*Prof. Dr. Volker Rieble, München**

# Sonderbezahlung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat

*Unternehmensangehörige Mitglieder der Arbeitnehmerbank werden vielfach „besonders" bezahlt – weil sie zugleich ein Betriebsratsamt ausüben. Sie erhalten zwei Vergütungen, deren Wechselwirkung nicht kontrolliert wird. Beide Vergütungssysteme sind mit unterschiedlichen Zielsetzungen reguliert. In der Praxis großer Unternehmen erhalten diejenigen Betriebsratsvorsitzenden, die zugleich im Aufsichtsrat sitzen (meist als stellvertretender Vorsitzender) und ihre Aufsichtsratsvergütung an die Böckler-Stiftung abführen, eine zweite Amtsvergütung von i.d.R. mehr als 200.000 €. Das verstößt gegen die Betriebsverfassung und wirft ein bislang nicht diskutiertes Governance-Problem mit erheblichen Strafbarkeitsrisiken auf. Virulent war der Fall Volkert, der vom BGH strafrechtlich nur mit Blick auf die Betriebsverfassung gesehen worden ist. Nicht gefragt wurde, ob die viel zu hohe Vergütung mit erotischen Nebenleistungen seine Funktion im VW-Aufsichtsrat beeinträchtigt hat.*

* Der Autor lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der LMU und ist Direktor am ZAAR.

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble

## I. Unterschiedliche Vergütungssysteme in Aufsichtsrat und Betriebsrat

### 1. Aufsichtsratsmandat als i.d.R. bezahltes, professionelles Amt

Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer sind nach allen Mitbestimmungsgesetzen keinem Ehrenamtsprinzip verpflichtet. Eignervertreter können vergütet oder unvergütet amtieren, § 113 Abs. 1 Satz 1 AktG, dabei fix oder variabel bezahlt werden, Sachleistungen erhalten und von einer Haftpflichtversicherung profitieren. Entschieden wird über die Vergütung durch Hauptversammlungsbeschluss oder Satzungsbestimmung; auch sind die Vergütungen unter Einschluss der Nebenleistungen im Anhang zum Jahresabschluss offenzulegen. In den großen Unternehmen insbesondere des DAX ist das Amt herausfordernd und stets vergütet. Der **gesellschaftsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder**[1] zwingt dazu, Arbeitnehmervertreter so zu bezahlen wie die Eignervertreter. Jede individuelle Ungleichbezahlung ist unzulässig und ebenso die Unterscheidung nach Gruppenzugehörigkeit.[2] Flankiert wird dies mit dem mitbestimmungsrechtlichen Benachteiligungsverbot in § 26 Satz 2 MitbestG und § 9 Satz 2 DrittelBG zum Schutz der Arbeitnehmervertreter. Eignervertreter dürfen nicht besser bezahlt werden als Arbeitnehmervertreter. Zulässig sind allein funktionsbezogene Vergütungsunterschiede, insbesondere für den Vorsitzenden, seinen Stellvertreter oder für Mitglieder von Ausschüssen.

Von Arbeitnehmervertretern aus DGB-Gewerkschaften wird auf unterschiedlicher Rechtsgrundlage verlangt, dass sie ihre Aufsichtsratsvergütung weitgehend **an die Böckler-Stiftung abführen**.[3] Das lohnt sich: Im Geschäftsjahr 2013/14 hat die Stiftung aus Vergütungsabführungen 42,1 Millionen Euro eingenommen.[4] Das BAG hält solche Abführungspflichten für zulässig.[5] Doch ist für vereinsrechtliche Streitigkeiten der BGH zuständig. Mit der Abführung wird das von der Gesellschaft mit der Vergütung professionell ausgerichtete Amt von außen zum Ehrenamt umgestaltet. Der Eingriff in die Governance der Gesellschaft wird von den Gerichten nicht weiter problematisiert. Das ist zwar kein sittenwidriger Ämterkauf, weil nicht der Amtsträger nach seiner Laune bei der Gewerkschaft das Amt ersteigert,[6] wohl aber eine Form der Schutzgelderpressung: Die Gewerkschaften kommerzialisieren ihren Mitbestimmungseinfluss, machen zu Geld, was ihnen zum Arbeitnehmerschutz an Macht und Einfluss gegeben ist: Auf einer Gewerkschaftsliste kandidiert nur der, der auch abführt. In Unternehmen mit mehr als 8.000 Beschäftigten findet nach § 9 Abs. 1 MitbestG Delegiertenwahl statt; sie hat auch den Zweck, freie Kandidaturen zu erschweren und Kandidaten von der Unterstützung der Gewerkschaft und ihrer Vertrauensleuteorganisation, die die Wahlmänner stellt, abhängig zu machen.[7] Umgekehrt zeigen Erfahrungen mit der SE, deren Aufsichtsratsmitglieder vielfach vom SE-Betriebsrat entsandt (und nicht gewählt) werden, dass dies zu gewisser Emanzipation von der Gewerkschaft führt – begrenzt dadurch, dass die Wahl in den deutschen Betriebsrat, der gestuft die deutschen Mitglieder des SE-Betriebsrats entsendet, betriebsverfassungsrechtlich ebenfalls an den Gewerkschaftslisten „hängt". Also: Nicht der Amtsträger kauft das Amt, sondern die Gewerkschaft verkauft ihren „fördernden Einfluss". In den Worten des BAG: „Ob dem Gewerkschaftsmitglied Aufsichtsratsvergütungen zufließen, steht maßgeblich unter dem Einfluss der Gewerkschaft, die die Listen für die Mitbestimmungsgremien aufstellt. Daher befasst sich die Satzung der Klägerin insoweit nur mit Einkünften ihrer Mitglieder, die sie ihnen zuvor selbst ermöglicht hat."[8] Das zeigt auch die steuerliche Behandlung: Die Abführungsbeträge werden als Betriebsausgaben (nur) anerkannt, wenn sich das Mitglied vor der Wahl zur Zahlung verpflichtet hat[9] – wohingegen sie als „gegenleistungslose" Sonderbeiträge nach § 10b EStG nur begrenzt absetzbar sind.[10]

„Erstaunlicherweise" hat das BAG nicht erwogen, ob die Abführungspflicht gegen das Benachteiligungsverbot in § 26 MitbestG verstößt. § 26 MitbestG verbietet jedermann (!) und damit auch Gewerkschaften die Benachteiligung der „Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer"[11] – in Parallele zum betriebsverfassungsrechtlichen Verbot in § 78 Satz 2 BetrVG. Allein die gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlung wirkt bloß nach innen. Solche Amtsschutzklauseln hingegen wollen jeden von außen kommenden Druck auf den Amtsträger verhindern. Muster ist das auf Art. 48 Abs. 2 GG fußende Benachteiligungsverbot in § 2 AbgeordnetenG, das seinerseits auf „Benachteiligungen am Arbeitsplatz" beschränkt ist. Dass die Abführungspflicht ein Nachteil ist, lässt sich schwerlich bestreiten. § 26 MitbestG ist Verbotsgesetz. „Helfen" könnte allein die kühne Erwägung, der Ämterkauf sei Sachgrund. Das hülfe nicht in der SE: § 38 Abs. 1 SEBG formuliert

1 Allgemein BGH v. 25.2.1982 – II ZR 145/80, BGHZ 83, 154 = AG 1982, 223.
2 *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 113 AktG Rz. 38 m.w.N.
3 Aktuell: Richtlinie des DGB-Bundesausschusses zur Abführung der Vergütungen von Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern in Aufsichtsräten i.d.F. 5.3.2014 (mit Wirkung ab 2015), die von dessen Mitgliedsgewerkschaften jeweils übernommen werden.
4 Jahresbericht 2014 der Böckler-Stiftung, S. 57 f., http://www.boeckler.de/HBS_Jahresbericht_2014_pdf_Version.pdf (5.12.2015).
5 BAG v. 21.5.2015 – 8 AZR 956/13, NZA 2015, 1319 = AG 2016, 39: Verpflichtung durch Satzung, nicht durch Arbeitsvertrag; ebenso OLG Stuttgart 5.2.2008 – 12 U 122/07 – juris; OLG Frankfurt 22.8.2001 – 23 U 177/00, NZA-RR 2002, 531. Skeptisch mit Blick auf die Corporate Governance *Thüsing/Forst* in FS von Westphalen, 2010, S. 693 ff.; hiergegen *Hanau*, Die Verpflichtung zur Abführung von Aufsichtsratsvergütungen an die Hans-Böckler-Stiftung, 2012.
6 Dazu *Hanau*, Die Verpflichtung zur Abführung von Aufsichtsratsvergütungen an die Hans-Böckler-Stiftung, 2012, S. 37.
7 Dazu *Philipp*, DB 1976, 2303 (2304 ff.) spricht treffend von totalitären und feudalen Elementen des Wahlmännerverfahrens.
8 BAG v. 21.5.2015 – 8 AZR 956/13, NZA 2015, 1319 = AG 2016, 39 – Rz. 43.
9 BFH v. 9.10.1980 – IV R 81/76, BFHE 131, 506 = AG 1981, 188.
10 FG Berlin-Brandenburg v. 2.4.2009 – 10 K 1190/06 B, EFG 2009, 1286 und schon BFH v. 23.1.1991 – X R 6/84, BFHE 163, 372 für politische Parteien.
11 Statt vieler: *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, MitbestR, 3. Aufl. 2013, § 26 MitbestG Rz. 1, 11.

