

Rechtsanwalt Dr. Daniel Klösel/
 Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)
 Antje Klötzer-Assion/
 Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
 Dr. Thilo Mahnhold, Frankfurt am Main

Die Verfasser widmen sich aktuellen Themen und Dauerbrennern bei der Beratung von Unternehmen zur HR Compliance, die eine nicht zu unterschätzende bußgeld- und/oder strafrechtliche Komponente aufweisen und vor dem Hintergrund der Haftungsvermeidung beleuchtet werden. Der vorliegende Beitrag fasst Teil 2 und 3 der dreiteiligen WisteV Lunch Lecture Vortragsreihe – Contractor Compliance – zusammen.

Wirtschaftsstrafrecht an der Schnittstelle zur HR Compliance (Teil 2)

Betriebsratsvergütung im Compliance-Fokus – Zum Reformbedarf nach VW, BGH und Gesetzesentwurf

I. Einführung

Betriebsratsvergütung als Compliance-Thema ist in aller Munde. Nachrichten zu überhöhter Betriebsratsvergütung, Schmiergeldzahlungen bis hin zu sog. „Lustreisen“ für Betriebsratsmitglieder sorgten in der Vergangenheit bereits für Schlagzeilen. Anfang letzten Jahres 2023 sorgte dann ein Urteil des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGH)¹ für weitere Unruhe, denn es war insbesondere unklar, ob hier in restriktiver Weise von den in der Praxis bekannten Leitlinien des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Angemessenheit von Betriebsratsvergütungen abgewichen wird. Die Folge: Personalmanager vieler Unternehmen überprüften ihre Vergütungsmodelle, zahlreiche Anpassungen wurden umgesetzt², einige Versuche zur Kürzung von Betriebsratsgehältern durch die Arbeitsgerichte aber auch wieder einkassiert³. Vor diesem Hintergrund reagierte der Gesetzgeber dann verhältnismäßig schnell: Zunächst hat die Bundesregierung eine Kommission zur Erarbeitung von konkreten Vorschlägen für die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern eingesetzt, kurz darauf hat das Bundeskabinett ein Gesetz zur Vergütung von Betriebsräten beschlossen und das Gesetz auf den Weg gebracht. Grund genug für einen kurzen Überblick aus Sicht der Vergütungs-Compliance und dem damit einhergehenden Reformbedarf.

II. Rechtliche Grundlagen

Rechtliche Grundlagen für die Überprüfung der Grenzen einer zulässigen Betriebsratsvergütung bestehen zum einen strafrechtlich im Untreuetatbestand des § 266 StGB, zum anderen betriebsverfassungsrechtlich im Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot gemäß § 78 S. 2 BetrVG.

1. Strafrechtlich: Untreue, § 266 StGB

Eine überhöhte Betriebsratsvergütung stellt in strafrechtlicher Hinsicht eine Untreue gem. § 266 StGB dar, wenn die Vergütung unter Verletzung von Vermögensbetreuungspflichten erfolgt. Solche können sich beispielsweise aus §§ 76, 93, 116 AktG, § 43 GmbHG, aus Prokura und aus sonstigen vermögensschützenden Vorschriften, Satzungsbestimmungen, vertraglichen Verpflichtungen dem Deutscher Corporate Governance Kodex oder Entsprechenserklärungen ergeben. In seiner Entscheidung vom 10.1.2023 stellte der 6. Strafsenat des BGH fest, dass die Vermögensbetreuungspflicht verletzt wird,

„wenn einem Betriebsrat ein Arbeitsentgelt bewilligt wird, das gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 Satz 2 BetrVG) verstößt. Eine solche begünstigende Verfügung führt zu einem verbotenen Vermögensabfluss und ist nichtig (§ 134 BGB...). Sie überschreitet die in § 93 Abs. 1 AktG normierten und auch der Prokura eigenen äußersten Grenzen (unternehmerischen) Ermessens und verletzt eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Vermögen.“⁴

2. Betriebsverfassungsrechtlich: Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot, § 78 S. 2 BetrVG

Den Anknüpfungspunkt bildet insoweit das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot nach § 78 S. 2 BetrVG. Hier heißt es wie folgt:

„Sie [die Mitglieder des Betriebsrats] dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.“

Die Benachteiligungskomponente bewirkt, dass Betriebsratsmitglieder bspw. nicht wegen ihrer Tätigkeit falsch in einer zu niedrigen Gehaltsstufe eingruppiert werden dürfen oder von der allgemeinen Tarifentwicklung ausgeschlossen werden. Umgekehrt soll das Begünstigungsverbot verhindern, dass Betriebsratsmitglieder bspw. hochdotierte Aufhebungsver-

¹ BGH Urt. v. 10.01.2023 – 6 StR 133/22.

