

Compliance Berater

4 / 2024

Betriebs-Berater Compliance

21.3.2024 | 12.Jg
Seiten 93–136

EDITORIAL

HR-Compliance: Und täglich grüßt der Datenschutz ... | I
Prof. Dr. Michael Fuhlrott

AUFSÄTZE

Betriebsratsvergütung und Compliance | 93
Dr. Kerstin Reiserer und Dr. Madelaine Isabelle Baade

**Das Hinweisgeberschutzgesetz und die Bußgeldvorschriften
zum Beschäftigtenschutz** | 98
Dr. Anna Caroline Gravenhorst

**Remote Work und ihre Herausforderungen an die
Compliance – Teil 1** | 103
Rainer Burkardt und Laura-Felicia Bokranz

**Die Haftung des Beschäftigungsgebers für Vertraulichkeitsverstöße
nach dem HinSchG** | 108
Dr. Philip Musiol, Dr. Arne Klaas und Johannes Zhou

**Compliance Due Diligence bei M&A-Transaktionen: Praxisbezogene
Durchführungs- und Ablaufhinweise** | 113
Prof. Dr. Oliver Haag und Philipp Szymanowski

**Die Verordnung (EU) 2023/1115 über entwaldungsfreie Lieferketten
und deren Compliance-Anforderungen** | 119
Dr. Julia Hörnig

RECHTSPRECHUNG

**EuGH: Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung
personenbezogener Daten** | 124

**Kommentar: EuGH – Beweislast und Schadensersatz
bei Hackerangriffen** | 133
Andreas Rüdiger

**Kommentar: BAG zur Erschütterung des Beweiswerts von
passgenauen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nach
einer Kündigung** | 135
Katrin Braas

Schwerpunktheft
HR-Compliance

CB-BEITRAG

Dr. Kerstin Reiserer, RAin, und Dr. Madelaine Isabelle Baade, RAin

Betriebsratsvergütung und Compliance

Neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung ein Jahr nach dem Urteil des BGH vom 10.1.2023 – 6 StR 133/22

Compliance bedeutet die Einhaltung von Recht, Gesetz und internen Richtlinien im Unternehmen. Auch im kollektiven Arbeitsrecht sind Compliance-Pflichten zu beachten. In der Praxis gestaltet sich insbesondere die gesetzeskonforme Bemessung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern schwierig und birgt häufig hohes Konfliktpotential. Denn ist der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat zu großzügig, setzt er sich dem Vorwurf der Begünstigung aus, was den Tatbestand der Untreue erfüllen kann. Das Urteil des BGH vom 10.1.2023¹ zeigt die reale Gefahr einer Strafbarkeit bei Gewährung zu hoher Betriebsratsvergütung in beeindruckender Weise auf. Infolge dieser Rechtsprechung haben viele Unternehmen die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern gekürzt. Inzwischen gibt es erste erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung, die sich mit der Entscheidung des BGH und deren Folgen auseinandersetzt. Und auch die Bundesregierung hat Handlungsbedarf erkannt und das „Zweite Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes“² als Gesetzesentwurf des Bundeskabinetts verabschiedet, das sich nun im Gesetzgebungsverfahren befindet. Die Betriebsratsvergütung ist weiterhin ein „heißes Eisen“, zumal auch das auf den Weg gebrachte Gesetz (leider) viele Fragen offenlässt.³

I. Allgemeine Grundsätze der Betriebsratsvergütung

Bei der Bemessung der Betriebsratsvergütung spielen verschiedene Prinzipien eine tragende Rolle.

1. Ehrenamtsprinzip

Ausgangspunkt ist das Ehrenamtsprinzip, wonach die Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt führen, § 37 Abs. 1 BetrVG. Die Betriebsratsarbeit als solche wird nicht bezahlt, die Tätigkeit als Betriebsratsmitglied ist auch kein Beruf. Die Betriebsratsmitglieder sollen ihr Amt unparteiisch sowie innerlich und äußerlich unabhängig führen können.⁴ Das Ehrenamtsprinzip soll ein Gespür für Gerechtigkeit und sozialen Anstand garantieren und sichert die Akzeptanz des Betriebsrats in der Belegschaft. Es hat damit herausragende Bedeutung für eine funktionsfähige Betriebsverfassung.⁵

