

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Urteil vom 12. Juni 2024  
- 7 AZR 141/23 -  
ECLI:DE:BAG:2024:120624.U.7AZR141.23.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 3. Mai 2022  
- 11 Ca 440/21 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 26. April 2023  
- 3 Sa 29/22 -

---

Entscheidungsstichworte:

Freigestelltes Betriebsratsmitglied - Provision - erfolgsabhängiges Entgelt

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 141/23

3 Sa 29/22

Landesarbeitsgericht

Hamburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am

12. Juni 2024

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und  
Anschlussrevisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und  
Anschlussrevisionskläger,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 2024 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und Dr. Hamacher sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Merten und die ehrenamtliche Richterin Metschke für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 26. April 2023 - 3 Sa 29/22 - unter deren Zurückweisung im Übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es auf die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 3. Mai 2022 - 11 Ca 440/21 - dieses teilweise abgeändert und dem Feststellungsantrag sowie dem Zahlungsantrag iHv. 11.840,40 Euro brutto (nebst Zinsen) sowie dem Antrag auf Gutschrift von Allstarlounge-Punkten stattgegeben hat.

Auf die Anschlussrevision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 26. April 2023 - 3 Sa 29/22 - weiter insoweit aufgehoben, als es die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 3. Mai 2022 - 11 Ca 440/21 - hinsichtlich der Abweisung des zuletzt noch anhängigen Zahlungsantrags iHv. 9.451,47 Euro brutto (nebst Zinsen) zurückgewiesen hat.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 3. Mai 2022 - 11 Ca 440/21 - teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 9.451,47 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 5.136,34 Euro seit dem 23. Dezember 2021 zu zahlen.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 3. Mai 2022 - 11 Ca 440/21 - wird hinsichtlich des Feststellungsantrags zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision und Anschlussrevision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche.

1

Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 1. Februar 2001 als Kraftfahrzeugverkäufer (Neue Automobile) beschäftigt. Er ist stellvertretender Vorsitzender des in der Niederlassung der Beklagten in H gebildeten Betriebsrats und seit dem 1. November 2020 vollständig von der beruflichen Tätigkeit freigestellt. Seine Vergütung setzte sich vor der Freistellung aus einem monatlichen Fixum und variablen Vergütungsbestandteilen zusammen, ua. Provisionen und jährlichem Zielerreichungs-Bonus. 2

Dem Arbeitsverhältnis lag zuletzt ein Anstellungsvertrag vom 13. April 2004 zugrunde, nach dessen Ziffer 2 („Pflichten des Kraftfahrzeugverkäufers“) „der Kraftfahrzeugverkäufer ... seine volle Arbeitskraft für den Verkauf von Kraftfahrzeugen sowie sonstiger Leistungen des Betriebes einzusetzen und alle hiermit zusammenhängenden Arbeiten einschließlich der Auslieferung der Fahrzeuge auszuführen“ hat und „Leasing- und Kreditgeschäfte ... über die B Tochtergesellschaften abgewickelt“ werden. Zur Höhe eines Provisionsanspruchs ist in Ziffer 3.1 des Vertrags ua. geregelt, dass für Leasinggeschäfte „Grundlage der Provision der Betrag“ ist, „der der Leasinggesellschaft von der B AG in Rechnung gestellt wird“ und „eine eventuelle Vermittlungsprovision der Leasinggesellschaft ... dem Bruttobetrag zugeschlagen“ wird. 3

Mit Wirkung zum 1. Juli 2019 trat die von der Beklagten und dem in ihrem Unternehmen errichteten Gesamtbetriebsrat geschlossene (Gesamt-)Betriebsvereinbarung (GBV) „Vergütungsregelungen für Kraftfahrzeugverkäufer Neue Automobile (NEVA NA 2019)“ in Kraft. Unter deren B.1.2 ist ua. festgelegt: 4

„Ein Provisionsanspruch entsteht mit dem Tag der Auslieferung des Fahrzeugs, der Abgabe des vom Kunden unterzeichneten Übergabeprotokolls und bei vollständigem Eingang der Zahlungsmittel des Geschäfts. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um ein Bar-, Finanzierungs- oder Leasinggeschäft handelt.

Die Provision ist am Tage der Zahlung des Fixums für den auf die Entstehung des Provisionsanspruches folgenden Kalendermonat fällig.

Der Kraftfahrzeugverkäufer hat auf die während der Dauer des Anstellungsverhältnisses von ihm persönlich getätigten Verkäufe Anspruch auf Provision.

Erfolgt die Auslieferung des Fahrzeuges während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses (z. B. Elternzeit), nach Beendigung der Tätigkeit als Kraftfahrzeugverkäufer am Niederlassungsstandort (z. B. Ausscheiden, Freistellung, Freizeitphase, Altersteilzeit, Versetzung etc.) oder nach Beendigung der Entgeltfortzahlung (z. B. Langzeiterkrankung), so stehen diesem Kraftfahrzeugverkäufer 50% der regulären Provision (Verkaufsprovision und Provision für Preisdurchsetzung) zu. Wird in diesem Fall ein anderer Kraftfahrzeugverkäufer mit der Auslieferung eines Fahrzeugs beauftragt, erhält dieser 50 % der regulären Provision. In diesem Fall übernimmt dieser Kraftfahrzeugverkäufer mit der Auslieferung die Kundenverantwortung.

Je verkauftes Fahrzeug entsteht ein maximaler Provisionsanspruch von 100%.“

Die Protokollnotiz 1 (PN 1) zur GBV NEVA NA 2019 nebst ihrer Anlage 1 und Anlage 2 - geändert und ergänzt durch Notiz 2 zur PN 1 vom 19. November 2019 - enthält Bestimmungen zum „Zielerreichungs-Bonus für Kraftfahrzeugverkäufer Neue Automobile“. Danach ist Bemessungszeitraum für den Zielerreichungs-Bonus jeweils der Zeitraum 1. Juli bis 30. Juni des Folgejahres. Nach Ziffer 1.1/1.2 PN 1 zur GBV NEVA NA 2019 hängt für Kraftfahrzeugverkäufer Neue Automobile M/B die Höhe des Zielerreichungs-Bonus „von der Anzahl der im Bemessungszeitraum in Rechnung gestellten und lt. Übergabeprotokoll übergebenen Neuen Automobile“ ab. Gemäß Ziffer 1.3 (1) PN 1 zur GBV NEVA NA 2019 wird für jeden Bemessungszeitraum bis spätestens 31. Mai für den folgenden Betrachtungszeitraum (jeweils 1. Juli bis 30. Juni) von der Niederlassungszentrale „gemeinsam mit dem GBR Ausschuss Niederlassungen die qualitative und quantitative Zielfestsetzung neu bestimmt.“ Die Zielfestsetzung ergibt sich für den jeweiligen Bemessungszeitraum aus der Anlage 1 zur PN 1 zur GBV NEVA NA 2019. 5

Im Zeitraum vom 16. Juni 2020 bis 28. September 2020 wurden acht Fahrzeuge an Kunden ausgeliefert, deren Verkäufe durch den Kläger getätigt wurden und für die er eine Provision beansprucht. Für diese Verkäufe liegen Auslieferungsprotokolle vor; die Zahlungsmittel gingen bei der Beklagten vollständig bis Mitte November 2020 ein. Die Beklagte lieferte weitere 16 Fahrzeuge an Kunden. 6

den aus, deren Verkäufe durch den Kläger getätigt wurden und für die er eine Provision von 50 % beansprucht. Spätestens bei der Verkündung des vorliegend angefochtenen Urteils des Landesarbeitsgerichts waren diese Geschäfte vollständig abgewickelt, wobei im November 2020 sowie im Dezember 2020 je eine Korrektur der Provisionsabrechnungen für vom Kläger getätigte Verkäufe erfolgte.

