



»DB1433867

# Der „Marschallstab im Tornister“ – wie Betriebsratsvergütung nicht zu bemessen ist

Die Gewährung einer unzulässig hohen Betriebsratsvergütung kann in Gestalt der Untreue strafbar sein. Das stellt die Praxis vor Schwierigkeiten – nicht nur rechtlicher Natur.



**RA/FAArbR Tobias Grambow**

ist Partner bei BUSE Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB in Berlin.



**RAin/FAinArbR Dr. Julia M. Bruck**

ist Counsel bei BUSE Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB in Essen.



**Elisa Cimino**

ist Rechtsreferendarin bei  
BUSE Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB in Berlin.

## Einführung

Es ist schon etwas Besonderes, wenn eine Entscheidung in einem Strafverfahren im Arbeitsrecht weite Kreise zieht: Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22 den Freispruch von Führungskräften einer AG aufgehoben. Vorgeworfen wird den Angeklagten Untreue zum Nachteil des Unternehmens. Sie hatten aber nicht etwa Gelder in die eigene Tasche gewirtschaftet. Der Untreuevorwurf besteht in der Gewährung unangemessen hoher Vergütungszahlungen an Mitglieder des Betriebsrats.

## Der Fall

Der Sachverhalt des Urteils ist schnell zusammengefasst: Ein namhafter Automobilhersteller hat seinen Betriebsräten zum Teil Entgelte auf Top-Managementlevel gewährt, obwohl diese einst als Montagewerker im Werk angefangen hatten. „Die Angeklagten hielten ihr Handeln für pflichtgemäß. Der Angeklagte N. verließ sich auf die Einschätzung interner und externer Berater, derzufolge das angewandte System rechtmäßig sei. (...) Dem Angeklagten Bl. wurde ‚von allen Seiten erklärt und versichert‘, alles sei rechtlich in Ordnung.“ Während die Vorinstanz zwar den objektiven Tatbestand der Untreue bejahte, verneinte sie den Vorsatz. Der BGH sah das anders. Er hält auch ein vorsätzliches Agieren der Angeklagten für möglich, sieht aber auch den objektiven Tatbestand als noch nicht ausreichend ermittelt an. Das LG Braunschweig befasst sich nun erneut mit der Sache.

## Die Begründung des BGH

Der Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB könne erfüllt sein, wenn ein Vorstand oder Prokurist einer AG unter Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot einem Mitglied des Betriebsrats ein überhöhtes Arbeitsentgelt gewähre. Dies sei dann der Fall, wenn das Entgelt gegen das Begünstigungsverbot aus § 78 Satz 2 BetrVG verstoße. Der Untreuetatbestand bestehe unabhängig vom Einverständnis des Vermögensinhabers. Diese Wertung folgt der Entscheidung des BGH vom 17.09.2009 – 5 StR 521/08. Denn selbst der Vermögensinhaber könne eine solche Zahlung unter Verstoß gegen § 78 BetrVG

# „Die Zahlung der höheren Vergütung setzt voraus, dass der Betriebsrat allein infolge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergüteten Positionen aufgestiegen ist.“

nicht pflichtgemäß vornehmen. Die gesetzliche Regelung des § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG – wonach das einem Betriebsrat zu zahlende Arbeitsentgelt nach der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung zu bemessen ist – sei entscheidend heranzuziehen. Demnach scheidet eine Bewertung der Betriebsratsstätigkeit für Vergütungszwecke aus. Dies gelte auch für im Betriebsratsamt erworbene Qualifikationen, soweit sie nicht im Zusammenhang mit der bisherigen Arbeitstätigkeit stünden. Vergleichbar sei vielmehr nur, wer im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt habe und dafür in gleicher Weise wie das Betriebsratsmitglied fachlich und persönlich qualifiziert gewesen sei. Betriebsüblich sei eine Entwicklung oder Beförderung nur dann, wenn die überwiegende Anzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer eine solche typischerweise bei normaler betrieblicher und personeller Entwicklung genommen habe. Ein Aufstieg sei demnach also insb. nur dann betriebsüblich, wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen erreicht habe. Ein Betriebsrat könne nur eine höhere Zahlung erhalten, wenn das Betriebsratsamt der einzige Grund dafür gewesen sei, dass der Aufstieg ausgeblieben ist. Laut BGH komme es nicht auf eine etwaige individuelle hypothetische Ausnahmekarriere des Betriebsratsmitglieds als Manager an. Ebenso irrelevant sei, dass der Betriebsrat „auf Augenhöhe verhandelt“ oder gleichsam „den Marschallstab im Tornister“ habe.

