

## Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

### Entgeltliche Arbeitsfreistellung für das Aufsichtsratsamt und Kollision mit dem Betriebsratsamt

Von Rechtsanwalt Dr. Andreas Schönhöft und Rechtsanwalt. Nabil Oelze, LL. M.\*

**Der Gesetzgeber gibt Arbeitnehmern viele Möglichkeiten zur Hand, die Geschicke ihrer Arbeitgeber mitzulenken – ein besonderes Instrument der Einflussnahme ist die Mitbestimmung. Eine spezielle Bedeutung kommt hier neben der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Möglichkeit der Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat zu.**

#### I. Einleitung

Bei der unternehmerischen Mitbestimmung handelt es sich um die institutionelle Teilhabe der Arbeitnehmer(-vertreter) am Willensbildungs- und Entscheidungsprozess im Unternehmen oder Betrieb nach dem Aktiengesetz bzw. Mitbestimmungs- oder Drittelbeteiligungsgesetz. Mit der Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat ergeben sich rechtliche Fragestellungen, die weder eindeutig im Gesetz beantwortet werden, noch bis heute höchstrichterlich entschieden wurden. Insbesondere die Frage, ob Arbeitnehmer ihre Tätigkeit für den Aufsichtsrat während der Arbeitszeit unter Entgeltfortzahlung erbringen dürfen oder dem Arbeitnehmer lediglich ein unbezahlter Freistellungsanspruch zusteht, ist ungeklärt und führt in der Praxis häufig zu Unsicherheiten. Die Meinungen in der Literatur sind insbesondere hinsichtlich eines möglichen Entgeltanspruchs heftig umstritten, wobei sich eine tatsächliche herrschende Meinung aus Sicht der Verfasser bis heute nicht herausgebildet hat. Der folgende Beitrag durchleuchtet die unterschiedlichen Meinungen und gibt eine klare Handlungsempfehlung für die betroffenen Unternehmen. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die in der Praxis häufig vorkommende Konstellation von Betriebsräten als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gelegt werden.

#### II. Das Aufsichtsratsamt

Der Aufsichtsrat als zusätzliches Organ in einer Gesellschaft ist nur bei der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien zwingend, wobei sich die Verpflichtung zur Errichtung direkt aus dem Aktiengesetz, §§ 95–116 AktG, ergibt. Bei der GmbH steht es grundsätzlich im Ermessen der Gesellschafter, ob sie einen Aufsichtsrat (fakultativ) bilden möchten, es sei denn, das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) oder das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) schreibt auch hier die Bildung zwingend vor. Dabei werden die Regelungen der §§ 95 ff. AktG je nach Größe des Unternehmens durch das Drittelbeteiligungsgesetz oder das Mitbestimmungsgesetz ergänzt. In Unternehmen, die unter den Anwendungsbereich eines dieser Gesetze fallen, ist die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats verpflichtend, d.h. sowohl die Arbeitnehmer als auch die Kapitaleigner entsenden jeweils die Hälfte an Aufsichtsratsmitgliedern in das Kontrollgremium.

##### 1. Rechtsverhältnis des Aufsichtsratsamts

Auf welcher Grundlage die Entsendung der Arbeitnehmervertreter in den paritätisch besetzten Aufsichtsrat erfolgt (AktG, MitbestG oder DrittelbG), ist für die Bewertung des Rechtsverhältnisses unbeachtlich. Die Wahl in den Aufsichtsrat sowie die in der Regel damit einhergehende Annahme der Wahl begründen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Unternehmen ein parallel zum Arbeitsverhältnis bestehendes eigenständiges Rechtsverhältnis, wobei die Pflichten hieraus nebeneinander zu erfüllen sind.<sup>1</sup> Die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag bleiben grundsätzlich neben dem Aufsichtsratsamt

weiterhin in vollem Umfang bestehen. Das Aufsichtsratsmitglied muss daher die Tätigkeit für den Aufsichtsrat im Rahmen seiner Möglichkeiten und im Bereich des Zumutbaren außerhalb der Arbeitszeit erledigen.<sup>2</sup> Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, eine strikte Trennung zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen durchzuführen. Dies führt dazu, dass eine Tätigkeit für das eine Rechtsverhältnis grundsätzlich nicht während der Arbeitszeit für das andere Rechtsverhältnis stattfinden darf. Kommt es zu einer Kollision der Pflichten aus den beiden Rechtsverhältnissen, geht grundsätzlich die Ausübung des Aufsichtsratsamts nach § 26 S. 1 MitbestG bzw. § 9 DrittelbG der Erfüllung der Arbeitspflicht vor.<sup>3</sup> Aus dem in § 26 S. 1 MitbestG bzw. § 9 DrittelbG normierten Benachteiligungsverbot vor Arbeitnehmern im Aufsichtsrat folgt, dass Arbeitnehmer in ihrer Ausübung von Aufsichtsratsaktivitäten nicht gestört oder behindert werden dürfen. Demnach müssen Arbeitnehmer zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsratsaktivität für die erforderliche