2. Lohnfortzahlungsprinzip

Die Festsetzung der Vergütung der Betriebsratsmitglieder obliegt allein dem Arbeitgeber.⁶ Insofern spielt das Lohnfortzahlungsprinzip eine wichtige Rolle. Nach § 37 Abs. 2 BetrVG ist der vertragliche Vergütungsanspruch in der Höhe weiter zu gewähren, wie er hypothetisch ohne die Befreiung von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung bestünde.⁷ Das freigestellte Betriebsratsmitglied hat also Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das es erhalten hätte, wenn es nicht freigestellt worden wäre, sondern weiter seine berufliche Tätigkeit ausgeübt hätte.⁸ Da wegen der Freistellung die persönliche Arbeitsleistung

als Bezugspunkt ausscheidet, auf der anderen Seite die Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Freistellung aber insbesondere auch in finanzieller Hinsicht nicht benachteiligt werden dürfen, ist ihr Arbeitsentgelt nach demjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung zu bemessen.⁹ Vergleichbar ist dabei nur, wer im Zeitpunkt der Amtsübernahme (nicht der Freistellung) ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt hat und dafür in gleicher Weise wie der Betriebsrat fachlich und persönlich qualifiziert war.¹⁰ Der Anspruch des freigestellten Betriebsratsmitglieds umfasst alle Entgeltbestandteile, die den vergleichbaren Arbeitnehmern zufließen und die auch das freigestellte Betriebsratsmitglied erhalten hätte, wäre es nicht freigestellt, insbesondere Mehrarbeitszulagen, Überstundenzuschläge und Nachtarbeitszuschläge.¹¹ Das gilt nach aktueller Rechtsprechung des LAG Hessen¹² jedenfalls hinsichtlich

1 BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22, CB 2023, 321.

2 BT-Drs. 20/9469.

3 Sehr kritisch hierzu *Jacobs*, BB 2024, 117.

4 BAG, 18.5.2016 – 7 AZR 401/14, DB 2016, 2552.

5 Vgl. *Jacobs/Krell*, RdA 2023, 193, 197.

6 *Schrader/Klagges/Teubert/Felsmann/Koch*, RdA 2023, 225.

7 Vgl. *Krois*, in: *MHdB ArbR*, Bd. 3, 5. Aufl. 2022, § 295 Rn. 26.

8 *Fitting*, BetrVG, 31. Aufl. 2022, § 38 Rn. 85.

9 *Fitting* (Fn. 8), § 38 Rn. 87.

10 Vgl. BAG, 18.1.2017 – 7 AZR 205/15, ZTR 2017, 438; LAG Düsseldorf, 17.4.2019 – 7 Sa 1065/18, ZTR 2019, 534.

11 *Fitting* (Fn. 8), § 38 Rn. 87.

12 LAG Hessen, 13.6.2023 – 12 Sa 1293/22, ZTR 2023, 708.

Zuschlägen wegen Nacht-, Sonntags- oder Feiertagsarbeit sowie auf eine Rufbereitschaftspauschale allerdings nur, wenn das Betriebsratsmitglied die Betriebsratsarbeit auch unter den erschwerten Bedingungen erbringt. Führt er die Betriebsratsarbeiten hingegen ausschließlich zu üblichen Bürozeiten von Montag bis Freitag aus, stehen ihm die Zulagen nicht zu, auch wenn er vor der Freistellung entsprechend gearbeitet und Zuschläge erhalten hat.

3. Begünstigungen i. S. v. § 78 S. 2 BetrVG

Nach § 78 S. 2 BetrVG dürfen Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Eine Begünstigung ist jede Besserstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht.¹³

Die Zahlung einer höheren Vergütung als die vergleichbarer Arbeitnehmer setzt voraus, dass der Betriebsrat nur in Folge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position aufgestiegen ist.¹⁴ Darüberhinausgehende Vergütungserhöhungen verstoßen gegen das Begünstigungsverbot aus § 78 S. 2 BetrVG.¹⁵ D. h. Vergütungserhöhungen, auf die das Betriebsratsmitglied vor seiner Amtsübernahme keinen Anspruch hatte, haben bei der Bemessung seines Arbeitsentgelts nach der Wahl zum Betriebsratsmitglied außer Betracht zu bleiben. Anderenfalls erhielte das freigestellte Betriebsratsmitglied unter Umständen einen mit S. 2 nicht zu vereinbarenden Vorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern.¹⁶

II. Haftungsrisiken

Ein Verstoß gegen die dargestellten Prinzipien kann weitreichende strafrechtliche Folgen haben, die nicht nur das Unternehmen, sondern auch die verantwortlichen Personen – namentlich Personalleiter und Geschäftsführer – treffen können.

1. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG – Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder

Nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist strafbar, wer ein Mitglied des Betriebsrats um seiner Tätigkeit willen benachteiligt oder begünstigt. Eine Begünstigung i. S. d. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG liegt bei jeder Besserstellung des Betriebsratsmitglieds gegenüber einem sonstigen Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund vor, was der Definition der Begünstigung im Rahmen des § 78 S. 2 BetrVG entspricht.¹⁷ Es genügt Eventualvorsatz hinsichtlich der Begünstigung, eine entsprechende Absicht des Arbeitgebers ist nicht erforderlich.¹⁸

Es handelt sich gemäß § 119 Abs. 2 BetrVG um ein absolutes Antragsdelikt. Die Verfolgung der Straftat erfolgt nur auf Antrag, beispielweise des Betriebsrats, des Wahlvorstandes, einer im Betrieb vertretenen Gesellschaft und des Unternehmens. Da weder das begünstigte Betriebsratsmitglied noch der begünstigende Arbeitgeber ein Interesse daran haben werden, das eigene rechtswidrige Verhalten offenzulegen, besteht ein faktisches Verfolgungshindernis.¹⁹

2. § 266 Abs. 1 StGB – Untreue

Ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko besteht jedoch im Hinblick auf eine Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB, insbesondere aufgrund der aktuellen, strengen Rechtsprechung des BGH in seinem Urteil vom 10.1.2023.²⁰ Nach § 266 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, miss-

braucht oder die ihm kraft Gesetzes, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt. Erforderlich ist also eine Vermögensbetreuungspflicht, die sich im Hinblick auf das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft aus § 93 Abs. 1 AktG ergibt, aber auch GmbH-Geschäftsführern und Personalleitern obliegt.²¹

Der BGH sieht diese Vermögensbetreuungspflicht als verletzt an, wenn einem Betriebsrat ein Arbeitsentgelt bewilligt wird, das gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot nach § 78 S. 2 BetrVG verstößt.²² Eine solche begünstigende Verfügung überschreite die äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens und verletze die Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Vermögen. Steht ein solcher Verstoß fest, spielt es nach Auffassung des BGH keine Rolle, ob dieser gravierend oder evident ist. Selbst das Einverständnis des Vermögensinhabers stehe einer Pflichtverletzung nicht entgegen. Auch dürfe nicht auf eine individuelle hypothetische Ausnahmekarriere des Betriebsratsmitglieds abgestellt werden. Es habe unbeachtlich zu bleiben, welche Fähigkeiten das Mitglied im Rahmen seiner Betriebsratsarbeit erworben hat.

Mit anderen Worten: Liegt ein (objektiver) Verstoß gegen das Begünstigungsverbot nach § 78 S. 2 BetrVG vor, ist auch von einem Ermessenfehlgebrauch i. R. d. § 93 Abs. 1 AktG auszugehen. Dies führt zu einem evidenten Pflichtverstoß, der wiederum den Untreuebestand des § 266 Abs. 1 StGB erfüllt, und zwar unabhängig davon, wie massiv die Abweichung zur zulässigen Vergütung ist.

III. Auswirkungen auf unternehmerische Entscheidungen und die anschließende Rechtsprechung

Das Urteil des BGH hat in der Praxis zu massiver Unsicherheit bei der Bemessung der Betriebsratsvergütung geführt. Obgleich sich der BGH in seiner Urteilsbegründung auch auf die Rechtsprechung des BAG bezog, wurden nicht alle Aspekte zur Bestimmung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern deutlich.²³ Die Entscheidung vieler Unternehmen, deshalb die Vergütung ihrer Betriebsratsmitglieder zu kürzen²⁴, stieß bei den Betroffenen – erwartungsgemäß – auf wenig Gegenliebe, sodass sie eine höhere Vergütung klageweise geltend machten. Die Entscheidung des BGH hat deshalb in der neueren arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung bereits Berücksichtigung gefunden.

13 Rothballer, NZA 2023, 257, 262.

14 BAG, 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, Infobrief ArbeitsR 2020, 5.

15 Vgl. BAG, 27.7.2017 – 6 AZR 438/16, juris; BAG, 18.1.2017 – 7 AZR 205/15, ZTR 2017, 438; BAG, 4.11.2015 – 7 AZR 972/13, DSB 2016, 171.