Seit Beginn seiner Vollerfreistellung als Betriebsratsmitglied erhält der Kläger monatlich ein Fixgehalt genanntes Garantieeinkommen zunächst iHv. 7.489,53 Euro brutto, seit dem 1. April 2022 iHv. 10.240,25 Euro brutto. Grundlage für dessen Ermittlung war der Referenzzeitraum vom 1. November 2019 bis 31. Oktober 2020, wobei die Beklagte auf die in diesem Zeitraum tatsächlich ausbezahlten Provisionen abstellte. Die Beklagte kündigte dem Kläger mit Schreiben vom 26. November 2020 die Zahlung des Garantieeinkommens und seine Zusammensetzung unter Verweis darauf an, dass damit alle nachlaufend auszubehaltenden Provisionen ausgeschlossen seien. Hierauf reagierte der Kläger mit E-Mail-Schreiben vom 11. Dezember 2020 und bestand auf nachlaufenden Provisionen, weil dies aus der GBV NEVA NA 2019 folge; soweit die Fakturierung erst ab seiner Vollerfreistellung erfolge, stünden ihm 50 % der Provision zu. Die Beklagte widersprach dem in ihrer Antwort vom 2. Februar 2021 unter Verweis darauf, dass die Berechnung des Garantieeinkommens auf dem Durchschnitt der für den Referenzzeitraum geleisteten Provisionszahlungen basiere und hierin bereits nachlaufende - vor Beginn dieses Zeitraums entstandene - Provisionszahlungen berücksichtigt seien. Eine Auszahlung der nachlaufenden Provisionen nach Oktober 2020 führte zu einer Besserstellung, weil der Kläger dann sowohl ein Garantieeinkommen als auch nachlaufende Provisionszahlungen erhalte. Dies wäre eine unzulässige Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds. Daraufhin machte der Kläger mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 15. März 2021 ua. Ansprüche auf Auszahlung von Provisionen iHv. 8.920,36 Euro brutto geltend. Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 10. Juni 2021 erklärte er sich mit der Berechnung seines Garantieeinkommens einverstanden, begehrte aber weiterhin die Zahlung nachlaufender Provisionen unter Bezug-

7

nahme darauf, dass seine Situation vergleichbar sei mit derjenigen eines Fahrzeugverkäufers, der auf eine Festgeldstelle wechsele.

Hinsichtlich des dem Kläger vor seiner Freistellung gewährten Zielerreichungs-Bonus wies die Beklagte mit Schreiben vom 23. April 2021 zu dessen Bestimmung ua. darauf hin, dass für die Bemessungszeiträume ab 1. Juli 2021 nicht mehr auf tatsächlich verkaufte Einheiten zurückgegriffen werden könne. Es werde der Mittelwert der von der Vergleichsgruppe im jeweiligen Bemessungszeitraum erzielten Einheiten gebildet und daraus der für den Kläger maßgebliche Zielerreichungs-Bonus berechnet. Die Vergleichsgruppe für den Kläger bestehe „aus allen Kraftfahrzeugverkäufer Neue Automobile aus der Filiale O (ausgenommen JVK, Langzeiterkrankte, Verkäufer in ATZ sowie Verkäufer mit einer Berufserfahrung kleiner 3 Jahre)“. Die Beklagte zahlte im Oktober 2022 an den Kläger einen Zielerreichungs-Bonus iHv. 13.650,00 Euro brutto für den Zeitraum 1. Juli 2021 bis 30. Juni 2022. Grundlage war, dass die Vergleichsgruppe des Klägers im entsprechenden Zeitraum 91 Auftragseingänge generiert hatte.

8

Neben Provision und Zielerreichungs-Bonus erhielt der Kläger vor seiner Freistellung für abgeschlossene Leasing- und Finanzierungsgeschäfte sog. B Bank Provisionen, die in seinen Gehaltsabrechnungen unter „Geldwerte Vorteile“ als „Provision B-Bank, GWV“ ausgewiesen wurden. Sie betragen im Zeitraum November 2019 bis Oktober 2020 durchschnittlich 538,20 Euro brutto monatlich. Ihre Höhe richtete sich für 2021 nach der „Übersicht über Bank-Provisionen für Verkaufsberater der Niederlassungen. PKW 2021“. Außerdem wurden dem Kläger vor seiner Freistellung sog. Allstarlounge-Punkte auf einem Guthabenkonto gutgeschrieben, die er für den Kauf von Produkten einsetzen konnte und einsetzte. Dabei handelt es sich um ein Verkäufer-Incentive-Programm. In den von der Beklagten erstellten Gehaltsabrechnungen wurden die entsprechenden Beträge als „Geldwerte Vorteile“ ausgewiesen. Der Wert der durch den Kläger eingelösten Allstarlounge-Punkte betrug im Zeitraum November 2019 bis Oktober 2020 durchschnittlich 100,06 Euro brutto monatlich, wobei er monatlich jeweils etwa so viele Punkte einlöste wie sammelte.

9

Mit seiner Klage und deren späterer Erweiterung hat der Kläger im Wege von Zahlungs- und Feststellungsanträgen zuletzt nachlaufende Provisionen (Antrag zu 1.), einen bestimmten Berechnungsmodus des Zielerreichungs-Bonus gemäß Notiz 2 zur PN 1 zur GBV NEVA NA 2019 (Antrag zu 2.), B Bank Provisionen (Antrag zu 3.), Gutschriften von Allstarlounge-Punkten (Antrag zu 4.) und die Zahlung eines Zielerreichungs-Bonus (Antrag zu 5.) geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, ihm stehe ein Anspruch auf Zahlung ausstehender Provisionen für vor Beginn seiner Vollfreistellung verkaufte und jedenfalls zwischenzeitlich ausgelieferte Fahrzeuge iHv. 9.674,22 Euro brutto nebst Rechtshängigkeitszinsen zu. Dieser folge aus der GBV NEVA NA 2019 und stehe in keinem Zusammenhang mit seiner Vollfreistellung und seiner Tätigkeit als Betriebsratsmitglied. Darüber hinaus sei sein Zielerreichungs-Bonus nicht allein auf Grundlage der durchschnittlich ausgelieferten Fahrzeuge der Vergleichsgruppe zu berechnen. Vielmehr seien die von ihm im Referenzzeitraum (1. November 2019 bis 31. Oktober 2020) vor der Vollfreistellung erbrachten Leistungen ins Verhältnis zur Leistung der Vergleichsgruppe zu setzen. Das Abstellen auf die Vergleichsgruppe führe dazu, dass er wegen der Freistellung als Betriebsratsmitglied schlechter gestellt werde, weil er ohne die Vollfreistellung weiterhin mehr Fahrzeuge als die von der Beklagten herangezogenen Kraftfahrzeugverkäufer verkaufen würde. Des Weiteren seien ihm die B Bank Provisionen iHv. monatlich 538,20 Euro brutto während seiner Vollfreistellung fortzuzahlen. Er habe diese in Erfüllung seiner Arbeitsleistung gegenüber der Beklagten erhalten; damit seien sie deren Leistung. Es verstoße gegen § 37 Abs. 2 BetrVG sowie § 78 BetrVG, ihm diese Provisionen nicht mehr zu gewähren. Schließlich habe er für die Dauer seiner Vollfreistellung einen Anspruch auf Gutschrift der sog. Allstarlounge-Punkte in einem Gegenwert von 100,06 Euro brutto monatlich.

10

Der Kläger hat - soweit für die Revision noch von Interesse - beantragt,

11

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag iHv. 9.460,84 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;



2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger ab dem 1. Juli 2022 für die Dauer seiner Vollfreistellung als Betriebsratsmitglied unter der Bedingung, dass das Arbeitsverhältnis besteht, der Kläger nicht zusammenhängend mehr als sechs Wochen krankgeschrieben war oder einzelne, für sich genommen kürzere Fehlzeiten aufzuweisen hat, die als Fortsetzungserkrankung innerhalb des nach dem Entgeltfortzahlungszeitraum maßgeblichen Zeitraums anzusehen sind, kein unbezahlter Urlaub genommen wurde, keine unentschuldigten Fehlzeiten vorliegen, sich der Kläger nicht im Annahmeverzug befindet und der Vergütungsanspruch nicht aufgrund eines Arbeitskampfes ausgeschlossen ist, im jeweiligen Bemessungszeitraum (1. Juli des einen bis 30. Juni des jeweiligen Folgejahres) einen sog. Zielerreichungs-Bonus gemäß Notiz 2 zur Protokollnotiz 1 zur Betriebsvereinbarung „Vergütungsregelungen für Kraftfahrzeugverkäufer Neue Automobile (NEVA NA 2019)“ vom 18. April 2019 zu zahlen, und zwar
  - a) den Einstiegswert der verkauften Einheiten (Fakturadatum) für den Zielerreichungs-Bonus gemäß Anlage 1 zur Betriebsvereinbarung „Vergütungsregelungen für Kraftfahrzeugverkäufer Neue Automobile (NEVA NA 2019)“ vom 18. April 2019 spätestens im übernächsten Monat nach Fakturadatum, nachdem die Vergleichsgruppe des Klägers (Kraftfahrzeugverkäufer des Bereiches „Neue Automobile“ der B Niederlassung H mit Ausnahme der Juniorverkäufer, der im Bemessungszeitraum über sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankten Verkäufer, der sich im Bemessungszeitraum in der Altersteilzeit befindlichen Verkäufer sowie der Verkäufer, die eine Berufserfahrung unter drei Jahren haben) im Bemessungszeitraum durchschnittlich 52,27 B-Fahrzeuge an Kunden ausgeliefert hat;
  - b) eine weitere Auszahlung des Zielerreichungs-Bonus in Höhe der Differenz zwischen dem erreichten Tabellenwert (10er-Schritte) gemäß Anlage 1 und dem bereits für den Bemessungszeitraum ausbezahlten Zielerreichungs-Bonus, nachdem die Vergleichsgruppe des Klägers (Kraftfahrzeugverkäufer des Bereiches „Neue Automobile“ der B Niederlassung H mit Ausnahme der Juniorverkäufer, der im Bemessungszeitraum über sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankten Verkäufer, der sich im Bemessungszeitraum in der Altersteilzeit befindlichen Verkäufer sowie der Verkäufer, die eine Berufserfahrung unter drei Jahren haben) im Bemessungszeitraum durchschnittlich 52,27 B-Fahrzeuge an Kunden ausgeliefert hat;