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble

einen strikten Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Arbeitnehmer- und Eignervertretern. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsrat werden vom Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 44 Nr. 3 SEBG erfasst – mit Strafbewehrung in § 45 Abs. 1 Nr. 3 SEBG. Wegen der formalen Gleichbehandlung scheidet jede Abführungspflicht aus, denn für Eignervertreter ist eine solche Abführung nicht vorstellbar. Das Verbotsgesetz vernichtet jede gewerkschaftsinterne Abführungspflicht. Das hat dann die hübsche steuerrechtliche Folge, dass der „freiwillig" abführende Arbeitnehmervertreter keinen Betriebsausgabenabzug vornehmen kann.

## 2. Betriebsratsamt als unvergütetes Ehrenamt

Im Gegensatz zum Aufsichtsratsmandat steht das Betriebsratsmitglied im notwendig unvergüteten Ehrenamt. In den Worten des BAG: „Mitglieder des Betriebsrats erhalten weder eine Amtsvergütung noch ist die Betriebsratstätigkeit eine zu vergütende Arbeitsleistung."[12] Stattdessen werden sie für ihre Amtstätigkeit von der Arbeit freigestellt – unter Fortzahlung des Entgelts, § 37 Abs. 3 BetrVG. Flankiert wird das Ehrenamtsprinzip von einem strikten Begünstigungsverbot in § 78 Satz 2 BetrVG. Das verbietet jede Besserstellung, insbesondere die finanzielle. Dass die Betriebsratsbegünstigung nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG Straftat ist, hat keine unmittelbaren Folgen. Die Tat ist absolutes Antragsdelikt und das Antragsrecht ist Gewerkschaft, Arbeitgeber und Betriebsrat vorbehalten – also denjenigen, die typischerweise im Filz verstrickt sind. Deshalb gibt es wohl kaum eine Norm im BetrVG, gegen die so systematisch verstoßen wird, wie das Ehrenamtsprinzip – jedenfalls in Großunternehmen, bei denen die Mitbestimmung zum wechselseitigen „Geben und Nehmen" im Co-Management verkommen ist.[13] Das räumt ein hochrangiger Vertreter der IG Metall offen ein: Der damalige Ressortleiter Betriebspolitik der IG Metall, Jochen Homburg, bestätigte 2012 solche „Funktionszulagen, wie sie vor allem große Unternehmen zahlen" und meint: „Das Problem solcher Funktionszulagen ist, dass sie in der gültigen Auslegung des § 38 nicht rechtskonform sind."[14] Eine wissenschaftliche Erhebung von Betriebsratsvergütungen in Großunternehmen gibt es nicht; die dort Personalverantwortlichen müssten sich durch Auskunft einer Straftat bezichtigen. So bleibt nur anekdotische Evidenz: Muster, aber auch Extremfall mit einem Jahresgehalt von bis zu 693.000 € als Betriebsratsmitglied (!), also zusätzlich zur Aufsichtsratsvergütung (!), war Volkert, durch dessen Strafurteil die Diskussion zum anschwellenden Bocksgesang wurde.[15]

In der Zusammenschau ergibt sich ein **perplexes Bild**: Das professionelle und bezahlte Aufsichtsratsamt wird für Arbeitnehmervertreter durch die Abführungspflicht zum Beinahe-Ehrenamt; das gesetzlich auf's Ehrenamtsprinzip verpflichtete Betriebsratsamt hingegen wird durch gesetzwidrige Bezahlung zum professionellen Amt. Dort haben die Gewerkschaften offenbar kein Problem damit, dass Amtsträger egoistisch handeln und die Interessen der von ihnen vertretenen Arbeitnehmer aus dem Blick verlören. Mir ist kein Fall bekannt, in welchem DGB-Gewerkschaften auf die Abführung unzulässig hoher Betriebsratsvergütungen gepocht hätten. Für die Abführungspflicht wirft das die Frage nach der vereinsrechtlichen Gleichbehandlung auf. Beide Phänomene gleichen sich indes in der Idee, ein Mitbestimmungsamt zu kommerzialisieren. Betriebsratsmitglieder machen individualegoistisch nach, was ihnen die Gewerkschaft gruppenegoistisch vorlebt.

## 3. Doppelmandatsträger als übersehenes Governance-Problem

### a) Strukturelle Anfälligkeit für Koppelungsgeschäfte ...

Bislang nicht diskutiert wird die Begünstigung von Doppelmandatsträgern: Welchen Einfluss kann der Vorstand, der die Gesellschaft als Arbeitgeber repräsentiert, durch überhöhte Betriebsratsbezahlung auf seine eigenen Aufseher der Arbeitnehmerbank nehmen? Soweit bekannt steigen die Vergütungen von Betriebsratsmitgliedern gerade in der Unternehmenskrise, in der die Arbeitnehmer Einschnitte hinnehmen müssen. Spiegelbildlich: Welchen Einfluss können Arbeitnehmervertreter im Doppelmandat, die als Aufsichtsratsmitglied über Vorstandsbestellung, Vertragsverlängerung und Vorstandsvergütung mitentscheiden, auf die eigene Vergütung im Betriebsratsamt nehmen? Hier wird ein **mitbestimmungstypisches „Geben und Nehmen"** ermöglicht, das der Kritiker als Filz und Klüngel wertet – und das gesellschaftsrechtlich erhebliche Governance-Probleme aufwirft.

Die Empirie ist kaum bekannt. Vorstände reden nicht über die alltäglichen Koppelungsgeschäfte mit Betriebsrat und Arbeitnehmerbank, die an der Spitze personenidentisch besetzt sind. Dass im Aufsichtsrat derjenige Gesamtbetriebsratsvorsitzende sitzt, der seine eigenen betriebsverfassungsrechtlichen Geschäfte mit dem Vorstand beaufsichtigen müsste, wird in wenigen Arbeiten zur Governance angesprochen.[16] Während ihrer Amtszeit hört man wenig Mitbestimmungskritik aus den Vorständen. Wer es doch einmal wagt aufzumucken, wird abgestraft – wie seinerzeit Wolfgang Bernhard bei Daimler.[17] Spötter sprechen von der Mitbestimmung als „Umerziehungslager". Selbst sachthemenbezogener Widerstand, also das Einnehmen einer Arbeitgeberposition durch dafür bestellte Arbeitgebervertreter wird mitunter zum Anlass für Sanktionen genommen. Manfred Gentz, selbst neun Jahre Fi-

12 BAG v. 28.5.2014 – 7 AZR 404/12, NZA 2015, 564.
13 Instruktiv: *Dombois*, Industrielle Beziehungen, 2009, S. 206 ff.
14 Mitbestimmung 6/2012, S. 14.
15 BGH v. 17.9.2009 – 5 StR 521/08 – „Volkert", BGHSt 54, 148 = NJW 2010, 92; Vorinstanz: LG Braunschweig v. 22.2.2008 – 6 KLs 20/07 – juris; LG Braunschweig v. 2.2.2007 – 6 KLs 48/06 – „Hartz", CCZ 2008, 32 mit Anm. *Rieble*.
16 Genau besehen gibt es nur zwei Dissertationen hierzu: *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance, 2006; *Gietzen*, Unternehmensmitbestimmung, Corporate Governance und der Deutsche Corporate Governance Kodex, 2013.
17 www.manager-magazin.de/unternehmen/karriere/a-297727.html (5.12.2015).

