BGH 12.11.2002, XI ZR 3/01, BB 2003, 221.

69 BAG 19.8.2015, 5 AZR 500/14, NZA 2016, 183 (LS.) = NJOZ 2016, 226; BAG 22.4.2009, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

70 Ähnlich auch Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen, 35.

71 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 18.

72 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 18; Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 271, 275.

scheinlich weder bei einem Crowdsourcer noch bei einer Plattform gegeben sein dürfte.<sup>73</sup>

Die Plattformen und Crowdsourcer haben beim **Zustandekommen des Vertrages** immerhin häufig eine dominante Verhandlungsposition inne. Auch bieten wohl die meisten Crowdworking-Plattformen Aufgaben für bestimmte begrenzte Fachrichtungen an. Dennoch dürfte die ungleiche Verhandlungsposition weniger in monopol- oder oligopolartigen Strukturen begründet liegen, sondern in der nicht oder wenig vorhandenen Organisation der Crowdworker zueinander; bei kleineren Aufgaben dürfte eine Verhandlung von Konditionen für die Crowdworker wohl auch unprofitabel sein. So ist es der Mehrzahl der Plattformbetreiber möglich, die Crowdworker insbesondere für sog. „micro-tasks“ gering zu vergüten. Auch hinsichtlich anderer Vertragskomponenten ist es den Crowdworkern nicht möglich, hierüber zu verhandeln. Der Vertrag der Plattformen wird in aller Regel unverändert Grundlage der Crowdworking-Leistung. **46**

Grundsätzlich sind ungleiche Verhandlungspositionen der Normalfall in der freien Wirtschaft, daher ist es nicht von vorn herein ein Grund, die Sittenwidrigkeit zu bejahen.<sup>74</sup> Die Stärke der Verhandlungsposition führt jedoch stets dann zur Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts, wenn sie bewusst herbeigeführt wurde, um für sich ein unangemessenes, günstiges, in der Gesamtwürdigung für die andere Seite nicht mehr zumutbares Verhandlungsergebnis durchzusetzen.<sup>75</sup> **47**

So ist ein sittenwidriger Missbrauch der Machtstellung zu bejahen, wenn die Machtposition vom Vertragspartner genutzt wird, um gegenüber dem anderen Vertragspartner überhöhte Gegenleistungen durchzusetzen.<sup>76</sup> Ob ein Preis überhöht ist, ist unter Einbeziehung der gesamten Umstände zu beurteilen.<sup>77</sup> Der Preis ist überhöht, wenn er den Preis in vergleichbaren Fällen „nicht unerheblich“ übersteigt.<sup>78</sup> Gleiches muss im umgekehrten Fall auch für eine zu niedrige Vergütung gelten. Der für die Sittenwidrigkeit benötigte Marktpreis als Referenzwert im Rahmen des Crowdworkings ist nicht das Gehalt des Angestellten, sondern der Preis, den ein Selbstständiger auf dem freien Markt erhalten würde.<sup>79</sup> Hier gilt es für die jeweilige Leistung des Crowdworkers Vergleichswerte aus dem freien Markt zu ermitteln. **48**

Darüber hinaus kann im Rahmen der Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der schwächeren Vertragspartei Berücksichtigung finden (s. Rn. 69 ff.). **49**

<sup>73</sup> Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 18.

<sup>74</sup> Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 15.

<sup>75</sup> Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 16.

<sup>76</sup> BGH 26.11.1975, VIII ZR 164/74, WM 1976, 149.

<sup>77</sup> BGH 30.10.1975, KZR 2/75, NJW 1976, 710.

<sup>78</sup> BGH 30.10.1975, KZR 2/75, NJW 1976, 710.

<sup>79</sup> Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 47.

- 50 In Bezug auf die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands des § 138 Abs. 1 BGB muss dem Auftraggeber nicht bewusst sein, dass das Rechtsgeschäft sittenwidrig ist. Es genügt, dass er um die Umstände weiß, die die Sittenwidrigkeit begründen.<sup>80</sup> Aufgrund der Ausschreibung der via Crowdsourcing vergebenen Aufgaben ist den Vertragspartnern der Crowdsourcer neben dem Arbeitsumfang auch die konkrete Vergütungshöhe bewusst. Sie wissen regelmäßig um ihre einseitige Vertragsfestlegungsmacht. Der subjektive Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB dürfte daher relativ häufig gegeben sein, wenn objektiv betrachtet ein sittenwidriges Rechtsgeschäft u. a. wegen deutlich zu niedriger Vergütung gegeben sein sollte.

