



Compliance Check – Ist die Tätigkeit als Aufsichtsrat für Betriebsräte Arbeitszeit?

In vielen Unternehmen ist es üblich, dass Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ihre Aufsichtsrats Tätigkeit in der Arbeitszeit erledigen. Als Unternehmen möchte man dieses politisch heikle Thema regelmäßig nicht anfassen und sich gegenüber Aufsichtsräten als nicht zu kleinlich geben. Nicht nur aus Compliance-Gesichtspunkten lohnt sich hier ein genauer Blick – die entgeltliche Arbeitsfreistellung für die Aufsichtsrats Tätigkeit kann mit dem Betriebsratsamt kollidieren.



RA/FAArbR/FAStR Dr. Andreas Schönhöft
ist Partner bei Pusch Wahlig Workplace Law in Hamburg.

I. Grundlagen

Der Aufsichtsrat als zusätzliches Organ in einer Gesellschaft ist nur bei der AG und der KGaA zwingend, wobei sich die Verpflichtung zur Errichtung direkt aus dem Aktiengesetz (§§ 95-116 AktG) ergibt. Bei der GmbH steht es grds. im Ermessen der Gesellschafter, ob sie einen Aufsichtsrat (fakultativ) bilden möchten, es sei denn, dass Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) oder das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) schreiben auch hier die Bildung zwingend vor.

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 insb. hinsichtlich eines möglichen Entgeltanspruchs heftig umstritten, wobei sich eine tatsächlich h. M. aus hiesiger Sicht bis heute nicht herausgebildet hat. Ein besonderes Augenmerk muss dabei auf die in der Praxis häufig vorkommende Konstellation von Betriebsräten als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gelegt werden.

1. Arbeitsfreistellung im Arbeitsverhältnis

Arbeitnehmer müssen zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit für die erforderliche Zeit von der Arbeitspflicht durch den Arbeitgeber freigestellt werden (vgl. nur Oetker, in: ErfK, 25. Aufl. 2025, § 26 MitbestG Rn. 4). 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 aufgrund der objektiven konkreten Verhältnisse zur Wahrung seiner Aufgaben als

Aufsichtsratsmitglied für notwendig erachten durfte (vgl. BAG vom 06.08.1981 – 6 AZR 1086/79, DB 1982 S. 750.). Dabei ist zu beachten, dass das Aufsichtsratsamt zwischen dem Arbeitnehmer und dem Unternehmen ein parallel zum Arbeitsverhältnis bestehendes eigenständiges Rechtsverhältnis begründet, wobei die Pflichten hieraus nebeneinander zu erfüllen sind (Greiner, in: *Abscheid/Preis/Schmidt* [Hrsg.], 7. Aufl. 2024, § 26 MitbestG Rn. 6; Oetker, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 3). Auf welcher Grundlage die Entsendung der Arbeitnehmervertreter in den paritätisch besetzten Aufsichtsrat erfolgt (AktG, MitbestG oder DrittelbG), ist dabei für die Bewertung des Rechtsverhältnisses unbeachtlich (Schönhöft/Oelze, NZA 2016 S. 145).

Die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag bleiben grds. 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 (vgl. nur Oetker, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 3; Annuß, in: *MünchKomm-AktG*, 6. Aufl. 2023, § 26 MitbestG Rn. 5; Henssler, in: *Habersack/Henssler* [Hrsg.], *Mitbestimmungsrecht*, 4. Aufl. 2018, § 26 MitbestG Rn. 5). Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, eine strikte Trennung zwischen den beiden Tätigkeiten durchzuführen. Dies führt dazu, dass eine Tätigkeit für das eine Rechtsverhältnis grds. nicht während der Arbeitszeit für das andere Rechtsverhältnis stattfinden darf. Kommt es zu einer Kollision der Pflichten aus den beiden Rechtsverhältnissen, geht grds. die Ausübung des Aufsichtsratsamts nach § 26 Satz 1 MitbestG bzw. § 9 DrittelbG der Erfüllung der Arbeitspflicht vor (Oetker, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 4; Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 4).

