

Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Betriebsratsvergütungen

Von Dr. Anne-Kathrin Bertke, Dr. Sascha Knaupe, Hamburg*

Am 10. Januar 2023 fällte der 6. Strafsenat des BGH im Zusammenhang mit überhöhten Vergütungen an Betriebsratsmitglieder ein wegweisendes Urteil. Der vorliegende Beitrag stellt dieses Urteil näher vor und vergleicht es mit den gesetzlichen Vorgaben des Betriebsverfassungsgesetzes und mit den von der BAG-Rechtsprechung aufgestellten Kriterien. Anhand dieses Vergleiches wird die Frage beantwortet, ob für Verantwortliche von Unternehmen aufgrund jenes Urteils des BGH ein erhöhtes Strafbarkeitsrisiko wegen Untreue zu bejahen ist und welche Maßnahmen die Unternehmen ergreifen sollten, um etwaige Strafbarkeitsrisiken zu minimieren.

I. Einleitung

Die Frage der Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Betriebsratsvergütungen war in unterschiedlichen Ausprägungen bereits des Öfteren Gegenstand von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.¹ Anfang des Jahres 2023 hat dieses Thema nochmals stark an Bedeutung gewonnen. Denn am 10. Januar 2023 fällte der 6. Strafsenat des BGH² ein Urteil, das sog. „Volkswagen“-Urteil, wonach eine überhöhte Vergütung von Betriebsräten sowohl ein Verstoß gegen das sich aus § 78 S. 2 BetrVG ergebende Begünstigungsverbot als auch eine Untreuehandlung gem. § 266 Abs. 1 StGB sein könne.³ In diesem Urteil stellte der BGH konkrete Kriterien zur Beurteilung der Vergütungshöhe von Betriebsratsmitgliedern auf. Darin erblickt das überwiegende Schrifttum einen Widerspruch zur Rechtsprechung des BAG (siehe dazu unten unter III. 2.). Daher führte das Urteil des BGH in der Praxis zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Die VW AG und andere Arbeitgeber stellten aus Furcht vor einer Strafbarkeit die Vergütung von (ehemaligen) Betriebsratsmitgliedern auf den Prüfstand und kürzten diese zum Teil. Dagegen setzten sich viele Betriebsratsmitglieder wiederum zur Wehr.⁴ Dies blieb

auch dem Gesetzgeber nicht verborgen, der derzeit eine Änderung des BetrVG vornimmt, um als Reaktion auf das Urteil des BGH die entstandene Rechtsunsicherheit zu beseitigen (vgl. BR-Drs. 564/23).

Diese Entwicklungen sollen im vorliegenden Beitrag zum Anlass genommen werden, zunächst die gesetzlichen Grundlagen und die BAG-Rechtsprechung (dazu II.) sowie im Vergleich dazu das Urteil des BGH vom 10. Januar 2023 und dessen Auswirkungen (dazu III.) vorzustellen. Anschließend soll auf die nun wahrscheinlich bevorstehende Gesetzesänderung (dazu IV.) und die strafrechtliche Perspektive auf die Betriebsratsvergütung (dazu V.) eingegangen werden. Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung (dazu VI.).

II. Gesetzliche Grundlagen und BAG-Rechtsprechung

Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern ist durch folgende Prinzipien gekennzeichnet: Nach dem Ehrenamtsprinzip führen Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt (§ 37 Abs. 1 BetrVG); eine Vergütung der Betriebsrats Tätigkeit als solcher ist somit nicht zulässig. Zweck der Regelung ist es zu gewährleisten, dass Betriebsratsmitglieder ihr Amt unparteiisch und innerlich und äußerlich unabhängig führen können.⁵ Nur so lässt sich auch die Akzeptanz innerhalb der Belegschaft gewährleisten.⁶

Betriebsratsmitglieder sind für ihre Tätigkeit im Betriebsrat von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien (§ 37 Abs. 2 BetrVG). Das Lohnausfallprinzip sichert dabei die Lebensgrundlage des Betriebsratsmitglieds. Das Betriebsratsmitglied hat danach im Wege einer hypothetischen Betrachtung Anspruch auf dasjenige Entgelt, das es ohne die Arbeitsbefreiung erhalten hätte.⁷

Betriebsratsmitglieder dürfen wegen ihrer Tätigkeit im Betriebsrat schließlich nicht benachteiligt oder begünstigt werden (Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot); dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung (§ 78 S. 2 BetrVG). Danach sind Arbeitgeber verpflichtet, Betriebsratsmitgliedern eine berufliche Entwicklung zu gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Tätigkeit als Betriebsrat durchlaufen hätten.⁸ Betriebsratsmitglieder können einen unmittelbaren Anspruch auf eine höhere als die gezahlte Vergütung aus § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG haben, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung wegen ihrer Betriebsrats Tätigkeit darstellt.⁹

Das Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot wird durch einen Mindestvergütungsanspruch ergänzt (§ 37 Abs. 4 BetrVG). Danach darf das Arbeitsentgelt eines Betriebsrats-

* Die Mitautorin Dr. Anne-Kathrin Bertke ist Rechtsanwältin in Hamburg und Referentin beim IfUS-Institut im Zertifikatslehrgang Restrukturierungs- und Sanierungsberater. Der Mitautor Dr. Sascha Knaupe ist Rechtsanwalt in Hamburg und Lehrbeauftragter für Strafrecht an der Universität Leipzig.

¹ Vgl. dazu nur m.w.N. Höft, in: Rotsch/Wagner/Wittig, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers, 2. Aufl. 2024 (i.E.), 3. Teil, B. I. (im Erscheinen).

² BGH NSStZ 2023, 352 ff.

³ Unter Umständen kann auch ein Risiko aufgrund des Tatbestands der Betriebsratsbegünstigung gem. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Betracht kommen. Aufgrund der geringen praktischen Bedeutung und des Strafantragserfordernisses des § 119 Abs. 2 BetrVG soll dieser Tatbestand im vorliegenden Aufsatz jedoch außer Betracht bleiben.

⁴ Vgl. dazu etwa Podolski, LTO v. 26.10.2023, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/53001 (23.9.2024)

sowie

beck-aktuell v. 8.2.2024, abrufbar unter

<https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/lag-niedersachsen-lohnkuerzung-vw-betriebsrat-bag-bgh> (23.9.2024).

⁵ BAG NZA 2016, 1212 (1214 Rn. 21).

⁶ Fischer, NZA 2007, 484 (489).

⁷ BAG NZA 2021, 869 (872).

⁸ Jacobs/Krell, RdA 2023, 193 (200).

⁹ BAG BeckRS 2022, 45458 Rn. 41.

mitglieds nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung.