### *b) § 138 Abs. 2 BGB, Wucher*

- 51 Neben dem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung reicht im Rahmen des § 138 Abs. 2 BGB im Gegensatz zu § 138 Abs. 1 BGB die Kenntnis der Umstände nicht aus. Vielmehr ist erforderlich, dass der Täter in Ausnutzung der Schwäche des Opfers missbräuchlich zur Erzielung übermäßigen Gewinns handelt.<sup>81</sup> Da strenge Anforderungen an den Vorsatz im Sinne des Abs. 2 geknüpft werden,<sup>82</sup> kann dieser nicht ohne Weiteres unterstellt werden. Die grundsätzlich infolge des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung unterstellte verwerfliche Gesinnung reicht im Rahmen des subjektiven Tatbestandes des § 138 Abs. 2 BGB nicht aus.<sup>83</sup> Es bedarf des Ausbeutungsvorsatzes.<sup>84</sup> Unter Ausbeutung wird die bewusste Ausnutzung der Situation des Bewucherten verstanden.<sup>85</sup> Die Absicht ist nicht erforderlich, der Wucherer muss sich jedoch des auffälligen Leistungsmissverhältnisses, der Schwächesituation des Opfers bewusst sein und diese Lage für seine Belange nutzen.<sup>86</sup>
- 52 Fraglich ist insbesondere, ob dem Crowdsourcer die Schwächesituation des Crowdworkers bekannt ist und er diese auch für seine Zwecke nutzen möchte. Wenn dies zwar abstrakt sogar der Fall gewesen sein sollte, so stünde der Crowdworker in einem etwaigen Rechtsstreit vor nicht unerheblichen Beweisproblemen. Doch die Kenntnis der Schwächesituation dürfte im Regelfall nicht einmal vorhanden gewesen sein. Denn grundsätzlich bearbeiten die Crowdworker die auf der Plattform veröffentlichten Aufträge, ohne persönliche Details von sich preiszugeben. Die Betreiber der Plattform haben keine Kenntnis davon, wie

---

80 BGH 27.1.1988, VIII ZR 155/87, NJW 1988, 1373; BGH 5.10.1993, XI ZR 200/92, NJW 1994, 187; Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 19.

81 jurisPK-BGB-Nasall, § 138 BGB Rn. 52; BT-Drs. 7/3341, S. 40.

82 jurisPK-BGB-Nasall, § 138 BGB Rn. 53.

83 jurisPK-BGB-Nasall, § 138 BGB Rn. 54.

84 jurisPK-BGB-Nasall, § 138 BGB Rn. 54.

85 BGH 8.7.1982, III ZR 1/81, NJW 1982, 2767; Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 48.

86 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 48; jurisPK-BGB-Nasall, § 138 BGB Rn. 54.



die persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Crowdworkers aussehen, das heißt, ob er das Crowdfunding nur neben seiner regelmäßigen Arbeit betreibt oder ob er nur von seiner Arbeit als Crowdfunder lebt. Höchstwahrscheinlich wird der Auftraggeber oder der Betreiber der Plattform nur in wenigen Einzelfällen um die persönliche Situation der Crowdfunder wissen. In den meisten Fällen wird daher die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts abzulehnen sein.

*c) Rechtsfolge*

Als Rechtsfolge einer nach § 138 BGB sittenwidrigen und damit nichtigen Vergütungsabrede – insbesondere eines wucherischen Vertrages – wurde in der Vergangenheit im Grundsatz angenommen, das Rechtsgeschäft sei insgesamt nichtig (§ 139 BGB). Der sittenwidrig Handelnde solle sich nicht darauf verlassen können, dass der Vertrag in dem höchstzulässigen Maß aufrechterhalten würde. Daher sei der Vertrag nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln.<sup>87</sup> **53**

Allerdings wurde diese Rechtsfolge nicht konsequent angewendet, insbesondere nicht im Dienstvertrags- und Arbeitsrecht. Hier wurde regelmäßig lediglich eine Teilnichtigkeit angenommen und die nichtige Vergütungsabrede mittels § 612 Abs. 2 BGB durch eine angemessene ersetzt.<sup>88</sup> Auch das Modell des faktischen Arbeitsverhältnisses wurde geschaffen, weil die Rückabwicklung des Arbeitsverhältnisses für inopportun oder gar unmöglich gehalten wurde. In der neueren Literatur wird vermehrt hinterfragt, ob das Verdikt der vollständigen Nichtigkeit überhaupt noch als angemessen zu betrachten ist oder ob dem Zweck der Norm durch eine Teilnichtigkeit nur der Vergütungsabrede nach § 139 BGB besser gedient wäre.<sup>89</sup> **54**

Jedenfalls hinsichtlich des Werkvertragsrechts zeigt sich, dass eine Parallele zum Dienstvertragsrecht mit einer quantitativen Teilnichtigkeitsfolge sachge-rechter wäre.<sup>90</sup> **55**

In vielen Fällen liegen nur Nuancen zwischen der Bewertung eines Vertrages als Dienst- oder Werkvertrag, auch beim Crowdfunding. Die Rückabwicklung in-folge der Nichtigkeit kann insbesondere beim Crowdfunding eine etwaige schlechte finanzielle Situation des Crowdworkers noch weiter vertiefen. In einem solchen Fall würde das Kostenrisiko der Sittenwidrigkeit des Vertrages oder der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ausschließlich auf den Crowfunder verlagert. Aus der vollständigen Nichtigkeit des Crowdfunding-Vertrages folgten für den Crowdsourcer keine finanziellen Nachteile. Er muss zwar die **56**

87 BGH 17.5.1988, VI ZR 233/87, LM Nr. 36 zu BGB § 138; Palandt-Ellenberger, § 138 Rn. 19, statt vieler.

88 Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 500 ff. m. w. N.

89 Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 111.