16 Vgl. BAG, 18.1.2017 – 7 AZR 205/15, ZTR 2017, 438; BAG, 21.2.2018 – 7 AZR 496/16, juris; Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, § 78 Rn. 36c.

17 Kania, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BetrVG, § 119 Rn. 1; Annuß, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, § 119 Rn. 24.

18 Annuß, in: Richardi, 17. Aufl. 2022, § 119 Rn. 26; Fitting, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 119 Rn. 9.

19 Zimmer/Dürr, NZWiSt 2021, 176, 177; Schweibert, NZA 2007, 1080, 1084 f.

20 BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22, CB 2023, 321.

21 Vgl. BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22, CB 2023, 321; BGH, 4.11.2002 – II ZR 224/00, BB 2003, 273; vgl. Freund, NZG 2021, 579, 581.

22 BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22, CB 2023, 321; Jacobs/Krell, RdA 2023, 193, 196.

23 BT-Drs. 20/9469, S. 7.

24 BT-Drs. 20/9469, S. 7.

1. Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 12.1.2023 – 2 Sa 116/22

Der Kläger, Kraftfahrzeugmechaniker und seit 2008 freigestelltes Betriebsratsmitglied, war der Entgeltgruppe E9 zugeordnet worden. 2021 verlangte er vom Arbeitgeber die Höhergruppierung aufgrund der etwaigen Karriereentwicklung, die er ohne das Betriebsratsamt durchlaufen hätte. Vergleichbare Arbeitnehmer seien den Entgeltgruppen E10 oder E11 zugeordnet. Bei der Zuordnung seien auch vorangegangene Bewerbungen des Klägers auf offene Stellen zu berücksichtigen, die wegen seiner Betriebsrats Tätigkeit erfolglos geblieben seien, womit er in seinem Fortkommen benachteiligt worden sei. Er berief sich bei der Eignung für die Stelle vor allem auf Führungskompetenzen und Kommunikationsfähigkeit, die er als Betriebsrat erlangt habe.

Das LAG wies die Klage ab und schloss sich dem BGH insoweit an, als dass aus der Betriebsrats Tätigkeit als solcher nicht geschlussfolgert werden könne, das betreffende Betriebsratsmitglied habe Führungsqualitäten erworben und sei deshalb nunmehr mit Führungskräften zu vergleichen. Denn dies würde in unzulässiger Weise an die Bewertung der Betriebsrats Tätigkeit als solcher anknüpfen. Gleichwohl statuierte es unter Bezugnahme auf die BAG-Rechtsprechung²⁵, dass ein fiktiver Beförderungsanspruch des Amtsträgers bestehen könne, wenn das Fehlen von feststellbarem aktuellem Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist.

2. Urteil des ArbG Mannheim vom 7.3.2023 – 7 Ca 139/22

Der Kläger war langjährig im Betriebsrat tätig, seit 2002 freigestellt als dessen Vorsitzender. In den Jahren 2008 und 2009 fanden auf Betreiben von Vorstandsmitgliedern der Beklagten Gespräche über einen möglichen Einsatz des Klägers in leitenden Positionen in der Personalplanung mit einer jährlichen Vergütung oberhalb von 100.000 EUR statt. Aufgrund dieser Gespräche war der Kläger der Ansicht, ihm stünde nunmehr eine Erhöhung seiner Vergütung zu. Die Gespräche, so die Beklagte, hätten kein verbindliches Angebot für diese Stellen enthalten und auch gar nicht enthalten können, da eine solche Stellenbesetzung unter dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats gestanden habe.

Die Klage des Betriebsratsvorsitzenden hatte keinen Erfolg. Zwar könne, so entschied das ArbG Mannheim, grundsätzlich ein Anspruch auf höhere Vergütung aus § 611a Abs. 2 BGB i. V. m. § 78 S. 2 BetrVG bestehen, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds wegen seiner Betriebsrats Tätigkeit darstelle. Hierfür müsse jedoch der Nachweis gelingen, dass die Betriebsrats Tätigkeit monokausal dafür sei, dass er nicht bereits mit einer höher vergüteten Aufgabe betraut wurde. Selbst wenn man unterstelle, es habe ein konkretes Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrages vorgelegen, habe doch aufgrund des Zustimmungsvorbehalts des Aufsichtsrats allenfalls eine „konkrete Chance“ auf Übertragung einer höherwertigen Stelle bestanden.