Schönhöft/Oelze: Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (NZA 2016, 145)

146 

che Zeit von der Arbeitspflicht durch den Arbeitgeber freigestellt werden.<sup>4</sup> Der Umfang des Freistellungsanspruchs bemisst sich anhand der Frage, ob der Arbeitnehmer nach seinem pflichtgemäßen Ermessen aus subjektiver Sicht eine Ausübung des Aufsichtsratsamts und damit eine Notwendigkeit der Arbeitsversäumnis auf Grund der objektiven konkreten Verhältnisse zur Wahrung seiner Aufgaben als Aufsichtsratsmitglied für notwendig erachten durfte.<sup>5</sup> Auf Grund der Trennung beider Rechtsverhältnisse ist der Zeitaufwand für die Aufsichtsratsaktivität jedoch keine den Arbeitsvertrag erfüllende Arbeitszeit des Arbeitnehmers. Von der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freistellung des Arbeitnehmers zur Ausübung seines Aufsichtsratsamts, ist die Frage zu trennen, ob dem Arbeitnehmer für die Tätigkeit ein Anspruch aus Entgeltfortzahlung oder anderweitiger Kompensation gegen den Arbeitgeber zusteht.

## 2. Anspruch auf entgeltliche Arbeitsfreistellung

### a) Meinungsstand

Zunächst ist festzustellen, dass ein gesetzlich normierter Anspruch auf eine entgeltliche Arbeitsfreistellung zur Erfüllung der Aufsichtsratspflichten – wie man es aus § 37 II BetrVG kennt – nicht existiert.<sup>6</sup> Ob trotz der fehlenden gesetzlichen Anordnung ein Anspruch auf entgeltliche Arbeitsfreistellung besteht, ist umstritten. Eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu existiert nicht. Einzelne Befürworter sehen einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus Gründen der Gleichbehandlung mit Vertretern der Kapitaleseite im Aufsichtsrat und zwischen arbeitszeiterfassenden und diese nicht erfassenden Arbeitnehmergruppen als zwingend an.<sup>7</sup> Eine andere Meinung möchte einen Entgeltanspruch mit der Begründung bejahen, dass dies den Zielen des § 26 MitbestG am ehesten entsprechen würde und etwaige Diskriminierungsgefahren, die mit einer Entgeltminderung einhergingen, verhindert würden.<sup>8</sup> Soweit es sich bei den Arbeitnehmern im Aufsichtsrat um Betriebsräte handelt, wird ein Entgeltanspruch auch mit einer Analogie zu § 37 II BetrVG begründet, der eine Entgeltminderung bei Betriebsräten verbietet, sofern diese von ihrer Arbeitspflicht zur ordnungsgemäßen Durchführung von Betriebsratsaktivität freigestellt wurden.<sup>9</sup>

### b) Stellungnahme

Die Meinungen, die eine Verpflichtung zur entgeltlichen Arbeitsfreistellung verlangen, finden im Gesetz keine Stütze und überzeugen auch argumentativ nicht. Sie liefern keine rechtsdogmatisch haltbare Begründung für einen Entgeltfortzahlungsanspruch. Arbeitnehmer im Aufsichtsrat erfüllen während der Tätigkeit im Aufsichtsrat zweifelsfrei nicht die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Verpflichtungen. Besonders augenfällig wird dies, wenn die Aufsichtsratsaktivität nicht beim Vertragsarbeitgeber des Arbeitnehmers, sondern bei der Konzernmutter ausgeübt wird. Wie bereits erläutert, handelt es sich