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble

nanz- und Personalvorstand bei Daimler, sieht eine „allmähliche Haltungsänderung oder Verbiegung der Führungskräfte", die für ihn „das eigentliche Problem der Mitbestimmung" ausmacht.[18] Arbeitnehmervertreter können Vorständen nahezu jede positive Aussage zur Mitbestimmung und anderen „Sachthemen" abverlangen, auch wenn „Bekenntnisse" sonst nur für Religionen verlangt werden [confessio]. Hierzu wiederum Manfred Gentz: „Es gibt viele Beispiele für den Missbrauch und die Missstände, die durch ein Zuviel an Mitbestimmung hervorgerufen werden können. Obwohl darüber hinter verschlossenen Türen oder hinter vorgehaltener Hand durchaus gesprochen wird, dringt wenig in die Öffentlichkeit. Es gilt als politically incorrect in Deutschland, Mitbestimmung zu kritisieren. Vorstände wissen, dass sie für ihre Bestellung und Wiederbestellung grundsätzlich auch die Zustimmung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat benötigen. Deshalb ist die Rechtstatsachenforschung auf diesem Gebiet nicht sehr ergiebig. Beweis- und dokumentierbare Beispiele, zu denen sich betroffene Vorstände und andere Arbeitgebervertreter bekennen, sind äußerst selten. Man hat sich in Deutschland mit der Mitbestimmung arrangiert."[19] Unvergessen ist die Aussage des damaligen Daimler-Vorstandes gegenüber der Staatsanwaltschaft, die eine Strafanzeige gegen den damaligen Gesamtbetriebsratsvorsitzenden und stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden Erich Klemm wegen des wilden Streiks 2004 gegen ein Sanierungsprogramm bearbeitete: nein, er fühle sich nicht erpresst. Die StA Stuttgart befand daraufhin, die rechtswidrige Arbeitsniederlegung sei jedenfalls nicht verwerflich.[20]

Das wenige, was wir über die Mitbestimmungspraxis wissen, wird nach dem Ausscheiden aus „mitbestimmten" Funktionen berichtet.[21] Dabei stehen sachpolitische Koppelungsgeschäfte[22] im Vordergrund, etwa

- Zustimmung zur Dividendenerhöhung gegen Sondervergütung für Belegschaft,
- Zustimmung zu Auslandsinvestitionen gegen Arbeitsplatzgarantien oder Einstellungen im Inland (Entfristung, Übernahme Auszubildender),
- Bestellung eines Vorstands gegen Standortsicherungen im Inland oder Zugeständnisse in Tarifverhandlungen.

Das neueste: Die Arbeitnehmervertreter vereinbaren mit dem Unternehmen, dass dieses seine Nachfragemacht gegenüber dem Logistikdienstleister dahin ausübt, dass von jenem ein Haustarif mit der IG Metall verlangt wird. Das kann ein unzulässiges Kartell bedeuten[23] und verletzt ver.di in ihrer Koalitionsbetätigungsfreiheit – weil jene Gewerkschaft aus ihrer Tarifbindung für die Logistik herausgedrängt wird. Solches ist etwa „vereinbart" zwischen dem Gesamtbetriebsratsvorsitzenden von BMW und der Konzernleitung in einem „Memorandum of understanding".[24] Zu glauben, dass solche Zugeständnisse ohne Rücksicht auf die Verhandlungsmacht der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat zustandekommen, wäre naiv.

### b) ... und Doppelvergütungen

Das aus solch anekdotischer Evidenz gespeiste Bild ist recht eindeutig: Die Mitbestimmungsmacht im Aufsichtsrat wird für Koppelungsgeschäfte eingesetzt: *Peltzer* bringt es auf den Punkt: Die Mitbestimmung „setzt nämliche völlig falsche, ja verheerende Anreize: Wenn A (Vorstand) und B (Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat) sich gegenseitige Vorteile gewähren können und diese Vorteile von C (der Gesellschaft) bezahlt werden müssen, liegt es in der menschlichen Natur, dass A und B sich entsprechend verhalten und C geschädigt wird. Letztlich geht dies zu Lasten der Aktionäre, denn die gewährten Vorteile verkürzen ja das Residuum, den Gewinn, der den Aktionären zusteht."[25] Er verweist auf die skandalöse Vergütung von Volkert als Gesamtbetriebsratsvorsitzendem von VW und berichtet anonymisiert über einen Fall, in dem die Arbeitnehmervertreter sich vehement für eine immense Vergütungssteigerung für den Vorstandsvorsitzenden einsetzten.[26] Was jene Arbeitnehmervertreter dafür bekommen haben, weiß auch *Peltzer* nicht.

Über die entscheidende Frage, die wirkliche Vergütung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, schweigt sich die Rechtswissenschaft bislang aus. Dabei liegt es auf der Hand, dass Arbeitnehmervertreter, die über Vorstandsvergütungen mitentscheiden, auch an die eigene Vergütung denken können. Aufsichtsratsvergütungen werden in den Geschäftsberichten angegeben. Über die Vergütung als Betriebsratsmitglied steht dort bestenfalls, dass sie noch eine Vergütung aus dem Arbeitsverhältnis beziehen (dazu noch unten III.2.). Allerdings werden immer wieder Zahlungen bekannt, die Misstrauen erwecken. So kam ans Tageslicht, dass der Gesamtbetriebsratsvorsitzende und Aufsichtsratsmitglied Lothar Adler der **Siemens AG**, der ab seiner Wahl zum Gesamtbetriebsratsvorsitzenden 2008 (im Aufsichtsrat saß er seit 2003) sein für einen Fernmeldetechniker im Betriebsrat schon „großzügiges" Betriebsratssalär von rund 100.000 € auf eine Fixvergütung von 200.000 € steigern konnte, nebst einem zusätzlichen variablen Anteil von 100.000 €.[27] Diese 300.000 € Betriebsratsvergütung stehen 2012 neben seinen abgeführten Aufsichtsratsbezügen von ebenfalls 300.000 € nebst 30.000 € Sitzungsgeld. Im Arbeitsverhältnis als Fernmeldetechniker ist das bei der für das Ehrenamt maßgeblichen betriebsüblichen Entwicklung nicht ansatzweise erreichbar.

18 *Gentz*, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2006/I, S. 33, 38.
19 *Gentz*, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2006/I, S. 39.
20 StA Stuttgart, Einstellungsverfügung v. 5.8.2005 – 140 Js 113356/04 W. Dazu *Große-Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rz. 1365 ff.
21 Neben *Gentz* etwa *Klosterkemper* in FS Wißmann, 2005, S. 456 ff.; *Semler*, NZG 2013, 771 (777 f.) mit zarten Andeutungen; *Schneevoigt*, ZfA 2005, 233.
22 Zu ihnen *Gentz*, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2006/I, S. 33 ff.
23 Dazu *Serr*, Privative Tariftreue, 2013.
24 https://www.igmetall.de/werkvertraege-16738.htm (11.12.2015); weiter *Namuth*, Mitbestimmung 2016, 34.
25 *Peltzer* in FS Schwark, 2009, S. 707 ff., 710.
26 *Peltzer* in FS K. Schmidt, 2009, S. 1243 ff., 1250 ff.
27 SZ v. 9.10.2013, S. 19.

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble

Daneben hat die Bild am Sonntag 2013 Gehälter von Betriebsratsvorsitzenden recherchiert[28] und meldet für Erich Klemm (Daimler) rund 200.000 €, was für einen ehemaligen Maschinenschlosser üppig ist. Bernd Osterloh (VW) ist mit 250.000 € notiert, für eine Montagekraft am Band keine erreichbare Gehaltsklasse. Praktiker werden fragen, ob diese Beträge nur die Fixvergütung sind und ob die BamS womöglich variable Entgeltkomponenten nicht berücksichtigt hat. Beide saßen oder sitzen auch im jeweiligen Aufsichtsrat und werden dafür eigens bezahlt (Klemm: 308.700 €; Osterloh: 596.250 €).[29]

Der Fall Daimler/Klemm ist in vielfacher Hinsicht besonders: Aus dem Volkert-Skandal hatte das Unternehmen „gelernt", dass Vergütungswillkür auszuschließen ist und 2005 einen „Orientierungsrahmen für freigestellte Betriebsratsmitglieder" entwickelt, der auf eine unzulässige Amtsbezahlung ausgerichtet ist. In seiner letzten Aktualisierung 2012 sieht er als Höchstbetrag für Betriebsratsvorsitzende großer Werke 9.790 € im Monat vor.[30] Klemm selbst bekannte, er bekomme „einen Schnaps mehr, aber jedenfalls nicht so viel, dass ich mich dafür schämen oder rechtfertigen müsste".[31] Mit den von der BamS ermittelten Bezügen von 200.000 € p.a. fiel der Schnaps gegenüber dem ohnehin schon gesetzwidrigen Bezahlsystem mit rund 80.000 € kräftig aus. Hat diese Sondervergütung mit dem Aufsichtsratsamt schlechterdings nichts zu tun?

Insgesamt fällt auf: Betriebsratsmitglieder werden dann besonders gut bezahlt, wenn sie auch im Aufsichtsrat sitzen. Das ist zunächst Korrelation und keine Kausalität. Es trägt aber die Frage, wie es um die Governance großer deutscher Unternehmen bestellt ist, wenn die vom Aufsichtsrat zu überwachenden Vorstände ihrerseits freihändig und weithin unkontrolliert den Arbeitnehmervertretern unter ihren Aufsehern üppige Betriebsratsvergütungen zuschustern können, die schon betriebsverfassungsrechtlich verbotene und strafbare Begünstigung sind. Wie unabhängig sind solche Kontrolleure?