90 Dazu eingehend Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 111 ff. m. w. N.

## Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

empfangene Leistung herausgeben, dafür ist er aber auch von der Vergütungspflicht entbunden. Der Crowdfunder trägt jedoch das bei Übernahme von stark unternehmensbezogenen Aufgaben bestehende sehr hohe Risiko der Unverwertbarkeit seines Arbeitsergebnisses und somit auch das Risiko der Nichterstattung seiner aufgebrauchten Arbeitszeit und seiner aufgewandten Kosten. Diese Folge ist jedoch unbillig, da gerade derjenige, der gegen die Wertungen der Rechtsordnung handelt, keine nachteiligen Folgen aus der Nichtigkeit des Vertrages erfahren würde. Die Nichtigkeit des Vertrages würde allein den Crowdfunder belasten. Im Falle einer Sittenwidrigkeit eines Crowdfunding-Vertrages – auch, wenn dieser als Werkvertrag zu bewerten sein sollte – dürfte folglich mehr für die Teilnichtigkeit der Vergütungsabrede unter Aufrechterhaltung des Vertrages im Übrigen sprechen. Diskutiert wird, ob die Vergütung in einem solchen Fall auf das marktübliche Maß oder auf ein gerade noch zulässiges Höchst- oder Mindestmaß anzupassen ist.<sup>91</sup> Soweit bei Crowdfunder bereits eine (nicht sittenwidrige) marktübliche Vergütung festzustellen ist, verdient die Anpassung der Vergütung an ein solches Maß den Vorzug. Orientierung könnten in Deutschland mangels tariflicher Regelungen diejenigen Vergütungsregelungen bieten, die diejenigen Crowdfunding-Plattformen anbieten, die den Code of Conduct für Crowdfunding<sup>92</sup> gezeichnet haben und als deren Grundsatz 3 für eine faire Vergütung eintreten.

### 5. § 134 BGB?

- 57** Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nichts Anderes aus dem Gesetz ergibt. Der Anwendungsbereich des § 134 BGB unterscheidet sich vom Anwendungsbereich des § 138 BGB insoweit, als § 134 BGB die Verletzung gesetzlicher Verbote sanktioniert, während § 138 BGB hingegen auch sonstige Verstöße gegen die Rechtsordnung erfasst, die keine Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sind.<sup>93</sup> § 134 BGB geht § 138 Abs. 1 BGB nur vor, soweit der Tatbestand des § 134 BGB bei einem Sittenverstoß erfüllt ist.<sup>94</sup> Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist der Wuchertatbestand des § 291 StGB.
- 58** Gegen § 291 StGB verstößt, wer die Zwangslage eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen. Die Bezahlung eines Crowdfunders mag im Einzelfall den objektiven Tatbestand

91 Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 164 m. w. N.

92 Code of Conduct – Grundsätze für bezahltes Crowdfunding/Crowdfunding, <http://www.crowdsourcing-code.de> (zuletzt aufgerufen am 7.12.2018).

93 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 10.

94 Erman-Arnold, § 138 BGB Rn. 10.

des § 291 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 Nr. 3 StGB erfüllen. Allerdings werden die subjektiven Tatbestandsmerkmale von § 291 StGB in aller Regel nicht erfüllt sein.<sup>95</sup> Gegen § 291 StGB als Verbotsgesetz wird indes nur verstoßen, wenn sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand der Verbotsnorm erfüllt ist.<sup>96</sup> Folglich wird die Vereinbarung über Crowdwork in aller Regel auch nicht nach § 134 BGB unwirksam sein, auch nicht bei niedrigen Vergütungen für „Micro-Tasks“.

## 6. Mindestlohngesetz?

Das Mindestlohngesetz ist nicht auf Crowdworker anwendbar.<sup>97</sup> Denn der Crowdworker ist regelmäßig kein Arbeitnehmer (s. Rn. 24). Zudem knüpft der Mindestlohn an eine nach Zeit (Stunden) bemessene Arbeitsleistung an. Soweit die Vergütung für Crowdwork hingegen an das Ergebnis, nicht an die Zeit anknüpft, würde der Vergleich des Mindestlohnes mit der gezahlten Vergütung kaum durchführbar sein. Im Rahmen von Crowdwork gibt es keine (gesetzliche) Pflicht zur Aufzeichnung der geleisteten Arbeitszeit. **59**

## 7. §§ 19, 20 GWB

Darüber hinaus kann auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als nicht vertragsrechtliche Bestimmung einen rechtlichen Rahmen für die Vergütung der Crowdworker darstellen.<sup>98</sup> In Kapitel 2 des Teils 1 sieht das GWB Vorschriften zur Vorbeugung und gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor. Während § 19 GWB die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung untersagt, verbietet § 20 GWB die missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht gegenüber bestimmten Unternehmen. Die kartellrechtlichen Sanktionen, wie Untersagungs- oder Bußgeldverfahren, oder im Einzelfall die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, können sehr gravierend ausfallen.<sup>99</sup> Im Hinblick auf die regelmäßige Rechtsstellung der Crowdworker als Selbstständige und mithin Kleinunternehmer könnten die Bestimmungen des Kartellgesetzes durchaus einschlägig sein.<sup>100</sup> **60**

Zunächst bedarf es einer marktbeherrschenden Stellung des die Vergütung entrichtenden Unternehmens. Dies kann – je nach Gestaltung – der Auftraggeber **61**

95 S. o. bei § 138 Abs. 2 BGB, es gelten die gleichen Grundsätze hinsichtlich des *dolus eventualis*.

96 Erman-Arnold, § 134 BGB Rn. 14.

97 Im Ergebnis ebenso Klebe/Neugebauer, AuR 2014, 4 ff., siehe auch Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 47.

98 Benner-Däubler, S. 247, 262.

99 Überblick zu den Sanktionen z. B. bei Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann-Loewenheim, § 19 GWB Rn. 113–116.