- sungszeitraum über sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankten Verkäufer, der sich im Bemessungszeitraum in der Altersteilzeit befindlichen Verkäufer sowie der Verkäufer, die eine Berufserfahrung unter drei Jahren haben) im Bemessungszeitraum durchschnittlich jeweils weitere 7,47 B-Fahrzeuge an Kunden ausgeliefert hat;
- c) den endgültigen Zielerreichungs-Bonus mit der Abrechnung für den Monat September des jeweiligen Jahres für den vergangenen Bemessungszeitraum an den Kläger auszubezahlen, abzüglich hierauf bereits geleisteter Zahlungen, und zwar auf der Grundlage von 133,93 % der durch die Vergleichsgruppe des Klägers (Kraftfahrzeugverkäufer des Bereiches „Neue Automobile“ der B Niederlassung H mit Ausnahme der Juniorverkäufer, der im Bemessungszeitraum über sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankten Verkäufer, der sich im Bemessungszeitraum in der Altersteilzeit befindlichen Verkäufer sowie der Verkäufer, die eine Berufserfahrung unter drei Jahren haben) im Bemessungszeitraum ausgelieferten B-Fahrzeugen an Kunden;
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag iHv. 11.840,40 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 6.996,60 Euro seit dem 23. Dezember 2021, auf weitere 538,20 Euro seit dem 1. Januar 2022, weitere 538,20 Euro seit dem 1. Februar 2022, weitere 538,20 Euro seit dem 1. März 2022, weitere 538,20 Euro seit dem 1. April 2022, weitere 538,20 Euro seit dem 1. Mai 2022, weitere 538,20 Euro seit dem 1. Juni 2022, weitere 538,20 Euro seit dem 1. Juli 2022, weitere 538,20 Euro seit dem 1. August 2022 und auf weitere 538,20 Euro seit dem 1. September 2022 zu zahlen;
4. die Beklagte zu verurteilen, ihm auf seinem Allstarlounge-Konto sog. Allstarlounge-Punkte in einem Gegenwert von 2.201,32 Euro brutto gutzuschreiben;
5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag iHv. 13.575,00 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8. November 2022 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, die nachlaufend auszahlenden Provisionen seien mit dem Garantieeinkommen ausgeschlossen. Dies basiere auf dem Grundprinzip der Ermittlung des Durchschnittsverdienstes der letzten 36 (bzw. hier wegen des Inkrafttretens der GBV NEVA NA 2019: zwölf) Monate. Allein hierauf beziehe sich die Vergütung des Klägers während seiner Freistellung. Auch der verlangte Zielerreichungs-Bonus stehe dem Kläger nicht zu. Für den Bemessungszeitraum vom 1. Juli 2021 bis zum 30. Juni 2022 könne nicht mehr auf eine tatsächliche Tätigkeit des Klägers zurückgegriffen werden. Daher sei der Mittelwert der von der Vergleichsgruppe im jeweiligen Bemessungszeitraum erzielten Einheiten zu bilden und daraus der für den Zielerreichungs-Bonus maßgebliche Wert zu berechnen. Bei den B Bank Provisionen handele es sich um Zahlungen der rechtlich selbstständigen B Bank GmbH und nicht um Arbeitsentgelt. Dazu bedürfe es einer entsprechenden - mit dem Kläger nicht getroffenen - arbeitsvertraglichen Regelung. Auf die Provisionen habe sie - die Beklagte - keinen Einfluss; umgekehrt sei der Kläger ihr gegenüber nicht verpflichtet, Bankgeschäfte zu vermitteln oder zu betreuen. Die Auszahlung der Provisionen über die Gehaltsabrechnung erfolge aus Gründen der Konzernverbundenheit und der Vereinfachung der Nachvollziehbarkeit für den Kläger. Auch die Allstarlounge-Punkte würden trotz Erfassung als „Geldwerte Vorteile“ auf der Gehaltsabrechnung für von der B Bank GmbH vermittelte Leasing- oder Finanzierungsgeschäfte gewährt. Es handele sich damit um Provisionsgeschäfte, die von einer dritten unabhängigen Gesellschaft gewährt würden. Auch insoweit bestehe keine arbeitsvertragliche Verpflichtung des Klägers, entsprechende Geschäfte abzuschließen.

12

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers - unter deren weitergehender Zurückweisung - hat das Landesarbeitsgericht den Anträgen zu 2., 3., 4. und 5. stattgegeben. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die vollständige Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Kläger verfolgt mit seiner Anschlussrevision den Antrag zu 1. - geringfügig ermäßigt - iHv. 9.451,47 Euro brutto weiter.

13

## Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist nur zum Teil begründet. Die Anschlussrevision des Klägers ist begründet. 14

A. Die zulässige Revision der Beklagten ist nur teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem mit dem Antrag zu 2. angebrachten Feststellungsbegehren zu Unrecht stattgegeben; dieses ist bereits unzulässig. Insoweit war das angefochtene Urteil aufzuheben und die gegen die Abweisung dieses Antrags durch das Arbeitsgericht angebrachte Berufung des Klägers zurückzuweisen. Dagegen hat das Landesarbeitsgericht zu Recht die Beklagte zur Zahlung des verlangten Zielerreichungs-Bonus nebst Rechtshängigkeitszinsen verurteilt; insoweit war die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Die Revision ist dagegen auch begründet, soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung der begehrten B Bank Provisionen verurteilt und sie verpflichtet hat, die verlangten Allstarlounge-Punkte auf dem Allstarlounge-Konto des Klägers gutzuschreiben. Dies führt zur weiteren teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 15

I. Die Revision der Beklagten ist hinsichtlich des zu 2. gestellten Feststellungsantrags begründet. Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass dieser Antrag bereits unzulässig ist. Es fehlt jedenfalls an einem rechtlichen Interesse an der begehrten Feststellung. 16

1. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. 17

a) Ein Rechtsverhältnis iSd. § 256 Abs. 1 ZPO ist jedes durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandene rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder einer Sache (*st. Rspr., sh. nur* 18

*BAG 23. März 2023 - 1 ABR 43/18 - Rn. 36 mwN*). Eine Feststellungsklage muss sich nicht notwendig auf ein Rechtsverhältnis insgesamt erstrecken. Sie kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auch auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (*sog. Elementenfeststellungsklage, vgl. BAG 30. Januar 2024 - 3 AZR 144/23 - Rn. 12 mwN*). Kein Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO sind dagegen abstrakte Rechtsfragen oder rechtliche Vorfragen (*vgl. etwa BAG 13. März 2024 - 7 ABR 11/23 - Rn. 33 mwN*). Nicht zulässig ist auch eine Feststellung zur Klärung der Berechnungsgrundlagen eines Anspruchs oder einer Leistungspflicht (*BGH 11. November 2022 - V ZR 213/21 - Rn. 62 mwN*).

b) Das besondere Feststellungsinteresse ist bei der Elementenfeststellungsklage nur dann gegeben, wenn durch die Entscheidung über den Feststellungsantrag der Streit insgesamt beseitigt wird und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann (*BAG 14. Oktober 2020 - 7 AZR 286/18 - Rn. 98 mwN*). Die Rechtskraft der Entscheidung muss weitere gerichtliche Auseinandersetzungen über die zwischen den Parteien strittigen Fragen um denselben Fragenkomplex ausschließen (*BAG 25. März 2015 - 5 AZR 874/12 - Rn. 15; vgl. auch - zum Beschlussverfahren - BAG 13. März 2024 - 7 ABR 11/23 - Rn. 36 mwN*). Es fehlt, wenn durch die Entscheidung kein Rechtsfrieden geschaffen wird (*BAG 21. Mai 2019 - 9 AZR 260/18 - Rn. 17*). 19

