

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Urteil vom 27. November 2024  
- 7 AZR 291/23 -  
ECLI:DE:BAG:2024:271124.U.7AZR291.23.0

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 22. März 2022  
- 5 Ca 5149/21 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 27. September 2023  
- 5 Sa 15/23 -

---

Entscheidungsstichworte:

Freigestelltes Betriebsratsmitglied - Vergütung - Aufwendungsersatz

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 291/23  
5 Sa 15/23  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
27. November 2024

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. November 2024 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und Dr. Hamacher sowie den ehrenamtlichen Richter Batke und die ehrenamtliche Richterin Arnold für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 27. September 2023 - 5 Sa 15/23 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Gewährung zusätzlicher Getränkemarken für den Zeitraum von Januar bis einschließlich September 2021. 1

Die Beklagte produziert, vertreibt und verkauft Erfrischungsgetränke und unterhält in Deutschland mehrere Produktionsbetriebe. Der Kläger ist bei ihr seit 1983 als Verkaufsberater im Außendienst beschäftigt. Er ist seit 2005 Mitglied des am Standort K gewählten Betriebsrats und seit 2018 vollständig von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt. 2

Die Beklagte ermöglicht ihren Arbeitnehmern einen kostenfreien Getränkeverzehr nach folgenden Maßgaben: Alle Mitarbeiter sind berechtigt, während der Arbeitszeit Getränke aus den vorgehaltenen Kühlern zu entnehmen und zu konsumieren (sog. Freitrunke oder Vorortverzehr). Darüber hinaus steht nach § 3 Nr. 1 der von der Arbeitgeberin mit dem in ihrem Unternehmen errichteten Gesamtbetriebsrat geschlossenen Gesamtbetriebsvereinbarung „Haustrunk“ vom 9. November 2020 (GBV) jedem vollzeitbeschäftigten Mitarbeitenden ein Guthaben von 376 Marken für den Bezug von Austrunk zur Verfügung. Die Marken können zum Erwerb von Getränken im Einzelhandel genutzt werden; für einen Kasten mit zwölf Einliterflaschen der Sorte C sind zB sieben Marken aufzuwenden. Nach § 2 Nr. 1 GBV erfolgt der Bezug von Austrunk über „Guthabekarten bzw. Guthabenmarken“. § 4 GBV lautet: 3

„Zusätzliche Unterwegsversorgung Außendienst

Außendienstmitarbeitende (Field Sales, CDS-Techniker, Vending etc.) erhalten ein zusätzliches Guthaben von

90 Marken pro Quartal. Das zusätzliche Guthaben dient der Unterwegsversorgung dieser Außendienstmitarbeitenden während der Arbeitszeit. Vorortverzehr ist damit nicht ausgeschlossen.“

Seit der Freistellung von seiner beruflichen Tätigkeit erhält der Kläger das für die Außendienstmitarbeiter vorgesehene zusätzliche Guthaben nicht mehr. 4

Mit seiner Klage hat er - soweit für die Revision noch von Bedeutung - die Herausgabe von 270 Hastrunkmarken für die ersten drei Quartale des Jahres 2021 verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, bei den zusätzlichen Marken handle es sich um Arbeitsentgelt. Außerdem sei er auch im Rahmen seiner Betriebsratstätigkeit an mehreren Tagen im Monat auswärts tätig. 5

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 270 Hastrunkmarken herauszugeben. 6

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat gemeint, die zusätzlichen Marken stellten einen pauschalierten Aufwendungsersatz dar. Die Unterwegsversorgung kompensiere die für die Außendienstmitarbeiter nicht bestehende Möglichkeit des Vorortverzehrs, diese könne der nun in K vor Ort tätige Kläger aber umfassend nutzen. Der zusätzliche Bedarf an Getränken falle für ihn nicht mehr an. 7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage - soweit in der Revision noch von Interesse - stattgegeben. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 8

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts auf die Berufung des Klägers zu 9

Recht abgeändert. Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger für die ersten drei Quartale des Jahres 2021 270 Hastrunkmarken herauszugeben.