100 Benner-Däubler, S. 262.

selbst oder die Plattform sein. Der räumlich relevante Markt kann weiter sein als der Geltungsbereich des GWB, § 18 Abs. 2 GWB. Der Tatbestand des § 19 GWB kann daher auch auf Sachverhalte außerhalb Deutschland angewendet werden. Der „Markt“ ist in Abhängigkeit der jeweiligen Gegebenheiten des Crowdfundings zu bestimmen.<sup>101</sup> Ein Ansatz könnte sein, den „Markt“ mithilfe der Sprachgrenzen zu bestimmen<sup>102</sup> oder nach einzelnen Produkten oder Leistungen. Allerdings würde der Markt im Falle eines in englischer Sprache durchgeführten Crowdfundings damit nahezu weltumspannend sein – was angesichts der Reichweite und der Kommunikationsgeschwindigkeit im Internet wohl nicht unrealistisch scheint. Von einer den Markt „beherrschenden“ Stellung eines Unternehmens ist gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB auszugehen, sofern es keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder ein Unternehmen im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat. Eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens wird gemäß § 18 Abs. 4 GWB bei einem Marktanteil von 40 % vermutet. Diese recht hohen Schwellen dürften derzeit bei Crowdfunder wohl kaum durch ein Unternehmen erreicht werden.

- 62** Ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung könnte in Bezug auf das Crowdfunding dann anzunehmen sein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen „Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden“, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Vor diesem Hintergrund scheint derzeit ein unerwünschter Missbrauch kaum denkbar zu sein.
- 63** Das Verbot der Behinderung und Benachteiligung anderer Unternehmen durch marktbeherrschende Unternehmen, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, erstreckt § 20 Abs. 1 GWB auch auf Unternehmen, die lediglich über relative Marktmacht verfügen, d. h. von denen kleinere oder mittlere Unternehmen abhängig sind, da es an ausreichenden oder zumutbaren Möglichkeiten fehlt, auf andere Unternehmen auszuweichen. In der Literatur wird dieser Tatbestand für möglich gehalten, wenn eine Crowdfunding-Plattform beispielsweise die Benutzung der Plattform durch einen bestimmten Crowdfunder ohne Grund ablehnen oder diesen ohne Grund anders als gleichartige Crowdfunder vergüten würde; sie soll dann den Tatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfüllen.<sup>103</sup> Das könnte allerdings allenfalls in Betracht kommen, wenn ein Crowdfunder aufgrund seiner Spezialisierung nur bei einer Plattform tätig sein könnte, was derzeit nicht ersichtlich ist.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> S. auch Benner-Däubler, S. 263.

<sup>102</sup> Benner-Däubler, S. 263.

<sup>103</sup> Benner-Däubler, S. 264.

<sup>104</sup> Dies erkennt Däubler in Benner-Däubler, S. 264, allerdings auch und bezeichnet seine kartellrechtlichen Erwägungen demzufolge als „Vorüberlegungen“.

Aufgrund der kartellrechtlichen Anknüpfung dieser Beschränkung wird das Bundeskartellamt zukünftig seine Tätigkeit auf die Unternehmen, die im Zusammenhang mit Crowdfunding am Markt auftreten, erstrecken müssen. **64**

## 8. § 32 UrhG

Auch § 32 UrhG bildet den rechtlichen Rahmen für die Vergütung der Crowdwor- **65**  
ker.<sup>105</sup> Gemäß § 32 UrhG hat der Urheber, hier der Crowdwor-  
ker, für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch  
auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Soweit die vereinbarte Vergütung  
nicht angemessen ist, kann der Urheber von seinem Vertragspartner die Einwilli-  
gung in die Änderung des Vertrages – mithin Vertragsanpassung<sup>106</sup> – verlangen,  
durch die dem Urheber die angemessene Vergütung gewährt wird, § 32 Abs. 1  
Satz 3 UrhG. Der Vertragspartner kann sich auf eine Vereinbarung, die von § 32  
Abs. 1 UrhG und der angemessenen Vergütung abweicht, nicht berufen, § 32  
Abs. 3 UrhG.

Urheber ist der Schöpfer des Werkes, § 7 UrhG. Zu den geschützten Werken zäh- **66**  
len unter anderem Schriftwerke und Computerprogramme sowie Darstellungen  
wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skiz-  
zen, Tabellen und plastische Darstellungen, § 2 UrhG. Im Hinblick auf geistige  
Schöpfungen der Crowdwor-<sup>107</sup> an denen der Crowdwor-  
ker seinem Vertragspartner die Nutzungsrechte einräumt, beschränkt § 32 UrhG die Gestaltungsfrei-  
heit der Plattformen und Auftraggeber. Räumt der Crowdwor-  
ker seinem Vertragspartner allerdings keine Rechte ein, gilt § 32 UrhG nicht.<sup>108</sup>

Angemessen ist eine Vergütung, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses **67**  
dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräum-  
ten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer und Zeitpunkt der Nutzung,  
unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten  
ist, § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG. Zur Bemessung der üblicher- und redlicherweise  
zu zahlenden Vergütung ist auf die Branche abzustellen. Zu untersuchen ist da-  
bei, welche Vergütung „für die Branche spricht“ und welche Vergütung „von der  
Branche“ geübt wird.<sup>109</sup>

105 Hötte, MMR 2014, 795; Bitkom, Leitfaden Crowdsourcing für Unternehmen, S. 34,  
[www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf](http://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf) (zuletzt abgerufen 7.12.2018).

106 BeckOKUrhR-Soppe, § 32 UrhG Rn. 13.

107 Hötte, MMR 2014, 795; Bitkom, Leitfaden Crowdsourcing für Unternehmen, S. 34,  
[www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf](http://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf) (zuletzt abgerufen 7.12.2018).