Der BGH hob das Urteil der Vorinstanz bereits deshalb auf, weil nicht klar sei, welche Kriterien für die Einordnung in die Vergleichsgruppe galten.

## Die Ermittlung der Betriebsratsvergütung

Zur Vermeidung einer Strafverfolgung müssen die herausgearbeiteten arbeitsrechtlichen Grundsätze der Vergütungsbemessung von Betriebsräten tunlichst beachtet werden. Die Betriebsratsstätigkeit ist geprägt vom Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG. Gleichzeitig wird durch das Lohnausfallprinzip sichergestellt, dass der Betriebsrat die Zeiten seiner Betriebsratsstätigkeit dennoch vergütet bekommt und so keine Nachteile durch die Wahrnehmung seiner Aufgaben erleidet. Der Betriebsrat ist gem. § 37 Abs. 2 BetrVG während seiner Betriebsratsstätigkeit so zu stellen und zu vergüten, als hätte er in seiner regulären Position gearbeitet.

Die Höhe der Vergütung richtet sich zunächst nach dem zugrunde liegenden Arbeitsvertrag des Betriebsrats. Das Lohnfortzahlungsprinzip beinhaltet gem. § 78 Satz 2 BetrVG auch den Anspruch auf (fiktive) Gehaltserhöhungen, die der Betriebsrat bei seiner regulären Arbeitstätigkeit erhalten hätte. Die Erhöhung des Entgelts orientiert sich gem. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG an betriebsüblichen Karrieren. Die Maßstäbe, die dabei zu beachten sind, hat der BGH in dieser Entscheidung konkretisiert. Ein betriebsüblicher Aufstieg ist dann anzunehmen, wenn

die Mehrzahl vergleichbarer Arbeitnehmer diesen Aufstieg erreicht hat. Als Vergleichsgruppe kommen dabei nur Arbeitnehmer in Betracht, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche Tätigkeiten wie das jeweilige Betriebsratsmitglied ausgeübt haben. Die Zahlung der höheren Vergütung setzt zudem voraus, dass der Betriebsrat allein infolge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergüteten Positionen aufgestiegen ist. Jede Vergütung, die sich außerhalb dieser Grenzen bewegt, verstößt gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG. Das gilt insb. auch in den Fällen, in denen das Betriebsratsmitglied durch Verhandlungen mit der obersten Führungsetage im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts (auch) die Geschicke eines Konzerns mitbestimmt, so der BGH.

## Risiken bei der Betriebsratsvergütung

Wird eine zu hohe Betriebsratsvergütung gewährt, stellt sich auch die Frage, wer konkret strafrechtlich in die Verantwortung genommen werden kann. Bei Vorständen einer AG und bei Prokuristen ist das nun deutlich geworden. Die strafrechtliche Verantwortung des § 266 StGB ergibt sich aus der Vermögensbetreuungspflicht, die für den Vorstand aus § 93 Abs. 1 AktG folgt. Für den Prokuristen folgt sie bereits aus der Prokura selbst. Nicht ganz so eindeutig ist die Lage bei der strafrechtlichen Verantwortung anderer Führungspersonen, wie der des Personalleiters. Bestraft werden kann nur, wer eine Tat zurechenbar als Täter oder Teilnehmer selbst begangen hat. Hier wird eine Einzelfallbetrachtung erforderlich sein.

## Fazit

Gewinner kennen strafgerichtliche Urteile ohnehin selten. Und auch hier wird wohl niemand in freudige Ekstase verfallen. Nicht weil das Urteil falsch wäre. Es löst ein paar juristische Fragen, bringt aber für die Praxis auch neue Probleme: Betriebsräten wird es selten gelingen, einen hypothetischen hierarchischen Aufstieg zu belegen – erst recht nicht einen überdurchschnittlichen. Der durch das Urteil gesetzte Impuls für Betriebsräte könnte also mittelbar bedeuten, dass sich Karriere und Betriebsratsmandat gegenseitig ausschließen. Für Vorstände und Entscheidungsträger im Unternehmen schafft das Urteil zwar insoweit Argumentationshilfe, als dass Vergütungserhöhungsforderungen nun aus den vorgenannten Gründen regelmäßig zurückgewiesen werden können und müssen. Andererseits ist es auch für das Unternehmen wenig vorteilhaft, wenn nur Mitarbeiter in den Gremien vertreten sind, die – diplomatisch ausgedrückt – weniger ambitioniert in Bezug auf ihre berufliche Entwicklung sind und daher die Unternehmensinteressen möglicherweise weniger nachvollziehen und berücksichtigen. Auch wenn der Ruf nach dem Gesetzgeber schon als inflationär bezeichnet werden kann: Hier wäre er gerechtfertigt.