Daneben stellt sich die Frage, ob sich die beiden Vergütungen im Doppelmandat überhaupt trennen lassen: Die Tätigkeit als Vorsitzender des Gesamtbetriebsrats, oft auch des Konzernbetriebsrats und als Vorsitzender des Wirtschaftsausschusses im Unternehmen überschneidet sich mit der als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat: Die Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist von Mehrfachzuständigkeiten geprägt.[32] Über eine Standortfrage wird auf allen Ebenen gesprochen; der Mandatsträger im Aufsichtsrat bringt dabei jene Aspekte vor, die er schon im Wirtschaftsausschuss und im Gesamtbetriebsrat geltend gemacht hat („Nachkarten"). Im Kern lassen sich Mitbestimmungsfunktionen nicht trennen. Der vollfreigestellte Belegschaftsrepräsentant, der im Betriebsrat, im Wirtschaftsausschuss und im Aufsichtsrat arbeitet, wird – abgesehen von formalen Sitzungen – schwerlich definieren können, in welcher Funktion er gerade wirkt. Schon deshalb zielt das System auf eine Doppelbezahlung derselben Tätigkeit – und deshalb muss es sich sowohl auf der Betriebsratsebene wie auf der Aufsichtsratsebene der Begünstigungsfrage stellen.

## II. Kaum Korruptionsschutz im Aufsichtsrat

„Geben und Nehmen" als Instrument der Entscheidungsfindung wird in effektiven Governance-Systemen mit Korruptionstatbeständen geahndet.

### 1. Kein gesellschaftsrechtlicher Korruptionsschutz

„Erstaunlicherweise" kennt das Aktienrecht keinen spezifischen gesellschaftsrechtlichen Korruptionsschutz für den Aufsichtsrat. Offenbar sieht der Gesetzgeber kein Problem darin, dass die Mitbestimmung im Aufsichtsrat wie im Betriebsrat **Koppelungsgeschäfte** erzeugt, also das Erkaufen einer Zustimmung der Arbeitnehmerseite mit sachwidrigen „Gegenleistungen". Strafrechtlich ist die Integrität der inneren Willensbildung nur für die Hauptversammlung geschützt – mit dem harmlosen Ordnungswidrigkeitentatbestand in § 405 Abs. 3 Nr. 6 und 7 AktG: Aktionären oder Stimmrechtsvertretern darf für die Stimmrechtsausübung kein besonderer Vorteil versprochen oder gewährt werden; sie selbst dürfen diesen nicht fordern. Wer ein Aufsichtsratsmitglied „kauft", um dieses zu einer besonderen Stimmabgabe zu bewegen, der verhält sich gesellschaftsrechtswidrig, weil er in die innere Unabhängigkeit des Aufsichtsrats als Kontrollorgan eingreift. Als Korruption wird das nicht spezifisch geahndet; die Frage wird, soweit ersichtlich, auch nicht diskutiert.

Erstaunlich ist das, weil Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern in § 114 AktG reguliert sind, damit nicht der Vorstand dem Aufseher einen lukrativen Auftrag zuschiebt. Die „Tätigkeit höherer Art" zielt auf Eignervertreter und blendet Arbeitnehmervertreter zunächst aus[33] und ist also recht einseitig.[34] Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist das doppelt fragwürdig, weil jene Doppelmandatsträger in der Betriebsverfassung von einem strikten und scharfen (und dennoch weithin ignorierten) Begünstigungsverbot erfasst werden, das im BetrVG 1952 noch ebenso scharf für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gegolten hat. Allein die Abführungspflicht wird punktuell als Governanceproblem gesehen, weil sie dazu führe, dass der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat entgegen

28 Ausgabe 27.10.2013, S. 8.
29 Zu den Vergütungsangaben näher unten III.2.
30 Das kam in Arbeitsgerichtsverfahren um die Betriebsratsbezahlung zur Sprache, vgl. LAG Baden-Württemberg v. 13.2.2014 – 3 TaBV 7/13 – juris und ArbG Stuttgart v. 13.12.2012 – 24 Ca 5430/12, NZA-RR 2013, 140.
31 FAZ v. 20.8.2005, S. 12; Stuttgarter Nachrichten v. 17.1.2007, S. 3.
32 Instruktiv: *Gentz*, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2006/I, S. 33; *Klosterkemper* in FS Wißmann, 2005, S. 456 ff.; *Semler*, NZG 2013, 771 ff.; *Peltzer* in FS Schwark, 2009, S. 707 ff.; *Schneevoigt*, ZfA 2005, 233; zu den hieraus folgenden Governance-Problemen: *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance, 2006; *Gietzen*, Unternehmensmitbestimmung, Corporate Governance und der Deutsche Corporate Governance Kodex, 2013.
33 *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 114 AktG Rz. 19.
34 *Peltzer* in FS Schwark, 2009, S. 711.

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble

§ 113 AktG (i.V.m. § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG) nicht entsprechend seiner Aufgabe und der Lage der Gesellschaft bezahlt wird.[35]

## 2. Wählerbestechung?

Das hinter dieser Schutzverweigerung ein Konzept steht, zeigt der Blick auf die **Wählerbestechung**. Sie ist in § 20 Abs. 2 MitbestG zwar verboten, indes ohne nennenswerte Sanktion. Dabei ist die Delegiertenwahl anfällig für unlautere Einflussnahme: Ein zwar seltener, aber doch praktischer Fall ist der Delegiertenkauf aus der Aufsichtsratsvergütung: Mir liegt in Kopie ein „Treuhandvertrag" vor, in welchem sich ein Aufsichtsratskandidat eines großen Unternehmens der Metallindustrie als „Treugeber" verpflichtet, für den Fall seiner Wahl ein Drittel seiner Vergütung an den Treuhänder, einen Esslinger Rechtsanwalt, abzuführen, der dies dann an diejenigen „unabhängigen und freien Betriebsratsgruppen", die seine Wahl 2008 unterstützt haben, nach deren Delegierten-Stimmengewicht auskehrt. Die Kandidatur war erfolgreich. Das alles geschieht zu einem „edlen" Zweck, der Förderung der Mitbestimmungskultur, der Arbeiterbildung etc. So gesehen verhindert die Abführung an die Böckler-Stiftung wenigstens die persönliche Bereicherung.

Auch wenn die Aufsichtsratsvergütung abgeführt werden muss, werden Delegierte wohl gestimmt. Nach anekdotischen Berichten sollen Delegierte im Fall der richtigen, also erfolgreichen Wahl mitunter mit Posten „belohnt" werden – sei es mit Beförderungsstellen im Unternehmen, auf deren Besetzung mächtige Arbeitnehmervertreter Einfluss haben, sei es mit einer Lehrstelle für das Kind des Delegierten oder auch mit einer wichtigen Position in einem Ausschuss des Betriebsrats. Gegenläufig werden solche Vorteile damit erklärt, dass treue Delegierte durch ihre Wahl „soziale Kompetenz" zeigten, diese fließe dann als persönliche Eignung in manche Personalentscheidung ein. Harte Fakten kann Verfasser hierzu nicht liefern.

Die Strafbarkeitslücke erstaunt. Zwar ist die allgemeine Wählerbestechung des § 108b StGB auf die Wahl von Arbeitnehmervertretern in Mitbestimmungsorgane nicht anwendbar. Das BetrVG hat deshalb mit § 119 Abs. 1 Nr. 1 einen eigenen Tatbestand der Wählernötigung und -bestechung. Dagegen ist weder die Direktwahl nach dem MitbestG oder dem DrittelbG noch zweistufige Delegiertenwahl des MitbestG (also zuerst die Wahl der Delegierten und sodann die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Delegierten) korruptionsgeschützt. Das ist erstaunlich, weil jedenfalls Delegierte recht effektiv wohlgestimmt werden können. So bleibt als einzige Reaktion die (befristete) Wahlanfechtung. Sie ist ineffektiv, weil die kurze Anfechtungsfrist von zwei Wochen (§§ 21 Abs. 2 Satz 2, 22 Abs. 2 Satz 2 MitbestG) zu kurz ist, um Wählerbestechung aufzudecken. Immerhin bleibt die Abberufung nach § 23 MitbestG. Nur in der SE ist es anders, weil §§ 44 Nr. 1, 45 Abs. 2 Nr. 2 SEBG einen dem BetrVG nachgebildeten Straftatbestand enthält, der die unbeeinflusste „Wahl, Bestellung, Empfehlung oder Ablehnung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan" schützt.