108 BeckOKUrhR-Soppe, § 32 UrhG Rn. 7.

109 BeckOKUrhR-Soppe, § 32 UrhG Rn. 58.

- 68 § 32a UrhG legt fest, dass der Crowdfunder daneben einen Anspruch auf über den Vertrag hinausgehende Vergütung hat, wenn die vereinbarte Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen des Vertragspartners steht, wenn dieser das Nutzungsrecht einem Dritten überlassen hat.<sup>110</sup> Dieser Anspruch vermittelt dem Crowdfunder im Nachhinein einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung.<sup>111</sup>

### 9. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

- 69 Neben dem Gesetz hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung den Schutz einer schwächeren Vertragspartei im Rahmen der Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln (insbesondere auch im Rahmen des § 138 BGB) näher ausgestaltet.<sup>112</sup> In gleicher Weise sind die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen im Rahmen der AGB-Kontrolle (insbesondere bei der Auslegung und Anwendung des § 307 BGB) zu berücksichtigen.
- 70 Das Bundesverfassungsgericht stellte klar, dass die Zivilgerichte zur Wahrung des Grundrechts auf Handlungsfreiheit aus Art. 2 GG und der Privatautonomie verpflichtet sind. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts führt es zur Fremdbestimmung einer Vertragspartei, wenn die andere Vertragspartei so ein starkes Übergewicht hat, dass sie die Inhalte des Vertrages faktisch einseitig bestimmen kann.<sup>113</sup>
- 71 Zur Wahrung ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtung haben die Zivilgerichte über die zivilrechtlichen Generalklauseln korrigierend in den Vertrag einzugreifen, wenn der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen ist. Im Rahmen ihrer Vertragsprüfung und Inhaltskontrolle haben die Zivilgerichte daher erst zu klären, ob die eine Vertragspartei stark belastende Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist. Sodann haben sie das Vertragsgleichgewicht und mithin die Handlungsfreiheit mithilfe der Vertragsanpassung wiederherzustellen.

---

110 Hötte, MMR 2014, 795; Bitkom, Leitfaden Crowdsourcing für Unternehmen, S. 35, [www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf](http://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf) (zuletzt abgerufen 7.12.2018).

111 Bitkom, Leitfaden Crowdsourcing für Unternehmen, S. 35, [www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf](http://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Leitfaden/Crowdsourcing/140917-Crowdsourcing.pdf) (abgerufen 31.1.2017).

112 BVerfG 7.2.1990, 1 BvR 26/84, BB 1990, 440; BVerfG 19.10.1993, 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BB 1994, 16.

113 BVerfG 19.10.1993, 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BB 1994, 16.

## IV. Ansatzmöglichkeiten für die Vergütung externen Crowworkings

Die Anknüpfungspunkte für die Vergütung sind ebenso vielfältig wie das Crowdfunding selbst. Bislang hat sich in der Praxis wohl kein einheitliches Vergütungssystem herausgebildet, wohl aber werden Vergütungsarten präferiert. Die Crowdsourcer sind grundsätzlich frei in ihrer Entscheidung darüber, wie sie die für sie arbeitenden Crowdworke vergüten möchten. Meist setzt die Vergütung der Crowdworke an der konkreten Ausgestaltung der ausgeschriebenen Aufgabe an. Die Aufgaben entstammen oftmals den Bereichen Innovation, Entwicklung, Design, Produktion oder auch anderen Bereichen wie der Vertriebskontrolle.<sup>114</sup> **72**

Oftmals werden kleinere, in sich abgeschlossene Tätigkeiten (sogenannte „Micro-Tasks“) an die Crowdworke vergeben. Zu den an die „Crowd“ vergebenen Aufgaben zählen insbesondere Übersetzungen, Vor-Ort- und Web-Recherchen, die Teilnahme an Umfragen, das Verfassen von Texten jedweder Art, wie beispielsweise Produktbeschreibungen, ferner die Kategorisierung von großen Datenmengen oder die Beobachtung von Warenangeboten im Handel.<sup>115</sup> Daneben übernehmen hochqualifizierte Crowdworke auch komplexere „Macro-Tasks“ in Form von Design-, Entwicklungs-, Test- oder Produktionsarbeiten für den Auftraggeber und gestalten Logos, übernehmen die Buchführung oder das Facebook-Marketing oder gestalten die Softwarearchitektur.<sup>116</sup> **73**

Handelt es sich um kleinere, in sich abgeschlossene Aufgaben, wie beispielsweise das Design eines Logos, schreibt der Plattformbetreiber die Aufgabe direkt für den Auftraggeber mit seiner Aufgabenstellung an die „Crowd“ aus. Bei komplexeren Gesamtaufgaben zerlegt entweder der Crowdsourcer die Aufgabe selbst in Teilaufgaben und definiert die Lösungsanforderungen oder der Plattformbetreiber übernimmt diese Tätigkeit für ihn und vergibt die Aufgaben an die Crowdworke. Teilweise fügt der Plattformbetreiber die Teillösungen nach der Einholung der Arbeitsergebnisse wieder zu einem Gesamtkomplex zusammen und spielt diesen an den Auftraggeber zurück. Der Auftraggeber bewertet im Anschluss die Lösungen und vergütet die Crowdworke. **74**

Die folgenden Vergütungsmodelle sind denkbar und lassen sich im Rahmen der Crowdwork feststellen: **75**

<sup>114</sup> S. auch Schaub/Koch, Crowdsourcing.