bei dem Aufsichtsratsamt um ein vom dem Arbeitsverhältnis zu trennendes Rechtsverhältnis. Erfüllt der Arbeitnehmer nicht seine sich aus § 611 BGB ergebende Arbeitspflicht, entfällt der Vergütungsanspruch. Eine Ausnahme, wie die des Annahmeverzugs durch den Arbeitgeber nach § 615 S. 1 BGB, liegt nicht vor. Ebenfalls unanwendbar sind die Regelungen des § 615 S. 3 BGB, die den Annahmeverzug als Fall des Betriebsrisikos regeln. Weder bietet ein Arbeitnehmer, der ein Aufsichtsratsamt ausübt, seine Arbeitsleistung dem Arbeitgeber an, noch wird der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber aus betriebstechnischen Gründen oder auf Grund höherer Gewalt nicht beschäftigt. Die Aufsichtsrats Tätigkeit ist allein dem gesetzlichen Konzept der Unternehmensmitbestimmung entlehnt, wohingegen die Regelungen aus § 615 BGB zu dem Zweck eingeführt wurden, dem Arbeitnehmer bei betriebsbedingten Störungen im Arbeitsablauf seinen Entgeltanspruch zu erhalten. Eine analoge Vermischung dieser völlig unterschiedlichen Ansätze verbietet sich deshalb.<sup>10</sup> Liegt wie hier vielmehr eine Kollision von Rechtsverhältnissen und ein damit einhergehender gesetzlich normierter Vorrang der Aufsichtsrats Tätigkeit vor, ist der Arbeitnehmer gem. § 275 I BGB von seiner Arbeitspflicht aus der Hauptbeschäftigung befreit. Konsequenterweise entfällt mit der Pflicht zur Arbeitsableistung gem. § 326 I BGB der Anspruch auf das arbeitsvertragliche Entgelt.<sup>11</sup> Auf die Einführung einer entsprechenden Regelung, wie sie in § 37 II BetrVG zu finden ist, hat der Gesetzgeber offensichtlich bewusst verzichtet. Vielmehr hat er nur partiell Regelungen, die ihm aus dem Betriebsverfassungsgesetz bekannt waren, übernommen. Beispielhaft sei hier der § 37 BetrVG genannt, aus dessen Bestimmungen nur die Absicherung der beruflichen Entwicklung in den § 26 MitbestG aufgenommen wurde. Eine planwidrige Regelungslücke ist somit nicht erkennbar.<sup>12</sup> Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 26 MitbestG und § 79 DrittelbG, bei denen es sich in erster Linie um einen Diskriminierungsschutz für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat handelt. Eine Entgeltminderung pauschal mit einer Diskriminierung gleichzusetzen, greift zu kurz. Eine Diskriminierung kann nur dann eintreten, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Stellung als Aufsichtsrat benachteiligt wird. Wie dargelegt, sind die beiden Rechtsverhältnisse strikt voneinander zu trennen, auch wenn in der Regel die gleichen Vertragsparteien beteiligt sind. Eine Kürzung der Vergütung des Arbeitnehmers im Aufsichtsrat erfolgt dementsprechend nicht auf Grund der Ausübung des Aufsichtsratsamtes, sondern auf Grund der nicht vollständigen Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten. Hierfür spricht auch, dass der Gesetzgeber Zahlungen für die Aufsichtsrats Tätigkeit nicht dem nichtselbstständigen Arbeitsverhältnis beim Arbeitgeber zuweist, sondern die Vergütungen ausdrücklich abweichend vom Arbeitsverhältnis einer selbstständigen und sozialversicherungsfreien Tätigkeit nach § 18 I Nr. 3 EStG, § 15 I SGB IV zuordnet. Letztlich spricht für dieses Ergebnis auch ein Blick auf die Stellung des Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Das Aufsichtsratsmandat verlangt mit Blick auf das Aktien- und Mitbestimmungsrecht eine Gleichberechtigung aller Aufsichtsratsmitglieder, unabhängig davon, ob sie als Vertreter der Anteilseigner oder der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat tätig sind.<sup>13</sup> Soweit man nun den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zusätzlich zu einer in der Praxis regelmäßigen Vergütung für das Aufsichtsratsamt die Fortzahlung der Vergütung aus dem Arbeitsverhältnis während der Aufsichtsrats Tätigkeit gewährt, liegt hierin eine Bevorzugung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gegenüber

Schönhöft/Oelze: Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (NZA 2016, 145)

147 

den Vertretern der Anteilseigner. Eine Fortzahlung des Arbeitsentgelts für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat für den Zeitraum der Aufsichtsrats Tätigkeit wäre demnach sogar nach dem Aktien- und Mitbestimmungsrecht unzulässig, nähere Ausführungen hierzu sogleich. Gleiches gilt, wenn in den betroffenen Unternehmen Arbeitsfreistellung über Arbeitszeitkonten abgebildet wird. Baut der Arbeitnehmer alleine auf Grund der Wahrnehmung von Aufsichtsrats Tätigkeit Minusstunden auf, sind diese in der Folge daher nachzuarbeiten, wenn der Arbeitnehmer zum regelmäßig vereinbarten Stichtag einen Entgeltabzug vermeiden möchte.

