

## Vergütung des Betriebsrats/Personalrats und Vergütung des Aufsichtsrats

Update 2023

Deloitte Legal Webcast | 1. März 2023

# Vorstellung & Gliederung

# Referenten



**Dr. Lars Hinrichs, LL.M.**  
Employment & Pensions  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Tel.: +49 40 3785 3828  
E-Mail: [lhinrichs@deloitte.de](mailto:lhinrichs@deloitte.de)



**Dr. Volker Schulenburg**  
Corporate/M&A  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht

Tel.: +49 40 3785 3824  
E-Mail: [vschulenburg@deloitte.de](mailto:vschulenburg@deloitte.de)

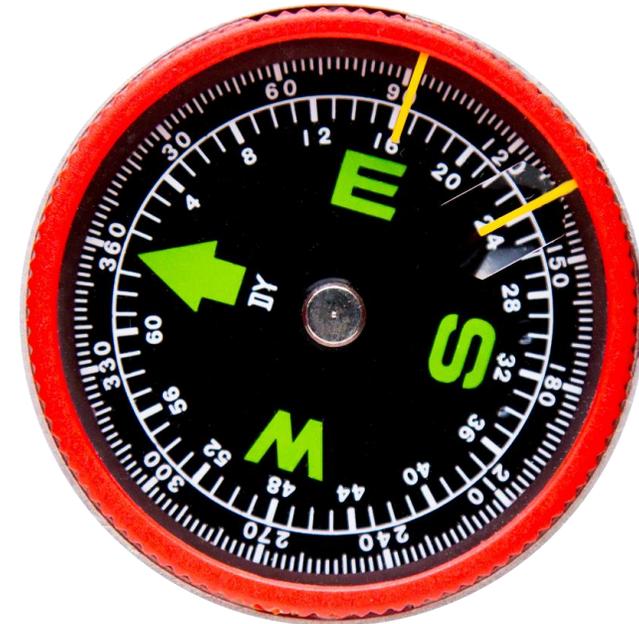


**Elisa Ultsch**  
Employment & Pensions  
Rechtsanwältin

Tel.: +49 40 3785 3822  
E-Mail: [eultsch@deloitte.de](mailto:eultsch@deloitte.de)

# Gliederung

- I. Update Vergütung des Aufsichtsrats
- II. Vergütung des Betriebsrats und des Personalrats:  
Ausgangsleitsätze
- III. „Hypothetische Ausnahmekarriere als Manager“ und das  
Untreue-Urteil des BGH – ein Nachruf?!
- IV. Untreue-Urteil des BGH und Business/Judgement Rule
- V. Handlungserfordernisse und Handlungsmöglichkeiten für die  
Sound Compensation Praxis
- VI. Fragen & Antworten



# Update Vergütung des Aufsichtsrats

# Update Vergütung des Aufsichtsrats

## Ausgewählte Aspekte der Vergütung des Aufsichtsrats



### Die Aufsichtsratsvergütung

01

#### Anwendungsbereich

- AR der AG, KGaA, SE (dualistisch und monistisch)
- GmbH, wenn mitbestimmt
- GmbH, wenn freiwilliger AR und keine abweichende Satzungsregelung
- Auch Verwaltungsrat bei AöR

02

#### Anspruch auf Vergütung

- Anspruch nur bei Regelung in **Satzung** oder durch **Hauptversammlungsbeschluss**, § 113 Abs. 1 S. 2 AktG
- Keine Vergütung von Gesetzes wegen
- Schutz der Gläubiger und Aktionäre wg. Transparenz und Schutz der inneren Ordnung (kontrollierter Vorstand entscheidet nicht über Ob u. Höhe)

03

#### Gleichbehandlungsgrundsatz

- Alle Mitglieder des Aufsichtsrats gleich zu behandeln, egal, welche Gruppe, wer/wie bestellt/gewählt, ...
- Außer: Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt (sonst nichtig):
  - Zulässig: funktionale Differenzierung: AR-Vorsitz, stellv. AR-Vorsitz, Ausschussvorsitz, Ausschussmitgliedschaft, vgl. auch DCGK: G.17
  - Unzulässig: Qualifikation, Dienstzeit
- Pflicht von AN-Mitgliedern, ihre Vergütung teilweise abführen zu müssen: zulässig