## 3. Leicht effektuierter allgemeiner Korruptionsschutz

Der **allgemeine (aktive und passive) Korruptionstatbestand des § 299 Abs. 1 und 2 [jetzt: jeweils Nr. 1] StGB** greift nur in dem Fall, in welchem der Aufsichtsrat entweder selbst die Gesellschaft vertritt (beim Abschluss von Vorstandsverträgen und im Fall der Geltendmachung von Ersatzansprüchen) oder per internem Zustimmungsvorbehalt einen Vorstandsbeschluss mit faktischer Außenwirkung mitentscheidet. Nur in diesen Fällen ist das Aufsichtsratsmitglied **„Beauftragter"**. Wenn also das Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmerbank vom Personalvorstand einen persönlichen Gehaltszuschlag für dessen Vertragsverlängerung oder Vergütungssteigerung verlangt, so handelt es als Beauftragter. Ob die Bestechung von Aufsichtsratsmitgliedern bei nur faktisch-beratendem Einfluss des Gremiums zur Beauftragtenstellung und in die Strafbarkeit führt, ist ungeklärt.[36] Zweitens muss es um eine Entscheidung beim „Bezug von Waren oder Dienstleistungen" gehen. Vorstandsverträge gehören dazu, weil die Unternehmensleitung eine Dienstleistung ist, die auf dem Markt für Manager gehandelt wird. Auch insoweit führt die Neufassung zur Strafschärfung, weil mit Dienstleistung (statt wie bisher: „gewerbliche Leistung") die zu enge Fassung ausgeweitet wird. Bloß unternehmensinterne Entscheidungen sind hier irrelevant, weil sie keinen unmittelbaren Marktbezug haben. Wenn der Vorstand dem Doppelmandatsträger einen Vorteil zuwendet, damit dieser seine Aufsichtsfunktion in einem „vernünftigen Sinn" ausübt, ist das nicht strafbar. Schließlich verlangt dieser enge Tatbestand, dass diese Bestechlichkeit eine unlautere Wettbewerbsdimension hat.[37] Eine Bestechung mit dem Ziel, sich im Rahmen unternehmensinterner Aufsicht blind zu stellen, fällt nicht unter diese Variante. Ihr fehlt der Marktbezug. Jedenfalls bei der Erstbestellung von Vorständen entscheidet der Aufsichtsrat über den Wettbewerb der „Anbieter von Managementdienstleistungen". Werden Arbeitnehmervertreter durch Zusagen des Vorstandes für einen Kandidaten eingenommen, ist das Korruption.

Seit dem 20.11.2015 wird dieser Bestechungstatbestand von einer **zweiten Tatvariante** flankiert, die keinen Wettbewerbsbezug voraussetzt, sondern mit dem „Geschäftsherrenmodell" auf den Verstoß gegen interne „Pflichten gegenüber dem Unternehmen" abstellt.[38] Auch in diesem

35 Etwa *Sünner*, AG 2012, 265 (273); *Habersack* in MünchKomm/AktG, 4. Aufl. 2014, § 114 AktG Rz. 5: „aktienrechtlich [...] wohl nicht zu beanstanden".

36 *Moosmayer*, wistra 2004, 401 (407); *Fischer*, 63. Aufl. 2016, § 299 StGB Rz. 8a; *Dannecker* in NK/StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 StGB Rz. 23; *Heine/Eisele* in Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 299 StGB Rz. 8.

37 Dazu BGH v. 29.4.2015 – 1 StR 235/14, wistra 2015, 435 – Rz. 55.

38 Dazu *Kubiciel*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2014, 667 (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_13_879.pdf); *Walther*, Anmerkungen zur geplanten Neufassung von § 299

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble

Fall muss der Geschmierte Beauftragter sein. Und es bleibt der Geschäftsbezug, so dass „innerbetriebliche Störungen" nicht erfasst sind. Die Vorteilsgewährung an ein Aufsichtsratsmitglied, damit es seine Aufsicht gegenüber pflichtwidrigem Vorstandshandeln großzügig wahrnimmt, ist kein Fall des § 299 StGB. Immerhin erfasst sind Begründung und Verlängerung von Vorstandsanstellungsverträgen, aber auch Vergütungsentscheidungen des Aufsichtsrats; sie können bei korruptiver Einflussnahme sanktioniert werden. Auch **§ 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB** verlangt eine Unrechtsvereinbarung. Das bloße Anfüttern der Aufsichtsratsmitglieder in Wohlwollenserwartung bleibt straflos, weil § 299 StGB kein bloßes Begünstigungsverbot (wie § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG für Betriebsratsmitglieder) enthält.

Eben am Nachweis der Unrechtsvereinbarung wird die Korruptionsverfolgung regelmäßig scheitern: Gebende und Nehmende sind in einem Machtkartell verbunden – das jedes Ausscheren abstraft. Niemand in Vorstand und Aufsichtsrat kann daran interessiert sein, dass Koppelungsgeschäfte aufgedeckt werden – weil sie zum beiderseitigen Vorteil sind und die geschädigten Aktionäre keine hinreichend effektiven Kontrollrechte haben. Die Unternehmensmitbestimmung ist hermetisch kritik- und kontrollfest.

## III. Ignorierte Transparenzgebote

Die Profiteure der Unternehmensmitbestimmung führen sich sicher. Die Governance ahndet zwar nicht den Entscheidungskauf von Aufsichtsratsmitgliedern, sie schreibt aber gewisse Transparenz vor. Erstaunlicherweise wird all das nicht diskutiert. Solch spezifische Governance-Transparenz soll Interessenkonflikte aufdecken und durch Öffentlichkeit verhindern.

### 1. Anhangspublizität von Aufsichtsratsvergütungen

§§ 285 Nr. 9 lit. a, 314 Abs. 1 Nr. 6 lit. a HGB schreiben Anhangspublizität für die **eigentlichen Aufsichtsratsvergütungen** vor. Andere Vergütungen sind davon nicht erfasst und damit auch nicht die Vergütung, die Arbeitnehmervertreter aus ihrem Arbeitsverhältnis oder gesetzwidrig für das Betriebsratsamt erhalten. Wenn allerdings die Betriebsratsvergütung verdeckte Aufsichtsratsbezahlung ist, dann ist auch ihre Publikation zwingend geboten. Und das liegt nicht fern: Die bekannt gewordenen Fälle besonders üppiger Betriebsratsbezahlungen erreichen solche Arbeitnehmervertreter, die zugleich im Aufsichtsrat sitzen und dort ihre Vergütung an die Böckler-Stiftung abführen müssen. Die bekannt gewordenen Größenordnungen lassen sich als (Teil-)Kompensation der Abführung erklären. Dann aber erfolgt die Bezahlung zumindest auch für das Aufsichtsratsmandat und ist unmittelbar publizitätspflichtig. Dass wichtige Arbeitnehmervertreter, die jedenfalls faktisch intensiv an der Unternehmensführung mitwirken, für ihre professionelle Tätigkeit auch vergütet werden wollen, ist ohne weiteres einzusehen. Nicht einzusehen ist indes, dass die Abführungspflicht an die Böckler-Stiftung, durch die das vergütete Aufsichtsratsmandat zum Quasi-Ehrenamt umgestaltet wird, dadurch ausgeglichen wird, dass die Betriebsratstätigkeit mit einer gesetzwidrigen Sondervergütung vom Ehrenamt zum gesetzwidrig bezahlten Amt wird. Der Fehler liegt in der Abführungspflicht für die Aufsichtsratsvergütungen. Dürften die Mandatsträger die durchweg angemessenen Vergütungen behalten, so gäbe es keinen Anreiz zum Ausgleich durch gesetzwidrig überhöhte Betriebsratsbezahlung. Das BAG verschließt vor solchen Folgewirkungen die Augen.

### 2. IFRS-Rechnungslegung

Rechnungslegungsvorschriften sollen zunehmend der Korruption und bloßen Interessenkonflikten vorbeugen – durch Transparenz insbesondere der Vergütungen von Funktionsträgern und gerade jener aus anderem Rechtsgrund. Der International Accounting Standard 24 regelt „Angaben über Beziehungen zu nahestehenden Unternehmen und Personen". Dieses private Regelwerk ist durch EU-Verordnung 632/2010 vom 19.7.2010 (und spätere Änderungs-Verordnungen) verbindlich. Vom Geltungsbereich erfasst sind jene Unternehmen, die ihre Abschlüsse nach den International Financial Reporting Standards (IFRS) aufstellen, also die kapitalmarktorientierten Unternehmen. IAS 24.17 ordnet weitreichende **Vergütungstransparenz** an: „Ein Unternehmen hat die Vergütung der Mitglieder seines Managements in Schlüsselpositionen sowohl insgesamt als auch gesondert für jede der folgenden Kategorien anzugeben [...]" Die Definitionsnorm IAS 24.9 bestimmt: „Mitglieder des Managements in Schlüsselpositionen sind Personen, die direkt oder indirekt für die Planung, Leitung und Überwachung der Tätigkeiten des Unternehmens zuständig und verantwortlich sind; dies schließt Mitglieder der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane ein." Das betrifft zunächst und nach allgemeiner Meinung die **Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat** und damit nicht nur deren Amtsvergütung, sondern auch deren Grundvergütung im Arbeitsverhältnis. Für Betriebsratsmitglieder im Aufsichtsrat könnte so geklärt werden, ob eine „großzügige" ehrenamtsübersteigende Bezahlung Einfluss auf die Aufsichtsratsfunktion hat.