Dieses Ergebnis wird auch durch das Aktien- und Mitbestimmungsrecht gestützt. Eine zusätzliche Zahlung zum Ausgleich des Arbeitsentgeltverlustes stellt nach der Unternehmensmitbestimmung einen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat dar. § 9 DrittelbG verbietet explizit eine Begünstigung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat. In Unternehmen unter dem Anwendungsbereich des Drittelbeteiligungsgesetzes würde eine zusätzliche Entgeltfortzahlung unter gleichzeitigem Bezug von Aufsichtsratsvergütungen gegen das gesetzliche Verbot der Besserstellung der Arbeitnehmervertreter verstoßen. Die zusätzliche Fortzahlung der Arbeitsvergütung an Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wäre regelmäßig schon mangels der Möglichkeit, eine solche gleichermaßen Vertretern der Anteilseigner zu gewähren, die nicht dem mitbestimmten Unternehmen angehören, praktisch ausgeschlossen. Den Vertretern der Anteilseigner könnte daher nur ein entsprechender Ersatz gewährt werden. Gleiches gilt nach dem Mitbestimmungsgesetz, auch wenn dieses ein solches Begünstigungsverbot nicht explizit nennt. Der Gesetzgeber hat auf die Aufnahme eines solchen Begünstigungsverbot im Mitbestimmungsgesetz verzichtet, um beispielsweise Höhergruppierungen oder die Übertragung von höherwertigen Positionen an Aufsichtsratsmitglieder zu ermöglichen.<sup>14</sup> Unabhängig davon gilt im Aktien- und Mitbestimmungsrecht eine generelle Verpflichtung zur Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder, es sei denn, die unterschiedlichen Zuwendungen sind funktions- oder aufgabenbezogen gerechtfertigt.<sup>15</sup> Trotz fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Normierung dürfen Aufsichtsratsmitglieder daher untereinander nicht diskriminiert werden. Eine zusätzliche Zahlung an die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat in Form der Fortzahlung der Vergütung verstößt deshalb auch gegen das im Aktien- und Mitbestimmungsrecht geltende Gleichbehandlungsgebot.<sup>16</sup>

Schließlich spricht für die Verpflichtung zur Gleichbehandlung auch die Praxis. Regelmäßig sind die als Vertreter in den Aufsichtsrat entsandten Arbeitnehmer gleichzeitig Betriebsratsmitglieder und als solche sogar oftmals nach § 38 BetrVG freigestellt. Die in der Literatur vereinzelt geforderte Pflicht zur Weiterzahlung des Gehalts<sup>17</sup> muss bei einem Betriebsrat daher sogar nicht unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Begünstigung nach § 119 BetrVG geprüft werden. Nach § 119 BetrVG darf ein Betriebsratsmitglied nicht alleine deshalb begünstigt werden, weil er das Betriebsratsamt innehat. Für die Bewertung einer möglichen Begünstigung des Aufsichtsratsmitglieds, welches gleichzeitig Betriebsratsmitglied ist, kommt es auch nicht darauf an, ob die Weiterzahlung der Vergütung allen Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat gewährt wird. Vergleichsmaßstab einer Begünstigung kann nur der Maßstab aller Arbeitnehmer des Unternehmens sein, die regelmäßig keine Vergütung für Tätigkeiten außerhalb ihres Arbeitsverhältnisses ohne Arbeit erhalten werden.<sup>18</sup> Anderenfalls hinge die Frage der Begünstigung von der Zufälligkeit ab, ob im Aufsichtsrat auch ein Arbeitnehmer gewählt wurde, der kein Betriebsratsamt innehat. Auch wenn im Aufsichtsratsamt ein sachlicher Grund für die Bevorzugung eines einzelnen Arbeitnehmers im Vergleich zu den anderen Arbeitnehmern im Unternehmen, die nicht dem Aufsichtsrat angehören, liegt, stellt sich die Frage, ob dies auch für Betriebsräte gelten kann. Ein Betriebsrat darf nach der gesetzlichen Regelung des § 78 BetrVG gegenüber anderen Arbeitnehmern im Unternehmen nicht bevorzugt werden. Daran ändert sich auch nichts, wenn er gleichzeitig ein Aufsichtsratsamt wahrnimmt. Die Spannung zwischen dem gesetzlichen Verbot der Begünstigung nach § 78 BetrVG und der Verpflichtungen aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz innerhalb der Gruppe der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat muss zu Gunsten des gesetzlichen Begünstigungsverbot aufgelöst werden. Während sich die Verpflichtung zur Gleichbehandlung wie dargelegt innerhalb der Aufsichtsräte aus dem Aktien- und Mitbestimmungsrecht ergibt, folgt das Begünstigungsverbot unmittelbar aus § 78 BetrVG. Aus diesem Grund würde der Entgeltfortzahlung eines Betriebsrats während seiner Aufsichtsrats Tätigkeit bereits das Begünstigungsverbot nach § 78 BetrVG entgegenstehen.

Selbst wenn man einen unmittelbaren Verstoß gegen § 78 BetrVG nicht annehmen will, so kann doch jede Gewährung eines Vorteils durch den Arbeitgeber, der sich primär auf das Verhältnis zum Arbeitnehmer als Aufsichtsrat bezieht, mittelbar auch auf das Betriebsratsverhältnis ausstrahlen.<sup>19</sup> Auf