Darüber hinaus könne der Kläger sich auch deshalb nicht auf die Stellenangebote berufen, da sie eine unzulässige Begünstigung des Klägers aufgrund seiner Betriebsrats Tätigkeit darstellten. Diese wären dem Kläger ohne seine Betriebsrats Tätigkeit nicht unterbreitet worden. Ohne die im Betriebsratsamt erworbenen „Fähigkeiten und Kenntnisse“ im Bereich Personalarbeit wäre der Kläger für die streitigen Stabsstellen nicht in Betracht gekommen, da dieser außerhalb der Betriebsrats Tätigkeit keinerlei Erfahrung in diesem Bereich aufzeigen könne. Auch die bisher gewährten rechtswidrigen Vergütungserhöhungen der Beklagten seit der Freistellung des Klägers als Betriebsratsvorsitzender seien keinem Vertrauenstatbestand zugäng-

lich, wenn diese gegen das gesetzliche Verbot § 78 S. 2 BetrVG verstoßen.

Das ArbG ließ die Frage, ob im Lichte der strengen BGH-Rechtsprechung noch Spielraum für die Regelung des § 78 S. 2 BetrVG bezüglich der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern verbleibt, offen. Denn in der gegenständlichen Konstellation hätte sich der Kläger auf diesen Anspruch bereits nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG nicht berufen können.

3. Urteil des ArbG Emden vom 5.7.2023 – 2 Ca 280/22 E

Das Urteil ist bislang nicht veröffentlicht, der konkrete Sachverhalt deshalb nicht bekannt.

Die Kammer folgte in ihrer Entscheidung der Ansicht des BGH aber ausdrücklich nicht und sah sich an die dort aufgestellten Grundsätze auch nicht gebunden. Die Berücksichtigung der im Betriebsratsamt erworbenen Qualifikationen sei nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, wolle man eine unzulässige Benachteiligung nach § 78 S. 2 BetrVG vermeiden. Entscheidend müsse sein, welche einschlägigen und relevanten Fähigkeiten und Kenntnisse „aktuell“ vorhanden sind. Ohne Bedeutung sei dagegen, wo, wie und wann diese Kompetenzen erworben worden seien. Dabei handle es sich nicht um eine unzulässige „Bezahlung“ der Betriebsrats Tätigkeit, sondern um die Honorierung konkreter, individueller beruflicher Weiterbildung.²⁶

4. Urteil des ArbG Braunschweig vom 5.7.2023 – 3 Ca 138/23

Der Kläger – seit 2002 freigestelltes Betriebsratsmitglied – war ursprünglich als Anlagenführer in Entgeltstufe 13 des Vergütungssystems eingruppiert. Die Beklagte nahm regelmäßig Anpassungen der Betriebsratsvergütung vor, zuletzt im Jahr 2014, auf Basis einer Entscheidung der im Betrieb eingesetzten „Kommission Betriebsratsvergütung“ in die Entgeltstufe 20. 2015 wurde dem Kläger das Angebot unterbreitet, als Fertigungs Koordinator tätig zu werden. Es waren drei Stellen offen. Aus Sicht der Beklagten wäre der Kläger die Idealbesetzung gewesen. Dies begründete sie mit den Kenntnissen des Klägers im Bereich der Fertigung sowie den angrenzenden Bereichen durch seine langjährige Betreuung. Zudem erachtete die Beklagte den Kläger aufgrund seines ruhigen und sicheren Auftretens als geeignet, Zweifel zu beseitigen und Probleme zu lösen. Der Kläger lehnte das Angebot im Hinblick auf seine Betriebsrats Tätigkeit ab. Die betriebsübliche Entwicklung des Fertigungs Koordinators führt zu einer Vergütung nach Entgeltstufe 20. Nach der Entscheidung des BGH senkte die Beklagte die Vergütung des Klägers anhand einer vergangenheitsbezogenen Vergleichsbetrachtung auf die Entgeltstufe 18 ab.

Das ArbG gab der Klage statt. Die Entscheidung des BGH habe an der grundsätzlichen Rechtslage nichts geändert. Der BGH habe durch den ausdrücklichen und einschränkungslosen Verweis auf die Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit einer hypothetischen Karriereentwicklung gezeigt, dass er die Ansicht des BAG akzeptiere, wonach eine höhere Vergütung auch dann gerechtfertigt sei, wenn das amtierende Betriebsratsmitglied anhand von Indizien nachweist, dass sein hypothetischer Aufstieg während der Amtsperiode nur daran gescheitert ist, dass er Betriebsrats ist.