² Zu Audi und EnBW vgl. u.a. Stuttgarter Zeitung v. 18.10.2023, Süd deutsche Zeitung v. 14.06.2023.

³ Quelle: rnd v. 18.10.2023: „Betriebsräte holen sich ihr Gehalt zurück“.

⁴ BGH, Urt. vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22, Rn. 20 BeckRS 2023, 143; zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe: BGH, Urt. vom 21.12.2005 – 3 StR 470/04 (LG Düsseldorf) Mannesmann; BGH, Urt. vom 17.09.2009 – 5 StR 521/08, BGHSt 54, 148 (LG Braunschweig Urt. v. 22.02.2008 – 6 KLS 20/07) VW; BGH, Urt. vom 13.09.2010 – 1 StR 220/09 (LG Nürnberg-Fürth) [obiter dictum] Siemens/AUB; BGH, Urt. vom 10.10.2012 – 2 StR 591/11 (LG Bonn) Telekom Spitzelfaffäre; BGH, Urt. vom 20.06.2018 – 4 StR 561/17 (LG Essen)

träge erhalten⁵ oder auch „Special Benefits“ im Zusammenhang mit Restrukturierungen (zusätzliche Abfindungen, keine Caps etc.). Auch überzogene Sachleistungen, wie es z. B. im Einzelfall ein Dienstwagen zum auch privaten Gebrauch sein kann, sollen hierdurch vermieden werden⁶. Auf etwaige „Gegenleistungen“ für den Arbeitgeber oder die Höhe der „Überzahlung“ kommt es indes nicht an.

3. Betriebsverfassungsrechtlich: § 37 Abs. 4 BetrVG

Einen weiteren Anknüpfungspunkt bildet daneben die Vorschrift des § 37 Abs. 4 BetrVG, wonach das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden darf als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Dies gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers. Das Betriebsratsmitglied soll also grundsätzlich das gleiche Gehalt erhalten, das es verdienen würde, wenn es das Betriebsratsamt nicht übernommen und daher eine andere berufliche Entwicklung unabhängig von der Betriebsrats Tätigkeit genommen hätte⁷.

III. Laufende Entgeltentwicklung im Compliance-Fokus

Vor diesem gesetzlichen Hintergrund war zuletzt ein wenig Unruhe aufgekommen betreffend die Frage angemessener Maßstäbe zur Bestimmung der laufenden Vergütung von Betriebsratsmitgliedern. Dies sei im Einzelnen wie folgt nachgezeichnet:

1. Ständige Rspr. BAG

Das BAG beschäftigte sich zuletzt u.a. mit Urteilen vom 22. Februar 2020⁸ und 20. Januar 2021⁹ mit der Frage der Angemessenheit der Betriebsratsvergütung, und dabei insbesondere mit der hypothetischen Gehaltsentwicklung von Betriebsratsmitgliedern. Nach Ansicht des BAG setzt die Zahlung einer höheren Vergütung voraus, dass der Betriebsrat lediglich in Folge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position aufgestiegen ist. Darüber hinaus gehende Vergütungsansprüche verstoßen hingegen gegen das Begünstigungsverbot. Vergütungsansprüche aus § 611a Abs. 2 BGB, § 78 S. 2 BetrVG gemäß einer hypothetischen individuellen Sonderkarriere bleiben dabei nach Ansicht des BAG möglich. Ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds im Hinblick auf eine hypothetische Gehaltsentwicklung setzt allerdings voraus, dass dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass es ohne seine Tätigkeit als Mitglied des Betriebsrats inzwischen mit einer Aufgabe betraut worden wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde¹⁰.