Grund der Ausstrahlungswirkung der Vergütungen als Aufsichtsrat auf das Betriebsratsamt besteht die Gefahr der Beeinflussung des Mitbestimmungsprozesses. Vergütungen von Betriebsräten im Aufsichtsrat dürfen daher in keinem Fall das Maß an Bedeutung entfalten, dass die Integrität als Betriebsrat gefährdet ist.<sup>20</sup> Auch darf die Höhe der Vergütung nicht die der Vertreter der Anteilseigner überschreiten.<sup>21</sup> Soweit man die Entgeltzahlung für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, die gleichzeitig ein Betriebsratsamt innehaben, verlangt, kann zumindest mittelbar ein Verstoß gegen § 78 BetrVG vorliegen. Die in der Praxis üblicherweise bestehende Verflechtung zwischen Aufsichtsrats- und Betriebsratsamt spricht daher ebenfalls gegen eine Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers. Darüber hinaus liegt ein über § 119 BetrVG sanktioniertes Verbot der Entgeltzahlung bei Arbeitnehmervertretern vor, soweit diese nicht auch gleichzeitig den Vertretern der Anteilseigner gewährt wird. Eine Entgeltzahlung bzw. ein entsprechender Ersatz für die Vertreter der Anteilseigner wird in der Praxis aber kaum zu finden sein.

### c) Kein Sonderfall bei freigestellten Betriebsräten

Etwas anderes gilt auch nicht bei freigestellten Betriebsräten nach § 38 BetrVG. Gerade im Fall der freigestellten Betriebsratsmitglieder kann auf den ersten Blick keine Kollision zwischen Aufsichtsratsamt und Arbeitsverhältnis eintreten. Das

Schönhöft/Oelze: Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (NZA 2016, 145)

148 

freigestellte Betriebsratsmitglied unterliegt in seiner Leistungserbringungspflicht keinen zeitlichen Verpflichtungen. Sollten Aufsichtsratsstätigkeiten in den regelmäßigen Zeitraum der betrieblichen Arbeitszeit fallen, so kann der Arbeitnehmer seine Betriebsratsstätigkeit in der Regel auch zu einem späteren Zeitpunkt erbringen. Darüber hinaus erhält das freigestellte Betriebsratsmitglied ein verstetigtes Gehalt, welches unabhängig des Leistungszeitpunktes vom Arbeitgeber gezahlt wird. Allerdings gilt auch in diesen Fällen die Verpflichtung des Arbeitnehmers, die beiden Rechtsverhältnisse eindeutig zu trennen. Verständlich wird dies bei einem freigestellten Betriebsratsmitglied, das nach wie vor seine Arbeitszeit dokumentiert.<sup>22</sup> Auch hier gilt, dass die für die Aufsichtsratsstätigkeit aufgewendete Zeit außerhalb der Arbeitszeit bzw. eine dementsprechende Kürzung der Vergütung vorzunehmen werden muss. Gleiches muss daher auch dann gelten, wenn die Arbeitszeit durch das freigestellte Betriebsratsmitglied nicht erfasst wird.

### 3. Anspruch auf Kompensation des Arbeitsentgeltverlustes

Wenn sich ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltzahlung während der Aufsichtsratsstätigkeit nicht aus dem Arbeitsvertragsverhältnis ergibt, könnten sich Ansprüche des Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gegen seinen Vertragspartner für das Aufsichtsratsamt auf Kompensation aus § 26 MitbestG und § 79 DrittelbG ergeben. Solche Kompensationszahlung würde dann für die Ausübung des Aufsichtsratsamts erfolgen und müsste als selbstständige und sozialversicherungsfreie Tätigkeit nach §§ 18 I Nr. 3 EStG § 15 I SGB IV gezahlt werden. § 26 S. 2 MitbestG ist nach herrschender Meinung<sup>23</sup> ein Schutzgesetz iSd § 823 II BGB. Anspruchsgegner könnte im Fall eines Aufsichtsratsamts bei Vertragsarbeitgebern der Arbeitgeber, bei Aufsichtsratsämtern in einer Konzerngesellschaft auch diese sein. Der mögliche Ausgleich einer Benachteiligung des Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wäre dann dem geschänderten Rechtsverhältnis des Aufsichtsratsamtes zuzuordnen. Dies könnte man annehmen, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat insgesamt weniger Vergütung erhält, als er ohne die Wahrnehmung dieser Tätigkeit erhalten würde. Dieser Argumentation folgend wird in Teilen der Literatur eine Kompensationspflicht davon abhängig gemacht, ob die Aufsichtsratsvergütung die Verluste an Arbeitsvergütung ausgleicht.<sup>24</sup> Im Regelfall erhalten die Mitglieder eines Aufsichtsrats sowohl ein Sitzungsgeld als auch eine jährliche Entschädigung für die Mühewaltung. Die Studie „Aufsichtsratsvergütung DAX 2012“ der Unternehmensberatung *Hostettler, Kramarsch & Partner* analysierte in den Jahren 2005–2012 die Aufsichtsratsvergütung der