25 Vgl. BAG, 20.1.2021 – 7 AZR 52/20, Rn. 23, 24, BB 2021, 1787.

26 Die Entscheidung ist auszugsweise nachzulesen unter: <https://community.beck.de/2023/07/12/arbge-emden-zur-betriebsratsverguetung>, zuletzt abgerufen am 1.2.2024.

5. Urteil des ArbG Hannover vom 17.10.2023 – 12 Ca 272/23

Der als Betriebsratsmitglied freigestellte Kläger war vor seiner Wahl im Jahr 2006 zuletzt als Springer tätig und im Haustarifvertrag der Beklagten in die Entgeltstufe 10 eingruppiert. Während seiner Zeit als Betriebsratsmitglied absolvierte der Kläger diverse Fort- und Weiterbildungen. Ende 2019 führte die Beklagte ein freiwilliges Schiedsverfahren durch. Die Schiedsrichter schlugen unter Berücksichtigung eines Stellenangebots von Anfang 2020 eine Eingruppierung in die Entgeltstufe 17 vor, nachdem der Kläger zuletzt seit 2015 in die Entgeltstufe 15 eingruppiert war. Die Parteien schlossen eine entsprechende Vergütungsvereinbarung. Nach dem Urteil des BGH im Januar 2023 kürzte die Beklagte das Gehalt und gruppierte den Kläger unter Zugrundelegung der Vergleichsgruppe Springer in die Entgeltstufe 11 ein.

Die Klage hatte Erfolg. Das ArbG hielt die im Anschluss an das Schlichtungsverfahren getroffene Vergütungsvereinbarung nicht wegen eines Verstoßes gegen § 78 Satz 2 BetrVG für nichtig. Grundlage für das Gutachten der Schiedsrichter sei eine ausgeschriebene Stelle gewesen, die dem Kläger angeboten und rückwirkend übertragen worden sei. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, dass es sich dabei um ein nicht ernst gemeintes Angebot gehandelt habe oder das Stellenangebot im Jahr 2020 der Begünstigung des Klägers als Betriebsratsmitglied diene oder dadurch motiviert war. Die Entscheidung des BGH vom 10.1.2023 ändere daran nichts. Denn zum einen habe sich der BGH nicht mit der Rechtsfrage beschäftigen müssen, ob eine Verbesserung der Betriebsratsvergütung anhand der hypothetischen Karriereentwicklung legitim ist. Zum anderen zitiere der BGH ausdrücklich die Entscheidung des BAG²⁷, in der diverse Möglichkeiten von Betriebsratsmitgliedern dargestellt werden, eine Benachteiligung gemäß § 78 Satz 2 BetrVG im Hinblick auf eine hypothetische Karriereentwicklung geltend zu machen, ohne sich von dieser Rechtsauffassung zu distanzieren oder als abweichende Auffassung zu kennzeichnen. Zudem sah sich die Kammer nicht an eine etwaige abweichende Auffassung des BGH gebunden.

6. Zwischenergebnis

Die Entscheidungen der Arbeitsgerichte im Anschluss an das Urteil des BGH machen eines deutlich: Die präventiven Kürzungen der Betriebsratsvergütungen, die viele Unternehmen infolge des Urteils vorgenommen haben, waren aus arbeitsrechtlicher Sicht nicht notwendig. Das führt in der Praxis aber zu massiven Problemen. Denn was arbeitsrechtlich erlaubt oder gar geboten ist, kann strafrechtlich sanktioniert werden.

IV. Auswirkung auf die Gesetzgebung – Entwurf für ein „Zweites Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes“

Am 1.11.2023 wurde ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung verabschiedet, der sich jetzt im Gesetzgebungsverfahren befindet. Das „Zweite Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes“ stellt eine Reaktion auf das Urteil des BGH dar und soll für Klarheit sorgen.²⁸

1. Änderungen in §§ 37 und 78 BetrVG

§ 37 Abs. 4 BetrVG werden folgende Sätze angefügt:

„Zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer nach Satz 1 ist auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts abzustellen,

soweit nicht ein *sachlicher Grund* für eine spätere Neubestimmung vorliegt. Arbeitgeber und Betriebsrat können in einer Betriebsvereinbarung ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer regeln.