2. BGH, Urte. vom 10.1.2023 – 6 StR 133/22

Der 6. Strafsenat des BGH hat sich in seinem Urteil vom 10.01.2023¹¹ mit den strafrechtlichen Aspekten der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern beschäftigt und sich hierbei auch mit den Kriterien für einen Verstoß gegen § 78 S. 2 BetrVG auseinandergesetzt. Zentral hierbei ist u.E. folgende Passage, wonach die Norm – gleich im Eingangssatz in Abgrenzung zum BAG – verbieten soll,

„auf die hypothetische Gehaltsentwicklung (...) einer Sonderkarriere abzustellen. Vergleichbar ist 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 (...) nur dann betriebsüblich, wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen erreicht hat. Die Zahlung einer höheren Vergütung setzt voraus, dass der Betriebsrat nur in Folge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position aufgestiegen ist (BAG 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 30). Darüber hinaus gehende Vergütungserhöhungen verstoßen gegen das Begünstigungsverbot.“¹²

Klar ist insoweit, es ist mit Blick auf das Betriebsratsmitglied bei Amtsübernahme eine Vergleichsgruppe zu bilden. Einfache Begründungen allein mit Blick auf vermeintliche individuelle Sonderwege bleiben insoweit außer Betracht. Unklar bleibt indes, ob diese Vergleichsgruppe die absolute Referenz bildet [vgl. im Folgenden Lesart Alt. 2] oder aber eine individuelle Sonderkarriere abweichend zu dieser Gruppe in begründeten Fällen möglich bleibt [vgl. im Folgenden Lesart Alt. 1].¹³ Insoweit ist der Fokus auf den letzten Satz zu richten, der im Grundsatz beide Lesarten ermöglicht:

„Die Zahlung einer höheren Vergütung [Alt. 1: als jene dieser Vergleichsgruppe] setzt voraus, dass der Betriebsrat nur in Folge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position [Alt. 2: wie diese vergleichbaren Arbeitnehmer?] aufgestiegen ist (BAG 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 30).“¹⁴

Der gesamte Argumentationszusammenhang spricht eher für die restriktivere Alternative zwei, die Bezugnahme zum BAG dagegen für die weniger enge Alternative eins.¹⁵

⁵ vgl. BAG Urte. v. 21.3.2018 (7 AZR 590/16)

⁶ weitere Beispiele bei Fitting BetrVG., 23. Aufl. 2023, § 78 Rn. 22

⁷ ausführlich hierzu Fitting BetrVG a.a.O., § 37 Rn. 116 ff.

⁸ BAG Urte. v. 22.1.2020 (7 AZR 222/1)

⁹ BAG Urte. v. 20.1.2021 (7 AZR 52/20)

¹⁰ Siehe insbesondere BAG Urte. v. 20.1.2021 a.a.O. Rn. 28 ff.

¹¹ BGH Urte. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22.

¹² BGH Urte. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22, NZA 2023, 303.

¹³ Kritik: Annuß, Im Gestrüpp der Betriebsratsvergütung, NZA 2022, 247 ff.

¹⁴ BGH Urte. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22, NZA 2023, 303.

¹⁵ BGH v. 10.1.2023 a.a.O. Rn. 22 mit Verweis auf BAG v. 22.1.2020 (7 AZR 222/19), v. 21.02.2018 (7 AZR 496/16), 18.01.2017 (7 AZR 205/15).

Kurzum: Die Rechtsprechung des 6. Strafsenats BGH lässt sich als Kritik an der Praxis verstehen, zum Teil auch recht abenteuerliche individuelle Sonderkarrieren zu entwerfen, um bestimmte Vergütungsmuster zu rechtfertigen.¹⁶ Unabhängig von der konkreten Lesart des BGH ist der Begründungsaufwand zur Rechtfertigung von individuellen Vergütungsmodellen jedenfalls höher, eine gewisse objektive (Betriebs-)Üblichkeit der alternativen beruflichen Entwicklung wird man hier einpreisen müssen.¹⁷

Außerdem ist die vorliegende Entscheidung ein Gradmesser für die Abgrenzung von Tatbestands- und Rechtsirrtum. Der 6. Strafsenat hob das Urteil mit dem Hinweis für das neue Tatgericht auf, man werde eingehend zu prüfen haben,