Für das Verständnis der Rechtsprechung des BGH ist entscheidend, die unterschiedlichen Voraussetzungen des Mindestvergütungsanspruchs gem. § 37 Abs. 4 BetrVG einerseits und eines auf das Benachteiligungsverbot gestützten weitergehenden Vergütungsanspruchs gem. § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG andererseits zu verstehen:

Der Mindestvergütungsanspruch legt lediglich eine Mindestvergütung fest, welche sich nach der betriebsüblichen Vergütung richtet. Hierfür wird eine Vergleichsgruppe von Arbeitnehmern bestimmt, die im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamtes mit dem Betriebsratsmitglied vergleichbar waren, weil sie ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeübt haben wie das Betriebsratsmitglied und dafür in gleicher Weise wie das Betriebsratsmitglied fachlich und persönlich qualifiziert waren.¹⁰ Nicht höchstrichterlich entschieden ist bislang, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vergleichsgruppe neu bestimmt werden darf, wenn ein Betriebsratsmitglied sich im Laufe mehrerer Amtszeiten weiterbildet und die Anforderungen an eine höherdotierte Stelle erfüllt. Zweck des Mindestvergütungsanspruchs ist es, es dem Betriebsratsmitglied durch leicht nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen zu ermöglichen, eine Erhöhung des Arbeitsentgelts während der Amtszeit in dem Umfang durchzusetzen, wie das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steigt.¹¹ Ein Anspruch auf höhere Vergütung besteht demnach, wenn das Betriebsratsmitglied nach den betriebsüblichen Gepflogenheiten hätte befördert werden müssen oder wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer tatsächlich befördert worden ist.¹² Kein Anspruch auf eine Beförderung nach § 37 Abs. 4 BetrVG besteht hingegen, wenn nur einzelne Arbeitnehmer aus individuellen Gründen, z.B. aufgrund einer zusätzlich erworbenen Qualifikation, befördert werden. Ein die betriebsübliche Vergütung übersteigendes Arbeitsentgelt aufgrund einer hypothetischen Sonderkarriere oder eines Beförderungsanspruchs des Betriebsratsmitglieds ist gleichfalls nicht vom Mindestvergütungsanspruch des § 37 Abs. 4 BetrVG umfasst.

Ein Betriebsratsmitglied muss sich jedoch nicht mit einer Vergütungsentwicklung begnügen, die derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung entspricht.¹³ Es kann einen schnelleren vergütungsmäßi-

gen Aufstieg nehmen. Hierfür muss festgestellt werden können, dass das Betriebsratsmitglied – z.B. aufgrund besonderer Kenntnisse, Befähigungen oder persönlicher Eigenschaften – diesen Aufstieg genommen hätte, wenn es nicht zum Betriebsratsmitglied gewählt worden wäre. Ein Anspruch auf eine solche höhere Vergütung wird durch das Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG abgesichert. Kann ein hypothetischer Aufstieg hingegen nicht festgestellt werden, verstößt eine entsprechende Beförderung oder Erhöhung der Vergütung gegen das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG – eine entsprechende Vereinbarung ist gem. § 134 BGB nichtig. Für einen Anspruch auf eine höhere Vergütung als die Vergleichsgruppe gem. § 78 S. 2 BetrVG i.V.m. § 611a Abs. 2 BGB kommt es nicht auf die Entwicklung der bei Aufnahme der Betriebsratstätigkeit vergleichbaren Arbeitnehmer an, sondern auf eine hypothetische Entwicklung („Sonderkarriere“) des Betriebsratsmitglieds selbst. Ein solcher Anspruch ist an besondere Voraussetzungen geknüpft: Zum einen muss eine vakante Beförderungsstelle vorliegen. Zum anderen muss eine – ggf. auch nur fiktive – Bewerbung des Betriebsratsmitglieds wegen der Betriebsratstätigkeit oder einer Freistellung erfolglos gewesen sein. Das Betriebsratsmitglied muss darlegen und beweisen, dass a) seine Bewerbung gerade wegen seiner Betriebsratstätigkeit und/oder seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied erfolglos war, b) es eine Bewerbung wegen der Freistellung unterlassen hat, eine Bewerbung ohne Freistellung jedoch erfolgreich gewesen wäre, oder c) eine tatsächliche oder fiktive Bewerbung wegen fehlender aktueller Fachkenntnisse oder sonstiger Qualifikationen keinen Erfolg gehabt hätte, die gerade wegen der Freistellung des Betriebsratsmitglieds nicht vorhanden sind.¹⁴

Nicht entschieden hat das BAG bislang, ob im Rahmen oder aufgrund der Betriebsratstätigkeit erworbene Kenntnisse und Fähigkeiten bei Beförderungsentscheidungen berücksichtigt werden dürfen. Unter anderem diesen Aspekt – die Berücksichtigungsfähigkeit aufgrund der Betriebsratstätigkeit erworbener Qualifikationen – griff der BGH in seinem Urteil vom 10. Januar 2023 auf (dazu unter III. 1. c).

III. Urteil des BGH vom 10. Januar 2023 und dessen Auswirkungen

Nachfolgend sollen der Inhalt des Urteils (dazu 1.) sowie dessen Bedeutung (dazu 2.) und Auswirkungen (dazu 3.) näher dargestellt werden.

1. Der Inhalt des Urteils des BGH

Der 6. Strafsenat des BGH fällte jenes Urteil, das sog. „Volkswagen“-Urteil, am 10. Januar 2023 in Leipzig.

a) Gegenstand des Urteils

Gegenstand des Urteils ist ein Urteil des LG Braunschweig

Scholz/Schmidt, Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 32. Aufl. 2024, § 37 Rn. 119b.

¹⁴ BAG NZA 2021, 864 (866 Rn. 24).

¹⁰ BAG NZA 2020, 594 (596 Rn. 21).

¹¹ AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 175 Rn. 29; BAG NZA 2006, 448 (450 Rn. 18); *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 37 Rn. 70; *Koch*, in: Müller-Glöge/Preis/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, § 37 Rn. 9.

¹² BAG NZA 2016, 1339.

¹³ AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 175 Rn. 29; *Weber*, in: Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs, Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, Bd. 1, 12. Aufl. 2021, § 37 Rn. 137; *Fitting*, in: ders./Trebing/Linsenmaier/

vom 28. September 2021¹⁵ gewesen. Jenes Gericht sprach Vorstandsmitglieder und Prokuristen der VW AG frei, die wegen Untreue angeklagt worden waren.

Dieser Entscheidung lag – verkürzt zusammengefasst – der Sachverhalt zugrunde,¹⁶ dass Vorstandsmitglieder und Prokuristen der VW AG freigestellten Betriebsratsmitgliedern höhere Monatsentgelte – teilweise bis zu 17.000,00 € – und freiwillige Bonuszahlungen – zum Teil im höheren sechsstelligen Bereich – bewilligt hatten. Bei der Höhe der bewilligten Vergütungen hatten sie sich nicht an Vergleichsgruppen orientiert. Stattdessen hatten sie eine hypothetische Betrachtung der Vergütungsentwicklung zugrunde gelegt und Fort- und Weiterbildungen berücksichtigt, die mit der Betriebsrats Tätigkeit im Zusammenhang standen. Die Vorstandsmitglieder und Prokuristen hatten ihr Vorgehen für pflichtgemäß gehalten und sich hierbei auf die Einschätzung interner und externer Berater verlassen.