<sup>115</sup> Z. B. [www.clickworker.de](http://www.clickworker.de); [www.freelancer.de](http://www.freelancer.de); [www.appjobber.de](http://www.appjobber.de).

<sup>116</sup> Z. B. [www.freelancer.de](http://www.freelancer.de).

### 1. Vergütung in Form eines Festpreises

- 76** In der Regel werden die Crowdfunder für die Herbeiführung eines bestimmten Leistungserfolges nach „Stück“ vergütet. Oftmals wird die Vergütung im Vorfeld durch die Festsetzung eines Festpreises bestimmt. Der Festpreis honoriert das Arbeitsergebnis – also die Erledigung einer Aufgabe oder eines Projektes für den Crowdfunder.<sup>117</sup> Das Risiko, für die Erbringung der Leistung eine übermäßig lange Zeit aufwenden zu müssen oder sogar keine Vergütung zu erhalten, liegt, wie beim Werkvertrag üblich, beim Erbringer der Werkleistung.
- 77** Selbstverständlich sind auch Aufgabenstellungen wie beispielsweise die Durchführung von Marketing-Aktivitäten denkbar, bei denen durch den Festpreis nicht der Erfolg, sondern nur die Tätigkeit an sich, das „Werben“, honoriert wird mit der Folge, dass kein Werk-, sondern ein Dienstvertrag geschlossen wird.<sup>118</sup>
- 78** Dies wird unter anderem über die Plattformen Amazon Mechanical Turk oder Freelancer praktiziert.<sup>119</sup> Bei dieser Vergütungsart bleibt die Dauer der Arbeitszeit unberücksichtigt. Je nach Dauer der Bearbeitungszeit der entgegengenommenen Aufgaben hat ein Crowdfunder bei Amazon Mechanical Turk umgerechnet einen Stundenlohn zwischen knapp 4 € und knapp 30 €, im Median knapp 9 €. <sup>120</sup>
- 79** Teilweise, wie beispielsweise bei Amazon Mechanical Turk, können die Auftraggeber auch ohne Angabe von Gründen die von Crowdfundern erarbeiteten Ergebnisse ablehnen. Abgelehnte Aufträge muss der Auftraggeber nicht bezahlen, sodass die erbrachte Leistung des Crowdfunders letztendlich nicht entlohnt wird.<sup>121</sup> Bei diesem Modell wird das Risiko der Wirtschaftlichkeit der jeweiligen Arbeitsleistungen auf den Crowdfunder verlagert.
- 80** Je nach Aufgabenstellung ist es möglich, dass der Auftraggeber für bestimmte Aufgaben nur bestimmte Crowdfunder, beispielsweise eine bestimmte Altersgruppe der Crowdfunder, auswählt, während er für eine andere, oftmals Kreativität fordernde Aufgabe oftmals die gesamte „Crowd“ ansprechen möchte.

---

117 Benner-Strube, S. 79.

118 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37.

119 Leimeister/Zogaj, S. 74 (dort Tabelle 6).

120 Studie der IG Metall und Partnergewerkschaften sowie der Arbeiterkammer Wien, <http://faircrowd.work/de/platform/amazon-mechanical-turk/>, zuletzt aufgerufen am 8.12.2018; von anderen Plattformen werden allerdings auch deutlich niedrigere Vergütungssätze berichtet.

121 Benner-Strube, S. 81.



**2. Zeitbezogene Vergütung**

Gebräuchlich ist auch, den Crowdworkern eine zeitbezogene Vergütung zu gewähren. Im Gegensatz zur Vergütung in Form eines Festpreises wird der Crowdwor- 81  
ker für die für die Erstellung der Werk- oder Dienstleistung aufgewendete Zeit vergütet.

Hierdurch ändert sich an der Einordnung des Schuldverhältnisses vom Crowd- 82  
worker zur Plattform oder dem Auftraggeber als Werkvertrag nichts, solange das zeitbezogene Entgelt weiterhin für die Erbringung eines Leistungserfolges ge-  
währt wird.<sup>122</sup> Es ist auch kein Arbeitsvertrag zum Crowdwor-  
ker abzuschließen.<sup>123</sup> Ein Arbeitsvertrag kommt nur zustande, wenn der Crowdwor-  
ker vertraglich entgeltliche weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher  
Abhängigkeit zusagt und so ausführt (s. Rn. 20 ff.).<sup>124</sup>

**3. Auslobung/„Preis Ausschreiben“**

Schließlich besteht auch die Möglichkeit, die Vergütung der Crowdwor- 83  
ker ähnlich einer Auslobung oder eines „Preis Ausschreibens“ zu gestalten. Charakteris-  
tisch für diese Form der Vergütung ist, dass der Crowdsourcer von allen Crowd-  
workern die Erbringung der Leistung erwartet, jedoch nur derjenige, der das bes-  
te Arbeitsergebnis erzielt hat, die Vergütung oder Auszeichnung erhält.<sup>125</sup> Die  
Letztentscheidung des Auftraggebers über die Vergütung führt dazu, dass diese  
Vergütungsgestaltung als Preis Ausschreiben gemäß § 661 BGB eingeordnet wer-  
den kann.<sup>126</sup>

Um das beste Arbeitsergebnis zu erlangen, wird über die Crowdsourcing-Platt- 84  
form nach fertigen Lösungen oder der Erledigung einer bestimmten Aufgabe ge-  
sucht.<sup>127</sup> Voraussetzung ist, dass für die Herbeiführung eines Erfolges ein Preis  
ausgesetzt und dies öffentlich bekannt gemacht wurde.<sup>128</sup> Die Festlegung einer  
Frist, innerhalb der sich die Bewerber – hier die Crowdwor-  
ker – bewerben können, ist zwingend vorgesehen.<sup>129</sup> Nach Ablauf der Frist prüfen die Preisrichter –  
die Crowdsourcer – anhand der Aufgabenstellung, ob die Crowdwor-  
ker die geforderte Leistung erbracht haben und wie die Leistungserbringung zu gewichten  
ist<sup>130</sup> und teilen mit, wer die Vergütung für die Leistung erhält.