„ob es sich bei einer etwaigen Fehlvorstellung der Angeklagten zur Rechtmäßigkeit ihres Handelns um einen Irrtum über tatsächliche Umstände (§ 16 StGB) oder einen Verbotsirrtum (§ 17 StGB) handelt (vgl. BGH 14.7.2021 – 6 StR 282/20, NStZ 2022, 109 Rn. 40 = NZWiSt 2022, 26; 17.9.2009 – 5 StR 521/08, BGHSt 54, 148 Rn. 47 = NJW 2010, 92; 21.12.2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331 Rn. 85 = NJW 2006, 522). Gegebenenfalls wird zu bedenken sein, dass ausreichende Unrechtseinsicht hat, wer bei Begehung der Tat mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt (vgl. BGH 24.3.2021 – 6 StR 240/20, BGHSt 66, 76 Rn. 33 = NStZ 2021, 549; 21.7.1999 – 2 StR 24/99, BGHSt 45, 148 Rn. 18 = NJW 1999, 3568; 7.3.1996 – 4 StR 742/95, NJW 1996, 1604 = NStZ 1996, 338). Das gilt insbesondere, wenn dem Handelnden bewusst war, dass er sich in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte (vgl. BGH 3.4.2008 – 3 StR 394/07, BeckRS 2008, 6865 Rn. 41).“¹⁸

In dem Zusammenhang stellt der 6. Strafsenat im Wege des Verweises auf andere Entscheidungen der Strafsenate nicht nur auf die besonderen Erkundigungs- und Prüfungspflichten ab, sondern auch auf die Eignung eingeholter rechtsanwaltlicher Beratung (Gutachten), die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums im Sinne des § 17 StGB zu begründen.¹⁹

3. Kommission „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“

Vor dem Hintergrund verbleibender Unklarheiten hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 12. Juli 2023 die Kommission „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“ ins Leben gerufen, die bereits am 29. September 2023 ihre Vorschläge zu Änderungen des BetrVG unterbreitet und auch weiteren Vertretern der Bundesregierung sowie dem BDA und DGB vorgestellt hat. In Kürze zusammengefasst:

Hier geht es insbesondere um zwei Vorschriften. Zum einen **§ 37 Abs. 4 BetrVG S. 3-5 neu:**

„Die Vergleichbarkeit bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts, soweit nicht ein sachlicher Grund eine spätere Neubestimmung verlangt (...).“

Zum anderen **§ 78 S. 3 BetrVG neu:**

„Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt (...) nicht vor, wenn das Mitglied (...) die (...) erforderlichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.“

Bereits der Wortlaut macht deutlich, dass diese Vorschläge der neu in das BetrVG einzufügenden Sätze eine plausible und nachvollziehbare Eingruppierung im Hinblick auf eine konkrete betriebliche Stelle bezwecken. Hierbei stehen folgende Eckpunkte im Vordergrund:

- Nicht: „auf Augenhöhe verhandelt“: Vermieden werden soll das gern genutzte (Schein-)Argument, die Parteien hätten „auf Augenhöhe verhandelt“, woraus auch besondere Fähigkeiten und Kenntnisse abzuleiten seien.
- Hypothetische Sonderkarriere: Eine hypothetische Sonderkarriere bleibt in (sachlichen) Grenzen möglich. Sie kommt aber nur dann in Betracht, wenn eine Bewerbung wegen Freistellung (i) erfolglos geblieben oder (ii) unterblieben ist und ohne die Freistellung erfolgreich gewesen wäre; dies bildet gewissermaßen das „Herzstück“ mit verobjektivierbaren Kriterien einschließlich eines entsprechenden objektiven Begründungsaufwands
- Durch Amtstätigkeit erworbene Kenntnisse: Kenntnisse, welche der Arbeitnehmer durch seine Tätigkeit als Betriebsrat erworben hat, sind relevant. Sie sollen zur Beurteilung der hypothetischen Karriere zu berücksichtigen sein.
- Änderungsvertrag: Die Neubestimmung des Arbeitsvertrags infolge des beruflichen Aufstiegs muss durch einen Änderungsvertrag dokumentiert sein.
- Betriebsvereinbarungsoffenheit: Schließlich sollen Regelungen zur Vergütung betriebsvereinbarungsoffen sein.

4. Gesetzesentwurf

Der in der Folge durch das Bundeskabinett eingebrachte Gesetz deckt sich mit Vorschlag der Kommission. Das nun von der Bundesregierung beschlossene „Zweite Gesetz zur

¹⁶ Kritisch: Wewetzer, Betriebsverfassungsrechtliche Irrwege des BGH, RdA 2023, 250 ff.; Brand/Strauß, Betriebsratsvergütungen vor den Schranken des Strafrechts, NJW 2023, 1024 ff.; Jacobs/Krell, Überhöhte Betriebsratsvergütungen: Karlsruher Usurpation oder doch „nur“ Tabula rasa?, RdA 2023, 193 ff.;

¹⁷ Dazu auch Thüsing, Die hypothetische Karrierebetrachtung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds, NZA 2022, 831, in Ergänzung / Anm. zu Schrader/Klagges/Siegel/Lipski, NZA 2022, 456 ff.