2. Danach fehlt für den Antrag jedenfalls das erforderliche Feststellungsinteresse. Die Rechtskraft einer Entscheidung über die erstrebte Feststellung würde weitere gerichtliche Auseinandersetzungen über die zwischen den Parteien strittigen Fragen bezüglich der hypothetischen Zielerreichung nicht ausschließen. Nach dem vom Kläger in der Revisionsinstanz nicht in Abrede gestellten Verständnis des Klageantrags durch das Landesarbeitsgericht ist dieser nicht darauf gerichtet, die im Antrag wiedergegebene Berechnungsweise unabhängig von den tatsächlichen Entwicklungen festzuschreiben. Das Landesarbeitsgericht hat vielmehr im Hinblick auf die zeitliche Reichweite des Antrags angenommen, jede Partei könne für die Zukunft, gestützt auf neue Tatsachen, eine Änderung der Rechtslage zu ihren Gunsten geltend machen. Damit würde die Berech- 20

nungsweise des Zielerreichungs-Bonus gerade nicht abschließend geklärt. Es sind weitere gerichtliche Auseinandersetzungen zu befürchten, etwa in Bezug darauf, ob sich die Leistung der Vergleichsgruppe aufgrund bestimmter Umstände erheblich verändert hat. Das resultiert letztlich auch daraus, dass der Kläger der Sache nach in unzulässiger Weise die Feststellung einer - tatsächlichen - Vorfrage im Rahmen der Berechnung seiner nach § 37 Abs. 2 BetrVG von der Beklagten zu zahlenden Vergütung erstrebt. Das Arbeitsentgelt ist nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen. Die Berechnung der geschuldeten Vergütung nach dem Lohnausfallprinzip erfordert eine hypothetische Betrachtung, welches Arbeitsentgelt das Betriebsratsmitglied ohne die Arbeitsbefreiung verdient hätte (*BAG 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 14 mwN*). Im Ergebnis verlangt der Kläger auf der Grundlage bestimmter Tatsachen in der Vergangenheit die Festschreibung einer bestimmten hypothetischen Betrachtung für die Zukunft im Wege des Feststellungsantrags.

II. Soweit das Landesarbeitsgericht dem Kläger einen Zielerreichungs-Bonus iHv. 13.575,00 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8. November 2022 zugesprochen hat, ist die Revision der Beklagten unbegründet. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der titulierte Anspruch beruhe auf § 37 Abs. 2 BetrVG iVm. PN 1 zur GBV NEVA NA 2019 - und hinsichtlich der Zinsforderung im Hinblick auf die der Beklagten am 7. November 2022 zugestellte Klage(-erweiterung) auf § 288 Abs. 1 Satz 2, § 291 BGB - ist frei von Rechtsfehlern. 21

1. Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. § 37 Abs. 2 BetrVG begründet keinen eigenständigen Vergütungsanspruch, sondern sichert den Entgeltanspruch des Betriebsratsmitglieds aus § 611a Abs. 2 BGB iVm. dem Arbeitsvertrag, indem er dem Arbeitgeber den Einwand des nicht erfüllten Vertrags nimmt (*BAG 13. März 2024 - 7 ABR 11/23 - Rn. 16 mwN*). Die Vorschrift gilt für alle Betriebsratsmitglieder, auch für nach § 38 BetrVG freigestellte (*vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 22/12 - Rn. 19*). Das Verbot der Entgelt- 22

minderung soll die Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Übernahme eines Betriebsratsamts fördern, indem es ihm die Befürchtung nimmt, Einkommenseinbußen durch die Wahrnehmung eines Ehrenamts zu erleiden. Es bedeutet, dass dem Betriebsratsmitglied das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen ist, das es verdient hätte, wenn es keine Betriebsratsstätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte. Zum Arbeitsentgelt iSv. § 37 Abs. 2 BetrVG gehören alle Vergütungsbestandteile, nicht dagegen reiner Aufwendungsersatz (*BAG 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 12 f. mwN*).

2. Danach hat der Kläger auch nach der Freistellung von seiner beruflichen Tätigkeit gemäß § 38 BetrVG einen Anspruch auf Zahlung des Zielerreichungs-Bonus nach PN 1 zur GBV NEVA NA 2019. Darüber besteht zwischen den Parteien dem Grunde nach kein Streit. Ohne revisiblen Rechtsfehler ist das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Kläger für den dem Klageantrag zugrunde gelegten Zeitraum insgesamt ein Zielerreichungs-Bonus iHv. 27.225,00 Euro brutto zusteht, so dass er unter Berücksichtigung der bereits geleisteten 13.650,00 Euro brutto (§ 362 Abs. 1 BGB) noch einen Anspruch iHv. 13.575,00 Euro brutto hat. 23

a) Das Arbeitsentgelt ist nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen. Die Berechnung der geschuldeten Vergütung nach dem Lohnausfallprinzip erfordert eine hypothetische Betrachtung, welches Arbeitsentgelt das Betriebsratsmitglied ohne die Arbeitsbefreiung verdient hätte. Zur Berechnung der hypothetischen Vergütung ist die Methode zu wählen, die dem Lohnausfallprinzip am besten gerecht wird. Dabei sind die Besonderheiten des jeweiligen Vergütungsbestandteils zu berücksichtigen. Da es um die Feststellung eines hypothetischen Sachverhalts geht, kann die Feststellung der Zielerreichung bei einem variablen Jahresbonus nur aufgrund von Hilfstatsachen, die iVm. Erfahrungsregeln einen indiziel- len Schluss auf einen bestimmten Geschehensablauf zulassen, getroffen werden. Nach der Feststellung entsprechender Hilfstatsachen kann das Landesarbeitsgericht ggf. nach § 287 Abs. 2 ZPO unter Berücksichtigung aller Umstände eine Schätzung vornehmen (*vgl. BAG 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 14, 23*). Nach dieser Bestimmung gelten die Vorschriften des § 287 Abs. 1 Satz 1 24

und Satz 2 ZPO bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten entsprechend. Die Vorschrift erlaubt damit unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen auch die Schätzung des Umfangs von Erfüllungsansprüchen (*BAG 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 20, BAGE 151, 180*).

b) Die vom Tatsachengericht gemäß § 287 Abs. 2 ZPO nach freier Überzeugung vorgenommene Schätzung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung. Es ist nur zu überprüfen, ob das Tatsachengericht wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige oder unbewiesene Anknüpfungstatsachen zugrunde gelegt hat und damit die Schätzung mangels konkreter Anhaltspunkte völlig „in der Luft“ hängt, also willkürlich ist (*vgl. zur Schätzung von Überstunden BAG 25. März 2015 - 5 AZR 602/13 - Rn. 24, BAGE 151, 180; zur Schätzung eines Schadensersatzanspruchs nach § 287 Abs. 1 ZPO BAG 29. Februar 2024 - 8 AZR 359/22 - Rn. 23; vgl. auch BGH 11. März 2022 - V ZR 35/21 - Rn. 28*). 25

c) Danach hält die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, bei hypothetischer Betrachtung hätte der Kläger im Zeitraum vom 1. Juli 2021 bis zum 30. Juni 2022 einen Zielerreichungs-Bonus iHv. 27.225,00 Euro verdient, der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 26

aa) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht bei der Annahme der Einheiten, die der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum an Kunden ausgeliefert hätte, nicht allein auf den Vertriebs Erfolg der Vergleichsgruppe (Kraftfahrzeugverkäufer des Bereiches „Neue Automobile“ der B Niederlassung H mit Ausnahme der Juniorverkäufer, der im Bemessungszeitraum über sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankten Verkäufer, der sich im Bemessungszeitraum in der Altersteilzeit befindlichen Verkäufer sowie der Verkäufer, die eine Berufserfahrung unter drei Jahren haben) abgestellt. Die Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG findet insoweit keine Anwendung (*vgl. BAG 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 17*). Nach § 37 27

Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Diese Vorschrift betrifft



einen anderen Sachverhalt als § 37 Abs. 2 BetrVG. Während § 37 Abs. 2 BetrVG die Fortzahlung des - vereinbarten - Arbeitsentgelts für die Dauer der Arbeitsbefreiung zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben regelt, gewährt § 37 Abs. 4 BetrVG einem Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Erhöhung seines Entgelts in dem Umfang, in dem das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steigt. Im Streitfall geht es um die Berechnung des Zielerreichungs-Bonus nach PN 1 zur GBV NEVA NA 2019 und nicht um eine Anpassung seiner Vergütung an die Vergütungsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer. Die von der Beklagten vertretene alleinige Bemessung des Zielerreichungs-Bonus anhand der Zahlen der Vergleichsgruppe stünde auch nicht im Einklang mit dem Verbot der Entgeltminderung. Arbeitnehmer, die regelmäßig einen höheren Bonus als die Mitglieder der Vergleichsgruppe verdienen, weil sie mehr Einheiten an Kunden ausliefern, würden von der Übernahme eines Betriebsratsamts abgeschreckt, da sie die Befürchtung haben müssten, Einkommenseinbußen durch die Wahrnehmung eines Ehrenamts zu erleiden.

bb) Die Schätzung der Bonushöhe durch das Landesarbeitsgericht ist nicht willkürlich; sie beruht vielmehr auf konkreten Anhaltspunkten. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen mit dem Grad der Zielerreichung durch den Kläger im Vergleich zur Zielerreichung durch die Vergleichsgruppe im vorangegangenen Berechnungszeitraum begründet. Dabei hat es nicht verkannt, dass es sich bei dem in der Vergangenheit erreichten Zielerreichungsgrad in Relation zu dem der Vergleichsgruppe nicht um die einzige grundsätzlich zu berücksichtigende Hilfstatsache handelte. Das Landesarbeitsgericht bezieht sich in seiner Begründung vielmehr ausdrücklich auf die Ausführungen des Senats in dem Urteil vom 29. April 2015 (- 7 AZR 123/13 - Rn. 27). Danach kann sich ein Indiz für die hypothetische Zielerreichung des Betriebsratsmitglieds aus einem Vergleich des von ihm in den Jahren vor der Übernahme des Betriebsratsamts durchschnittlich erfüllten Zielerreichungsgrads und des durchschnittlichen Zielerreichungsgrads der Vergleichsgruppe in dieser Zeit ergeben. Das Landesarbeitsgericht hat auch ausdrücklich einschränkend ausgeführt, der Rück-

schluss aus der Vergangenheit auf die Zukunft sei gerechtfertigt, „soweit und solange keine Tatsachen vorgebracht werden, denen eine andere indizielle Bedeutung zuzumessen ist und die etwa darin liegen können, dass (nur) bestimmte und nun weggefallene Sondereffekte zu dem höheren Zielerreichungsgrad des Klägers geführt haben oder die Vergleichsgruppe aufgrund bestimmter Umstände, etwa einer geänderten Zusammensetzung oder ebenfalls bestimmter Sondereffekte die Leistung hat so steigern können, dass hypothetisch nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass dem Kläger eine die der Vergleichsgruppe in bisherigem Maß übersteigende Zielerreichung gelungen wäre.“

(1) Die Beklagte macht mit ihrer Revision nicht geltend, entsprechende Tatsachen - konkret bezogen auf den Kläger und auf den streitgegenständlichen Zeitraum - vorgetragen zu haben. Sie rügt vielmehr vornehmlich, das Landesarbeitsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, die äußeren Rahmenbedingungen seien für alle Verkäufer gleich. Wenn sie aber darauf verweist, dass der Verkauf hochwertiger Fahrzeuge in besonders hohem Maße Schwankungen infolge geänderter Marktbedingungen unterliege, verkennt sie, dass die Vorgehensweise des Landesarbeitsgerichts dies gerade berücksichtigt. Das Berufungsgericht hat nicht die Verkaufszahlen aus der vorangegangenen Bemessungsperiode zugrunde gelegt, sondern die der Vergleichsgruppe im aktuellen Bemessungszeitraum und diese dann nur im gleichen Verhältnis wie dem Abstand im Vorjahr erhöht. Damit hat es die aktuellen Marktbedingungen in seine Ermittlung mit einbezogen. Soweit die Beklagte ferner geltend gemacht hat, die Bedingungen stünden zueinander in einer Wechselwirkung und wirkten sich auf mannigfache Privat- und Firmenkunden mit unterschiedlicher Fuhrparkgröße sowie verschiedenen Vertragslaufzeiten unterschiedlich aus, ist ihr Einwand pauschal und damit nicht berücksichtigungsfähig. Auch in der Revisionsinstanz macht die Beklagte nicht geltend, dass dem Kläger „besondere“ Kunden zugewiesen waren und aufgrund welcher Umstände die Umsätze mit diesen Kunden im vorangegangenen Jahr außergewöhnlich gut gewesen sein sollen, oder aufgrund welcher außergewöhnlichen Umstände die Umsätze gerade mit diesen Kunden im streitgegenständlichen Zeitraum besonders schlecht gewesen wären.

29

(2) Soweit das Landesarbeitsgericht bei seiner Schätzung davon ausgegangen ist, dass der Kläger im Vorjahreszeitraum 33,93 % mehr Fahrzeuge ausgeliefert habe als die Mitglieder der Vergleichsgruppe, hat es keine streitige Tatsache zugrunde gelegt. Grundsätzlich ist es Sache des Landesarbeitsgerichts zu beurteilen, ob eine Tatsache streitig oder unstreitig ist. Der Beklagten hätte es freigestanden, einen entsprechenden Tatbestandsberichtigungsantrag zu stellen, wenn das Landesarbeitsgericht diese Tatsache zu Unrecht als unstreitig angesehen hätte. Dies ist nicht erfolgt. Vielmehr führt auch die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung zum Sachverhalt aus, zwischen den Parteien sei unstreitig, dass der Kläger im letzten Jahr vor seiner Freistellung einen hohen Bonus erhalten hat, weil in diesem Jahr sein Zielerreichungsgrad ca. 33 % höher war als der Durchschnitt seiner Kollegen innerhalb der Niederlassung H. Auch geht die Beklagte selbst davon aus, die insoweit mit dem Kläger zu vergleichende Arbeitnehmergruppe bestehe aus den Kraftfahrzeugverkäufern Neue Automobile der Niederlassung H, Hauptstandort O, mit Ausnahme der Juniorverkäufer, Langzeiterkrankten, Verkäufer in Altersteilzeit sowie Verkäufer mit einer Berufserfahrung von weniger als drei Jahren. Hierbei handelt es sich um die Beschäftigtengruppe, die auch der Kläger - jedenfalls ausweislich seines Feststellungsantrags - bei seiner Berechnung herangezogen hat. 30

(3) Soweit die Revision beanstandet, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht für den Vergleich der Verkaufszahlen zwischen dem Kläger und der Vergleichsgruppe nur den einjährigen Zeitraum vom 1. Juli 2020 bis 30. Juni 2021 zugrunde gelegt, erscheint dieses Vorgehen jedenfalls nicht willkürlich. Zum einen deckt ein Zeitraum von 12 Monaten saisonale Unterschiede grundsätzlich ab. Zum anderen geht es vorliegend um den unmittelbar anschließenden Bemessungszeitraum vom 1. Juli 2021 bis 30. Juni 2022. Hier ist es nicht fernliegend, nur die „aktuellen“ Zahlen zu berücksichtigen. 31

3. Soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte verurteilt hat, an den Kläger B Bank Provisionen iHv. 11.840,40 Euro brutto zuzüglich Zinsen zu zahlen, ist die Revision begründet. Zwar ist das Landesarbeitsgericht ohne revisiblen 32

Rechtsfehler davon ausgegangen, dass dem Kläger während seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied ein Anspruch gegenüber der Beklagten auf Zahlung dieser variablen Vergütung zusteht. Die Revision rügt aber zu Recht, dass die Höhe des Anspruchs auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts nicht zutreffend berechnet wurde.

a) Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von sog. B Bank Provisionen für den streitgegenständlichen Zeitraum dem Grunde nach zu. 33

aa) Das (freigestellte) Betriebsratsmitglied hat Anspruch auf Arbeitsentgelt einschließlich aller Nebenbezüge, die es erzielt haben würde, wenn es im Betrieb gearbeitet hätte. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, das dem Arbeitnehmer aufgrund seines Arbeitsverhältnisses geschuldete Arbeitsentgelt trotz Nichterbringung der Arbeitsleistung für die Dauer der Betriebsratstätigkeit weiterzuzahlen. Der Arbeitgeber ist jedoch nicht verpflichtet, für den Ausfall eines Entgelts, das von ihm nicht geschuldet wird, zu haften. Die Vorschrift erfasst nur das vom Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsvertrags geschuldete Arbeitsentgelt (*vgl. BAG 28. Juni 1995 - 7 AZR 1001/94 - zu III 1 der Gründe, BAGE 80, 230*). Die von einem Dritten im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis erbrachten Leistungen können insofern dann Arbeitsentgelt iSd. § 37 BetrVG darstellen, wenn der Dritte sie nach der Abrede der Arbeitsvertragsparteien anstelle oder neben dem zwischen ihnen vereinbarten Arbeitsentgelt erbringen soll. Erfüllt der Dritte gegenüber dem Arbeitnehmer die von ihm im Hinblick auf das Bestehen des Arbeitsverhältnisses übernommene Verpflichtung nicht, so kann an seiner Stelle der Arbeitgeber zur Leistung an das Betriebsratsmitglied verpflichtet sein (*vgl. zu § 37 Abs. 4 BetrVG BAG 16. Januar 2008 - 7 AZR 887/06 - Rn. 15 f.*). 34

bb) Die Auslegung nichttypischer vertraglicher Abreden der Parteien obliegt in erster Linie den Gerichten der Tatsacheninstanzen. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) verletzt, gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze ver- 35

stoßen oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat (*st. Rspr., vgl. BAG 28. April 2021 - 7 AZR 212/20 - Rn. 20 mwN*).