Aufgrund der Trennung beider Rechtsverhältnisse ist der Zeitaufwand für die Aufsichtsrats Tätigkeit jedoch keine den Arbeitsvertrag erfüllende Arbeitszeit des Arbeitnehmers. Von der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freistellung des Arbeitnehmers zur Ausübung seines Aufsichtsratsamts ist insoweit die Frage zu trennen, ob dem Arbeitnehmer für die Tätigkeit ein Anspruch aus Entgeltfortzahlung oder anderweitiger Kompensation gegen den Arbeitgeber zusteht. Da es sich rechtlich bei den Zeiten der Aufsichtsrats Tätigkeit nicht um die Erfüllung der vertragsgemäßen Arbeitszeit handelt, sind entsprechende Zeiten regelmäßig auch nicht nach den betrieblichen Regelungen zur Arbeitszeiterfassung im Arbeitszeitsystem als Arbeitszeit zu dokumentieren.

2. Aufsichtsratsamt und Kompensation

Ob trotz der fehlenden gesetzlichen Anordnung ein Anspruch auf entgeltliche Arbeitsfreistellung besteht, ist in der Literatur umstritten. Eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu existiert nicht. Aus dem in § 26 Satz 1 MitbestG normierten Benachteiligungsverbot von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat folgt, dass Arbeitnehmer in ihrer Ausübung von Aufsichtsrats Tätigkeiten nicht gestört oder behindert werden dürfen. Darin heißt es:

„Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden. Sie dürfen wegen ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat eines Unternehmens, dessen Arbeitnehmer sie sind oder als dessen Arbeitnehmer sie nach § 4 oder § 5 gelten, nicht benachteiligt werden. Dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.“

Entsprechend wird vertreten, dass ein Entgeltanspruch den Zielen des § 26 MitbestG am ehesten entsprechen würde und

etwaige Diskriminierungsgefahren, die mit einer Entgeltminderung einhergehen könnten, verhindert würden (Uffmann, in: *MünchHdb-ArbR*, 5. Aufl. 2022, § 376 MitbestG Rn. 33). Zunächst ist aber festzustellen, dass ein gesetzlich normierter Anspruch auf eine entgeltliche Arbeitsfreistellung zur Erfüllung der Aufsichtsratspflichten – wie man es aus § 37 Abs. 2 BetrVG kennt – nicht existiert (Oetker, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 4; Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 5; Seibt, in: *HWK* [Hrsg.], § 26 MitbestG Rn. 3).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Wortlaut des § 26 MitbestG, bei dem 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 aufgrund seiner Stellung als Aufsichtsrat benachteiligt wird. Wie dargelegt, sind die beiden Rechtsverhältnisse jedoch strikt voneinander zu trennen, auch wenn regelmäßig die gleichen Vertragsparteien beteiligt sind. Eine Kürzung der Vergütung des Arbeitnehmers im Aufsichtsrat erfolgt dementsprechend nicht aufgrund der Ausübung des Aufsichtsratsamts, sondern aufgrund 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 Abs. 1 Nr. 3 EStG, § 15 Abs. 1 SGB IV zuordnet.

Einzelne Befürworter der Entgeltfortzahlung 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 (Köstler/Kittner/Zachert/Müller, *Aufsichtsratspraxis*, 2009, Rn. 613, m.w.N.). Soweit es sich bei den Arbeitnehmern im Aufsichtsrat um Betriebsräte handelt, wird teilweise ein Entgeltanspruch auch mit einer Analogie zu § 37 Abs. 2 BetrVG begründet, der eine Entgeltminderung bei Betriebsräten verbietet, sofern diese von ihrer Arbeitspflicht zur ordnungsgemäßen Durchführung von Betriebsrats Tätigkeit freigestellt wurden (Reich/Lewerenz, *ArbuR* 1976 S. 353 [366]). Auf die Einführung einer entsprechenden Regelung, wie sie in § 37 Abs. 2 BetrVG zu finden ist, hat der Gesetzgeber aber offensichtlich bewusst verzichtet. Vielmehr hat er nur partiell Regelungen, die ihm aus dem Betriebsverfassungsgesetz bekannt waren, übernommen. Beispielfhaft sei hier der § 37 BetrVG genannt, aus dessen Bestimmungen nur die Absicherung der beruflichen Entwicklung in den § 26 MitbestG aufgenommen wurde, nicht aber andere Regelungen. Eine planwidrige Regelungslücke ist somit nicht erkennbar (Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 8).