Durch die bewilligten Vergütungen an die Betriebsratsmitglieder unter der Berücksichtigung hypothetischer Gehaltsentwicklungen aufgrund einer individuellen Sonderkarriere hatte das LG Braunschweig den objektiven Tatbestand der Untreue für verwirklicht angesehen. Da die Angeklagten laut Einschätzung des LG Braunschweig irrtümlicherweise davon ausgegangen seien, sich pflichtgemäß und gesetzeskonform verhalten zu haben, hatte das LG Braunschweig einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB zu Gunsten der Angeklagten angenommen.

b) Entscheidung des BGH

Der BGH hob das Urteil des LG Braunschweig auf und verwies es zur erneuten Verhandlung zurück an eine andere Wirtschaftskammer. Dies lag aber an einer unzureichenden Darlegung der Tatsachen, aufgrund derer das LG Braunschweig einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum angenommen hatte. Hierdurch blieb es dem BGH als Revisionsgericht verwehrt, eine Überprüfung des Urteils auf Rechtsfehler vorzunehmen.¹⁷ Dagegen bestätigte der BGH das Urteil des LG Braunschweig insoweit, als er aufgrund der bewilligten Vergütungen ebenfalls die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Untreue für gegeben ansah (dazu auch sogleich unter c).¹⁸

c) Einzelheiten des Urteils

Im Einzelnen sah der 6. Strafsenat des BGH eine Vermögensbetreuungspflicht eines Vorstandes bzw. Prokuristen der VW AG und die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht für den Fall als gegeben an, dass „einem Betriebsrat ein Arbeitsentgelt bewilligt wird, das gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 S. 2 BetrVG) verstößt. Eine solche begünstigende Verfügung führt zu einem verbotenen Vermögensabfluss und ist nichtig [...]“. Sie überschreitet die in § 93 Abs. 1 AktG normierten und auch

der Prokura eigenen äußersten Grenzen des (unternehmerischen) Ermessens und verletzt eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Vermögen.“¹⁹

Ferner entschied der BGH, dass „[e]ine strafrechtliche Ausfüllung dieser Vermögensbetreuungspflicht durch weitere – namentlich vermögensschützende – Vorschriften, Satzungsbestimmungen, vertragliche Verpflichtungen, den vom LG herangezogenen Deutschen Corporate Governance Kodex oder hierzu abgegebene Entsprechenserklärungen [...] aus Rechtsgründen nicht erforderlich [sei].“²⁰

Im Hinblick auf die Beurteilung der Vergütungshöhe gem. § 37 Abs. 4 BetrVG (Mindestvergütung) stellte der BGH mehrere in den konkreten Fällen zu beachtende Kriterien auf. So dürfen Qualifikationen, die ein Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Betriebsrats Tätigkeit oder -stellung erlangt hat, bei der Bemessung der Vergütungshöhe nicht berücksichtigt werden. Eine Berücksichtigung dieser erlangten Qualifikationen würde den Grundsatz, dass es sich bei der Betriebsrats Tätigkeit um ein Ehrenamt handelt, das unentgeltlich auszuüben ist, ansonsten umgehen.²¹ Darüber hinaus dürfe für die Frage der Höhe der Vergütung grundsätzlich auch nicht auf die hypothetische Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds bei einer Sonder- bzw. Ausnahmekarriere abgestellt werden.²²

Stattdessen, so der 6. Strafsenat, habe sich die Höhe der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern gem. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG an der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung zu orientieren.²³ Zur Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer und zur Betriebsüblichkeit der Entwicklung führte das Gericht sodann aus:²⁴

„Vergleichbar ist vielmehr nur, wer im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt hat und dafür in gleicher Weise wie der Betriebsrat fachlich und persönlich qualifiziert war [...]. Üblich ist eine Entwicklung, wenn die überwiegende Anzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer eine solche typischerweise bei normaler betrieblicher und personeller Entwicklung genommen hat. Diese Regeln gelten auch für Beförderungen [...]. Ein Aufstieg ist insbesondere nur dann betriebsüblich, wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen erreicht hat [...].“

Neben der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch ein Vorstandsmitglied bzw. einen Prokuristen der VW AG sah der BGH auch einen Vermögensnachteil zu Lasten der VW AG durch die Auszahlung der bewilligten Vergütung als gegeben an. Hierbei betonte der 6. Strafsenat des BGH insbesondere, dass der hierdurch verursachte Vermögensnachteil auch nicht durch die Förderung einer vertrauensvollen Zu-

¹⁵ LG Braunschweig BeckRS 2021, 47174.

¹⁶ Vgl. BGH NStZ 2023, 352 (352 f.); LG Braunschweig BeckRS 2021, 47174 Rn. 1 ff.

¹⁷ BGH NStZ 2023, 352 (354 Rn. 26).

¹⁸ BGH NStZ 2023, 352 (353 f. Rn. 18 ff.).

¹⁹ BGH NStZ 2023, 352 (353 Rn. 20) m.w.N.

²⁰ BGH NStZ 2023, 352 (353 Rn. 19) m.w.N.

²¹ BGH NStZ 2023, 352 (354 Rn. 24) m.w.N.

²² BGH NStZ 2023, 352 (354 Rn. 22).

²³ BGH NStZ 2023, 352 (354 Rn. 22).

²⁴ BGH NStZ 2023, 352 (354 Rn. 22) m.w.N.

sammenarbeit zum Wohle des Unternehmens kompensiert werden könne.²⁵

Zum Vorsatz führte der 6. Strafsenat des BGH aus, dass zu überprüfen sei, ob wirklich eine Fehlvorstellung der Angeklagten über tatsächliche Umstände vorliege oder vielmehr eine fehlerhafte rechtliche Wertung durch die Angeklagten vorgenommen worden sei, sodass statt eines Tatbestandsirrtums nach § 16 Abs. 1 StGB ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB in Betracht kommen würde.²⁶ Im Falle eines Verbotsirrtums sei bei der Frage der Vermeidbarkeit zu berücksichtigen, so der BGH weiter, dass eine anwaltliche Beratung nicht zwingend genüge, um eine Unvermeidbarkeit anzunehmen. Insbesondere Gutachten als „rechtliche[r] Flankenschutz für die tatsächliche Handhabung“ würden einer besonders kritischen Würdigung bedürfen. Zudem würde die zahlreiche Fachliteratur, die „die von den Angeklagten angewandten Bemessungskriterien für die Vergütung von Betriebsräten [...] für unzulässig erachtet hätten“, zur Folge haben, dass „die Unvermeidbarkeit jedenfalls nicht auf der Hand“ läge.²⁷

Festzuhalten bleibt damit, dass der 6. Strafsenat des BGH im Einklang mit dem LG Braunschweig die Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes der Untreue wegen bewilligter überhöhter Vergütungen an die Betriebsratsmitglieder als gegeben ansah.