cc) Ausgehend von diesen Maßgaben hält die Annahme des Landesarbeitsgerichts, den Gesamtumständen lasse sich eine konkludente Vereinbarung der Parteien entnehmen, nach der die Beklagte zur Zahlung von sog. B Bank Provisionen neben der von ihr im Übrigen zu zahlenden Vergütung verpflichtet ist, einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Entscheidung zutreffend die vom Senat in der Entscheidung vom 16. Januar 2008 (- 7 AZR 887/06 - Rn. 16) aufgestellten Rechtssätze zugrunde gelegt. Auch die Annahme, ein Arbeitnehmer müsse davon ausgehen, seine Arbeitgeberin verpflichte sich zur Zahlung eines Entgelts, das für eine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung gezahlt wird, verstößt weder gegen Denkgesetze noch gegen Erfahrungssätze. Es gehört zu den arbeitsvertraglichen Pflichten des Klägers, den Kunden eine Finanzierung anzubieten, wobei er zugleich dahingehend gebunden ist, Leasing- und Kreditgeschäfte über die B Tochtergesellschaften abzuwickeln. Dabei durfte - und musste - das Landesarbeitsgericht im Rahmen der Gesamtwürdigung berücksichtigen, dass die Auszahlung der Provisionen nicht unmittelbar durch die B Bank GmbH, sondern durch die Beklagte erfolgte und von dieser auch in den Gehaltsabrechnungen - wenn auch als Sachbezug - ausgewiesen wurde. Insoweit ist auch nicht ersichtlich, dass das Landesarbeitsgericht wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat. Dies gilt insbesondere für die Aussage, die Beklagte habe keine Umstände dargelegt, aus denen sich für den Kläger hätte erschließen müssen, dass allein die B Bank GmbH für die Zahlung der Provisionen aufkommen werde. Die Beklagte hat in ihrer Revisionsbegründung keine von ihr schon in den Vorinstanzen vorgebrachten wesentlichen Tatsachen bezeichnet, die das Landesarbeitsgericht bei seiner Auslegung außer Acht gelassen hat. Soweit sie unter B II 3 a ihrer Revisionsbegründung eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör rügt, da das Landesarbeitsgericht ihr Vorbringen zu einer jedenfalls konkludent zustande gekommenen Vertragsbeziehung zwischen dem Kläger und der B Bank GmbH nicht berücksichtigt habe, genügt die Begründung nicht den Anforderungen des § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO. Die Beklagte legt schon nicht den konkreten

36

Tatsachenvortrag dar, den sie zum Zustandekommen dieser Vertragsbeziehung gehalten haben will. Von einer weiteren Begründung der Unbeachtlichkeit der Rüge wird gemäß § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 564 ZPO abgesehen.

b) Die Revision der Beklagten ist jedoch hinsichtlich ihrer Verurteilung zur Zahlung von 11.840,40 Euro brutto nebst Zinsen deshalb begründet, weil die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht ausreichen, um die Höhe des Anspruchs zu begründen. Die Beklagte rügt zu Recht, dass das Landesarbeitsgericht seiner Berechnung allein den Vortrag des Klägers zugrunde gelegt habe, er hätte ohne seine Vollfreistellung weiter die sog. B Bank Provisionen im bisherigen Umfang verdient. Auch wenn es an ausdrücklichen Vereinbarungen der Parteien fehlt, ist doch unstrittig, dass es sich um eine erfolgsabhängige Vergütung handelt. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Berechnung allein zugrunde gelegt, dass der Kläger im Zeitraum von November 2019 bis Oktober 2020 durchschnittlich sog. B Bank Provisionen iHv. 538,20 Euro pro Monat erhielt. Der Durchschnittswert eines solch kurzen Referenzzeitraums kann jedoch für die Ermittlung der hypothetisch verdienten Provisionen nur dann zugrunde gelegt werden, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass in dem zu vergütenden Zeitraum ähnlich viele provisionspflichtige Geschäfte angefallen wären. Obwohl das Landesarbeitsgericht bei der Ermittlung der Höhe des Zielerreichungs-Bonus entsprechend vorgegangen ist, fehlen entsprechende Feststellungen in Bezug auf die Berechnung der hypothetisch verdienten B Bank Provision. Dies wird das Landesarbeitsgericht nachzuholen haben. Alternativ könnte eine Schätzung nach § 287 ZPO auch auf Basis eines erheblich längeren Referenzzeitraums erfolgen, innerhalb dessen es nach aller Lebenswahrscheinlichkeit zu repräsentativen Schwankungen hinsichtlich der provisionspflichtigen Geschäfte gekommen sein wird. Da die erforderlichen Feststellungen nicht getroffen sind, kann der Senat die erforderliche Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO nicht selbst vornehmen. Der Rechtsstreit ist insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

37

38

4. Die Revision der Beklagten ist auch insoweit begründet, als sie vom Landesarbeitsgericht verurteilt wurde, dem Kläger auf seinem Allstarlounge-Konto sog. Allstarlounge-Punkte in einem Gegenwert von 2.201,32 Euro brutto gutzuschreiben. Dieses Begehren ist nicht hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

a) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss der Leistungsantrag hinreichend bestimmt sein. Der Streitgegenstand muss so konkret umschrieben werden, dass der Umfang der Rechtskraftwirkung für die Parteien nicht zweifelhaft ist. Der Beklagte muss bei einer dem Antrag stattgebenden Entscheidung eindeutig erkennen können, was von ihm verlangt wird. Das Gericht ist gehalten, eine entsprechende Auslegung des Antrags vorzunehmen, wenn hierdurch eine vom Antragsteller erkennbar erstrebte Sachentscheidung ermöglicht wird. Die Prüfung, welche Maßnahmen der Schuldner vorzunehmen oder zu unterlassen hat, darf dadurch grundsätzlich nicht in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden (*BAG 22. Januar 2020 - 7 ABR 18/18 - Rn. 14 mwN, BAGE 169, 267*). Zwar ist es grundsätzlich zulässig, Gutschriften auf vom Arbeitgeber geführten Konten zum Gegenstand einer Leistungsklage zu machen (*vgl. zur Gutschrift auf einem Arbeitszeitkonto BAG 18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - Rn. 12 mwN, BAGE 170, 172*). Zwischen den Parteien darf aber keine Unklarheit bestehen, wie die Gutschrift erfolgen soll (*vgl. zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Antrags: BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 16, BAGE 158, 31; 21. März 2012 - 5 AZR 676/11 - Rn. 16 mwN, BAGE 141, 88*). So ist der Antrag, einem Arbeitszeitkonto Stunden „gutzuschreiben“, hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer ein Zeitkonto führt, auf dem zu erfassende Arbeitszeiten nicht aufgenommen wurden und noch gutgeschrieben werden können (*vgl. BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 270/20 - Rn. 37*).

b) Der Antrag des Klägers bezeichnet nicht klar, wie die Gutschrift erfolgen soll. Das beruht schon darauf, dass nicht festgestellt ist, ob die Beklagte selbst oder ob die B Bank GmbH das Allstarlounge-Konto führt. Davon ist jedoch ab-

hängig, ob die Beklagte selbst eine Gutschrift vornehmen kann, oder ob der Kläger in der Sache begehrt, dass die Beklagte auf die B Bank GmbH einwirkt, dass diese die entsprechende Gutschrift vornimmt. Zudem handelt es sich offenbar um ein in Punkten geführtes Konto. Es ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, wie sich der „Gegenwert“ von 2.201,32 Euro in Punkten bemessen soll. Ohne eine Festlegung, wie eine Umrechnung eines Geldbetrags in gutzuschreibende Punkte erfolgt, würde ein ggf. darüber bestehender Streit in unzulässiger Weise in das Vollstreckungsverfahren verlagert.