¹⁸ BGH Ur. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22, NZA 2023, 304.

¹⁹ BGH Ur. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22 mit Verweis auf das Senatsurteil vom 14.07.2021 – 6 StR 282/20 in Rn. 38 und auf BGH, Ur. v. 3.4.2008 – 3 StR 394/07 in Rn. 39; zum Thema: Kindhäuser, JUS 2019, 953 ff.; unverändert aktuelle Einordnung von Gaede, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers – eine Chimäre?, Zugleich ein Beitrag zur angemessenen Einordnung präventiv erstatteter Gutachten, HRRS 2013, 449 ff.-

Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes“ (BetrVG)²⁰ deckt sich fast wortgleich mit den Vorschlägen, die diese Kommission ausgearbeitet hatte. Zwei Paragraphen werden danach um einige Sätze ergänzt.

- Zum einen werden dem § 37 Absatz 4 BetrVG 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.“
- Zum anderen wird § 78 BetrVG um einen Satz 3 ergänzt. Dieser lautet: „Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt im Hinblick auf das gezahlte Entgelt nicht vor, wenn das Mitglied der in Satz 1 genannten Vertretungen in seiner Person die für deren Gewährung erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.“

Der Wortlaut enthält erkennbar einige unbestimmte Rechtsbegriffe und ist für sich nicht sehr aufschlussreich, jedenfalls was präzise Grenzziehungen angeht. Unabhängig von weiteren Detailfragen bspw. zur Berücksichtigung durch Amtstätigkeit erworbener Kenntnisse ist die Stoßrichtung allerdings klar (das zeigen nicht zuletzt die ergänzenden Entwurfsunterlagen): Es bedarf objektiver sachlicher Kriterien, allein das gern genutzte (Schein-)Argument, die Parteien hätten „auf Augenhöhe verhandelt“, woraus auch besondere Fähigkeiten und Kenntnisse abzuleiten seien, verfängt nicht. Dagegen bleiben hypothetische Sonderkarrieren in (sachlichen) Grenzen möglich, und zwar mit einschließlich eines entsprechenden objektiven und sachlichen Begründungsaufwands. Zudem sind Lösungen durch Betriebsvereinbarungen angestrebt und privilegiert.

IV. Vergütungs-Compliance

Unter dem Gesichtspunkt der Vergütungs-Compliance ist Handlungsbedarf angezeigt, sowohl mit Blick auf die Zukunft als auch die Vergangenheit. Beides mit jeweils unterschiedlichen (arbeits-)rechtlichen Hürden.

1. Korrektur der Vergütung für die Zukunft

Sollte Anpassungsbedarf festgestellt werden, kommen gleichwohl arbeitsrechtliche Grenzen schnell ins Spiel. So ist beispielsweise VW mit den durch die BGH-Entscheidung ausgelösten Versuchen einer Vergütungskorrektur zu Lasten der Betriebsratsmitglieder bislang vor den Arbeitsgerichten weithin unterlegen²¹. Hier kommt es allerdings stets auf den Einzelfall an. Als rechtliche Grundlage für eine

Vergütungskorrektur kommt § 78 BetrVG in Betracht, denn zu hohe Vergütungen sind nichtig gemäß § 134 BGB i.V.m. § 78 BetrVG. Ebenfalls kommt innerhalb von Tarifgruppen eine korrigierende Umgruppierung in Betracht. Und auch betriebliche Vereinbarungen, die § 37 Abs. 4 BetrVG konkretisieren, sind zulässig. So können derartige Vereinbarungen getroffen werden, um vergleichbare Arbeitnehmer innerhalb von § 34 Abs. 4 BetrVG und § 78 S. 2 BetrVG zu ermitteln.²²