Andere Literaturmeinungen meinen, § 326 Abs. 2 BGB könnte den Entgeltfortzahlungsanspruch begründen, da die Lage der Sitzungen durch den Vorsitzenden bestimmt würde und so im Verhältnis dem Arbeitgeber als Verschulden zuzurechnen wäre (Schubert/Wißmann/Kleinsorge, *MitbestR*, 6. Aufl. 2024, § 26 MitbestG Rn. 10 f.; die dann aber eine Anrechnungsverpflichtung aus § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB aus praktischen Erwägungen ablehnen). Eine Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Schuldnerverzugs des § 326 Abs. 2 BGB überzeugt nicht. Zum einem wäre schon der notwendige

Schuldnerverzug kaum begründbar, zum anderen wäre das auf die Aufsichtsratssitzung entfallende Entgelt nach § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB vollständig anzurechnen. Dass das anzurechnende Entgelt nicht ermittelbar wäre bzw. die Ermittlung umständlich ist, stellt nicht nur keine juristische Begründung dar, sondern erschließt sich in der Praxis auch nicht. In eine ähnliche Richtung geht die Meinung, die die Aufsichtsratsvergütung nur dann auf das Entgelt aus dem Arbeitsverhältnis anrechnen will, wenn sich der Anteil der mit der Aufsichtsratsvergütung gewährten Kompensation für den Verlust des Arbeitsentgelts betragsmäßig beziffern lässt (vgl. Annuß, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 6 f.). 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. Übersehen wird bei dieser Meinung, dass die Aufsichtsratsvergütung im Zweifel auch für den Aufwand und die Bereitschaft zur Ausübung des Aufsichtsratsamts gezahlt wird und dies denkbare immer auch Ausgleich für eine entgangene Vergütung und den Zeitaufwand beinhaltet (Schönhöft/Oelze, NZA 2016 S. 145). Anders ließe sich auch die Zahlung an die Vertreter der Anteilseigner, die nicht bei dem mitbestimmten Unternehmen angestellt 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 allein, ob die gezahlte Aufsichtsratsvergütung ausreicht, eine mögliche Benachteiligung zu kompensieren.

Die Meinungen, die eine Verpflichtung zur entgeltlichen Arbeitsfreistellung verlangen, finden im Gesetz keine Stütze und überzeugen 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 auffällig wird dies, wenn die Aufsichtsrats Tätigkeit nicht beim Vertragsarbeitgeber des Arbeitnehmers, sondern bei der Konzernmutter ausgeübt wird. Wie bereits erläutert, handelt es sich bei dem Aufsichtsratsamt um ein vom Arbeitsverhältnis zu trennendes Rechtsverhältnis. Erfüllt der Arbeitnehmer nicht seine sich aus § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB ergebende Arbeitspflicht, entfällt der Vergütungsanspruch. Eine Ausnahme, wie die des Annahmeverzugs durch den Arbeitgeber nach § 615 Satz 1 BGB, liegt nicht vor. Ebenfalls unanwendbar sind die Regelungen des § 615 Satz 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 aufgrund 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 (Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 8). Liegt, wie hier, vielmehr eine Kollision von Rechtsverhältnissen und ein damit einhergehender gesetzlich normierter Vorrang der Aufsichts-

ratstätigkeit vor, ist der Arbeitnehmer gem. § 275 Abs. 1 BGB von seiner Arbeitspflicht aus der Hauptbeschäftigung befreit. Konsequenterweise entfällt mit der Pflicht zur Arbeitsleistung gem. § 326 Abs. 1 BGB der Anspruch auf das arbeitsvertragliche Entgelt (Oetker, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 4; Greiner, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 7; Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 8.; Raiser/Veil, 7. Aufl. 2020, § 26 MitbestG Rn. 6).

3. Rechtskonforme Möglichkeiten der bezahlten Arbeitsfreistellung für die Aufsichtsrats Tätigkeit

Auch wenn es keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die für die Aufsichtsrats Tätigkeit aufgewendete Arbeitszeit aus den vorgenannten Gründen gibt, wird teilweise vertreten, dass der Arbeitgeber diese freiwillig gewähren kann (Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 9a). Hiergegen spricht aber die Stellung des Arbeitnehmervertreters 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 (BGH vom 25.02.1982 – II ZR 123/81, DB 1982 S. 742; Schubert/Wißmann/Kleinsorge, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 3).