c) Da die vorstehenden Überlegungen zu dem in dieser Form erstmalig im Berufungsverfahren gestellten Antrag bisher weder von den Parteien noch dem Berufungsgericht thematisiert worden sind, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Gebot eines fairen Verfahrens (*Art. 103 Abs. 1 GG, vgl. BAG 29. März 2023 - 5 AZR 55/19 - Rn. 29; generell dazu BVerfG 17. Januar 2006 - 1 BvR 2558/05 - Rn. 7 ff.; BAG 14. September 2020 - 5 AZB 23/20 - Rn. 27, BAGE 172, 186*) gebietet es, dem Kläger im fortgesetzten Berufungsverfahren die Möglichkeit zu eröffnen, näher zum Führen des Allstar-lounge-Kontos vorzutragen und seinen Klageantrag sodann anzupassen. 41

B. Die Anschlussrevision des Klägers ist zulässig und begründet. 42

I. Die Anschlussrevision ist zulässig. Insbesondere besteht ein unmittelbarer rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang des Streitgegenstands der Anschlussrevision mit Streitgegenständen der Revision (*vgl. zu diesem Erfordernis BAG 25. März 2021 - 2 AZR 508/19 - Rn. 14 mwN*). Nach B.1. GBV NEVA NA 2019 setzt sich die Vergütung eines Kraftfahrzeugverkäufers zusammen aus Fixum, Verkaufsprovision, Provision für Preisdurchsetzung, ggf. einer Ausfallprovision und einem möglichen Zielerreichungs-Bonus. Die Klageanträge zu 1. und 2., die Gegenstände der Revision der Beklagten sind, betreffen danach ebenso Bestandteile der Vergütung des Klägers als Kraftfahrzeugverkäufer nach der GBV NEVA NA 2019 wie auch die (nachlaufende) Verkaufsprovision, die Gegenstand der Anschlussrevision ist. 43



II. Die Anschlussrevision ist auch begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage in Bezug auf die nachlaufenden Provisionen zu Unrecht für unbegründet erachtet. Der Kläger hat Anspruch auf die nachlaufenden Provisionen in der geltend gemachten Höhe. Hierüber - und über einen Teil des geltend gemachten Zinsanspruchs - kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Ob ihm der weitergehend erstrebte Zinsanspruch zusteht, kann allerdings auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht abschließend beurteilt werden. 44

1. Der Anspruch des Klägers ergibt sich aus § 65 iVm. § 87 Abs. 1 Satz 1 HGB iVm. B.1.2 GBV NEVA NA 2019. 45

a) Gemäß § 65 HGB sind die für die Handelsvertreter geltenden Vorschriften des § 87 Abs. 1, 3, §§ 87a bis 87c HGB anzuwenden, wenn vereinbart ist, dass der Handlungsgehilfe für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provision erhalten solle. Das ist bei dem Kläger der Fall. Die Provisionszusage findet sich in Ziffer 2.1.2 des Arbeitsvertrags vom 25. Januar/1. Februar 2001; durch den Anstellungsvertrag vom 13. April 2004 wurde nur die Höhe des Provisionsanspruchs geändert. Gemäß § 65 iVm. § 87 Abs. 1 Satz 1 HGB hat der Handlungsgehilfe Anspruch auf Provision für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind. Entstehen und Fälligkeit der Provision sind in § 87a HGB geregelt; § 87b HGB enthält Regelungen zur Höhe der Provision. Die GBV NEVA NA 2019 gestaltet diese Ansprüche weiter aus. 46

b) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Voraussetzungen für Ansprüche des Klägers hinsichtlich der vollen Provision iHv. 5.136,34 Euro bzw. weiterer Ansprüche hinsichtlich der hälftigen Provision iHv. 4.646,38 Euro vorliegen und die Ansprüche erst nach dem 31. Oktober 2020 fällig geworden sind. Dies wird von den Parteien in der Revisionsinstanz nicht in Zweifel gezogen. Gleiches gilt für die vorgenommenen Abzüge für korrigierte Provisionsabrechnungen iHv. 9,37 Euro (November 2020) und iHv. 321,88 Euro (Dezember 2020). Danach bestand ein Provisionsanspruch des Klägers iHv. 9.451,47 Euro. Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz noch einen um 47

9,37 Euro höheren Betrag geltend gemacht hatte, verfolgt er diesen im Rahmen seiner Anschlussrevision nicht mehr.

2. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass der Provisionsanspruch des Klägers nicht deswegen erloschen ist, weil der Kläger im Zeitpunkt der Fälligkeit der Ansprüche nicht mehr als Kraftfahrzeugverkäufer für die Beklagte tätig, sondern als Betriebsratsmitglied von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt war. 48

a) § 87 Abs. 1 Satz 1 HGB knüpft den Anspruch auf Provision an den Abschluss von Geschäften während des Vertragsverhältnisses. Ohne Bedeutung ist nach dieser Vorschrift, ob das vermittelte Geschäft noch während oder erst nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses ausgeführt wird. Die Bestimmung begründet einen Provisionsanspruch auch für solche Geschäfte, die vor Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen, aber erst danach ausgeführt worden sind (*sog. Überhangprovisionen, vgl. BGH 10. Dezember 1997 - VIII ZR 107/97 - zu II 1 der Gründe*). Erst recht geht eine bereits verdiente Provision daher nicht unter, weil ein Arbeitnehmer nicht mehr als Handlungsgehilfe aktiv, sondern für Betriebsratstätigkeit freigestellt ist. 49

b) Unabhängig von der Frage der Wirksamkeit einer entsprechenden Regelung, ordnet die GBV NEVA NA 2019 keinen nachträglichen Wegfall eines einmal entstandenen Provisionsanspruchs an. Dies ergibt die Auslegung ihrer Provisionsregelung (*zu den Grundsätzen der Auslegung von Betriebsvereinbarungen vgl. BAG 7. Dezember 2021 - 1 AZR 562/20 - Rn. 14 mwN, BAGE 176, 346*). 50

aa) Die GBV NEVA NA 2019 enthält wörtlich keine Regelung, dass ein einmal entstandener Provisionsanspruch erlischt, wenn der Kraftfahrzeugverkäufer, zu dessen Gunsten der Anspruch entstanden ist, zum Zeitpunkt des Fälligwerdens der Ansprüche nicht mehr als solcher tätig ist. 51

bb) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass das Abstellen auf die Zahlung „des Fixums“ in B.1.2 Abs. 2 GBV NEVA NA 2019 bzgl. der Fälligkeit des Provisionsanspruchs für die im Raum stehende Frage nicht relevant ist, da 52

damit nur die Leistungszeit bestimmt wird. Dass die an den Kläger seit dem 1. November 2020 ausbezahlte Vergütung als „Garantieeinkommen“ bezeichnet wird, ist unerheblich. Hierbei handelt es sich weiterhin um das dem Kläger ohne Vollfreistellung zustehende Fixum und die von ihm hypothetisch ohne Vollfreistellung verdienten Provisionen (§ 37 Abs. 2 BetrVG). Dass die Beklagte diese anders bezeichnet, bringt den Anspruch nicht in Wegfall.

cc) Auch aus der Regelung in B.1.2 Abs. 3 GBV NEVA NA 2019 folgt nicht als Voraussetzung für den „Fortbestand“ eines entstandenen Provisionsanspruchs, dass der betreffende Mitarbeiter bei Fälligkeit des Anspruchs weiter als Kraftfahrzeugverkäufer für die Beklagte tätig ist. Satz 1 dieses Absatzes besagt, dass der Kraftfahrzeugverkäufer auf die während der Dauer seines Anstellungsverhältnisses von ihm persönlich getätigten Verkäufe Anspruch auf Provision hat. Satz 2 reduziert den Provisionsanspruch auf 50 %, sofern die Auslieferung des Fahrzeugs erst während des Ruhens seines Arbeitsverhältnisses (zB Elternzeit), nach Beendigung seiner Tätigkeit als Kraftfahrzeugverkäufer am Niederlassungsstandort (zB Ausscheiden, Freistellung, Freizeitphase Altersteilzeit, Versetzung etc.) oder nach Beendigung der Entgeltfortzahlung (zB Langzeiterkrankung) erfolgt. Diese Regelung betrifft zwar (nur) die Frage der Aufteilung des Provisionsanspruchs, wenn zwei Mitarbeiter an dem Geschäft mitwirken: Der, der das Geschäft abschließt und der, der die Auslieferung vornimmt. Wenn dem Kraftfahrzeugverkäufer aber immer noch 50 % der Provision verbleiben sollen bei einem Geschäft, bei dem er die Auslieferung nicht mehr vorgenommen hatte, folgt daraus im Umkehrschluss, dass keine Abzüge erfolgen, wenn er sowohl den Geschäftsabschluss als auch die Auslieferung selbst vorgenommen hatte. Die Regelung von B.2.1.2 der GBV NEVA NA 2019, die die Höhe der Provision regelt, sieht keine weitere Reduzierung des Provisionsanspruchs vor.