2. Korrektur der Vergütung für die Vergangenheit

Als Rechtsgrundlagen für eine Korrektur der Vergütung für die Vergangenheit kommen insbesondere bereicherungsrechtliche Ansprüche nach §§ 812 ff. BGB in Betracht. Unabhängig von Verjährung und Ausschlussfristen – hierzu dürften Kenntnismomente im Einzelfall ebenfalls umstritten sein – sehen sich Unternehmen hier aber auch einer Vielzahl von gesetzlichen Einwendungen aus dem Bereicherungsrecht konfrontiert. Die wichtigsten einmal zusammengefasst:

Dem Anspruch aus § 817 S. 1 BGB und § 812 Abs. 1 Satz 11. Var BGB kann § 817 S. 2 BGB entgegengehalten werden. Nach dieser Vorschrift ist eine Rückforderung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls Sittenwidrigkeit vorzuwerfen ist. Allerdings hielt das BAG in einem Urteil v. 8.11.2017 § 817 S. 2 BGB wegen Schutzzweckwidrigkeit nicht für anwendbar²³. Ferner kann § 814 BGB entgegengehalten werden. Nach dieser Vorschrift kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Allerdings ist Rechtsgedanke des BAG zu § 817 S. 2 BGB möglicherweise übertragbar und § 814 BGB dann wegen Schutzzweckwidrigkeit unanwendbar²⁴.

Der Rückforderung lässt sich u.U. auch der Einwand der Entreicherung entgegenhalten. Dieser Einwand greift aber jedenfalls bei positiver Kenntnis des Betriebsratsmitglieds vom Fehlen eines Rechtsgrundes nicht. Kennt nämlich der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre, § 819 Abs. 1 BGB.

Kurzum: Hier ist noch einiges im Fluss, ob am Ende eine Rückforderung erfolgreich ist. Unter Gesichtspunkten der Compliance dürfte es allerdings das Gebot der Stunde sein, Rückforderungen zumindest ernsthaft zu prüfen und den Weg entsprechend zu beschreiten.

²⁰ BT-Drs. 20/9469 v. 27.11.2023, 1. Durchgang, <https://dip.bundestag.de/vorgang/zweites-gesetz-zur-%C3%A4nderung-des-betriebsverfassungsgesetzes/305382>

²¹ z. B. ArbG Braunschweig Ur. v. 5.7.2023 (3 Ca 138/23 und 3 Ca 132/23); siehe auch ArbG Hannover, Ur. v. 17.10.2023 - 12 CA 272/23; <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vw-betriebsrat-verguetung-bgh-straftsenat-bag-rechtsprechung-kommission>.

²² vgl. BAG Ur. v. 18.1.2017 (7 AZR 205/15).

²³ BAG Ur. v. 8.11.2017 (5 AZR 11/17).

²⁴ So Giese/Schomburg, NJW 2022, 1415, (1417).

V. Fazit & Ausblick

Betriebsratsvergütung ist Teil der Vergütungs-Compliance, das dürften die Ereignisse des letzten Jahres eindrucksvoll belegt haben. Wesentliche Unklarheiten nach dem Urteil des BGH Anfang 2023 sind nunmehr ausgeräumt, Unschärfen und Graubereiche verbleiben indes auch mit Blick auf den Gesetzesentwurf. Klar dürfte insoweit sein, dass jedenfalls einfache (Schein-)Begründungen mit Blick auf vermeintliche individuelle Sonderkarrieren – bspw. allein wegen jahrelanger Verhandlungen „auf Augenhöhe“ – keine belastbaren Begründungsmuster (mehr) liefern und zu einem Untreuevorwurf führen können. Ganz im Gegenteil bedarf es jedenfalls einer gewissen verobjektivierbaren (betriebs-)üblichen Entwicklungen als belastbare Referenz; exorbitant hohe Gehälter wie in jenem der BGH Entscheidung zugrundeliegenden Fall weit im Bereich der Vergütungsstruktur für leitende Angestellte dürften somit allgemein nicht mehr ernsthaft zu rechtfertigen sein.

Vor dem Hintergrund ist grundsätzlicher Reformbedarf angezeigt, es wird im Einzelfall zu klären sein, ob entsprechende Ansätze bestehen und wie tragfähig sich diese erweisen. Sollte unter dem Stichwort der Vergütungs-Compliance konkreter Reformbedarf identifiziert werden, sind notwendige Anpassungen allerdings auch mit Blick auf ihre arbeitsrechtliche Umsetzung zu prüfen; hier wird es zu einigen praktischen Grenzziehungen kommen. Angesichts der bislang nicht abschließend geklärten arbeitsrechtlichen Fragen zur Zulässigkeit von Anpassungen und Rückforderungen stehen die Weichen – einen möglichen strafrechtlichen Untreuevorwurf immer berücksichtigend – indes auf Durchsetzung und einem Austesten dieser Grenzen; und dies einschließend allerlei begründeter Vorsicht bei prozessleitenden Maßnahmen wie Prozessvergleichen usw.