Unternehmen des DAX, MDAX, SDAX und TecDAX. Demnach lag die durchschnittliche Vergütung eines ordentlichen DAX-Aufsichtsratsmitgliedes bei ca. 135.000 Euro im Jahr. Laut einer Studie der Unternehmensberatung Hay Group (Analyse von 390 Unternehmen in 12 europäischen Ländern) lag die Vergütung eines Aufsichtsratsmitglieds in Deutschland im Jahre 2012 bei 115.000 Euro.<sup>25</sup> Die durch den Aufsichtsrat selbst festzulegende Entschädigung wird regelmäßig in der Praxis angepasst und betragsmäßig die Entgeltverluste des Aufsichtsratsmitglieds mehr als ausgleichen. Insoweit würden in den überwiegenden Fällen der Praxis die Entgeltkürzungen in den Arbeitsverhältnissen und die damit einhergehende Befürchtung der Benachteiligung der Arbeitnehmervertreter durch Vergütungszahlungen im Aufsichtsratsamt kompensiert. Im Gegenschluss würde im Falle des Nichtbestehens einer derartigen Vergütung oder falls diese keinen angemessenen Ausgleich schafft, ein Ersatzanspruch des Arbeitnehmervertreters gegen das Unternehmen, in dem er im Aufsichtsrat tätig ist, auf Grund § 26 S. 2 MitbestG bzw. § 9 DrittelbG bestehen. Im Falle eines Ersatzanspruchs bestünde ein Vermögensnachteil im Arbeitsverhältnis, welcher alleine in der Wahrnehmung der Aufsichtsrats Tätigkeit begründet liegt.<sup>26</sup> Ein solcher Nachteil liegt aber nicht schon bei einer in der Praxis nicht seltenen Verpflichtung des Arbeitnehmervertreters, seine Aufsichtsratsvergütung ganz oder in Teilen an gewerkschaftliche oder gemeinnützige Stellen abzutreten, vor.<sup>27</sup> Solche einzelvertraglichen Verpflichtungen haben bei der Prüfung der Ausgleichspflicht unberücksichtigt zu bleiben, da diese nicht vom Unternehmen veranlasst sind.<sup>28</sup> Auch eine mögliche geringere Einzahlung in die Sozialversicherung durch die Kürzung des Arbeitsentgelts begründet keinen Nachteil, da Sozialversicherungsleistungen als immanenter Bestandteil der Vergütung von einem Entgeltanspruch abhängig sind, welcher regelmäßig nicht gegeben ist. Ferner ist auch ein möglicher finanzieller Verlust der Sozialversicherungsleistungen auf Grund seiner geringen Höhe in der Regel durch die Aufsichtsratsvergütung abgedeckt. Die Prüfung, ob die gewährte Aufsichtsratsvergütung ausreichend ist, kann daher nur aus der Retrospektive erfolgen.

Differenzierend soll aber nach einer Meinung die Aufsichtsratsvergütung nur dann auf die Entgeltkürzung aus dem Arbeitsverhältnis angerechnet werden können, wenn sich der Anteil der mit der Aufsichtsratsvergütung gewährten Kompensation für den Verlust des Arbeitsentgeltes betragsmäßig beziffern lässt.<sup>29</sup> Begründet wird dies damit, dass die Aufsichtsratsvergütung nicht in erster Linie dafür gezahlt werde, etwaige Entgeltverluste zu kompensieren, weshalb eine Kürzung stets als Diskriminierung anzusehen sei.<sup>30</sup> Übersehen wird bei dieser Meinung, dass die Aufsichtsratsvergütung im Zweifel immer für den Aufwand und die Bereitschaft zur Ausübung des Aufsichtsratsamtes gezahlt wird und dies denknötwendig immer auch Ausgleich für eine entgangene Vergütung und den Zeitaufwand beinhaltet.<sup>31</sup> Anders ließe sich auch die Zahlung an die Vertreter der Anteilseigner, die nicht bei dem mitbestimmten Unternehmen beschäftigt sind, nicht begründen. Die Zahlungen erfolgen für den Einsatz und Zeitaufwand und den damit verbundenen Verlust der Möglichkeit, in der Zeit einer anderen Beschäftigung nachzugehen. Darüber hinaus kommt es für die Frage nach der Diskriminierung gem. § 26 MitbestG nicht darauf an, ob die Vergütung zu Kompensationszwecken oder aus anderen Gründen gezahlt wird. Ausschlaggebend ist alleine, ob die gezahlte Aufsichtsratsvergütung

Schönhöft/Oelze: Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (NZA 2016, 145)

149 

ausreicht, eine mögliche Benachteiligung zu kompensieren. Kollidieren die Rechtsverhältnisse und tritt das Arbeitsverhältnis hinter die Aufsichtsrats Tätigkeit zurück, kann eine Diskriminierung nur dadurch entstehen, dass der Arbeitnehmer Entgeltansprüche verliert, weil die Aufsichtsrats Tätigkeit Vorrang hat. Hier gilt es anzusetzen. Kompensiert die Vergütung aus der Aufsichtsrats Tätigkeit den Verlust, kann eine Verletzung aus § 26 MitbestG in keinem Fall vorliegen und somit auch kein Ersatzanspruch entstehen. Dieser Meinung folgend wird es in der Praxis auf Grund der üblichen Höhen der Aufsichtsratsvergütungen in den mitbestimmten Unternehmen regelmäßig zu keinem zusätzlichen

Kompensationsanspruch für den Verlust des Arbeitsentgelts kommen. Ein Kompensationsanspruch aus § 823 II BGB iVm § 26 S. 2 MitbestG wird daher nur in seltenen Fällen anzunehmen sein.