I. Der Leistungsantrag des Klägers ist zulässig. Er ist gerichtet auf die Herausgabe einer Menge bestimmter beweglicher Sachen iSd. § 883 Abs. 1 ZPO. Darüber, was unter einer „Hastrunkmarke“ zu verstehen ist, besteht zwischen den Parteien kein Streit. Der Antrag ist gerichtet auf die Herausgabe von Marken iSd. § 2 Nr. 1 GBV. Danach erfolgt der Bezug von Hastrunk ua. über Guthabenmarken. 10

II. Der Antrag ist begründet. Der Kläger hat auch als nach § 38 BetrVG vollfreigestelltes Betriebsratsmitglied einen Anspruch nach § 4 Satz 1 GBV iVm. § 611a Abs. 2 BGB iVm. § 37 Abs. 2 BetrVG auf zusätzliche 90 Marken pro Quartal. 11

1. Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt gemäß § 37 Abs. 1 BetrVG unentgeltlich als Ehrenamt. Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind sie von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Die Regelung des § 37 Abs. 2 BetrVG begründet keinen eigenständigen Vergütungsanspruch, sondern sichert den Entgeltanspruch des Betriebsratsmitglieds, indem sie dem Arbeitgeber den Einwand des nicht erfüllten Vertrags nimmt. Sie konkretisiert hinsichtlich der Vergütung das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG. Die Vorschrift gilt für alle Betriebsratsmitglieder unabhängig von einer etwaigen Freistellung nach § 38 BetrVG. Das Verbot der Minderung des Arbeitsentgelts bedeutet, dass dem Betriebsratsmitglied das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen ist, das es verdient hätte, wenn es keine Betriebsratstätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte. 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 28. August 2024 - 7 AZR 197/23 - Rn. 12 mwN*). 12

2. Das Verbot der Entgeltminderung soll die Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Übernahme eines Betriebsratsamts fördern, indem es ihm die Befürchtung nimmt, Einkommenseinbußen durch die Wahrnehmung eines Ehrenamts zu erleiden (*BAG 28. August 2024 - 7 AZR 197/23 - Rn. 11 mwN*). Dieses Ziel lässt sich nur erreichen, wenn der Arbeitnehmer weiterhin alle Vergütungsbestandteile erhält, die er ohne Freistellung bekommen hätte (*vgl. BAG 23. Juni 2004 - 7 AZR 514/03 - zu 1 a der Gründe mwN*). Zum Arbeitsentgelt iSd. § 37 Abs. 2 BetrVG zählen neben der Grundvergütung alle Zuschläge und Zulagen, die das Betriebsratsmitglied ohne Arbeitsbefreiung verdient hätte (*BAG 28. August 2024 - 7 AZR 197/23 - Rn. 12 f.; 29. August 2018 - 7 AZR 206/17 - Rn. 31*). Auch bei einer zusätzlichen Gegenleistung für die geschuldete Arbeit in Form eines Sachbezugs handelt es sich um Arbeitsentgelt iSd. § 37 Abs. 2 BetrVG (*vgl. zur Möglichkeit, einen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses überlassenen Dienstwagen für private Fahrten zu nutzen BAG 23. Juni 2004 - 7 AZR 514/03 - zu 1 a der Gründe mwN*). Dagegen sind nach § 37 Abs. 2 BetrVG keine Aufwandsentschädigungen fortzuzahlen, die solche Aufwendungen abgelten sollen, die dem Betriebsratsmitglied infolge seiner Befreiung von der Arbeitspflicht nicht entstehen (*BAG 5. April 2000 - 7 AZR 213/99 - zu 1 der Gründe; 15. Juli 1992 - 7 AZR 491/91 - zu B II 2 der Gründe mwN*).