Müssen also die erfassten Unternehmen in ihren Jahresabschlüssen ausweisen, wie sie ihre Mandatsträger bezahlen? Das vormalige Rechnungslegungs Interpretations Committee (RIC), ein Gremium des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committee e.V. (DRSC) hat auf **Anfrage des DGB**[39] in einer Telefonkonferenz am 1.12.2011[40] gemeint, es sei „eindeutig [...], dass es sich bei

StGB, ZWiSt 2015, 255; zu den Reformüberlegungen zentral und luzide *Vogel*, Wirtschaftskorruption und Strafrecht, in FS Weber, 2004, S. 395.

39 Dazu Mitbestimmung aktuell 2/2012, Aktuelle Informationen zum IAS 24, S. 3 f. (www.dgb.de/themen/++co++98df6f7c-a3f9-11e1-4716-00188b4dc422 [16.3.2016]).

40 www.drsc.de/docs/press_releases/2011/RIC-Ergebnisbericht_Telco_111201.pdf (16.3.2016).

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble

den außerhalb der Organtätigkeit liegenden Vergütungen und sonstigen Entgelten, die an die Arbeitnehmervertreter geleistet werden – d.h. insbesondere deren Löhne und Gehälter – um Entgelte für Geschäfte (transactions) im Sinne von IAS 24.18 (rev. 2009) handelt." Doch werde es „als sachgerecht angesehen, wenn den sich hieraus ergebenden Angabepflichten in kumulierter Form für alle Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nachgekommen wird." Möglich sei es, „diese Angabe mit anderen Geschäftsvorfällen mit dem Management in Schlüsselpositionen zusammenzufassen [...] Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang auf erbrachte Beratungsleistungen von Anteilseignervertretern in Aufsichtsräten verwiesen." Ähnlich hatte das RIC schon auf seiner 47. Sitzung im September 2011 entschieden und betont: „Das RIC beschließt, das Thema nicht in sein Arbeitsprogramm aufzunehmen." Dabei handelt es sich, wie das RIC selbst betont, um eine „Agendaentscheidung", die keine Interpretationen nach § 342 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HGB und keine RIC Anwendungshinweise zu den IFRS sind[41] – also formal unverbindlich. Dieses nichtamtliche Meinen belässt Abschlussprüfer in ihrer Verantwortung, IAS 24 rechtskonform anzuwenden.

Jene Auffassung ist materiell-rechtlich abseitig, weil die angeordnete Transparenz vereitelt wird. Wenn das Rechtsgebot „zwar eindeutig" ist, spielt gefühlte Sachgerechtigkeit keine Rolle. Kumulierte Vergütungsangaben verhindern den Einblick in unabhängigkeitsstörende Individualvergütungen. Bezeichnenderweise unterbleibt selbst diese Angabe der kumulierten Vergütung an unternehmensangehörige Aufsichtsratsmitglieder, womöglich sind die Summen zu hoch. Zudem ist aus der Praxis bekannt, dass die belegschaftsangehörigen Aufsichtsratsmitglieder in aller Regel langjährige Betriebsratsmitglieder sind, bei denen Abweichungen vom Ehrenamtsprinzip sich im Lauf der Zeit zu deutlichen Begünstigungen auswachsen können. Der DGB meint: „Das Entgelt der betrieblichen Arbeitnehmervertreter/innen [...] richtet sich in der Regel nach gültigen Tarifverträgen"[42]. Das ist angesichts der gesetzwidrigen Entlohnung von Volkert und anderen nicht bloß kühne Behauptung, sondern harte Unwahrheit. Nahezu zeitgleich bestätigte Jochen Homburg, damaliger Ressortleiter Betriebspolitik bei der IG Metall, solche „Funktionszulagen, wie sie vor allem große Unternehmen zahlen" und sieht selbst, dass diese „nicht rechtskonform sind."[43] Welches „operative Wahrheitsverständnis" den DGB auch mit Blick auf seine Böckler-Stiftung bewegt, mag jeder für sich beurteilen.

Die Unternehmen jedenfalls ignorieren diese Vorgaben. Ich habe in keinem DAX-Geschäftsbericht zahlenmäßige Angaben zur Vergütung solcher Doppelmandatare gefunden. Exemplarisch sollen die drei Unternehmen dargestellt werden, von denen „Sondergütungen" über die Presse bekannt geworden sind:

- Der Geschäftsbericht der **Daimler AG** 2013[44] weist C.49 S. 125 als Jahresgehalt für Erich Klemm, den Stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats, des Präsidial- und des Prüfungsausschusses der Betrag von 308.700 € aus – mit dem Vermerk: „Die Arbeitnehmervertreter haben erklärt, ihre Vergütung nach den Richtlinien des Deutschen Gewerkschaftsbundes an die Hans-Böckler-Stiftung abzuführen." Über die Vergütung als Gesamtbetriebsratsvorsitzender erfährt der Leser: „Für persönlich erbrachte Leistungen außerhalb der oben beschriebenen Gremientätigkeiten, insbesondere für Beratungs- und Vermittlungsleistungen, wurden keine Vergütungen gewährt. Ausgenommen davon ist die Vergütung der betrieblichen Arbeitnehmervertreter aus dem jeweiligen Arbeitsverhältnis." Das ist irreführend, weil Daimler im Geschäftsjahr 2013 ein Betriebsratsbezahlsystem mit einem „Schnaps mehr" für Erich Klemm praktizierte. Sechsstellige Beträge lassen sich schwerlich als Vergütung des Maschinenschlossers Klemm im Arbeitsverhältnis begreifen. Der Geschäftsbericht erweckt den Eindruck, als erhielte Klemm allein seinen Maschinenschlosserlohn (in betriebsüblicher Weiterentwicklung).
- Der Jahresabschluss der **Volkswagen AG** 2014 betont S. 55: „Den angestellten Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat steht weiterhin ein reguläres Gehalt im Rahmen ihres Arbeitsvertrags zu. Dieses orientiert sich an den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes und entspricht einer angemessenen Vergütung für die entsprechende Funktion bzw. Tätigkeit im Unternehmen."[45] Wenn Bernd Osterloh entsprechend den Presseberichten um die 250.000 € als Gesamtbetriebsratsvorsitzender „verdient", ist das eine (bewusst) unrichtige Angabe. Weder als Montagekraft noch als Industriekaufmann entspricht das einer betriebsüblichen Karriere und lässt sich nicht mehr als Vergütung im Arbeitsverhältnis begreifen. Auch hier erwecken die Vergütungsangaben im Lagebericht den Eindruck von Bescheidenheit: Für Herrn Osterloh wird eine Aufsichtsratsvergütung von 596.250 € ausgewiesen, wobei die Fußnote auf die Abführung an die Böckler-Stiftung hinweist[46] – indes die kompensierende betriebsverfassungsrechtliche Amtsvergütung verschweigt.
- Für die **Siemens AG** und ihr Aufsichtsratsmitglied Lothar Adler meldet der Siemens-Geschäftsbericht 2012 eine Aufsichtsratsvergütung von insgesamt ebenfalls

41 Dazu Ergebnisbericht S. 3, http://www.drsc.de/docs/press_releases/2011/47_RIC-Sitzung_Ergebnisbericht_D.pdf und die Sitzungsunterlagen http://www.drsc.de/docs/sitzungen/ric/47/07_IAS_24_Agendaentscheidung.pdf (beide 13.4.2016).

42 Mitbestimmung aktuell 2/2012, Aktuelle Informationen zum IAS 24, S. 4.

43 Mitbestimmung 6/2012, S. 14.

44 http://www.daimler.com/dokumente/investoren/berichte/geschaeftsberichte/daimler/daimler-ir-geschaeftsbericht-2013.pdf (12.4.2016).

45 http://www.volkswagenag.com/content/vwcorp/info_center/de/publications/2015/03/Jahresabschluss_Volkswagen_AG.bin.html/binarystorageitem/file/Jahresabschluss+Volkswagen+AG+%28HGB%29_deutsch.pdf (11.3.2016).