2. Bedeutung des Urteils

Diese Entscheidung des BGH hat im Schrifttum große Beachtung gefunden und sieht sich überzeugender Kritik ausgesetzt.

Vereinzelte wird in dem Urteil des BGH zwar keine Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben des BetrVG und den Kriterien des BAG erblickt. Dies wird damit begründet, dass die vier Betriebsratsmitglieder des gegenständlichen Falls keine Angebote für freie Stellen vorgewiesen hätten, sodass sich der BGH mit einem höheren Vergütungsanspruch gem. § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG aufgrund hypothetischer Sonderkarrieren nicht zu befassen brauchte.²⁸ Hypothetische Beförderungsansprüche sind jedoch im Anwendungsbereich des § 37 Abs. 4 BetrVG nach der Rechtsprechung des BAG außer Betracht zu lassen – es kommt lediglich auf die Vergütungsentwicklung der Vergleichsgruppe an. Für dieses Verständnis könnte auch sprechen, dass der BGH, hätte er denn von der Rechtsprechung des BAG abweichen wollen, die Rechtsfrage ansonsten gem. § 2 Abs. 2 RsprEinhG dem Gemeinsamen Senat bzw. zunächst dem Vereinigten Großen Senat hätte vorlegen müssen.²⁹ Überwiegend³⁰ wird das Urteil des BGH jedoch so gedeutet, dass im

Hinblick auf die Bemessung der Vergütungshöhe die hypothetische Betrachtung der extreme Ausnahmefall und die Vergleichsgruppenbetrachtung – somit das Mindestmaß aus § 37 Abs. 4 BetrVG – die Regel sein soll. Das in § 78 S. 2 BetrVG normierte Grundprinzip wird demnach umgekehrt. Die Vergütung der Vergleichsgruppe wird damit nicht nur zur Mindestvergütung, sondern im Regelfall auch zur Höchstgrenze.³¹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach dem Urteil des BGH Qualifikationen, die ein Betriebsrat aufgrund seiner Betriebsratstätigkeit oder -stellung erlangt hat, bei der Bemessung der Vergütungshöhe unter keinen Umständen berücksichtigt werden dürfen.

Ferner wird die Entscheidung des BGH im Schrifttum auch vor dem Hintergrund kritisiert, dass der BGH nicht näher prüfte bzw. begründete, ob den Vorschriften des BetrVG ein vermögensschützender Charakter zukommt.³² Im Schrifttum wird nämlich vertreten, dass die Vorschriften des BetrVG nicht einmal mittelbar vermögensschützenden Charakter aufweisen, sondern vielmehr dem Schutz der Ordnung der Betriebsverfassung bzw. der Unabhängigkeit der Mitglieder des Betriebsrates dienen würden. Daher könne allein ein Verstoß gegen die Vorgaben des BetrVG keine Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes begründen.³³

Insgesamt stellt das Urteil nach überwiegender Lesart eine erhebliche Verschärfung des Begünstigungsverbot und damit auch des Untreuestrafbarkeitsrisikos dar.³⁴ Das wird insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 37 Abs. 4 BetrVG historisch die Position des Betriebsratsmitglieds eigentlich stärken und sie nicht beschränken sollte,³⁵ kritisiert.³⁶

3. Auswirkungen des Urteils

Das Urteil des 6. Strafsenats des BGH führte in der Praxis zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Das lag zum einen an den im Schrifttum vertretenen unterschiedlichen Deutungen, zum anderen an der Tatsache, dass die Unternehmen eine Verschärfung des Untreuestrafbarkeitsrisikos befürchten mussten.

Nicht nur die VW AG nahm die Rechtsprechung des BGH zum Anlass, das Entgelt zahlreicher Betriebsräte zu kürzen. Die Mehrheit der betroffenen Betriebsratsmitglieder der VW AG waren mit ihren gegen die Entgeltkürzung gerichteten Klagen erfolgreich.³⁷ Der Bundestag hat vor diesem Hintergrund eine Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

²⁵ BGH NStZ 2023, 352 (353 Rn. 21) m.w.N.

²⁶ BGH NStZ 2023, 352 (355 Rn. 38) m.w.N.

²⁷ BGH NStZ 2023, 352 (355 Rn. 39) m.w.N.

²⁸ Jacobs, BB 2024, 117 (118).

²⁹ Siehe dazu Jachmann-Michel, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 86. Lfg., Stand: Januar 2019, Art. 95 Rn. 160.

³⁰ Vgl. etwa Brand/Strauß, NJW 2023, 1024 (1025 ff. Rn. 6 ff.); Rothballer, NZA 2023, 257 (258 ff.); Wewetzer, RdA 2023, 250 (251 ff.).

³¹ Rothballer, NZA 2023, 257 (258 f.).

³² Vgl. zu den diesbezüglich nicht einheitlichen Entscheidungen des BGH in der Vergangenheit Höft (Fn. 1); Waßmer, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, § 266 Rn. 190 f.

³³ Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 266 Rn. 38; Strauß, JuS 2018, 1143 (1145) m.w.N.

³⁴ Brand/Strauß, NJW 2023, 1024 (1026 Rn. 8); Rothballer, NZA 2023, 257 (259); Wewetzer, RdA 2023, 250 (254 f.).

³⁵ Waas, RdA 2023, 209 (210).

³⁶ Siehe auch Waßmer (Fn. 32), § 266 Rn. 191.

³⁷ Vgl. beck-aktuell (Fn. 4), becklink 2029826 mit Verweis u.a. auf LAG Niedersachsen, Urt. v. 8.2.2024 – 6 Sa 559/23.

beschlossen, um Rechtsklarheit zu schaffen, ohne die Möglichkeit der Aufklärung und Ahndung von Verstößen gegen das Begünstigungsverbot einzuschränken.³⁸

IV. Gesetzesänderung

Der Bundestag hat am 28. Juni 2024 die gesetzliche Klarstellung zur Betriebsratsvergütung durch eine Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes beschlossen.³⁹ § 37 Abs. 4 BetrVG, der den Mindestvergütungsanspruch von Betriebsratsmitgliedern in Abhängigkeit ihrer Vergleichsgruppe regelt, wird erweitert und bildet insbesondere wesentliche Grundsätze der Rechtsprechung des BAG ab.