3. Für die Entscheidung der Frage, ob es sich bei einer Leistung des Arbeitgebers um eine Vergütung iSd. § 37 Abs. 2 BetrVG oder um Aufwandsersatz handelt, kommt es auf die inhaltliche Ausgestaltung und den objektiven Zweck der Leistung an. Maßgeblich ist, ob es sich der Sache nach um Aufwandsersatz handelt (*BAG 5. April 2000 - 7 AZR 213/99 - zu 1 der Gründe*). Dies setzt voraus, dass in den Fällen, für welche die Leistung vorgesehen ist, typischerweise besondere Aufwendungen anfallen, die jedenfalls in der Regel den Umfang der gewährten Leistung erreichen. Nicht erforderlich ist hingegen, dass diese Aufwendungen bei jedem Arbeitnehmer anfallen, der die Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt, denn eine Pauschalierung des typischen Mehraufwands ist zulässig. Deren Sinn ist gerade, vom Nachweis des tatsächlich entstandenen Aufwands im Einzelfall abzusehen und stattdessen die Gewährung der Pauschalleistung an leicht feststellbare objektive Umstände zu knüpfen, bei

deren Vorliegen nach der Lebenserfahrung eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Entstehen derartiger Aufwendungen gegeben ist (*BAG 18. September 1991 - 7 AZR 41/90 - zu III 2 der Gründe, BAGE 68, 292*).

4. Ist der Arbeitnehmer typischerweise weder rechtlich verpflichtet noch faktisch darauf angewiesen, entsprechende Mehraufwendungen zu tätigen, sondern steht es in seinem freien Belieben, die Leistung zur Verbesserung seines Lebensstandards zu verwenden, so fehlt regelmäßig der für den Aufwändungsersatz erforderliche enge sachliche Zusammenhang mit wirklichen Mehraufwendungen. Es handelt sich dann um ein zusätzliches Arbeitsentgelt (*BAG 5. April 2000 - 7 AZR 213/99 - zu 1 der Gründe*). Dient eine Leistung nicht vorwiegend der Abgeltung eines wirklichen Mehraufwands, sondern sollen jedenfalls auch besondere Belastungen ausgeglichen werden, insbesondere die körperliche und nervliche Beanspruchung, und ist eine hinreichend klare Aufspaltung der Leistung nicht möglich (*vgl. zur Aufspaltung einer Nahauslösung in den zu versteuernden und den steuerfreien Teil BAG 10. Februar 1988 - 7 AZR 36/87 - BAGE 58, 1*), so ist sie insgesamt kein Aufwändungsersatz (*BAG 5. April 2000 - 7 AZR 213/99 - zu 1 der Gründe*). 15

5. Ausgehend von diesen Grundsätzen handelt es sich bei der Unterwegsversorgung iSd. § 4 GBV um fortzuzahlendes Arbeitsentgelt und nicht um Aufwandsentschädigung. Dies ergibt die Auslegung der GBV (*zu den Auslegungskriterien vgl. BAG 14. März 2012 - 7 AZR 147/11 - Rn. 49 mwN*). Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 16

a) Nach § 4 Satz 2 GBV dient das Guthaben der Unterwegsversorgung der Außendienstmitarbeitenden während der Arbeitszeit. § 4 Satz 1 GBV zählt beispielhaft als zu dieser Gruppe gehörend „Field Sales, CDS-Techniker, Vending etc.“ auf. Auch wenn Pauschalierungen der Einordnung einer Leistung als echte Aufwandsentschädigung nicht entgegenstehen, müsste doch bei allen diesen Tätigkeiten grundsätzlich ein dem Äquivalent von 90 Getränkemarken entsprechender Bedarf an Getränken entstehen. Hierfür gibt § 4 GBV keine Anhaltspunkte, zumal nicht - jedenfalls nicht ausdrücklich - zwischen einer Voll- und Teilzeitbeschäftigung unterschieden wird. Im Übrigen hat die Beklagte einen solchen Mehr- 17