# Update Vergütung des Aufsichtsrats

## Ausgewählte Aspekte der Vergütung des Aufsichtsrats



### Die Aufsichtsratsvergütung

04

#### Höhe und Bestandteile der Vergütung

- Höhe muss **angemessen** sein: horizontaler Vergleich: Peer: insb. Branche und Größe (Umsatz, Bilanzsumme, Anzahl Mitarbeiter, ggf. Jahresergebnis)
- Bestandteile
  - Feste Vergütung (DCGK: G.18 Satz 1)
  - Variable Vergütung (DCGK: G.18 Satz 2 – wenn dann langfristig), aber Gefahr von fehlender Unabhängigkeit; Orientierung an Börsenkurs?
  - Keine Optionen
  - Sitzungsgeld (abhängig von konkreter Ausgestaltung und Höhe)
  - D+O-Versicherung?
  - Pensionen
  - Aufwendungsersatz: Nein, keine Vergütung, auch ohne satzungsmäßige Grundlage; P: Angemessenheit und wer entscheidet darüber
  - Kosten von Fortbildung: DCGK: D.11, § 25d Abs. 4 KWG

05

#### Berichts- und Beschlusspflichten (bei Börsennotierung)

- Alle 4 Jahre **Beschluss der Hauptversammlung** über Vergütung und Vergütungssystem, §§ 113 Abs. 3, 87a Abs. 1 S. 2 AktG.
- Jährlicher **Vergütungsbericht** mit individuellem Vergütungsausweis: zu prüfen und durch HV zu billigen, §§ 162, 120a Abs. 4 AktG

06

#### Zahlung durch Dritte

- Zulässig?

# Update Vergütung des Aufsichtsrats

## Ausgewählte Aspekte der Vergütung des Aufsichtsrats



### Die Aufsichtsratsvergütung

07

#### Umsatzsteuer

- Wenn nur Fix-Vergütung: kein Vergütungsrisiko => keine USt. auf Vergütung
- Wenn nur variable Vergütung: Vergütungsrisiko => USt. auf Vergütung
- Wenn (i) fixe + variable Vergütung und (ii) variable Vergütung mindestens 10% der Gesamtbezüge => USt. auf Vergütung
  - Variable Vergütung:
    - auch Sitzungsentgelt, auch wenn mangels Teilnahme nicht gezahlt,
    - Keine Reisekosten
- Je Aufsichtsratsmandat gesondert zu behandeln

08

#### Besonderheiten AN-Vertreter?

- Gleiches Vergütungsrecht
- Pflicht, Vergütung/Sitzungsentgelt abzuführen zulässig
- Pflicht, Sitzungsentgelt anrechnen zu lassen?
- Anspruch auf Freistellung für AR-Sitzung?

# **Update Vergütung des Betriebsrats und des Personalrats: Ausgangsleitsätze**

# Update Vergütung des Betriebsrats und des Personalrats

## Ehrenamt- und Lohnausfallprinzip



### Ausgangsleitsätze

01

#### Ehrenamtsprinzip

- Mitglied für Amtstätigkeit (als solche) **ohne gesonderte Vergütung**
- Insbesondere: Keine gesonderte Vergütung von Sitzungen ./.. anderweitige gremienbezogene Tätigkeiten des Betriebsrats (**kein „Sitzungsgeld“**, keine gesonderte Vergütung als Beisitzer der Einigungsstelle)
- Erstattung von amtsbezogenen Aufwendungen

02

#### Lohnausfallprinzip

- Mitglied ist für Amtstätigkeit von seiner operativen beruflichen Tätigkeit für den Arbeitgeber **ohne Minderung des Entgelts zu befreien**
  - Ankerpunkt: Beurteilungsspielraum des Mitglieds für die Erforderlichkeit der konkreten amtsbezogenen Tätigkeit
- Die für den Zeitraum der Amtstätigkeit vom Arbeitgeber zu gewährende Vergütung hat alle Vergütungsbestandteile zu enthalten, die das Betriebsrats-/Personalratsmitglied erhalten hätte, wenn es während dieser Zeit seine operative berufliche Tätigkeit erbracht hätte
  - Ausgangspunkt: feste Vergütung für relevanten Zeitraum
  - Variable Vergütungsbestandteile gegebenenfalls aufgrund Schätzung (§ 287 Abs. 2 ZPO)
  - **Hypothetische Betrachtungsweise:** Amts-tätigkeitsbezogene Zuordnung des einzelnen Vergütungsbestandteils erforderlich