Satz 3 stellt zunächst – entsprechend der Rechtsprechung des BAG – klar, dass es bei der Bestimmung einer Vergleichsgruppe auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamtes (und nicht etwa auf eine Freistellung des Betriebsratsmitglieds) ankommt. Ein sachlicher Grund soll jedoch eine spätere Neubestimmung der Vergleichsgruppe erlauben. Ein sachlicher Grund kann nach der Gesetzesbegründung z.B. ein beruflicher Aufstieg eines Betriebsratsmitglieds sein.⁴⁰

Einzelheiten zur Festlegung relevanter Vergleichsgruppen (z.B. bei Fehlen von Vergleichspersonen im selben Betrieb) können entsprechend der Rechtsprechung des BAG zwischen den Betriebsparteien in einer Betriebsvereinbarung konkretisiert werden (Satz 4), wobei die Kriterien nach dem geänderten Gesetz nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden können (Satz 5). Gleiches gilt für die Festlegung von konkreten Vergleichspersonen, soweit diese zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat einvernehmlich erfolgt und in Textform dokumentiert wird (Satz 6). Die Gesetzesbegründung stellt zudem – im Einklang mit der BGH-Entscheidung – klar, dass der Mindestgeltanspruch gem. § 37 Abs. 4 BetrVG keine hypothetischen Verläufe beruflichen Aufstiegs („hypothetische Karriere“/„fiktiver Beförderungsanspruch“) erfasst. Diese seien Gegenstand eines Anspruchs aus § 611a BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG.⁴¹

§ 78 BetrVG wird in einem dritten Satz um die Klarstellung ergänzt, dass eine Begünstigung oder Benachteiligung im Hinblick auf das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vorliegt, wenn das Betriebsratsmitglied in seiner Person die für die Gewährung des Arbeitsentgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt. Die Gesetzesbegründung stellt dabei zusätzlich klar, dass ein fiktiver Beförderungsanspruch stets an die Besetzung einer konkreten freien Stelle anknüpfe, die auch in einem anderen Betrieb des Unternehmens angesiedelt sein könne.⁴²

Über die aktuelle Rechtsprechung des BAG hinausgehend stellt die Gesetzesbegründung im Hinblick auf den hypothetischen Beförderungsanspruch klar, dass es sachlich gerechtfertigt sein könne, auch durch und während der Amtstätigkeit erworbene Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikationen zu berücksichtigen, soweit sie im Unternehmen auch außerhalb des Betriebsratsamtes für die jeweilige Stelle karriere- und vergütungsrelevant seien. Nicht berücksichtigungsfähig sei indes, dass ein Betriebsratsmitglied mit Vorständen und Managern „auf Augenhöhe verhandelt“, „komplexe Aufgaben“ wahrgenommen oder „in unternehmerische Entscheidungskomplexe eingebunden“ sei.⁴³ Der bloße Zuwachs an Kompetenzen, Kenntnissen und Fähigkeiten während der Ausübung des Amtes als Betriebsrat begründe für sich allein ohne Bezug zu einer konkreten Stelle im Betrieb und deren Anforderungsprofil keinen Anspruch nach § 78 S. 2 BetrVG auf eine höhere Vergütung.

V. Strafrechtliche Perspektive auf die Betriebsratsvergütung

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des 6. Strafsenats soll nun beleuchtet werden, ob es Strafbarkeitsrisiken gibt und welcher Handlungsbedarf für Unternehmen besteht. Hierbei sollen zum einen die Konstellation ohne (dazu 1.) und zum anderen die Konstellation mit der nun wahrscheinlich bevorstehenden Änderung des BetrVG (dazu 2.) betrachtet werden.

1. Betrachtung der Konstellation ohne die nun wahrscheinlich bevorstehende Änderung des BetrVG

Für die Konstellation ohne die nun wahrscheinlich bevorstehende Änderung des BetrVG gilt Folgendes:

a) Strafbarkeitsrisiken

Nach jener Konstellation besteht eine (erhebliche) Gefahr, dass Ermittlungsbehörden in der Vereinbarung bzw. Auszahlung überhöhter Betriebsratsvergütungen durch die Verantwortlichen Untreuehandlungen sehen und entsprechende Strafverfahren einleiten könnten, wenn hierbei gegen die durch den 6. Strafsenat des BGH aufgestellten – mutmaßlich strengeren – Kriterien verstoßen wird. Die Tatsache einer möglicherweise entgegenstehenden arbeitsrechtlichen Rechtsprechung ist zunächst einmal unerheblich, da für Ermittlungsbehörden in erster Linie die Rechtsprechung der Strafsenate des BGH maßgeblich ist.

Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts der Untreue bedeutet selbstverständlich – wie auch bei der Einleitung von Ermittlungsverfahren wegen anderer Delikte – nicht, dass es zwangsläufig auch zu einer Anklage oder sogar zu einer Verurteilung kommen wird. Doch unabhängig davon, dass der Ausgang eines Ermittlungsverfahrens stets ungewiss ist, gilt es auch im Übrigen, sofern möglich, die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zu vermeiden. Schließlich werden während eines laufenden Ermittlungsverfahrens die Beförderungs- und Karrierechancen des Beschul-

³⁸ Vgl. dazu

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw26-de-betriebsverfassungsgesetz-1009720> (23.9.2024).

³⁹ <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw26-de-betriebsverfassungsgesetz-1009720> (23.9.2024).

⁴⁰ BT-Drs. 20/9469, S. 9.

⁴¹ BT-Drs. 20/0460, S. 10.

⁴² BT-Drs. 20/0460, S. 11 f.

⁴³ BT-Drs. 20/9469, S. 11.

digten jedenfalls gemindert. Darüber hinaus können Ermittlungsverfahren, wenn sie denn öffentlich werden, negative Auswirkungen auf die Reputation haben, und zwar sowohl für den beschuldigten Angestellten als auch für das Unternehmen als Arbeitgeber.

Nach dem Urteil des BGH sowie den sonstigen geltenden Maßstäben⁴⁴ treffen die Vermögensbetreuungspflicht sowohl die Vorstandsmitglieder als auch die Prokuristen einer AG. Aufgrund der erforderlichen Vermögensbetreuungspflicht wird der Täterkreis des Untreuestraftatbestandes eingengt. Doch auch für andere Personengruppen, wie z.B. der Rechts- oder HR-Abteilung, die bspw. bei der Ausgestaltung der Verträge mitwirken, besteht grundsätzlich ein Untreuestrafbarkeitsrisiko. Soweit diesen selbst keine Vermögensbetreuungspflicht zukommen sollte, können sie den Untreuestraftatbestand zwar in eigener Person nicht täterschaftlich verwirklichen. Eine Beteiligung – üblicherweise in der Form der Beihilfe – ist jedoch ohne weiteres denkbar. Entsprechendes gilt für die begünstigten Betriebsratsmitglieder. Auch sie können den Untreuetatbestand zwar in eigener Person nicht täterschaftlich verwirklichen, da sie keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber einer AG trifft, zumal es im konkreten Fall um das Aushandeln ihrer eigenen Vergütung geht.⁴⁵ Betriebsratsmitglieder können sich jedoch ebenfalls an einer Untreuestraftat beteiligen.