Soweit man nun den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zusätzlich neben 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 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 mehr als fraglich. Eine zusätzliche Zahlung nur für Arbeitnehmervertreter stellt einen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat dar. § 9 DrittelbG verbietet explizit eine Begünstigung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat. Die zusätzliche Fortzahlung der Arbeitsvergütung an Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wäre regelmäßig schon mangels der Möglichkeit, eine solche gleichermaßen den Anteilseignervertretern 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 (Oetker, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 1). Der Gesetzgeber hat auf die Aufnahme eines solchen Begünstigungsverbots im Mitbestimmungsgesetz verzichtet, um z.B. Höhergruppierungen oder die Übertragung höherwertiger Positionen an Aufsichtsratsmitglieder zu ermöglichen (Bittmann/Mujan, BB 2012 S. 637).

Unabhängig davon gilt im Aktien- und Mitbestimmungsrecht eine generelle Verpflichtung zur Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder. Nur sachlich gerechtfertigte Begünstigungen sind nach dem arbeitsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zulässig (Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 2; Raiser/Veil, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 13; Uffmann, a.a.O., § 376 MitbestG Rn. 31). Trotz fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Normierung dürfen Aufsichtsratsmitglieder daher untereinander nicht unterschiedlich behandelt werden. Eine zusätzliche Zahlung an die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat in Form der Fortzahlung der

„Insoweit stellt sich die Frage, ob ernsthaft angenommen werden kann, dass ein anderer Arbeitnehmer eine Entgeltfortzahlung für eine Tätigkeit außerhalb seines Arbeitsverhältnisses erhalten würde, für die er nachweislich bereits eine zusätzliche Vergütung erhält.“

Vergütung verstößt deshalb auch gegen das im Aktien- und Mitbestimmungsrecht geltende Gleichbehandlungsgebot (Raiser/Veil, a.a.O., § 25 MitbestG Rn. 104 m.w.N.; a.A. Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 2, der eine sachliche Rechtfertigung sieht).

Hinzu kommt, dass in der betrieblichen Praxis die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat oftmals auch gleichzeitig nach § 38 BetrVG freigestellte Betriebsratsmitglieder sind. Zwar kann bei diesen auf den ersten Blick keine Kollision zwischen Aufsichtsratsamt und Arbeitsverhältnis eintreten. Das freigestellte Betriebsratsmitglied unterliegt in seiner Leistungserbringungspflicht keinen zeitlichen Verpflichtungen. Sollten Aufsichtsrats Tätigkeiten in den regelmäßigen Zeitraum der betrieblichen Arbeitszeit fallen, so kann der Arbeitnehmer seine Betriebsrats Tätigkeit in der Regel auch zu einem späteren Zeitpunkt erbringen. Darüber hinaus erhält das freigestellte Betriebsratsmitglied ein verstetigtes Gehalt, welches unabhängig vom Leistungszeitpunkt 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 (BAG vom 10.07.2013 – 7 ABR 22/12, DB 2013 S. 2571). Auch hier gilt, dass die für die Aufsichtsrats Tätigkeit aufgewendete Zeit außerhalb der Arbeitszeit liegt bzw. eine dementsprechende Kürzung der Vergütung vorgenommen werden muss. Gleiches muss daher auch dann gelten, wenn die Arbeitszeit durch das freigestellte Betriebsratsmitglied nicht erfasst wird.

Die in der Literatur vereinzelt geforderte Pflicht zur Weiterzahlung des Gehalts muss bei einem Betriebsrat zusätzlich unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Begünstigung nach § 78 Satz 2, § 119 BetrVG kritisch gesehen werden. Nach § 78 Satz 2, § 119 BetrVG darf ein Betriebsratsmitglied nicht allein 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 (Raiser/Veil, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 13, m.w.N.). Anderenfalls hinge die Rechtsfrage von der Zufälligkeit ab, ob in den Aufsichtsrat auch ein Arbeitnehmer gewählt wurde, der kein Betriebsratsamt innehat oder ob man die Erklärung des Arbeitgebers als ausreichend erachtet, dass er in einem solchen Fall ebenfalls Entgeltfortzahlung leisten würde. Die Vergleichsgruppe für den Betriebsrat bei der Prüfung der Begünstigung sind hier nicht andere Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, sondern alle anderen Arbeitnehmer des Unternehmens. Für eine Begünstigung i.S. der Vorschrift genügt die objektive Besserstellung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern (BAG vom 20.08.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019 S. 253, Rn. 33). Insoweit stellt sich die Frage, ob ernsthaft angenommen werden kann, dass ein anderer Arbeitnehmer eine Entgeltfortzahlung für eine Tätigkeit außerhalb seines Arbeitsverhältnisses erhalten würde, für die er nachweislich bereits eine zusätzliche Vergütung erhält.