### III. Fazit

Die Erbringung von Arbeitsleistungen für das Aufsichtsratsamt ist keine Arbeitszeit im Arbeitsverhältnis des Vertragsarbeitgebers. Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat steht gegen ihren Vertragsarbeitgeber lediglich ein Anspruch auf unbezahlte Freistellung zur Ausübung des Aufsichtsratsamts zu. Ein gesetzlicher Anspruch auf bezahlte Arbeitsfreistellung oder etwa ein pauschaler Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers bei Wahrnehmung von Aufsichtsratsstätigkeiten besteht nicht. Vielmehr wird man sogar annehmen müssen, dass eine bezahlte Freistellung zur Ausübung des Aufsichtsratsamts gesetzeswidrig ist. Ein Ausgleich muss daher, soweit gewünscht, außerhalb des Arbeitsverhältnisses im Aufsichtsratsamt erfolgen. Eine Benachteiligung der Arbeitnehmervertreter liegt hierdurch nicht vor, wenn wie üblich eine in der Höhe den Verlust des Arbeitsentgelts kompensierende Aufsichtsratsvergütung gezahlt wird. Hierbei sind alle Zahlungen, die ihren Grund in der Aufsichtsrats Tätigkeit haben, aus der Retrospektive für die jeweilige Amtszeit einzubeziehen. Aber selbst wenn keine Vergütung für das Aufsichtsratsamt gezahlt wird, besteht nicht zwingend ein Kompensationsanspruch des Arbeitnehmervertreters gegen seinen Vertragsarbeitgeber. Auch wenn dieser Fall eher theoretischer Natur ist, ist der Vertragsarbeitgeber nicht in jedem Fall verpflichtet und berechtigt, für einen Ausgleich zu sorgen. Dies gilt umso mehr, wenn es sich bei den Vertretern im Aufsichtsrat um Mitglieder des Betriebsrats handelt. Reicht die Vergütung nicht aus, um einen Entgeltverlust beim Vertragsarbeitgeber durch Wahrnehmung von Aufsichtsratsaufgaben auszugleichen, erhält der Arbeitnehmer einen Kompensationsanspruch gegen das Unternehmen, in dem er sein Aufsichtsratsamt ausübt.

Unternehmen sind gut beraten, die in vielen Unternehmen übliche Entgeltfortzahlung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Insbesondere in dem in der Praxis weit verbreiteten Fall, dass Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gleichzeitig ein Betriebsratsamt innehaben, ist besondere Vorsicht geboten. Ein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot sieht neben der im Betriebsverfassungsrecht vorgesehenen Sanktion in § 119 BetrVG auch Sanktionen nach dem allgemeinen Strafrecht vor, bei denen an die Erheblichkeit des Verstoßes bzw. die Höhe der unberechtigten Zahlung nur geringe Anforderungen gestellt werden.<sup>32</sup>

---

\* Der Autor *Dr. Andreas Schönhöft* ist Fachanwalt für Arbeitsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht und Wirtschaftsmediator in Hamburg. Der Autor *Nabil Oelze*, LL. M. ist Rechtsanwalt in Hamburg.

<sup>1</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 26 MitbestG. Rn. 6; *Oetker* in *AktG*, Großkommentar, 4. Aufl., 2008, § 26 MitbestG Rn. 5; *Raiser/Veil*, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. Aufl. 2009, MitbestG, § 26 Rn. 6; *ErfKArbeitsR/Oetker*, 14. Aufl. 2014, § 26 MitbestG Rn. 3; *Hümmerich/Böcken/Düwell/Heither/von Mang*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 26 MitbestG Rn. 3.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Wißmann* in *Witzke/Wißmann/Köberski/Kleinsorge*, Mitbestimmungsrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2011, MitbestG, § 26 Rn. 9; *ErfK/Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 3; *MüKoAktG*, 4. Aufl., § 26 MitbestG Rn. 6; *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 26 MitbestG Rn. 5; *Raiser/Veil*, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, § 26 MitbestG Rn. 6.

<sup>3</sup> *ErfK/Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 4; *Höpt/Wiedemann/Assmann*, Aktiengesetz – Mitbestimmungsgesetz, 2012, § 26 MitbestG Rn. 7.

<sup>4</sup> Vgl. nur *Wißmann* in *Witzke/Wißmann/Köberski/Kleinsorge*, § 26 MitbestG Rn. 8.; *Köstler/Kittner/Zachert/Müller*, Aufsichtsratspraxis, 6. Aufl. 1999, Rn. 610 mwN.