# Update Vergütung des Betriebsrats und des Personalrats

## Verbote der Benachteiligung und der Begünstigung



### Ausgangsleitsätze

03

#### Verbot der Benachteiligung

- Arbeitsentgelt des Mitglieds darf nicht geringer bemessen werden als die Vergütung von mit dem **Mitglied vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung**
  - Vergleichbare Arbeitnehmer I: Maßgeblich Zeitpunkt der **Übernahme der Amtstätigkeit**
  - Vergleichbare Arbeitnehmer II: **Objektiver Beurteilungsmaßstab** mit personen- und tätigkeitsbezogenen Kriterien
  - Betriebsübliche berufliche Entwicklung: „Mainstream“ und besondere Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen des Mitglieds, die auch auf die operative berufliche Tätigkeit des Mitglieds bezogen sind (v.a. bei erfolgreicher Bewerbung des Mitglieds auf einen freien Arbeitsplatz während der Amtstätigkeit, den das Mitglied allein mit Verweis auf Amtstätigkeit ablehnt (zuletzt etwa BAG Urt. v. 22.01.2020 (7 AZR 222/19): „Anpassung an berufliche Entwicklung“))
- **Kommerzielle** Betrachtungsweise
- Gilt insbesondere für **freigestellte Mitglieder: fiktive Nachzeichnung der beruflichen Entwicklung** (und Vergütungsentwicklung)

04

#### Verbot der Begünstigung

- Als Verbot der Besserstellung und/oder Vorteilsgewährung, die im **ursächlichen Zusammenhang** mit der Amtstätigkeit steht und nicht aus sachlichen (= rechtlich zulässigen) Gründen erfolgt
- Ursächlicher Zusammenhang bedingt eine **Kausalität** zwischen der Amtstätigkeit und der konkreten Besserstellung.

**„Hypothetische Ausnahmekarriere als Manager“ und  
das Untreue-Urteil des BGH – ein Nachruf?!**

# „Hypothetische Ausnahmekarriere als Manager“ und das Untreue-Urteil des BGH

Ausgangsüberlegungen und ihre Würdigung durch den BGH: ‚Digitaler Cut‘ der berücksichtigungsfähigen Kriterien?



01

## Hypothetische Ausnahmekarriere als Manager

- Ausgangspunkt: **Grenzen** des Leitsatzes der Ermittlung der Vergleichsgruppe der maßgeblichen Arbeitnehmer für die betriebsübliche berufliche Entwicklung bei – freigestellten – Mitgliedern
  - mit Freistellung bereits **seit mehreren Wahldekaden** (v.a. wenn Amtszeit mit Freistellung einen weit überproportionalen Anteil an der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses ausmacht)
  - deren **ursprüngliche operative Tätigkeit**/ursprüngliches Vergleichsprofil im Unternehmen nicht mehr vorhanden ist und/oder v.a. die die ursprüngliche Tätigkeit ausübenden Vergleichs-Arbeitnehmer als Vergleichsgruppe bereits aus dem Unternehmen ausgeschieden sind
  - deren **fachliche und managementbezogenen Tätigkeiten** im Rahmen der **Amtsausübung** vom Qualifikationsprofil erheblich abweichen von der ursprünglichen operativen Tätigkeit
- Ausnahmsweise Berücksichtigung der – **hypothetischen – beruflichen Entwicklung(smöglichkeiten)** des Mitglieds während der Amtszeit?
  - mit Blick auf besondere praktisch erworbene Qualifikationen und/oder besondere (v.a. managementbezogene) berufliche Erfahrungen des Mitglieds aus der Amtstätigkeit
  - mit Blick auf fachlichen Fort-/Weiterbildungsmaßnahmen, die das Mitglied während der Amtszeit – mitunter auch ‚auf eigene Rechnung‘ – durchführt und die (jedenfalls) auch einen Bezug auf die ursprüngliche operative Tätigkeit aufweisen

# „Hypothetische Ausnahmekarriere als Manager“ und das Untreue-Urteil des BGH

Ausgangsüberlegungen und ihre Würdigung durch den BGH: ‚Digitaler Cut‘ der berücksichtigungsfähigen Kriterien?