122 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 35, 40.

123 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 36.

124 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 37 ff.

125 Benner-Däubler, S. 244; Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37.

126 Husemann/Wietfeld-Selzer, S. 37.

127 Benner-Däubler, S. 253.

128 *MüArbR-Seiler*, § 661 BGB Rn. 5, 6.

129 *MüArbR-Seiler*, § 661 BGB Rn. 8.

130 Zum Preis Ausschreiben: *MüArbR-Seiler*, § 661 BGB Rn. 8.

## Kap. 12 Vergütung bei Crowdfunding

- 85 Teilweise erhält eine gewisse Anzahl von nachrangigen Mitbewerbern eine abgestufte Vergütung.<sup>131</sup>
- 86 Die Mitteilung der Entscheidung des Unternehmers wird mit ihrer Erklärung wirksam. Die Entscheidung des Unternehmers ist nach § 661 BGB nicht gerichtlich überprüfbar. Sie ist nicht widerruflich, jedoch wohl wegen Täuschung oder Drohung und wegen Irrtums anfechtbar, §§ 123, 119 BGB.<sup>132</sup>
- 87 Bei diesem Vergütungsmodell ist es für einen Crowdfunder höchst ungewiss, ob seine aufgebrachte Leistung überhaupt vergütet wird.

### 4. Preisbestimmung durch den Crowdfunder

- 88 Vereinzelt bieten Crowdfunder ihre Tätigkeiten auch selbst – ohne dass ein Auftrag eines Crowdfunders besteht – auf einer Plattform an.<sup>133</sup> Diese Art des Crowdfundings unterscheidet sich stark von den anderen Formen dieses Phänomens. Während bei der vom Auftraggeber dominierten Form der Crowdwork der Crowdfunder nur auf Anforderung tätig wird, arbeitet er in diesem Modell selbstbestimmt, zunächst unabhängig von einem Auftraggeber. Er bietet seine Arbeitsergebnisse auf der Plattform selbst zu einem von ihm festgelegten Preis an. Es kann sich um einen Festpreis handeln, teilweise erhält der Crowdfunder auch eine Gewinnbeteiligung an den mithilfe seiner Leistung erstellten sowie weiterveräußerten und genutzten Produkten.<sup>134</sup>

## V. Zahlungsweise der Vergütung

- 89 Die Crowdfunder werden in aller Regel nach erfolgreicher Erfüllung ihrer Arbeitsaufgabe und deren Kontrolle und Abnahme durch den Crowdfunder vergütet.<sup>135</sup> Die Zahlungsweise der Vergütung folgt in aller Regel dem Weg der Leistung. Beim unmittelbaren Crowdfunding („direct crowdsourcing“), bei dem der Crowdfunder direkt den Crowdfunder anspricht, zahlt er auch an diesen. Beim in der Praxis noch häufiger auftretenden mittelbaren Crowdfunding („indirect crowdsourcing“) bedient sich der Auftraggeber eines Intermediärs, einer Plattform, die die Aufgabe an die Crowdfunder weitergibt.<sup>136</sup> Meist zahlt der Crowdfunder die Vergütung für die Tätigkeit an die Plattform. Diese leitet das Entgelt teilweise abzüglich eines Anteils für den eigenen Aufwand an den Crowdfunder weiter.<sup>137</sup>

131 *Leimeister/Zogaj*, S. 74 (dort Tabelle 6).

132 Zum Gesamten hinsichtlich des Preisausschreibens: *MüArbR-Seiler*, § 661 BGB Rn. 13, 14.

133 *Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm*, S. 30 (dort Tabelle 2).

134 Zu Spreadshirt: *Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm*, S. 30 (dort Tabelle 2).

135 *Benner-Leimeister/Zogaj/Blohm*, S. 30 (dort Tabelle 2); *Leimeister/Zogaj*, S. 73.

136 *Hötte*, MMR 2014, 795.

137 *Benner-Däubler*, S. 246.