Betriebsräte dürfen nach § 78 Satz 2 BetrVG gegenüber anderen Arbeitnehmern im Unternehmen nicht bevorzugt werden. Zwar lässt sich vertreten, dass die Entgeltfortzahlung nicht allein wegen der Betriebsrats Tätigkeit erfolgt oder die Betriebsrats Tätigkeit nicht tragend für die Entgeltfortzahlung ist, sondern der sachliche Grund der Entgeltfortzahlung in der Übernahme des Aufsichtsratsamts liegt. Ob diese Argumentation eine Begünstigung nach § 78 Satz 2 BetrVG ausschließt, wurde bis dato nicht entschieden. Hier liegt ein Spannungsfeld zwischen dem gesetzlichen Verbot der Begünstigung nach § 78 Satz 2 BetrVG und der Verpflichtung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Im Drittelbeteiligungsgesetz wird man mit Blick auf das dort explizit verankerte Begünstigungsverbot die Entgeltfortzahlung als unzulässige Begünstigung bewerten müssen. Mit Blick auf die gemeinsame Ausrichtung der beiden Mitbestimmungsgesetze spricht einiges dafür,

die Fragestellung gleich zu beantworten. Dennoch ist es in der Praxis nicht ungewöhnlich, dass eine Entgeltfortzahlung während der Aufsichtsrats Tätigkeit erfolgt, wobei es hier oft wohl am Problembewusstsein fehlen wird. Aktuell ist offen, ob die Entgeltfortzahlung eines Betriebsratsmitglieds während seiner Aufsichtsrats Tätigkeit auch dem Begünstigungsverbot nach § 78 Satz 2 BetrVG entgegensteht oder die Übernahme des Aufsichtsratsamts die Entgeltfortzahlung rechtfertigen kann. Gegen die Möglichkeit der Entgeltfortzahlung spricht aber der Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot, soweit eine entsprechende Entgeltfortzahlung nicht auch gleichzeitig den Vertretern der Anteilseigner gewährt wird. Eine Entgeltfortzahlung bzw. ein entsprechender Ersatz für die Vertreter der Anteilseigner werden in der Praxis aber kaum zu finden sein.

4. Anspruch des Aufsichtsratsmitglieds auf finanzielle Kompensation des Verlustes der Entgeltfortzahlung für die Aufsichtsrats Tätigkeit

Betriebsräte müssen das Aufsichtsratsamt aber nicht unvergütet ausüben. Ein Anspruch des Betriebsrats auf Kompensation der nicht gewährten Entgeltfortzahlung während der Aufsichtsrats Tätigkeit gegen seinen Vertragspartner für das Aufsichtsratsamt ergibt sich aus § 26 Satz 2 MitbestG. Eine solche Kompensationszahlung würde dann für die Ausübung des Aufsichtsratsamts erfolgen und müsste als selbstständige und sozialversicherungsfreie Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG, § 15 Abs. 1 SGB IV gezahlt werden. § 26 Satz 2 MitbestG ist nach h. M. (Oetker, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 6.; Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 21) ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Anspruchsgegner ist im Fall des Aufsichtsratsamts bei Vertragsarbeitgebern der Arbeitgeber, bei Aufsichtsratsämtern in einer Konzerngesellschaft die jeweilige Konzerngesellschaft. Der mögliche Ausgleich einer Benachteiligung des Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat wäre dann dem gesonderten Rechtsverhältnis des Aufsichtsratsamts zuzuordnen. Dies wäre allerdings nur dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat insgesamt weniger Vergütung erhält, als er ohne die Wahrnehmung dieser Tätigkeit erhalten würde. Dieser Argumentation folgend wird in der Literatur eine Kompensationspflicht davon abhängig gemacht, ob die Aufsichtsratsvergütung die Verluste an Arbeitsvergütung ausgleicht (Oetker, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 4; Schönhöft/Oelze, NZA 2016 S. 145).