02

## BGH im Untreue-Urteil: Amtsübernahme als Abgrenzungszeitpunkt für die (Kriterien zur) Ermittlung der Vergleichsgruppe

- **‚Digitales Argument‘:** Jede Überlegung der Berücksichtigung von während der Amtszeit erworbenen Fähigkeiten und/oder Qualifikationen knüpft in unzulässiger Weise an die Bewertung der Betriebsrats Tätigkeit als solche an und findet keine Stütze im BetrVG.
- **Ausnahmsweise Berücksichtigung von im Betriebsratsamt erworbenen Qualifikationen, die auch einen Bezug auf die operative Arbeitstätigkeit haben?**
  - Insbesondere in Bezug auf erworbene Kenntnisse und Qualifikationen des Mitglieds, die Bewerbung auf höherwertige Tätigkeiten während oder auch nach Amtstätigkeit ermöglichen?
  - Insbesondere in Bezug auf Prinzip der Bestenauslese bei öffentlichen Arbeitgebern?

# Untreue-Urteil des BGH und Business/Judgement Rule

# Untreue-Urteil des BGH und Business/Judgement Rule

## Ausgangs-Leitsätze – und ihre Nachschärfung durch den BGH



01

### Ausgangs-Leitsätze

- Methodischer Ausgangspunkt in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankert: Keine Haftung des Vorstandsmitglieds, wenn es aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln:
  - **Unternehmerische Entscheidung:** durch ihre Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt und ihr wohnt insoweit ein gewisses Risiko inne/sie kann nur unter Unsicherheit getroffen werden
  - **Unsicherheit** der Entscheidung: resultierend aus wirtschaftlicher Unsicherheit aufgrund mehrerer kommerzieller Handlungsoptionen (*Business Judgement Rule*) ⇔ rechtlicher Unsicherheit aufgrund ungeklärter Rechtslage (*Legal Judgement Rule*)
  - Entscheidung aufgrund **angemessener Informationen:** Geschäftsleitung hat in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausgeschöpft, um auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen

02

### BGH in Untreue-Urteil: Business and Legal Judgement Rule reshaped

- Nachschärfung der Informationsbeschaffung und **ganzheitlichen Beurteilung** der zur Verfügung stehenden Informationen:
  - **Ganzheitliche kritische Würdigung** insbesondere von anwaltlichen Gutachten als Entscheidungsgrundlage für die rechtliche Würdigung, wenn die konkrete Rechtsfrage in der Fachöffentlichkeit umstritten ist und/oder kontrovers diskutiert wird
  - „**Papierspur**“: Dokumentation des anwaltlichen Gutachtens hat eine umfassende Würdigung der Rechtslage zu enthalten und sich mit allen relevanten Argumenten auch im Gutachten auseinanderzusetzen

# Handlungserfordernisse und Handlungsmöglichkeiten für die Sound Compensation Praxis

# Handlungserfordernisse und Handlungsmöglichkeiten für die Sound Compensation Praxis

## Review und bedarfsgerechte Fortentwicklung des Vergütungssystems des Betriebsrats/des Personalrats



01

### Review der inhaltlichen Ausgestaltung des Vergütungssystems und der bestehenden Dokumentation

- **Überprüfung des unternehmensinternen Vergütungssystems** für Betriebs-/Personalratsmitglieder auf
  - Katalog der Vergleichskriterien für die Festlegung der Vergleichsgruppen (quantitativ und qualitativ)
  - Katalog der Profile der einzelnen Mitarbeiter (inklusive Dokumentation der Stellenprofile)