Die Konkretisierung der *Vergleichbarkeit* in einer solchen Betriebsvereinbarung kann nur auf *grobe Fehlerhaftigkeit* überprüft werden; Gleiches gilt für die Festlegung der Vergleichspersonen, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und in Textform dokumentiert ist.“²⁹

§ 78 BetrVG wird folgender Satz angefügt:

„Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt im Hinblick auf das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vor, wenn das Mitglied einer in Satz 1 genannten Vertretung in seiner Person, die für die Gewährung des Arbeitsentgelts *erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien* erfüllt und die Festlegung nicht *ermessensfehlerhaft* erfolgt.“³⁰

2. Bewertung des Regierungsentwurfs – mehr Klarheit für die Arbeitgeber (?)

Zwar hat die Regierung den Handlungsbedarf erkannt, der Regierungsentwurf erreicht sein Ziel, für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, jedoch nicht. Denn die vorgesehenen Ergänzungen sind geprägt von unbestimmten Rechtsbegriffen.³¹ Zudem sind viele wichtige Fragen im Bereich der Betriebsratsvergütung weiterhin ungeklärt. Beispielsweise bleibt die Frage offen, inwieweit Rückzahlungsansprüche bei zu viel gezahlter Betriebsratsvergütung bestehen oder ob – im Hinblick auf den Untreuetatbestand des § 266 StGB – gar von einer Rückforderungspflicht auszugehen ist.

Insofern wird die Praxis von der Gesetzesänderung – wenn sie denn kommt – kaum profitieren können. Denn die so dringend benötigte Rechtssicherheit kann die Neuregelung nicht bieten.³²

V. Tipps und Folgen in der Praxis

Im Hinblick darauf, dass kein Ausblick auf zeitnahe Rechtssicherheit besteht, erscheint es umso gebotener, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um Haftungsrisiken so weit wie möglich zu reduzieren.

1. Frühzeitige und regelmäßige Dokumentation

Die Vergütung eines jeden einzelnen Betriebsratsmitgliedes sollte regelmäßig bewertet, mit einer Vergleichsgruppenbildung hinterlegt und dokumentiert werden. Sollten sich in tatsächlicher Hinsicht Änderungen ergeben, beispielsweise durch das Ausscheiden von Vergleichsmitarbeitern, ist zu prüfen, ob eine neue Bewertung vorzunehmen ist.

Gerade im Hinblick auf die im Raum stehenden Änderungen in § 37 Abs. 4 BetrVG scheint dies sinnvoll, da der Gesetzgeber die spätere Neubestimmung der Vergleichsgruppe ermöglichen möchte.³³

27 BAG, Ur. v. 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, Infobrief ArbeitsR 2020, 5.

28 Vgl. BT-Drs. 20/9469, S. 1.

29 BT-Drs. 20/9469; Hervorhebungen durch die Verfasserinnen.

30 BT-Drs. 20/9469; Hervorhebungen durch die Verfasserinnen.

31 Anm.: Diese wurden im vorherigen Abschnitt durch die Verfasserinnen hervorgehoben.

32 Sehr kritisch und ausführlich hierzu *Jacobs*, BB 2024, 117.

33 Vgl. BT-Drs. 20/9469.

2. Anpassung der Betriebsratsvergütung

Stellt sich heraus, dass die bisherige Vergütung auf Basis einer „größzügigeren Auslegung“ der hypothetischen Betrachtung erfolgte, wird man als Arbeitgeber nicht umhinkommen, die Vergleichsgruppenbetrachtung noch einmal kritisch zu hinterfragen und gegebenenfalls anschließend auf dieser Basis die Vergütung des Betriebsratsmitglieds entsprechend anzupassen.³⁴

Die (Neu-)Bemessung der Vergütung eines freigestellten Betriebsratsvorsitzenden ist dabei keine mitbestimmungspflichtige Ein- oder Umgruppierung im Sinne des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Der Betriebsratsvorsitzende wird gerade nicht anhand einer tatsächlich ausgeübten Tätigkeit (wieder) einer bestimmten Entgeltgruppe zugeordnet. Denn aufgrund seiner Freistellung verrichtet er keine Tätigkeiten für die Arbeitgeberin mehr, die im Sinne des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG einer Vergütungsgruppe zugeordnet werden könnten. Grundlage der Neubemessung seiner Vergütung durch die Arbeitgeberin ist vielmehr ausschließlich eine hypothetische Betrachtung gem. § 37 Abs. 4 BetrVG unter Heranziehung der aktuellen Vergütung innerhalb einer Vergleichsgruppe.³⁵

3. Rückforderung zu viel gezahlter Vergütung

Die Frage, ob das Unterlassen einer Rückforderung der zu viel gezahlten Vergütung eine erneute Untreuestrafbarkeit begründet, ist bislang ungeklärt. Weder der BGH hat dies in seinem viel zitierten Urteil vom 10.1.2023 beantwortet, noch findet sich im Regierungsentwurf vom 1.11.2023 ein Hinweis.