Für die Verwirklichung des Untreuetatbestandes genügt bereits bedingter Vorsatz. Insofern ist es ausreichend, wenn die Tatbestandsverwirklichung für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen wird.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der BGH berechtigterweise fordert, zwischen einem Tatbestands- und Verbotsirrtum sauber zu differenzieren. Da die Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB ein normatives Tatbestandsmerkmal ist,⁴⁶ kommt zwar sowohl ein Tatbestands- als auch ein Verbotsirrtum in Betracht. Im Einzelnen hängt dies vom konkreten Bewusstsein des Handelnden ab.⁴⁷ Anders als in dem dem Urteil des BGH zugrundeliegenden Fall lässt sich hinsichtlich der Verantwortlichen zukünftiger Fälle allerdings nicht mehr ohne weiteres argumentieren, dass diese sich im Falle der zukünftigen Auszahlung in einem sog. unvermeidbaren Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB oder in einem Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 StGB befinden, wenn sie irrtümlicherweise – insbesondere aufgrund eines eingeholten rechtlichen Rates – davon ausgehen, sie würden sich pflichtgemäß und gesetzeskonform verhalten. Die Annahme eines sog. unvermeidba-

ren Verbotsirrtums unterliegt bereits grundsätzlich sehr strengen Anforderungen. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum ist ausschließlich dann gegeben, wenn die betroffene Person trotz Anspannung ihres Gewissens und trotz Ausschöpfung aller zumutbaren Erkenntnisquellen das Unrecht der Tat nicht erkennen konnte.⁴⁸ Der BGH hat bereits in dem vorliegenden Urteil Zweifel an dem Vorliegen eines solchen Irrtums geäußert, die Frage letztlich aber nicht entschieden.⁴⁹ Jedenfalls dürften das Urteil selbst und die dadurch ausgelöste öffentlichkeitswirksame Diskussion sowie das infolgedessen mutmaßlich vorhandene Problembewusstsein eine Argumentation für einen sog. unvermeidbaren Verbotsirrtum weiter erschweren. Entsprechendes dürfte für einen Tatbestandsirrtum gelten, der im Hinblick auf normative Tatbestandsmerkmale voraussetzt, dass der Irrtum im Wege einer Parallelwertung der Laiensphäre nachvollziehbar ist.⁵⁰

b) Handlungsbedarf der Unternehmen

Aufgrund des hohen Strafbarkeitsrisikos im Falle der weiteren Bewilligung überhöhter Vergütungen stellt sich die Frage, welche Maßstäbe bei Abschluss neuer Verträge zu beachten und ob bestehende Vergütungsverpflichtungen zu reduzieren sind (dazu aa.). Des Weiteren ist es klärungsbedürftig, ob auf die Rückzahlung zu viel gezahlter Vergütungen verzichtet werden darf (dazu bb.).

aa) Abschluss neuer Verträge und Reduzierung bestehender Vergütungsverpflichtungen

Im Falle des Abschlusses neuer Verträge ist aus strafrechtlicher Sicht vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen zu empfehlen, sich im Hinblick auf die Vergütungshöhe an den Maßstäben des 6. Strafsenats des BGH zu orientieren. Auf das Untreuestrafbarkeitsrisiko aufgrund des gegenständlichen Urteils des BGH kann gegenüber dem Betriebsratsmitglied bei Abschluss eines solchen Vertrages auch hingewiesen werden. Zudem könnte eine Anpassung des Vertrages in den Raum gestellt werden, sobald es zu einer Umsetzung der derzeit geplanten Vorgaben der Gesetzesänderung kommen sollte.

Auch für bestehende Vergütungsverpflichtungen ist aus strafrechtlicher Sicht zu empfehlen, die Betriebsratsvergütungen auf das nach dem BGH zulässige Maß zu reduzieren, um das Risiko einer Strafverfolgung der verantwortlichen Vorstände oder Prokuristen zu minimieren.⁵¹ Inwieweit die anstehende Novelle des BetrVG Ermittlungsbehörden von der Einleitung von Ermittlungsverfahren abschreckt, ist nicht sicher zu beurteilen (siehe dazu auch bereits oben unter I.). Jedenfalls wird dadurch das Risiko untreuestrafrechtlicher Verantwortlichkeit nicht gänzlich reduziert, sodass davon abzuraten ist, sich allein darauf zu verlassen.

⁴⁴ Siehe dazu etwa *Dierlamm/Becker*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 41 ff.

⁴⁵ Vgl. dazu auch die Rechtsprechung des BGH, der bei Vorstands- und auch Aufsichtsratsmitgliedern aufgrund eines Interessenkonflikts eine Vermögensbetreuungspflicht verneint, wenn es um dessen eigene Vergütungsangelegenheiten geht, BGH NZG 2006, 141 (150 Rn. 80); BGH BeckRS 2009, 27538 Rn. 84.

⁴⁶ Vgl. dazu etwa m.w.N. *Radtke*, NStZ 2011, 556 (557).

⁴⁷ Näher dazu in seiner Anm. zum sog. „Volkswagen“-Urteil des BGH *Kulhanek*, NStZ 2023, 355 (357).

⁴⁸ Vgl. *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 17 Rn. 13 ff.

⁴⁹ BGH NStZ 2023, 352 (355 Rn. 39).

⁵⁰ *Kleszczewski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2017, Rn. 186 m.w.N.

⁵¹ So auch *Rothballer*, NZA 2023, 257 (261).

Selbst wenn die Reduzierungen – wie im Falle der VW AG – zahlreiche arbeitsgerichtliche Klagen durch die betroffenen Betriebsratsmitglieder und für den Arbeitgeber nachteilige Urteile nach sich ziehen sollten, wäre auf diese Weise zumindest das strafrechtliche Risiko weitgehend minimiert. Eine nachgelagerte Zahlung auf Grundlage etwaiger rechtskräftiger arbeitsgerichtlicher Entscheidungen wäre aus Untreuesicht risikolos, da dann eine Rechtspflicht zur Zahlung der Betriebsratsvergütung bestünde.

Von der Alternative einer Fortsetzung der überhöhten Auszahlung unter dem Vorbehalt einer Rückforderung ist aus strafrechtlicher Sicht abzuraten. Bereits durch die Überweisung der Vergütung verbunden mit der unsicheren Möglichkeit der Rückforderung in einigen Wochen oder Monaten wird eine Gefährdung des Vermögens des betreffenden Unternehmens ausgelöst. Genauso wie beim Betrug⁵² genügt es auch für die Verwirklichung des Untreuetatbestandes, wenn durch die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht eine Gefährdung des Vermögens eintritt.⁵³ Ohne Relevanz ist es hierbei, ob die überhöhten ausgezahlten Vergütungen im Nachhinein tatsächlich nicht zurückgefordert werden konnten. Denn mit Eintritt der Vermögensgefährdung durch die Überweisung der Vergütung verbunden mit der unsicheren Möglichkeit der Rückforderung ist der Tatbestand der Untreue bereits verwirklicht.⁵⁴ Jegliches Nachtatverhalten wirkt sich allenfalls auf der Ebene der Strafzumessung aus. Das Strafbarkeitsrisiko bleibt hiervon allerdings unberührt, da die Tat zu diesem Zeitpunkt jedenfalls bereits vollendet ist.