02

### Bedarfsgerechte Fortentwicklung des Vergütungssystems und Schaffung zusätzlicher „Flanken“

- **Konkretisierung** des Katalogs der Vergleichskriterien (für die Vergleichsgruppenbildung)
- **Generalisierung** ursprünglich vorhandener operativer Tätigkeiten von einzelnen Mitgliedern, die nicht mehr vorhanden sind
- **Erweiterung begleitender Dokumentation** durch Aufzeichnung aller für die Vergleichsgruppe in Betracht kommenden Mitarbeiter (zum Zeitpunkt der Amtsübernahme)
  - Wirksamkeitsgrenze: Tatsächlicher Korridor hypothetischer Betrachtung (s. dazu zuletzt etwa *ArbG Hamburg Urt. v. 10.05.2022 – 3 Ca 74/21*)

# Fragen & Antworten

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

**Deloitte Legal**

# Experience the future of law, today

Erleben Sie die Zukunft der Rechtsberatung schon jetzt

## Deloitte Legal, das sind

mehr als **2.500** Rechtsanwälte  
in **75+** Ländern



**die eng zusammenarbeiten**  
über nationale Grenzen hinweg und  
gemeinsam mit anderen Deloitte-  
Geschäftsbereichen

## Services von Deloitte Legal

Unsere drei sich überschneidenden Servicebereiche ermöglichen es uns, unsere Mandanten wann und wo benötigt und in der jeweils optimal geeigneten Form bei der Realisierung ihrer Visionen zu beraten.



## Wir schaffen (Mehr)Werte

Als Teil des weltweiten Deloitte-Netzwerks arbeitet Deloitte Legal mit einer Vielzahl anderer Fachrichtungen zusammen und bietet multinationale juristische Lösungen und weltweit integrierten Service:



**in Einklang**  
mit Ihrer unternehmensweiten  
Vision



**maßgeschneidert**  
für Ihre Geschäftsbereiche und  
Niederlassungen



**technologiestützt**  
für verbesserte Zusammenarbeit und  
Transparenz



**abgestimmt**  
auf Ihre regulatorischen  
Anforderungen





Deloitte Legal bezieht sich auf die Rechtsberatungspraxen der Mitgliedsunternehmen von Deloitte Touche Tohmatsu Limited, deren verbundene Unternehmen oder Partnerfirmen, die Rechtsdienstleistungen erbringen.

Diese Veröffentlichung enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden und ist nicht dazu bestimmt, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen zu sein. Weder die Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH noch Deloitte Touche Tohmatsu Limited, noch ihre Mitgliedsunternehmen oder deren verbundene Unternehmen (insgesamt das „Deloitte Netzwerk“) erbringen mittels dieser Veröffentlichung professionelle Beratungs- oder Dienstleistungen. Keines der Mitgliedsunternehmen des Deloitte Netzwerks ist verantwortlich für Verluste jedweder Art, die irgendetwas im Vertrauen auf diese Veröffentlichung erlitten hat.

Deloitte bezieht sich auf Deloitte Touche Tohmatsu Limited („DTTL“), eine „private company limited by guarantee“ (Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach britischem Recht), ihr Netzwerk von Mitgliedsunternehmen und ihre verbundenen Unternehmen. DTTL und jedes ihrer Mitgliedsunternehmen sind rechtlich selbstständig und unabhängig. DTTL (auch „Deloitte Global“ genannt) erbringt selbst keine Leistungen gegenüber Mandanten. Eine detailliertere Beschreibung von DTTL und ihren Mitgliedsunternehmen finden Sie auf [www.deloitte.com/de/UeberUns](http://www.deloitte.com/de/UeberUns).

Deloitte erbringt Dienstleistungen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Risk Advisory, Steuerberatung, Financial Advisory und Consulting für Unternehmen und Institutionen aus allen Wirtschaftszweigen; Rechtsberatung wird in Deutschland von Deloitte Legal erbracht. Mit einem weltweiten Netzwerk von Mitgliedsgesellschaften in mehr als 150 Ländern verbindet Deloitte herausragende Kompetenz mit erstklassigen Leistungen und unterstützt Kunden bei der Lösung ihrer komplexen unternehmerischen Herausforderungen. Making an impact that matters – für die rund 330.000 Mitarbeiter von Deloitte ist dies gemeinsames Leitbild und individueller Anspruch zugleich.