## Kapitel 13

### Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bei der Vergütung

**Schrifttum:** *Adomeit/Mohr*, AGG, 2. Aufl. 2011; *Bachner*, Gleichbehandlung bei freiwilligen Leistungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Konzern, ArbR 2009, 31; *Bauer/Arnold*, Differenzierungsklauseln – Entscheidung des Großen Senats auf der Kippe?, NZA 2009, 1169; *dies.*, Rote Karte für qualifizierte Differenzierungsklauseln, NZA 2011, 945; *Bayreuther*, Vergütungsgestaltung auf dem Prüfstand des nationalen und europäischen Diskriminierungsrechts, in: Maschmann (Hrsg.), Mitarbeitervergütung auf dem Prüfstand, 2007, S. 77; *Breschendorf*, Zweiteilung der Belegschaft. Chancen und Risiken einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Diss., 2008; *Dornbusch/Kasprzyk*, Vergütungsstufen nach Lebensalter, NZA 2009, 1000; *Franzen*, Entgeltsysteme und Gleichbehandlung, RdA 2013, 180; *ders.*, Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, NZA-Beil. 2011, 108; *ders.*, Lohnfindung zwischen Gleichberechtigung und Tarifautonomie, FS Otto Ernst Kempfen, 2013, S. 123; *Forst*, Kollektivvertragsfreiheit versus Verbot der Altersdiskriminierung, EuZA 2012, 225; *Fuhlrott*, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als Anspruchsnorm, ArbR 2015, 141; *Fuhlrott/Hoppe*, Gleichbehandlung in der betrieblichen Praxis – Eine Bestandsaufnahme, ArbR 2011, 32; *Glajcar*, Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung, Diss. 2011; *Greiner*, Die Entscheidung des BAG vom 15.4.2015 zu tarifvertraglichen Stichtagsklauseln, NZA 2016, 10; *Kaiser*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz, Diss. 2012; *Kasprzyk*, Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, Diss. 2014; *Lingemann*, Diskriminierung in Entgeltsystemen – Ende der Anpassung nach oben?, NZA 2014, 827; *Lingemann/Chakrabarti*, Zur Gleichbehandlung von Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen bei der Entgelterhöhung und zum anzustellenden Gesamtvergleich, RdA 2016, 114; *Lobinger/Hartmann*, Einfache Differenzierungsklauseln als Prüfstein interessengerechter Vertragsauslegung, RdA 2010, 235; *Maschmann*, Zur Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion von Sozialplänen, Anm. zu BAG, 17.11.2015, 1 AZR 938/13, AP Nr. 232 zu § 112 BetrVG 1972; *Maschmann/Fritz*, Matrixorganisationen: Gesellschaftsrecht. Arbeitsrecht. Datenschutz, 2019; *G. Reinecke*, Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlungsgebote in der betrieblichen Altersversorgung, insbesondere Unisex, BetrAV 2012, 402; *Richardi*, Gewerkschaftszugehörigkeit als Maßstab für die Verteilungsgerechtigkeit im Betrieb, NZA 2010, 417; *Rolfs/Wessel*, Aktuelle Rechtsprechung und Praxisfragen zur Benachteiligung wegen des Geschlechts, NJW 2009, 3329; *Seel*, Gleichbehandlung am Arbeitsplatz, MDR 2016, 305; *Seitz/Trebeck*, Sonderzahlung – Gleichbehandlung, RdA 2009, 256; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. 2013; *Wiedemann*, Konturen der arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbote, RdA 2015, 298; *Winter*, Diskriminierungsfreie(re) Entgeltgestaltung – leider immer noch ein Prinzip ohne Praxis, FS Heide Pfarr, 2010, S. 320; *Zwanziger*, Das liebe Geld: erlaubte und verbotene Differenzierung, NZA-Beil. 2012, Nr. 4, S. 108.

## Kap. 13 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

### Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Grundlagen	1	c) Unternehmensweite Vergütungsregel	11
1. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbote	1	3. Benachteiligung in vergleichbarer Lage	14
2. Dogmatische Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes	3	4. Sachgrund	19
a) Arbeitsvertragliche Vergütungsregel	3	III. Verbot diskriminierender Vergütungsregelungen	24
b) Tarifliche Vergütungsregel	4	1. Grundsatz	24
c) Betriebliche Vergütungsregel	6	2. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	26
3. Verbot der Benachteiligung	7	a) Grundsatz	26
4. Gerechtfertigte Benachteiligungen	8	b) Geschlecht	27
II. Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Vergütung	9	c) Alter	28
1. Anwendungsbereich	9	3. Staatsangehörigkeit	34
a) Allgemeine Vergütungsregel des Arbeitgebers	9	4. Gewerkschaftszugehörigkeit	35
b) Eigene Vergütungsregel des Arbeitgebers	10	5. Teilzeitarbeit	37
		6. Befristete Beschäftigung	42
		7. Betriebsratsarbeit	45
		IV. Rechtsfolgen unzulässig benachteiligender Vergütungsregelungen	46

## I. Grundlagen

### 1. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbote

- In der Gestaltung ihrer Vergütung sind die Parteien eines Arbeitsvertrags in den Grenzen der zwingenden gesetzlichen, tariflichen und betrieblichen Vorschriften frei (§ 105 GewO). Allerdings darf ihre Regelung niemanden benachteiligen, wenn es hierfür keinen Rechtfertigungsgrund gibt. Dieses Benachteiligungsverbot erscheint in zwei Formen. Der **allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz** verbietet es dem Arbeitgeber, bei einer von ihm selbst aufgestellten Vergütungsregel einzelne Mitarbeiter oder Gruppen von Arbeitnehmern willkürlich schlechter zu behandeln als andere Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage.<sup>1</sup> Gewährt er der gesamten Belegschaft ein Weihnachtsgeld, darf er Vorarbeiter X oder Abteilung Y davon nicht ohne sachlichen Grund ausnehmen. Das **Diskriminierungsverbot** untersagt es ihm, eine Vergütung aus Gründen ganz oder teilweise zu verwehren, die die Rechtsordnung nicht zulässt. Das wäre etwa der Fall, wenn er dem Vorarbeiter X kein Weihnachtsgeld gewährt, weil er sich über

1 BAG 21.5.2014, 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115, 117; BAG 3.9.2014, 5 AZR 6/13, NZA 2015, 222, 223 m. w. N.; BAG 9.6.2016, 6 AZR 321/15, NJOZ 2016, 1545, 1546.