Kommt es durch die Aufsichtsratsvergütung zum vollständigen Ausgleich, besteht kein Anspruch des Aufsichtsratsmitglieds auf eine zusätzliche Zahlung. Ein Nachteil liegt zudem nicht vor bei einer in der Praxis nicht seltenen Verpflichtung des Arbeitnehmervertreters, seine Aufsichtsratsvergütung ganz oder in Teilen an gewerkschaftliche oder gemeinnützige Stellen abzutreten. Eine vorher vereinbarte Abführungspflicht an Gewerkschaften oder gewerkschaftsnahe Einrichtungen ist nach dem BAG grds. zulässig, soweit die Gewerkschaft zuvor selbst die Wahl des Mitglieds in den Aufsichtsrat eingeleitet und unterstützt hat (BAG vom 21.05.2015 – 8 AZR 956/13, DB 2015 S. 2458; ablehnend u.a. aufgrund der mittelbaren Gegenfinanzierung Uffmann, a.a.O., § 376 MitbestG Rn. 15). Die aktuellen Abführungsregelungen sehen im Übrigen regelmäßig Freibeträge vor. Z.B. wären nach der aktuellen Abführungsregelung der DGB-Gewerkschaften von einer Aufsichtsrats-

vergütung von bis zu 5.000 € nur 10% abzuführen. Zusätzliche Sitzungsgelder könnten i.H.v. 2.000 € abführungsfrei gezahlt werden. Sitzungsgelder i.H.v. 2.000 € bis 4.000 € müssten ebenfalls i.H.v. 10% abgeführt werden. Solche einzelvertraglichen Verpflichtungen des Aufsichtsratsmitglieds zur Abführung seiner Aufsichtsratsvergütung sind aber bei der Prüfung der Ausgleichspflicht nicht zu berücksichtigen, da diese nicht vom Unternehmen veranlasst sind (Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 9a; Schönhöft/Oelze, NZA 2016 S. 145 [146]; Rieble, AG 2016 S. 316). Würde man dem Arbeitnehmer mit Blick auf die vereinbarte Abführungspflicht seine vollen Entgeltansprüche belassen, würde dies im Ergebnis einen unzulässigen Vertrag zulasten Dritter (hier des Arbeitgebers) ermöglichen (Henssler, a.a.O., § 26 MitbestG Rn. 9a). 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 für die Aufsichtsrats Tätigkeit nicht gegeben ist.

Im Regelfall erhalten die Mitglieder eines Aufsichtsrats sowohl ein Sitzungsgeld als auch eine jährliche Entschädigung für die Mühewaltung. Diese wird regelmäßig selbst unter Berücksichtigung der gewerkschaftlichen Abführungspflicht den Nachteil des Verlustes des Arbeitsentgelts kompensieren. Nur wenn die Aufsichtsratsvergütung keinen angemessenen Ausgleich schafft, kann ein Ersatzanspruch des Arbeitnehmervertreters gegen das Unternehmen, in dem er im Aufsichtsrat tätig ist, aufgrund § 26 Satz 2 MitbestG bestehen. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass das Aufsichtsratsmitglied durch die Aufsichtsratsvergütung zusätzliche Vorteile durch die Sozialversicherungsfreiheit und einen steuerlichen Freibetrag erfährt.

II. Fazit

Die Erbringung von Arbeitsleistungen für das Aufsichtsratsamt ist keine Arbeitszeit im Arbeitsverhältnis des Vertragsarbeitgebers. Die Zeiten sind dementsprechend nicht im Arbeitszeiterfassungssystem zu dokumentieren. 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 der Wahrnehmung von Aufsichtsrats Tätigkeiten besteht nicht. Vielmehr wird man sogar mit einiger Wahrscheinlichkeit annehmen müssen, dass eine bezahlte Freistellung zur Ausübung des Aufsichtsratsamts gesetzeswidrig wäre. Ob ein Fall der Begünstigung im Betriebsratsamt vorliegt, ist allerdings offen. Literaturmeinungen hierzu sind unklar, Rechtsprechungen nicht vorhanden.

Als sicherer Weg ist zu empfehlen, das Arbeitsverhältnis und die Tätigkeit im Aufsichtsrat klar voneinander zu trennen und insoweit die aktuell häufig bestehende Praxis der Vermischung zu beenden. Ein Ausgleich muss außerhalb des Arbeitsverhältnisses im Aufsichtsratsamt durch eine entsprechende Aufsichtsratsvergütung erfolgen. Die Gefahr einer Benachteiligung der Arbeitnehmervertreter durch die Verweigerung der bezahlten Freistellung liegt nicht vor, da die Höhe der Aufsichtsratsvergütung und Sitzungsgelder regelmäßig den Verlust des Arbeitsentgelts vollständig kompensieren.