46 http://www.volkswagenag.com/content/vwcorp/content/de/misc/pdf-dummies.bin.html/downloadfilelist/downloadfile/downloadfile_30/file/Y_2014_d.pdf (10.3.2016), S. 69.

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble

300.000 € nebst 30.000 € Sitzungsgeld, die laut Fußnote an die Böckler-Stiftung abgeführt worden ist.[47] Von den 300.000 € für das Amt des Gesamtbetriebsratsvorsitzenden ist nicht die Rede. Der Leser erfährt nicht einmal, dass unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter ein weiteres Gehalt beziehen. Pikant: Adler war auch Mitglied des Compliance-Ausschusses im Aufsichtsrat, der sich um die rechtskonforme Betriebsratsbezahlung wohl nicht kümmern konnte.

Verstöße gegen Rechnungslegungsvorschriften münden in den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 334 Abs. 1 Nr. 1 HGB, der mit Buchstabe d auch Falschangaben im Anhang ahndet. Erhebliche Falschangaben können als Bilanzmeineid nach § 331 Nr. 1 HGB bestraft werden, wenn die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft unrichtig wiedergegeben oder verschleiert werden. Hierher rechnen insbesondere verschleierte Aufsichtsratsvergütungen, auch wenn diese vom Geldwert her nicht schwer wiegen. Mit ihnen wird ein für die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats zentraler Aspekt verdeckt – den die Rechnungslegungsvorgaben gerade transparent halten wollen. Abschlussprüfer riskieren Strafbarkeit nach § 332 HGB. Schließlich könnte das Bundesamt für Justiz die ordnungsgemäße Darstellung mit einem Ordnungsgeld nach § 335 HGB erzwingen. Dem steht seine Sensibilität für Mitbestimmungskultur[48] im Weg.

### 3. DCGK

5.4.6 Abs. 3 Satz 2 **DCGK** empfiehlt schon seit 2002: „Auch die vom Unternehmen an die Mitglieder des Aufsichtsrats gezahlten Vergütungen oder gewährten Vorteile für persönlich erbrachte Leistungen, insbesondere Beratungs- und Vermittlungsleistungen, sollen individualisiert angegeben werden." Das erfasst auch die Betriebsratsvergütung und gerade die gesetzwidrige, weil diese einen korruptiven und damit governance-widrigen Beigeschmack hat. Erstaunliches sagt die DCGK-Kommentierung: „Nicht offenlegungspflichtig sind die Bezüge der Arbeitnehmervertreter aus ihrem Arbeitsvertrag oder aus einer Betriebsratstätigkeit, da sie nicht Bestandteile der Aufsichtsratsvergütung sind und auch in keinem Zusammenhang mit einer Beratungs- oder Vermittlungstätigkeit stehen."[49] Das ist aberwitzig, weil die extremen Fälle dadurch gekennzeichnet sind, dass der Arbeitnehmervertreter im Betriebsrat für Wohlwollen sorgen soll. Wenn das keine „Vermittlung" ist! Abgesehen davon kommt es bei den sonstigen Vergütungen nicht darauf an, ob es sich um selbständige Dienstleistungen handelt.[50] Die Empfehlung erfasst alle „gezahlten Vergütungen oder gewährten Vorteile für persönlich erbrachte Leistungen". Das betrifft zuerst die Arbeitsleistung, die nicht anders als eine anwaltliche Beratung „persönlich" ist. Man denke nur an den Leitendenvertreter, dem vom Vorstand ein üppig dotierter Führungsposten zugewiesen wird, was seine kritische Aufsicht gegenüber diesem Vorstand nicht intensivieren muss.

Praktisch wird diese Empfehlung ignoriert. Die DAX-Unternehmen weisen weder die Betriebsrats-Gehälter der Arbeitnehmervertreter mit Doppelmandat (Betriebsrat/Aufsichtsrat) aus, noch erklären sie einen Vorbehalt in der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. Das führt zu irritierender Wirklichkeitswahrnehmung: Der Corporate Governance Report 2015 weist für 5.4.6 Abs. 3 Satz 2 DCGK einen Akzeptanzgrad von 100 % aus;[51] im Abschnitt „Tatsächliche Anwendung von Kodexbestimmungen" erfahren wir, dass die befragten Unternehmensvertreter „die AR-Mitglieder der Arbeitnehmerseite generell – also abgesehen von konkreten persönlichen oder geschäftlichen Beziehungen – als unabhängig ein"-schätzen.[52] Der Einschub ist der maßgebliche Vorbehalt: „Geschmierte" Arbeitnehmervertreter haben eine persönliche Geschäftsbeziehung zum verantwortlichen Vorstand. Befragt wurden jene, die von freundlich gestimmten Aufsehern profitieren. Die Wahrheit ist indes konkret. An unseren Beispielen:

- **Siemens** gab für das Geschäftsjahr 2012, in welchem sein Aufsichtsratsmitglied Adler rund 300.000 € als Betriebsratsvergütung erhalten haben soll, eine uneingeschränkte Entsprechenserklärung ab.[53]
- **Daimler** erklärte für 2014, als das „spezielle" Betriebsratsbezahlsystem noch in Kraft war, eingeschränktes Entsprechen, indes ohne Vorbehalt zu diesem Punkt.[54]
- **VW**, dessen Gesamtbetriebsratsvorsitzender Osterloh 250.000 € verdienen soll, erklärte für 2014 einen Vorbehalt zu 5.4.6 DCGK; doch betrifft dieser nur die erfolgsorientierte Aufsichtsratsvergütung des Abs. 2 Satz 2.[55]

Diskutiert wird daneben die **Unabhängigkeit der Arbeitnehmer-Aufsichtsratsmitglieder** mit Blick auf 5.4.2 DCKG.[56] Zwar ist bei den unternehmens- oder konzernangehörigen Arbeitnehmern der Grundinteressenkonflikt der Mitbestimmung immanent. Sobald aber der Vorstand seine Arbeitnehmer-Kontrolleure in gesetzwidriger Weise begünstigt, ist dieser immanente Rahmen überschritten. So wie „zusätzliche" Geschäftsbeziehungen der Arbeitnehmervertreter zum Unternehmen deren Unabhängigkeit in Frage stellen, so begründet die verbotene Betriebs-

47 http://www.siemens.com/annual/12/de/download/pdf/Siemens_GB_2012.pdf (11.3.2016), S. 43.
48 BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 299/13, NZG 2014, 460 = AG 2014, 247.
49 *Kremer* in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, 6. Aufl. 2016, Rz. 1442.
50 Wenig später konzediert *Kremer* in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, 6. Aufl. 2016, Rz. 1445, dass sämtliche Vergütungen offenzulegen sind.
51 *v. Werder/Turkali*, DB 2015, 1357 (1362).
52 *v. Werder/Turkali*, DB 2015, 1357 (1362).
53 http://www.siemens.com/investor/de/corporate_governance/dcg-kodex.htm (11.3.2016).
54 http://www.daimler.com/konzern/corporate-governance/erklaerungen/ (11.3.2016).
55 http://www.volkswagenag.com/content/vwcorp/content/de/investor_relations/corporate_governance.bin.html/downloadfilelist/downloadfile/downloadfile_27/file/CG+2014_d.pdf (11.3.2016).
56 Dazu *Kremer* in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, 6. Aufl. 2016, Rz. 1384 m.w.N.

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble

ratsbegünstigung einen Interessenkonflikt: weil sich der zuständige Vorstand objektiv strafbar gemacht hat (Betriebsratsbegünstigung, womöglich Steuerhinterziehung, Untreue) und weil das begünstigte Betriebsratsmitglied, gerade mit Blick auf seine Compliancefunktion den Vorstand zur Legalität nur zurückführen kann, indem er auf seine Begünstigung verzichtet. Erstaunlicherweise fragt niemand danach, ob solche Aufsichtsratsmitglieder nicht notwendig abberufen werden müssen – weil der Interessenkonflikt die Amtsführung dauerhaft beeinträchtigt.