dd) Der Kläger hat in den Fällen, in denen die Auslieferung erst nach dem 30. September 2020 erfolgt ist, jedenfalls Anspruch auf 50 % der Provision. Die Freistellung von der beruflichen Tätigkeit nach § 38 BetrVG stellt eine „Beendigung der Tätigkeit als Kraftfahrzeugverkäufer am Niederlassungsstandort“ iSd. B.1.2 Abs. 3 Satz 2 GBV NEVA NA 2019 dar. Dies folgt schon aus den in der

Klammer aufgezählten Beispielen, die ausdrücklich eine „Freistellung“ umfassen. Aus welchen Gründen eine Freistellung erfolgt, ist nicht weiter einschränkend geregelt. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht die GBV NEVA NA 2019 dahingehend ausgelegt, der Anspruch auf hälftige Provision entstehe nicht schon mit Abschluss des Verkaufsgeschäfts/der Vertragsgenehmigung durch den Verkaufsleiter.

3. Der Anspruch auf die nachlaufenden Provisionen ist nicht aufgrund einer Vereinbarung der Parteien über das dem Kläger ab seiner Vollfreistellung zu zahlende Garantieeinkommen erloschen. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Landesarbeitsgericht eine dahingehende Einigung nicht feststellen können. Der außergerichtlichen Korrespondenz zwischen den Parteien kann klar entnommen werden, dass der Kläger stets auf die Position „nachlaufende Provisionen“ beharrt hatte. Ob eine entsprechende Vereinbarung der Parteien nach § 77 Abs. 4 Satz 2 BetrVG zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des (Gesamt-)Betriebsrats bedurft hätte, kann vor diesem Hintergrund offenbleiben. 55

4. Der Anspruch auf die streitgegenständlichen Provisionen ist nicht gemäß § 364 Abs. 1 BGB erloschen. Es handelt sich bei dem von der Beklagten an den Kläger gezahlten Garantieeinkommen nicht um eine Leistung an Erfüllung statt. Das Schuldverhältnis erlischt zwar nach § 364 Abs. 1 BGB, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung statt annimmt. Es ist hierfür aber eine Vereinbarung nötig, da kein Recht des Schuldners oder des Gläubigers zur einseitigen Änderung des Leistungsgegenstands besteht (*Buck-Heeb in Erman BGB 17. Aufl. § 364 BGB Rn. 1*). Der Kläger war nicht mit einer solchen Leistung an Erfüllung statt einverstanden. 56

5. Der Kläger kann diese Ansprüche auch erfolgreich durchsetzen. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Geltendmachung durch den Kläger stehe § 242 BGB iVm. § 78 BetrVG entgegen. 57

a) Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens („venire contra factum proprium“) ist eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB; vgl. BAG 13. Dezember 2023 - 4 AZR 322/22 - Rn. 16). Widersprüchliches 58

Verhalten ist erst dann missbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauensstatbestand entstanden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (vgl. BAG 23. Januar 2018 - 3 AZR 448/16 - Rn. 38 mwN, BAGE 161, 335).

b) Beides ist hier nicht der Fall. 59

aa) Auch wenn der Kläger sich letztlich mit der Berechnung des von der Beklagten während seiner Freistellung nach § 38 BetrVG gezahlten Garantieeinkommens einverstanden erklärt hat, konnte bei der Beklagten aufgrund seines übrigen Verhaltens kein schützenswertes Vertrauen entstehen, er werde nicht auf der Auszahlung der nachlaufenden Provisionen bestehen. Das Landesarbeitsgericht ist insofern zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger weder ausdrücklich noch konkludent auf deren Zahlung verzichtet hat. Das Landesarbeitsgericht hat des Weiteren keine Umstände festgestellt, aus denen geschlossen werden könnte, der Kläger habe ungeachtet eines verlautbarten Verzichtswillens in tatsächlicher Hinsicht zurechenbar bei der Beklagten ein Vertrauen entstehen lassen, er werde auf die Durchsetzung der Provisionsansprüche aus der Zeit vor der Freistellung verzichten. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Methode der Berechnung des Garantieeinkommens nicht vom Kläger vorgeschlagen, sondern von der Beklagten selbst vorgegeben worden ist. 60

bb) Es sind auch keine anderen besonderen Umstände ersichtlich, die die Rechtsausübung durch den Kläger als treuwidrig erscheinen lassen. Insbesondere gebieten das Amt des Klägers als Betriebsrat und die Vorgaben des § 78 BetrVG nicht die Undurchsetzbarkeit seiner Forderung. Mit seinem Antrag zu 1. begehrt der Kläger die Vergütung für von ihm vor der Freistellung als Betriebsratsmitglied erbrachte Arbeitsleistung. Dieser Anspruch steht nicht im Zusammenhang mit seinem Amt als Betriebsrat. Etwas Anderes gilt für das von der Beklagten gezahlte Garantieeinkommen. Hierbei handelt es sich um die nach § 38 iVm. § 37 Abs. 2 BetrVG an den Kläger als freigestelltes Betriebsratsmitglied zu zahlende Vergütung. Sofern die Beklagte in der Auszahlung der nachlaufenden Provisionen neben dem Garantieeinkommen eine unzulässige Besserstellung 61

des Klägers als Betriebsratsmitglied sieht, könnte diese - was der Senat ausdrücklich offenlässt - allenfalls Auswirkungen auf die Höhe des Garantieeinkommens in den fraglichen Monaten gehabt haben. Wie das Landesarbeitsgericht selbst zutreffend hervorgehoben hat, sind das Garantieeinkommen und seine Berechnung nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Insbesondere hat die Beklagte sich keines Rückzahlungsanspruchs gegenüber dem Kläger berührt.

Im Übrigen wäre zu bedenken, dass der potentielle Vorteil des Klägers 62  
in den ersten Monaten seiner Freistellung ggf. mit einem potentiellen Nachteil in den ersten Monaten nach seiner Freistellung korreliert. Bezieht der Kläger nach dem Ende seiner Freistellung nicht mehr das Garantieeinkommen, sondern wird er auf der Grundlage der GBV NEVA NA 2019 vergütet, so muss er zunächst wieder provisionspflichtige Geschäfte mit Kunden abschließen. Die Vergütung für diese Geschäfte wird nach den Bestimmungen der GBV NEVA NA 2019 erst mit einer zeitlichen Verzögerung zahlbar und fällig mit der Folge, dass der Kläger in der ersten Zeit nach dem Ende seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied eine geringere Vergütung erhalten könnte als das Garantieeinkommen, das er während der Freistellung bezieht.

6. Hinsichtlich der begehrten Verzinsung ab Rechtshängigkeit ist die Sache 63  
nur teilweise zur Endentscheidung reif; im Übrigen ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

a) Hinsichtlich der in vollem Umfang begehrten Provisionen waren die Fahr- 64  
zeuge nach den Feststellungen spätestens bis Ende September 2020 ausgeliefert und bis Mitte November 2020 vollständig bezahlt worden. Dem Kläger stehen daher ab Rechtshängigkeit der Klage durch Zustellung an die Beklagte am 22. Dezember 2021 Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 5.136,34 Euro zu (§ 288 Abs. 1 Satz 2, § 291 BGB). Dass der Kläger zunächst einen geringfügig überhöhten Betrag geltend gemacht hatte, ist unschädlich.

b) In Bezug auf die hälftig begehrten Provisionen hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass eine vollständige Abwicklung „jedenfalls zwischenzeitlich“ - mithin bis zur Verkündung des Urteils am 26. April 2023 - erfolgt sei. Dieser Zeitpunkt liegt nach Rechtshängigkeit. Der Senat kann damit nicht selbst darüber befinden, ob dieser Teil der Provisionsansprüche bei Rechtshängigkeit bereits entstanden und fällig war, was aber wegen § 291 Satz 1 Halbs. 2 BGB erforderlich ist. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht daher auch den zutreffenden Zinsbeginn zu klären haben. 65

Schmidt

Hamacher

RiBAG Klose ist an  
der Unterschriftslei-  
stung verhindert.

Schmidt

Metschke

Merten