Letztlich darf nicht ausgeblendet werden, dass eine Vergütungs-Compliance nicht nur das Thema der laufenden Betriebsratsvergütung betrifft. Die Beispiele zu Beginn zeigen, dass oftmals auch punktuelle Leistungen wie bspw. Abfindungszahlungen mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Begünstigungsverbot kollidieren und damit auch strafrechtsrelevant werden können. Hierfür gibt es mit Blick auf die genannte Rechtsprechung und Gesetzgebung zwar nichts akut Neues, gleichwohl ist davon auszugehen, dass im Fahrwasser dieser neuen Aufmerksamkeit für das Thema Betriebsratsvergütung auch derartige Praktiken zunehmend in den Compliance-Fokus geraten.

Wirtschaftsstrafrecht an der Schnittstelle zur HR Compliance (Teil 3)

Contractor Compliance – Neues zu Scheinselbstständigkeit und illegaler Arbeitnehmerüberlassung

I. Einführung

Contractor Compliance ist neben AGG-relevanten Themen im Zuge der MeToo-Bewegung sicherlich das Compliance-Thema, das in den letzten Jahren – abseits von den klassischen Compliance Feldern wie etwa der Kartell- oder Korruptionsbekämpfung – am stärksten an Bedeutung gewonnen hat. Die Gründe zweierlei: Tatsächlich die „neue“ Arbeitswelt (Arbeiten 4.0), in der das „alte“ Normalarbeitsverhältnis zunehmend durch neue Beschäftigungsformen verdrängt wird, die zum Teil in neuartigen Netzwerken aufgehen, in denen starre und hierarchische Kommunikationsformen der „alten“ Arbeitswelt einer neuen digitalen Plattformökonomie weichen – vielfältige Erwerbsformen in der IT-Branche sind sicher ein bekanntes Beispiel. Dagegen das „alte“ rechtliche Risikoportfolio für den Fall einer Statusverfehlung, die zu einer „Scheinselbstständigkeit“ und/oder „illegalen Arbeitnehmerüberlassung“ führen kann, verbunden mit erheblichen Konsequenzen für Unternehmen und handelnde Akteure: Strafbarkeit gem. § 266a StGB, Ordnungswidrigkeiten, Nachentrichten von Sozialversicherungsbeiträgen, um nur einige zu nennen. Dies alles flankiert durch jüngste Entwicklungen wie der Einführung des § 611a BGB zum Arbeitnehmerbegriff, neuen Erscheinungsformen wie Crowdfunding, Vermeidungsstrategien wie der „Ein-Mann-GmbH“ bis hin zu einer nahezu revolutionären Entscheidung des BGH in Strafsachen zu Vorsatzfragen rechtfertigen eine kurze Re-Orientierung.

II. Fremdpersonaleinsatz & rechtliches Umfeld

Zur Einführung noch einmal ein schneller Überblick über das Phänomen Fremdpersonaleinsatz und das rechtliche Umfeld.

1. Das Thema Fremdpersonal in der Praxis

Beginnend mit einem kurzen Blick auf neuere Statistiken, die die praktische Bedeutung des Phänomens Fremdpersonaleinsatz schnell klarmacht: Ende der 1990er Jahre betrug der Anteil der Selbständigen an der erwerbstätigen Bevölkerung etwa 10%, stieg dann zu Beginn des neuen Jahrtausends auf etwa 11% an und nahm in den vergangenen Jahren wieder leicht ab, beträgt aber noch immer 8,4% im Jahre 2020. Der Anteil der Solo-Selbständigen, d.h. Selbständige ohne eigene Mitarbeiter, entwickelte sich ähnlich und rangierte zwischen etwa 4,6% und 6,3% der erwerbstätigen Bevölkerung. Nur am Rande: Etwa die Hälfte der Selbständigen hat heutzutage einen Hochschulabschluss oder eine Meisterausbildung. Mit knapp 35% ist der größte Anteil der Selbständigen im