<sup>5</sup> Vgl. *BAG*, DB 1982, 758; *Wißmann* in *Witzke/Wißmann/Köberski/Kleinsorge*, § 26 MitbestG Rn. 9. mwN.

<sup>6</sup> *ErfK/Oetker* § 26 MitbestG Rn. 3; *Ulmer/Habersack/Henssler* Rn. 5; *Raiser/Veil* MitbestG, § 26 Rn. 5; *Henssler/Willemsen/Kalb* (HWK)/*Seibt* Rn. 3; *Höffmann/Lehmann/Weinmann*, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, § 26 Rn. 15.

<sup>7</sup> *Köstler/Kittner/Zachert/Müller*, Rn. 613 mwN.

- Wißmann in Witzke/Wißmann/Köberski/Kleinsorge*, MitbestG, § 26 Rn. 11; MHdB ArbR/*Wißmann*, 2. Aufl. 2000, Bd. 3, § 380 Rn. 24; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, § 26 Rn. 15.
- <sup>9</sup> *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, 353 (366); GK-MitbestG/*Naendrup*, 1. Aufl. 1977, § 26 Rn. 17.
- <sup>10</sup> So auch *Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestG, § 26 Rn. 9.
- <sup>11</sup> ErfK/*Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 4; APS, MitbestG, § 26 Rn. 7; iE auch *Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler* MitbestG, § 26 Rn. 8; *Raiser/Veil*, MitbestG, § 26 Rn. 6.
- <sup>12</sup> *Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestG, § 26 Rn. 6.
- <sup>13</sup> BGHZ 83, 106 = NJW 1982, 1525; *Aszmöhs*, DB 2014, 895 (897).
- <sup>14</sup> *Bittmann/Möjan*, BB 2012, 637; *Nirk/Ziemöhs/Binnewies*, HdB d. AG, Stand: Nov. 2013; *Mertens in KölnKomm, AktG*, 2. Aufl. 1996, § 113 Rn. 9, 13; *Löföter/Krieger*, Rechte und Pflichten des AR, 5. Aufl. 2008, Rn. 843.
- <sup>15</sup> *Mertens in KölnKomm, AktG*, 2. Aufl. 1996, § 113 Rn. 9, 13; *Löföter/Krieger*, Rechte und Pflichten des AR, 5. Aufl. 2008, Rn. 843.
- <sup>16</sup> *Hoffmann-Theinert/Bömeke*, Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern: Grundsatz der Gleichbehandlung der Aufsichtsratsmitglieder, 2010; *Raiser/Veil*, MitbestG, § 25 MitbestG Rn. 104 mwN.
- <sup>17</sup> Vgl. nur *Köstler/Kittner/Zachert/Müller*, Rn. 719.
- <sup>18</sup> *Raiser/Veil*, MitbestG, § 26 Rn. 13 mwN.
- <sup>19</sup> *Aszmöhs*, DB 2014, 895 (896).
- <sup>20</sup> *Aszmöhs*, DB 2014, 895 (898).
- <sup>21</sup> *Aszmöhs*, DB 2014, 895 (898).
- <sup>22</sup> BAG, NZA 2013, 1221.
- <sup>23</sup> ErfK/*Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 6.; MüKoAktG/*Gach*, MitbestG, § 26 Rn. 15; *Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestG, § 26 Rn. 19; *Oetker in Großkommentar, Aktiengesetz*, 5. Aufl., § 26 MitbestG Rn. 2; *Wißmann in Witzke/Wißmann/Köberski/Kleinsorge*, MitbestG, § 26 Rn. 28 mwN.
- <sup>24</sup> ErfK/*Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 5; *Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestG, § 26 Rn. 8.
- <sup>25</sup> Der Aufsichtsrat 05/2013; [www.aufsichtsrat.de](http://www.aufsichtsrat.de)  
<http://www.wiwo.de/erfolg/management/verguetung-wie-aufsichtsrate-in-europa-bezahlt-werden/7689010.html>.
- <sup>26</sup> *Höpt/Wiedemann/Assmann*, MitbestG, § 26 Rn. 7.
- <sup>27</sup> *Hanaö* „Die Verpflichtung zur Abführung von Aufsichtsratsvergütungen an die Hans-Böckler-Stiftung“, 2012, Rechtsgutachten unter: [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de).
- <sup>28</sup> *Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestG, § 26 Rn. 9.
- <sup>29</sup> MüKoAktG. MitbestG § 26 Rn. 7; *Hümmerich/Böcken/Düwell*, MitbestG, § 26 Rn. 3.
- <sup>30</sup> *Wißmann in Witzke/Wißmann/Köberski/Kleinsorge*, MitbestG, § 26 Rn. 10.
- <sup>31</sup> In diese Richtung wohl auch ErfK/*Oetker*, § 26 MitbestG Rn. 4.
- <sup>32</sup> BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 = DB 2006, 323.