Bezeichnend ist die Haltung des langjährigen Gewerkschaftsvertreters *Hexel* in der Governance-Diskussion: In seinem Zehn-Jahres-Rückblick kritisiert er vor allem das Juristentagsgutachten von *Habersack* und dessen Forderung nach einer Unabhängigkeitsstärkung. Er meint: „Eindeutig fest steht, dass die Arbeitnehmervertreter, die aufgrund der gesetzlichen Mitbestimmung in den AR gewählt werden, als unabhängig gelten. Ihr Vergütungsanspruch begründet jedenfalls keinen Interessenkonflikt."[57] Aus eigener Kenntnis müsste *Hexel* wissen, dass Betriebsratsmitglieder und gerade jene im Aufsichtsrat gesetzwidrig gut bezahlt werden. Seine Äußerung ist allenfalls sozialpolitisch zu verstehen: als Abwehr jeden genaueren Hinsehens. Worum es ihm geht, sagt er selbst: „Der Kodex hat das dt. Modell der Unternehmensverfassung einer internat. Öffentlichkeit vorzustellen und sollte dies möglichst positiv tun, anstatt über die Größe, Besetzung und Abhängigkeit des AR zu lamentieren." Positive Darstellung auch bei groben Missständen gelingt am besten, indem man Tatsachen verschweigt.

Über die Nichtbefolgung der DCGK-Empfehlungen muss die börsennotierte Gesellschaft nach § 161 AktG unterrichten. Fehlerhafte Erklärungen können erhebliche Rechtsfolgen nach sich ziehen – von der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen, insbesondere über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat[58] über die Innenhaftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder insbesondere für Prozesskosten der Gesellschaft[59] bis hin zu Strafvorschriften, vor allem wegen unrichtiger Darstellung nach § 400 AktG und § 331 HGB.[60] Nach meiner Auffassung sind die Entsprechenserklärungen jedenfalls zu 5.4.6 Abs. 3 Satz 2 DCGK objektiv unrichtig. Über die subjektive Haltung der Erklärenden mag der Leser nachdenken.

## IV. Rechtsrisiken der Intransparenz

Koppelungsgeschäfte zwischen Vorstand und Arbeitnehmeraufsehern wurden bislang unter der Decke gehalten. Das schützte vor mannigfachen Rechtsrisiken. Die Transparenzanforderungen der Governance können für schädliches Tageslicht sorgen. Das primäre Risiko liegt in den Bilanzstraftaten. Sekundär aber droht Strafverfolgung wegen Untreue – wie im Volkert-Fall: Dort hatte der BGH die extreme, aber doch industrieübliche Bezahlung des Volkswagen-Gesamtbetriebsratsvorsitzenden als Untreue des Arbeitsdirektors gewertet und den Betriebsratsvorsitzenden der Beihilfe geziehen.[61] Bemerkungen des BVerfG zur Eindämmung des uferlosen Untreuetatbestandes[62] haben den BGH dann im Schelsky-Fall zur Zurückhaltung bewogen: dort wurde der Untreue-Aspekt nach § 154a Abs. 2 StPO eingestellt.[63] In der Telekom-Spitzelaffäre ist der BGH zu einer stärker normativen Nachteilsbetrachtung zurückgekehrt und hat die Bezahlung einer Rechnung für eine „nichtige Forderung" – also genauer: auf eine inexistente Forderung aus einem verbotswidrigen Rechtsgeschäft – als Untreue gewertet.[64] Dabei trennt der BGH sorgsam zwischen dem Primärverstoß ohne Vermögensrelevanz und der „Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht" durch „rechtsgrundlose Zahlung", gerade in Anknüpfung an die Siemens/AUB-Entscheidung. Damit steht fest: Eine begünstigende Zahlung an Betriebsratsmitglieder ist im Ausgangspunkt Untreue, weil eine nichtexistente Forderung bedient wird. Werden Doppelmandatsträger im Betriebsratsamt mit Rücksicht auf die Abführung der Aufsichtsratsvergütung kompensierend besserbezahlt, verschärft sich das Untreueverdikt: Für solches verdecktes Zusatzhonorar für Aufsichtsratsmitglieder fehlt dem Vorstand die Vertretungsmacht, vielmehr ist die Hauptversammlung zuständig (§ 113 AktG), in der mitbestimmten und deshalb aufsichtsratspflichtigen GmbH die Gesellschafterversammlung (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 113 AktG). Das mündet zivilrechtlich in eine Organvertretung ohne Vertretungsmacht und strafrechtlich notwendig in die Untreue.

Die Betriebsratsbegünstigung des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist absolutes Antragsdelikt und damit kein Risiko: weil strafantragsberechtigt allein die am Täterfilz Beteiligten sind: Arbeitgeber, Betriebsrat und Gewerkschaft. Sie wirkt sich aber über das Steuerstrafrecht aus: Verbotene Zahlungen an Betriebsräte führen notwendig zum Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 Satz 1 EStG – nicht anders als Schmiergeld.[65] Dabei kommt es weder auf den subjektiven Tatbestand noch auf den Strafantrag an. Wenn also Unternehmen überhöhte Betriebsratsvergütungen als Betriebsausgabe steuermindernd geltend machen – erfüllt das den Tatbestand des § 370 AO.

Der Bilanzmeineid (unrichtige Darstellung nach § 331 HGB, subsidiär § 400 AktG) kommt dazu, hat mit Blick auf sein geringeres Strafmaß eher ermittlungstaktische Bedeutung. Ob Presseberichte über großzügige Betriebs-

57 *Hexel*, AuR 2012, 334 (338).
58 BGH v. 16.2.2009 – II ZR 185/07 – „Kirch/Deutsche Bank", BGHZ 180, 9 = AG 2009, 285; v. 21.9.2009 – II ZR 174/08 – „Umschreibungsstopp" – BGHZ 182, 272 = AG 2009, 824 – Rz. 16 ff.; *Goette* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2013, § 161 AktG Rz. 88 ff.
59 *Goette* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2013, § 161 AktG Rz. 98 ff.
60 *Schaal* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2013, § 161 AktG Rz. 108, 112.
61 BGH v. 17.9.2009 – 5 StR 521/08, BGHSt 54, 148 = NJW 2010, 92.
62 BVerfG v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. – „Landowsky", BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209.
63 BGH v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 = AG 2010, 874 – Rz. 36 ff.
64 BGH v. 10.10.2012 – 2 StR 591/11, NJW 2013, 401.
65 Dazu *Rieble*, BB 2009, 1617 f. und *Jacobs/Frieling*, ZfA 2015, 241 (260 f.).

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble

ratsbezahlung einen Anfangsverdacht für Untreue oder Steuerhinterziehung begründen – darüber lässt sich streiten. Sie schaffen indes einen Anfangsverdacht des Bilanzmeineids, vor allem wenn Unternehmen entsprechenden Presseberichten nicht entgegentraten. Dieser Anfangsverdacht erlaubt die Ermittlung des tatsächlich gezahlten Gehalts, woraus sich Weiteres ergibt.

Bislang gehen Vorstände und Compliance-Verantwortliche recht sorglos mit diesen Rechtsrisiken um – trotz Legalitätspflicht.[66] Bestens ausgestattete Compliance-Systeme sind „irgendwie" nicht zuständig. So gab das für Compliance zuständige frühere Vorstandsmitglied der Daimler AG, die ehemalige Bundesverfassungsrichterin Hohmann-Dennhardt im F.A.S.-Interview auf die Frage nach der Compliance bei der Betriebsratsbezahlung kund: „Das sind rein arbeitsrechtliche Fragen, die eigentlich nicht in meine Zuständigkeit fallen."[67] Das ist schon wegen der Begleitstraftaten wie Untreue und Steuerhinterziehung einigermaßen kühn. Und wer ist „eigentlich" zuständig?

66 Statt vieler: *Habersack* in FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 429 ff. und DCGK 4.3.1.
67 Ausgabe 14.10.2012, S. 40.

## V. Fazit

Betrüblich bleibt das Fazit: Trotz gesellschaftsrechtlicher Legalitätspflicht wird zwingendes Recht mit Füßen getreten. Gewerkschaften, die im Arbeitsleben sonst viele Missbräuche sehen, schweigen hier. Ihre Betriebsfunktionäre und die Böckler-Stiftung sind Profiteure dieses Systems. Geschädigt werden Aktionäre, geschädigt wird mit Blick auf die Steuerhinterziehung der Fiskus. Geschädigt werden auch die Normal-Arbeitnehmer, wenn deren Repräsentanten an sich selbst denken, Zuwendungen in die eigene Tasche leiten, anstatt die Entgegenkommensbereitschaft des Vorstandes belegschaftsnützig zu verwenden. Dass alle mitmachen, macht es nicht besser; belegt nur, wie weit der Klüngel reicht. Die Indizien weisen in Richtung Bananenrepublik mit kollektiver Selbstbedienung. Mental getragen wird es von moralisierender Scheinheiligkeit: Die von der Mitbestimmung sind „die Guten" – da braucht die Rechtstreue nicht streng zu sein. Hartes Recht ist nur für die Missliebigen da. Die Gleichheit vor dem Recht bleibt auf der Strecke. Die Binde der Justitia steht für eine Rechtsanwendung ohne Ansehung der Person. Sie scheint abgestreift.

Exemplar für Prof. Dr. Volker Rieble