Um sämtliche Vorgänge sauber zu dokumentieren, wird empfohlen, für die Reduzierung bestehender Vergütungsverpflichtungen einen Vorstands- bzw. Geschäftsführerbeschluss einzuholen.

bb) Verzicht auf Rückzahlung zu viel gezahlter Vergütungen

Eine weitere für Unternehmen wichtige Frage ist, ob auf die Rückzahlung zu viel gezahlter Vergütungen verzichtet werden darf. Anders als der Abschluss neuer Verträge und die Reduzierung bestehender Vergütungsverpflichtungen, die auf die Zukunft gerichtet sind, betrifft jene Frage sozusagen den umgekehrten Fall, umfasst sie doch Vergütungen aus der Vergangenheit.

(1) Rechtslage

Bisher – auch nach der bevorstehenden Änderung des BetrVG – hat sich die Rechtsprechung noch nicht dazu verhalten, ob der Verzicht auf den Rückzahlungsanspruch der zu viel gezahlten Vergütungen gegen die Betriebsratsmitglieder ebenfalls eine Untreuehandlung i.S.d. § 266 StGB darstellt. Ein entsprechendes Risiko wird man aber auch hier annehmen müssen.⁵⁵

⁵² Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 32), § 263 Rn. 132 ff. m.w.N.

⁵³ Dierlamm/Becker (Fn. 44), § 266 Rn. 241 ff.

⁵⁴ Siehe dazu m.w.N. Fischer, Strafrecht, 71. Aufl. 2024, § 266 Rn. 150.

⁵⁵ Ein Strafbarkeitsrisiko kann sich unter Umständen aus § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ergeben, wenn eine neue Geschäftslei-

terungsvereinbarung, die gegen § 78 S. 2 BetrVG verstoßen, sind gem. § 134 BGB nichtig, sodass dem Arbeitgeber ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rückzahlung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zusteht.⁵⁶ Diesen muss er in einer solchen Situation im Regelfall geltend machen und kann nicht ohne Weiteres auf ihn verzichten. Denn den Arbeitgebervertretern steht insoweit kein unternehmerischer Ermessensspielraum zur Verfügung. Unter (sehr engen) Voraussetzungen kommt zwar auch ein Verzicht auf die Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft in Betracht.⁵⁷ Zwingende Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass es sich dabei um eine unternehmerische und nicht um eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt.

Im Einzelfall kann bei einem Verzicht auf den Rückforderungsanspruch wiederum ein Verstoß gegen das gesetzliche Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG und somit die Verletzung der den Verantwortlichen obliegenden Vermögensbetreuungspflicht in Betracht kommen. Würden die Verantwortlichen eines Unternehmens nämlich auf die Rückforderung verzichten, weil es sich um ein Betriebsratsmitglied handelt, läge darin wieder ein neuer Verstoß gegen das Begünstigungsverbot.⁵⁸ Eine zulässige Ermessensentscheidung eines Unternehmens wäre also allenfalls möglich, wenn jenes Unternehmen üblicherweise auch gegenüber Arbeitnehmern – und nicht eben nur gegenüber Betriebsratsmitgliedern – bei Gehaltsüberzahlungen auf die Rückforderung verzichten würde. In jenem Fall kann ein Verzicht auf den Rückforderungsanspruch sogar geboten sein, um einen Verstoß gegen das gesetzliche Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG zu vermeiden.

(2) Empfehlung

Vor diesem geschilderten Hintergrund bestehen daher auch in diesem Fall aus strafrechtlicher Sicht Untreuestrafbarkeitsrisiken. Es ist deshalb jedenfalls anzuraten, die Rückforderungsansprüche sorgfältig der Höhe nach zu prüfen.⁵⁹

Unter der Bedingung, dass auch gegenüber sonstigen Arbeitnehmern bei Gehaltsüberzahlungen üblicherweise ein Verzicht auf die Rückforderung in Betracht kommt, kann auch gegenüber Betriebsratsmitgliedern auf die Rückforderung zu viel gezahlter Vergütungen verzichtet werden. Hierbei sollten jedoch folgende Kriterien beachtet werden:⁶⁰

tung vor Ablauf der Festsetzungsfrist erkennt, dass überhöhte Betriebsratsvergütungen gewinnmindernd in der Steuererklärung berücksichtigt wurden. In diesem Fall wäre die neue Geschäftsleitung nach § 153 AO i.V.m. §§ 34 f. AO zur Korrektur verpflichtet (vgl. dazu Giese/Schomburg, NJW 2022, 1415 [1420 f. Rn. 48 f.] m.w.N.).

⁵⁶ Rothballer, NZA 2023, 257 (261 f.) m.w.N.

⁵⁷ BGH NJW 1997, 1926 (1927 f.).

⁵⁸ So auch Rothballer, NZA 2023, 257 (262).

⁵⁹ Eine Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen fordern Pelz/Weber, CCZ 2023, 285 (286).

⁶⁰ Vgl. dazu auch Giese/Schomburg, NJW 2022, 1415 (1419 f. Rn. 40 ff.).

- In einem entsprechenden Vorstands- oder Geschäftsführerbeschluss ist zu dokumentieren, dass aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten von einer unmittelbaren Geltendmachung der Rückforderungsansprüche abgesehen wird.
- Hierbei sollte darauf verwiesen werden, dass in diesen Fällen die Vermögensgefährdung für das betreffende Unternehmen bereits – jedenfalls weitestgehend – eingetreten ist. Hierin liegt gerade ein entscheidender Unterschied zu der empfohlenen Reduzierung bestehender Vergütungsverpflichtungen. Letzteres bezieht sich auf zukünftige Auszahlungen, die erst noch zu neuen jedenfalls Gefährdungen des Vermögens führen würden. Im Falle der etwaigen Rückforderung zu viel gezahlter Vergütungen geht es allerdings um in der Vergangenheit liegende Konstellationen und damit um bereits eingetretene Vermögensgefährdungen.
- Des Weiteren sollten Vertrauensgesichtspunkte in dem Abwägungsprozess berücksichtigt werden. Hierzu gehört die persönliche Situation der Betriebsratsmitglieder, die im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Höhe ihrer Vergütung ggf. bereits Investitionen getätigt haben.
- Zudem sollte in den Beschluss aufgenommen werden, dass eine Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen nachteilige Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit oder auf die Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat haben können.
- Ferner sollten auch die bisherige arbeitsgerichtliche Entscheidungspraxis zu Gunsten der betroffenen Betriebsratsmitglieder und damit auch das mit der Rückforderung von zu viel gezahlten Vergütungen einhergehende Prozessrisiko in diese dokumentierte Abwägung einbezogen werden.