aufwand weder vorgetragen, noch ist er sonst ersichtlich. Entsprechend hat das Landesarbeitsgericht einen solchen nicht festzustellen vermocht. Soweit die Beklagte in den Vorinstanzen vorgebracht hat, die Klimaanlage in den von den Außendienstmitarbeitenden genutzten Fahrzeugen führten zu erhöhten Flüssigkeitsbedarfen, hat das Landesarbeitsgericht zutreffend keine tatsächlichen Umstände dafür gesehen, dass dies zu Mehrbedarf entsprechend 90 Marken pro Quartal führen könnte. Die Beklagte hat diese Argumentation in der Revision auch nicht mehr aufgegriffen.

b) Zudem „dient“ das Guthaben zwar der Versorgung unterwegs. Die Betriebsparteien haben aber davon abgesehen, die Nutzung der zusätzlichen Marken für die Unterwegsversorgung in einer Art und Weise zwingend vorzuschreiben, wie sie es etwa bezüglich der Nutzung der Marken für den privaten Eigenbedarf in § 2 Nr. 4 GBV getan haben (*„Die Verwendung des Guthabens für andere Zwecke [z.B. den Kauf von Fremdprodukten, Barauszahlung des Guthabens] ist ausgeschlossen. Die Weitergabe des Guthabens an externe Dritte ist untersagt.“*). 18

c) Der in der Überschrift von § 4 und dessen Satz 2 GBV ausgewiesene Zweck bedingt keine Annahme einer echten Aufwandsentschädigung. Danach dient das zusätzliche Guthaben der Unterwegsversorgung der Außendienstmitarbeitenden während der Arbeitszeit. Soweit damit die fehlende Möglichkeit der Außendienstmitarbeitenden kompensiert sein soll, wie die „vor Ort“ tätigen Mitarbeiter Getränke aus den vorgehaltenen Kühlern zu konsumieren, fehlt es an einem Befund, dass auch der Freitrunke an den Standorten inhaltlich als bloße Aufwandsentschädigung gewährt wird. Auch insoweit hat das Landesarbeitsgericht keinen besonderen Bedarf an Getränken, dessen Ausgleich die Vorortversorgung dient, festgestellt. Sähe man dies anders, konterkarierte jedenfalls § 4 Satz 3 GBV die Einordnung der Unterwegsversorgung als bloße Aufwandsentschädigung. Danach handelt es sich um ein „zusätzliches“ Guthaben, das den Vorortverzehr nicht ausschließt; es wird kumulativ gewährt. 19

d) Der Verweis der Revision auf steuerrechtliche Erwägungen geht fehl. Zwar kann die Festsetzung steuerfreier Pauschbeträge durch die als sachkundig 20