Die Möglichkeit eines Verzichts auf die Rückforderung sollte stets im Einzelfall geprüft werden. Abhängig von den konkreten Umständen wird es sicher Konstellationen geben, in denen von einer Anspruchsverfolgung guten Gewissens abgesehen werden kann. Zumal häufig auch Ausschlussklauseln greifen dürften, sodass der Rückforderungszeitraum regelmäßig ohnehin eng begrenzt sein dürfte.

4. Schiedsverfahren

Zur Vermeidung einer Strafbarkeit ließen sich die Unternehmen bislang von den Betroffenen verklagen. Möchte man nun aber eine Strafbarkeit vermeiden, ohne zugleich einen öffentlichen Prozess zu führen, könnte – jedenfalls bei größeren Unternehmen – die Einführung eines freiwilligen internen und mit neutralen Experten besetzten Schiedsverfahrens als Ausweg erscheinen. Denn ein vorsätzliches Handeln dürfte im Falle der Zahlung einer von einer unabhängigen Expertenkommission als angemessen erachteten Vergütung zumindest fraglich sein. Im Austausch mit Staatsanwaltschaften zu diesem Vorgehen erntet man allerdings vorsichtige Zurückhaltung. Denn auch wenn die Staatsanwaltschaften sich bisher bei der diesbezüglichen Strafverfolgung tendenziell zurückhielten und bei den Arbeitsgerichten laufende Verfahren nicht zum Anlass nahmen, strafrechtliche Ermittlungen wegen des Vorwurfs der Untreue in die Wege zu leiten, kann sich diese Handhabung künftig ändern. Das könnte etwa der Fall sein, wenn das BAG in den jetzt laufenden Verfahren (vor allem Porsche und VW) seine bisherige Rechtsprechung verschärft und sich der Rechtsprechung des BGH aus dem Januar letzten Jahres umfassend anschließt. Darüber hinaus ist die Staatsanwaltschaft letztlich nicht an die Auffassung von Schiedsstellen, nicht mal an die Auffassung von Gerichten, und auch nicht an die Auffassung des BAG, gebunden.

VI. Fazit

Trotz aktueller Rechtsprechung und der geplanten Reaktion des Gesetzgebers sind nach wie vor viele Fragen im Bereich der Betriebsratsvergütung offen und eine Strafbarkeit wegen Untreue sowohl für Personalleiter als auch für Vorstände und Geschäftsführer ein reales Szenario. Arbeitgeber sind daher gut beraten, Vorkehrungen zu treffen, um das Risiko einer unzulässigen Begünstigung zu vermeiden. Die zu diesem Zweck implementierten Prozesse sollten die sorgsame und regelmäßige Überprüfung der Vergütung sowie eine lückenlose Dokumentation der zugrundeliegenden Parameter und Argumente vorsehen. Für manche Unternehmen mag auch die Einrichtung eines freiwilligen Schiedsverfahrens einen Ausweg – nicht zuletzt im Hinblick auf ein sonst öffentliches Verfahren – bieten. Wie die Staatsanwaltschaften und Strafgerichte aber in solchen Konstellationen die Vorsatzfrage beurteilen, ist bislang offen. Es bleibt also spannend.

AUTOREN



Dr. Kerstin Reiserer ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht und Partnerin der arbeitsrechtlichen Spezialkanzlei Reiserer Baade Lachmann Rechtsanwälte PartmbB sowie Autorin und Referentin in allen Bereichen des Arbeitsrechts.



Dr. Madelaine Isabelle Baade ist Gründungspartnerin der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei Reiserer Baade Lachmann Rechtsanwälte PartmbB. Sie berät überwiegend mittelständische Unternehmen und Führungskräfte in allen Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.

³⁴ Rothballer, NZA 2023, 257, 261.

³⁵ ArbG Mannheim, 7.12.2022 – 2BV 3/22, bestätigt durch LAG BW, 26.5.2023 – 12 TaBV 1/23, ArbRB 2023, 237.