Aus diesen genannten Gründen ist eine Differenzierung gegenüber der fortgesetzten Auszahlung gerechtfertigt. Diese Entscheidung muss sich jedoch innerhalb des Ermessensspielraums der Business-Judgement-Rule⁶¹ befinden und gut dokumentiert sein.

In jedem Fall sollte aber mit den jeweiligen Betriebsratsmitgliedern rechtzeitig vor Eintritt der Verjährung und einer etwaigen vertraglich vereinbarten Ausschlussfrist eine Vereinbarung abgeschlossen werden, dass diese im Hinblick auf die Rückforderungsansprüche auf die Einrede der Verjährung und auf die der Ausschlussfristen verzichten. Auf diese Weise verbleibt dem betreffenden Unternehmen die Möglichkeit, die Ansprüche nach Abwarten der arbeitsgerichtlichen Entscheidungen bezüglich der rechtmäßigen Höhe der Vergütung geltend zu machen.

2. Betrachtung der Konstellation mit der nun wahrscheinlich bevorstehenden Änderung des BetrVG

Wird die nun einstimmig vom Bundestag beschlossene Änderung des BetrVG in Kraft treten, würde der für die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern einzuhaltende Maßstab nicht strenger als zuvor ausgestaltet werden. Hieran müssten sich auch der BGH und die strafrechtlichen Ermittlungsbehörden halten.

Unabhängig von der Strenge der Kriterien besteht allerdings weiterhin ein Untreuestrafbarkeitsrisiko für den Fall, dass vorsätzlich zum Nachteil des Unternehmens gegen die Vorgaben des Gesetzes verstoßen wird. Nicht zuletzt das Urteil des 6. Strafsenats des BGH hat gezeigt, dass die Strafgerichte bei überhöhten Vergütungen an Betriebsratsmitglieder eine Strafbarkeit wegen Untreue in Betracht ziehen, so dass auch die Ermittlungsbehörden diesbezüglich sensibilisiert sein dürften. Hierbei gelten die Ausführungen des 6. Strafsenats zu den Anforderungen der Vermögensbetreuungspflicht und des Tatbestands- sowie Verbotsirrtums auch unabhängig von der Änderung des BetrVG.

Das Urteil des 6. Strafsenats des BGH sollte für Unternehmen – jedenfalls im Falle von vollständig freigestellten Betriebsratsmitgliedern – damit zum Anlass genommen werden, eine Sachverhaltsanalyse vorzunehmen. Hierbei sollte überprüft werden, ob ihre derzeit verwendeten Kriterien im Hinblick auf die Bemessung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern denen des BAG und damit den Vorgaben des Gesetzes entsprechen.

Sollte die Sachverhaltsanalyse ergeben, dass die Kriterien übereinstimmen, ist nichts zu veranlassen. Sollten die Kriterien hinter denen des BAG zurückbleiben, also nicht den Vorgaben des Gesetzes entsprechen, gilt es – wie bei Betrachtung der Konstellation ohne die nun wahrscheinlich zu erwartende Änderung des BetrVG zu empfehlen ist (siehe dazu oben unten I. b) aa) und bb) –, mittels Vorstands- bzw. Geschäftsführerbeschlusses zu dokumentieren, dass bestehende Vergütungsverpflichtungen reduziert und die Rückforderungen zu viel gezahlter Vergütungen sorgfältig abgewogen werden.

Selbstverständlich ist es in der Praxis nicht ausgeschlossen, dass, trotz Hinweises bspw. aus der Rechts- oder HR-Abteilung, die Vergütungen an die Betriebsratsmitglieder anzupassen sind, Vorstände oder andere Verantwortliche sich dennoch gegen einen Beschluss und eine Anpassung entscheiden. In diesem Fall wird den betreffenden Personen aus der Rechts- oder HR-Abteilung empfohlen, in ihren eigenen Unterlagen zu dokumentieren, dass ein entsprechender Hinweis erfolgt ist. Auf diesem Wege können sie sich für den Fall der Fälle jedenfalls selbst exkulpieren.

VI. Zusammenfassung

Insgesamt ist festzuhalten, dass das Urteil des 6. Strafsenats des BGH jedenfalls mehrdeutig ist und daher zu großen Rechtsunsicherheiten in der Praxis geführt hat. Mehrheitlich wird das Urteil des BGH so gedeutet, dass der BGH im Hinblick auf die Frage der Bemessung der Vergütungshöhe von Betriebsratsmitgliedern strengere Kriterien als das BAG aufgestellt habe. Daher wird in jenem Urteil nach überwie-

⁶¹ Zu den als sog. Business-Judgement-Rule in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierten Grundsätze als Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes vgl. BGH NJW 2017, 578 (579 Rn. 29) m.w.N.

gender Lesart eine erhebliche Verschärfung des Begünstigungsverbot und damit des Untreuestrafbarkeitsrisikos erblickt.

Aufgrund des Urteils des BGH hält der Gesetzgeber es für erforderlich, das BetrVG zum Zwecke der Klarstellung anzupassen. Durch die durch den Bundestag einstimmig beschlossene Änderung des BetrVG bringt der Gesetzgeber klar zum Ausdruck, dass die Maßstäbe des BetrVG nicht so streng sein sollen, wie der BGH es in seiner Entscheidung anklingen lässt.

Der Gesetzgeber hat daher eine Ergänzung der einschlägigen Vorschriften beschlossen, um zu verdeutlichen, dass hypothetische Sonderkarrieren der Betriebsratsmitglieder unter Umständen bei der Bemessung ihrer Vergütung berücksichtigt werden dürfen.

Doch auch nach der nun wahrscheinlich zu erwartenden Gesetzesänderung ist für die Verantwortlichen von Unternehmen zu beachten, dass die Bemessung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern gesetzlich streng geregelt ist – zumal die vom Bundestag einstimmig beschlossene Gesetzesänderung eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe aufweist und stark interpretationsfähig ist – und sich daher innerhalb eines gesetzlich bestimmten Rahmens befinden muss.

Festzuhalten bleibt, dass jedenfalls das vorliegende Urteil des BGH und die nachfolgende Diskussion zu einer signifikanten faktischen Verschärfung der Untreuestrafbarkeit geführt haben. Denn die Aufmerksamkeit der Strafjustiz und insbesondere der Strafverfolgungsbehörden dürfte deutlich gestiegen sein. Das bedeutet, dass das Verfolgungsrisiko deutlich erhöht wurde.