anzusehende Finanzverwaltung als Indiz bei der Beantwortung der Frage herangezogen werden, ob typischerweise Mehraufwendungen anfallen (*vgl. BAG 5. April 2000 - 7 AZR 213/99 - zu 1 der Gründe*). Für den vorliegenden Fall der Getränkemarken ist ein konkreter Festsetzungsbescheid der Finanzverwaltung aber nicht ersichtlich. Die Revision stützt sich auf die Lohnsteuer-Richtlinien (LStR), nach deren R 19.6 unter der Überschrift „Aufmerksamkeiten“ Sachleistungen des Arbeitgebers, die auch im gesellschaftlichen Verkehr üblicherweise ausgetauscht werden und zu keiner ins Gewicht fallenden Bereicherung der Arbeitnehmer führen, als bloße Aufmerksamkeiten nicht zum Arbeitslohn gehören. Als Aufmerksamkeiten gehören auch Getränke und Genussmittel, die der Arbeitgeber den Arbeitnehmern zum Verzehr im Betrieb unentgeltlich oder teilentgeltlich überlässt, nach R 19.6 Abs. 2 Satz 1 LStR nicht zum Arbeitslohn. Diese steuerrechtliche Einordnung hat jedoch im Zusammenhang des § 37 Abs. 2 BetrVG keine ausschlaggebende Bedeutung. Die kollektivrechtliche Ausgestaltung des hier streitbefangenen Guthabens deutet auf keine ausschließliche Ersatzleistung für Aufwendungen, die den Außendienstmitarbeitenden im Rahmen der Erbringung ihrer Arbeitsleistung entstehen, sondern allenfalls auf eine Kompensation des - nicht ausgeschlossenen - Getränkeverzehrs vor Ort. Eine dritte Kategorie von Zahlungen - nämlich solche, die weder Aufwendungsersatz noch Arbeitsentgelt darstellt - ist der gesetzlichen Regelung des § 37 Abs. 2 BetrVG aber fremd (*BAG 13. Juli 1994 - 7 AZR 477/93 - zu 1 b der Gründe, BAGE 77, 195*). Der Umstand, dass ggf. die Vorortversorgung mit Freigetränken steuerrechtlich als Aufmerksamkeit nicht zum Arbeitslohn gehört, bedingt daher nicht zwingend den Schluss, dass es sich um keinen Bestandteil der Vergütung handelt, die dem (voll-)freigestellten Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 2 BetrVG zu zahlen ist.

6. Das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG wird durch die vom Kläger begehrte Leistung nicht tangiert. 21

a) Das Begünstigungsverbot untersagt es, dem Mandatsträger wegen seiner Amtsstellung eine während der Mandatstätigkeit weiterzuzahlende Vergütung zuzusagen, die über das gesetzlich geregelte Maß hinausgeht (*BAG 28. August 2024 - 7 AZR 197/23 - Rn. 29 mwN*). Dabei ist zu beachten, dass § 37 22

Abs. 2 bis 4 BetrVG insoweit keine abschließenden Regelungen über die Höhe des Arbeitsentgelts des Amtsträgers enthalten, als sich aus § 78 Satz 2 BetrVG iVm. § 611a Abs. 2 BGB ein unmittelbarer Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf eine bestimmte Vergütung ergeben kann, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds wegen seiner Betriebsratstätigkeit darstellt (vgl. BAG 20. Januar 2021 - 7 AZR 52/20 - Rn. 23). Im Falle einer über das gesetzliche Maß hinausgehenden Vergütung aus Anlass der Amtsstellung erhielten Betriebsratsmitglieder einen Sondervorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern, die keine entsprechende Verdiensterhöhung erlangen können (vgl. BAG 29. August 2018 - 7 AZR 206/17 - Rn. 34 mwN; vgl. etwa zu einer pauschalen Stundenvergütung zur Abgeltung von Betriebsratstätigkeit BAG 8. November 2017 - 5 AZR 11/17 - Rn. 31, BAGE 161, 33; 16. Februar 2005 - 7 AZR 95/04 - zu I 1 der Gründe).

b) Gebietet hingegen § 37 Abs. 2 BetrVG gerade die Gewährung eines zusätzlichen Guthabens an Haustrunkmarken entsprechend § 4 GBV an den Kläger als freigestelltes Betriebsratsmitglied, stellt dieser Sachbezug keine über das gesetzlich geregelte Maß hinausgehende Vergütung dar. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend darauf verwiesen, dass die Gewährung der für die Außendienstmitarbeiter bestimmten Marken die Gleichbehandlung erst herstellt und den Kläger nicht unzulässig begünstigt. Wäre er nicht als Betriebsratsmitglied iSd. § 38 BetrVG freigestellt, hätte er seine Arbeitsleistung als Außendienstmitarbeiter erbracht. Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien berechtigt gewesen wäre, den Kläger in den Innendienst zu versetzen, denn eine solche Versetzung ist nicht erfolgt. Die Vergleichsgruppe der aktiven Außendienstmitarbeiter erhält ebenfalls 90 Marken pro Quartal, und zwar nach § 4 Satz 3 GBV auch dann, wenn die Außendienstmitarbeiter aufgrund von Anwesenheiten im Standort vom Vorortverzehr im Betrieb profitieren.

7. Entgegen der Ansicht der Beklagten verhält der Kläger sich nicht treuwidrig (§ 242 BGB), wenn er die Haustrunkmarken fordert, obwohl er aufgrund der - überwiegenden - Ausübung seiner Betriebsratstätigkeit am Standort

von der Freitrunkmöglichkeit Gebrauch machen kann. Das folgt schon aus § 4 Satz 3 GBV, wonach mit dem zusätzlichen Guthaben an Außendienstmitarbeiter der Vorortverzehr nicht ausgeschlossen ist.

8. Der auf die Gewährung der Vorortversorgung gestützte Erfüllungseinwand der Beklagten ist unbegründet. 25

a) Die Einordnung der Unterwegsversorgung als Surrogat des Vorortverzehrs führt nicht dazu, dass die Beklagte den streitbefangenen Anspruch durch das Zurverfügungstellen von Getränken im Betrieb erfüllen kann. Das folgt zwar nicht unmittelbar aus § 4 Satz 3 GBV, wonach die Gewährung der Unterwegsversorgung den Vorortverzehr nicht ausschließt. Der Regelung ist aber immanent, dass die Betriebsparteien davon ausgehen, dass die Außendienstmitarbeitenden Getränke im Betrieb verzehren, wenn sie ihre Arbeitsleistung dort erbringen. In dem Fehlen einer Bestimmung der „Anrechnung“ einer Vorortversorgung auf die Unterwegsversorgung drückt sich ihr Wille aus, eine solche gerade auszuschließen. 26

b) Der Anspruch ist auch nicht nach § 364 Abs. 1 BGB erloschen, weil der Kläger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung statt angenommen hätte. Dies setzt eine Vereinbarung voraus, weil kein Recht des Schuldners oder des Gläubigers zur einseitigen Änderung des Leistungsgegenstands besteht (*vgl. Buck-Heeb in Erman BGB 17. Aufl. § 364 BGB Rn. 1*). Die Beklagte hat dem Kläger den Vorortverzehr weder als Leistung an Erfüllung statt angeboten, noch hat sich der Kläger damit einverstanden erklärt. 27

c) § 4 GBV regelt keine Wahlschuld nach § 262 BGB in dem Sinn, dass die Beklagte konkretisieren könnte, ob sie dem Kläger einen Vorortverzehr oder die Unterwegsversorgung gewährt. Einem solchen Verständnis steht § 4 Satz 3 GBV entgegen, wonach die Leistungen nicht alternativ, sondern ggf. kumulativ gewährt werden (*vgl. o. Rn. 19*). 28

9. Der streitbefangene Anspruch ist schließlich nicht durch Aufrechnung nach § 389 BGB erloschen. Die Beklagte hat die Hilfsaufrechnung mit einem aus ihrer Sicht bestehenden Bereicherungsanspruch gegen den Kläger (wegen zu 29

Unrecht im Betrieb konsumierter Getränke) erstmals in der Revisionsinstanz erklärt. Unabhängig davon, ob sich eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bereits nach § 4 Satz 3 GBV verbietet, hat sich die Beklagte einer konkreten Darlegung enthalten, welche Getränke der Kläger im Betrieb im streitgegenständlichen Zeitraum genau konsumiert und inwieweit dieser Verzehr den Gegenwert von 270 Marken haben soll. Es würde sich insoweit auch um neuen Sachvortrag handeln, der in der Revision gemäß § 559 Abs. 1 ZPO keine Berücksichtigung finden kann (*vgl. BAG 25. Oktober 2023 - 7 AZR 338/22 - Rn. 26 mwN*).

III. Die Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 30

Schmidt

Hamacher

Klose

A. Batke

Arnold